



UNIVERSIDAD LAICA ELOY ALFARO DE MANABÍ

ULEAM

**Centro de Estudios de Postgrado, Investigación, Relaciones
y Cooperación Internacional - CEPIRCI.**

TESIS DE GRADO
PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE
MAGISTER
EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

TEMA:

**“EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO
INTERNACIONAL EN LA NEGOCIACIÓN *IUSPRIVATIVISTA*
Y LA RECEPCIÓN EN EL ACERVO Y *PRAXIS* DE
ECUADOR - PANAMA”.**

AUTOR:
ABOGADO JOSÉ BONARGE ULLOA ALMANZA

TUTOR:
DR. DILMER R. MEZA INTRIAGO, *Ph D.*
MANTA – MANABÍ- ECUADOR

2011

APROBACIÓN DEL TUTOR:

En mi calidad de Tutor del trabajo de investigación sobre el Tema de Tesis:

“EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO INTERNACIONAL EN LA NEGOCIACIÓN *IUSPRIVATIVISTA* Y LA RECEPCIÓN EN EL ACERVO Y *PRAXIS* DE ECUADOR - PANAMA” presentado por el Abogado **José Bonarge Ulloa Almanza**, maestrante del Programa de Maestría de Derecho Internacional Privado, considero que este trabajo de investigación reúne los requisitos y meritos suficientes para ser sometido a la evaluación del jurado examinador que los Miembros del Consejo de Postgrado designen.

Manta, Septiembre del 2011

El Tutor.

Dr. Dilmer Meza Intriago, *Ph D.*

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TESIS

El autor: Abogado José Bonarge Ulloa Almanza, certifica que el presente estudio de acorde a metodología de investigación científica, como la propuesta planteada ha sido realizada íntegramente por quien abajo suscribe.

Razón por la cual asumo la responsabilidad de su originalidad y presentación.

Para constancia firmo la presente certificación.

AUTOR.

Abg. José Bonarge Ulloa Almanza
Maestrante

UNIVERSIDAD LAICA ELOY ALFARO DE MANABÍ.

CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO, INVESTIGACIÓN,
RELACIONES Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL (CEPIRCI)

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Los Honorables Miembros del Tribunal Examinador aprueban el informe de investigación, sobre el Tema:

“EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO INTERNACIONAL EN LA NEGOCIACIÓN *IUSPRIVATIVISTA* Y LA RECEPCIÓN EN EL ACERVO Y *PRAXIS* DE ECUADOR - PANAMA”.

Para constancia firman:

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

MIEMBRO DEL TRIBUNAL

MIEMBRO DEL TRIBUNAL

MIEMBRO DEL TRIBUNAL

DECLARATORIA DE AUTORÍA.

Declaro que la presente investigación, con el tema “EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO INTERNACIONAL EN LA NEGOCIACIÓN *IUSPRIVATIVISTA* Y LA RECEPCIÓN EN EL ACERVO Y *PRAXIS* DE ECUADOR - PANAMA” es un estudio planificado y desarrollado en su totalidad por el Abogado José Bonarge Ulloa Almanza, bajo mi supervisión académica.

Dejo constancia de que una vez aprobado el informe final, y realizada la sustentación de este trabajo de investigación, doy por cumplida mi labor como Tutor de la presente Tesis.

Manta, Septiembre del 2011.

DR. DILMER MEZA INTRIAGO, *PhD.*
TUTOR DE TESIS

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTO

Me permito dejar constancia de mi agradecimiento al **Dr. Dilmer Meza Intriago**, quien con sus idóneos consejos en esta investigación, ha permitido que la misma sea concluida a satisfacción, por lo cual le reitero mi sincera y desinteresada amistad.

Debo agradecer además a la **Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí**, y en especial a su insigne **Rector el Dr. Medardo Mora Solórzano**, maestro de gran valía quien siempre como amigo me ha dado su apoyo incondicional.

Al rectorado, el personal administrativo y educando del **Centro de Postgrado de la ULEAM-CEPIRCI**, en especial al Dr. Luis Ronquillo y la Abg. Vielka Palomeque, que en reiteradas ocasiones me brindaron su acertada y pronta colaboración.

A todos los **colegas y amigos** abogados que dentro y fuera de las aulas del CEPIRCI, con su colaboración me motivaron para continuar en el estudio del tema elegido.

A los maestros de la ULEAM y del **Universitario de Punta del Este, Uruguay** que con sus egregias enseñanzas sobre el DIPr me permitieron profundizar en la presente investigación que siempre atrajo mi atención por su pertinencia social.

A mis colegas, amigos sinceros y estudiantes de la **Facultad de Comercio Exterior y Negocios Internacionales** de la ULEAM, quienes con su colaboración me avivaron en la investigación, la cual pude en reiteradas ocasiones llevar a la *praxis*.

A todos los **miembros de mi familia en el Ecuador y Panamá**, quienes me apoyaron para concluir esta etapa de mis constantes investigaciones de la invaluable ciencia del derecho, que me permiten la superación personal, y a la vez seguir cultivando la idea de que “el punto de vista de la vida, de la práctica debe ser el punto de vista primero y fundamental de la teoría del conocimiento” (V.I.L) científico.

INDICE GENERAL DE CONTENIDOS

Introducción	1
Capítulo I	3
1.1.- Régimen jurídico del Contrato Internacional en negociación <i>iusprivativista</i> , recepción en el acervo y <i>praxis</i> general	3
1.2.- Planteamiento del Problema	4
1.2.1.- Contextualización del problema	6
1.2.2.- Análisis crítico	10
1.2.2.1.- (Árbol del problema).	11
1.2.3.- Prognosis	12
1.2.4.- Formulación del Problema	13
1.2.5.- Interrogantes (sub problemas)	14
1.2.6.- Delimitación del objeto de la investigación	15
1.3.- OBJETIVOS.	16
1.3.1.- Objetivo (General)	16
1.3.2.- Objetivos Específicos	16
1.4. JUSTIFICACIÓN	17
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO.	20
2.1.- Antecedentes investigativos	20
2.2.- Fundamentación filosófica	23
2.3.- Categorías fundamentales	24
2.3.1.- El Derecho Internacional Privado (DIPr), elemento <i>sine qua non</i> del Contrato	26
2.3.2.- La Negociación y la categoría Contrato Internacional Mercantil <i>Iusprivativista</i>	30
2.3.3.- El proceso para formación del <i>Contràctus</i> Internacional mercantil Privado	36
2.3.4.- Teorías del Derecho Mercantil (DIPr) en las relaciones contractuales	46
2.4.- Fundamentación legal	50
2.4.1.- El régimen jurídico del pre contrato Internacional mercantil privado	55

2.4.2.- Doctrinas de sistemas reguladores de formación del contrato Romanista	58
2.4.3.- Noción e internacionalidad del Contràctus Mercantil <i>Iusprivativista</i>	64
2.4.4. - Crítica a las teorías del “ <i>conflictum legum</i> o colisión” en el Contrato	77
2.4.5.- Dimensiones del régimen del Contrato Internacional mercantil	91
2.4.6.- Técnicas o fórmulas del DIPr como logísticas aplicables al régimen Jurídico del Contrato Internacional mercantil privado	97
2.4.7.- Recepción del DIPr en la negociación internacional mercantil Contractual en el acervo jurídico de la República de Panamá	105
2.4.8.- Recepción del “ <i>The New Merchant Law</i> ” en el acervo contractual y <i>praxis</i> de Panamá	112
2.4.9.- Recepción del DIPr en el acervo jurídico y la <i>praxis</i> de Negociación Internacional mercantil contractual privada en el Ecuador	117
2.4.10.- Recepción de la Convención del CCVIM, 1980 ó <i>CISG</i> (<i>UNCITRAL</i> - ONU)	122
2.5.- Hipótesis.	128
2.6.- Señalamiento de Variables	128
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	128
3.1. - Modalidad básica de la investigación	129
3.2.- Nivel o tipo de investigación	129
3.3.- Población y muestra	130
3.4.- Técnicas e instrumentos	130
3.5- Operacionalización de variables	131
3.6. Recolección de Información	132
3.7. Procesamiento de la información	132
CAPÍTULO IV: INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS	132
4.1. Análisis e interpretación de los resultados	132
4.2. Verificación de la hipótesis	139
4.3. Contrastación de la hipótesis	140

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	141
5.1.- Conclusiones	141
5.2.- Recomendaciones	148
CAPÍTULO VI.- Propuesta: Unificación de normas aplicables al Contrato Internacional Mercantil en la Negociación <i>iusprivativista</i> en Ecuador y Panamá.	
	151
6.1.- Datos informativos de la propuesta	151
6.2.- Resumen ejecutivo	152
6.3.- Descripción de la propuesta	153
6.4.- Análisis contextual	155
6.5.- Justificación	156
6.6.- Fundamentación teórica (normativas de unificación)	158
6.7. Finalidad de la propuesta	172
6.8. Objetivos	173
6.9. Metas	174
6.10. Descripción de los beneficios	175
6.11. Productos	175
6.12. Matriz del Marco Lógico	176
6.13. Operacionalización de la Propuesta	180
6.14. Metodología	181
6.15. Estructura de la gestión de la Propuesta	181
6.16. Presupuesto	182
6.17. Recursos	182
6.18. Monitoreo y Evaluación	183
6.19. Cronograma	184
6.20. Bibliografía	185

**UNIVERSIDAD LAICA ELOY ALFARO DE MANABÍ.
CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO, INVESTIGACIÓN,
RELACIONES Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL (CEPIRCI)
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.**

**“EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO INTERNACIONAL EN LA
NEGOCIACIÓN *IUSPRIVATIVISTA* Y LA RECEPCIÓN EN EL ACERVO
Y *PRAXIS* DE ECUADOR - PANAMA”.**

AUTOR: José Bonarge Ulloa Almanza.

TUTOR: Dr. Dilmer Meza Intriago, Ph D

FECHA: Septiembre del 2011

RESUMEN:

Esta investigación sobre el contrato internacional es labor compleja, lo que ha motivado al autor a limitarse a la etapa de su formación, al estudio cuantitativo de la necesidad de la innovación de su régimen jurídico ante los problemas (patologías) que le subsisten. Se estudia con modalidad bibliográfica-documental las simetrías, sinergias, y las asimetrías en el régimen jurídico del contrato mercantil romanista, para con nivel explicativo recomendar y elaborar un plan estratégico de perfeccionamiento de esta categoría fundamentado en teorías y *praxis* del Derecho Internacional Privado aplicable a la recepción en negociación entre los mercados, concretamente en América. La pertinencia del tema investigado está en que el contrato privado es soporte jurídico del comercio internacional, y motor del desarrollo general para la sociedad. Se ha demostrado que el problema del contrato internacional, obedece a la falta de una reglamentación específica material; y por ende no hay idoneidad en los mecanismos de regulaciones usuales, tradicionales, clásicos. Se proponen las variables metodológicas y dialécticas para posibilitar el susodicho perfeccionamiento, pues los operadores se ven obligados a utilizar el *ius civile*, el *ius gentium* (*Lex Mercatoria*). Sin embargo, esto no es independiente respecto de los derechos estatales. Aunque, se puede concluir que el Derecho privado positivo estatal imperante no oferta soluciones idóneas a problemas de Negociación Contractual. Casi todo el sistema americano aplica las fuentes con pluralismo metodológico y el estatutario-arcaico. El Derecho Mercantil Internacional (DMI) recepta pocas tendencias científicas, y sigue regulando relaciones internacionales generalmente con sustento en la *lex fori*. Ante los hechos hay necesidad de proponer un plan pragmático estratégico, con el objetivo de modernizar el régimen del contrato internacional mercantil, y solucionar sus problemas.

Descriptor de tesis: Derecho Internacional Privado, Negociación Internacional, derecho interno, contrato, reglas de derecho, figura o categoría jurídica, concepto, derecho extranjero, tratados, legislaciones.

UNIVERSIDAD LAICA ELOY ALFARO DE MANABÍ.

**CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO, INVESTIGACIÓN,
RELACIONES Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL (CEPIRCI)
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.**

“EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO INTERNACIONAL EN LA
NEGOCIACIÓN *IUSPRIVATIVISTA* Y LA RECEPCIÓN EN EL ACERVO Y
PRAXIS DE ECUADOR - PANAMA”.

AUTOR: José Bonarge Ulloa Almanza.

TUTOR: Dr. Dilmer Meza Intriago, Ph D

FECHA: Septiembre del 2011

SUMMARY:

The study about international contract is very complex, for this reason, the author on this thesis limited the investigation only to the problems of the agreement's formation. The reason of this qualitative research is because it is necessary to study the legal regime of the contract; including its worldwide pathologies, which motivate the request of its innovation. The investigation level was carry with bibliographic-documental method which describes the similarities and differences between the legal statues of the roman commercial contract, in order to explain conclusions, recommendations and suggest strategic plan for the modernization of this category bases in International Private Law, furthermore for negotiations between markets, including in America. We propose legal dialectic methodological tactics that can be use to make possible the requested transformation. The relevancy of this chosen topic is that, the international contract is a motor of the development in the international trade and also for the society. In the investigation we found, that the problems with international contracts are the absence of adequate global, regional and locals regulations systems, and the lack of non-suitability mechanisms in traditional rules. For this reason, the operators preferred to use the method of pick and choose rules of the *ius civile* or the *ius gentium (Lex Mercatoria)*. Nevertheless, this circumstance cannot be considered independent and autonomous, concerning to the State's Laws. Therefore, neither of the official rules systems covers and guaranties the resolutions for the problems of the contractual negotiations (applied mixed regulations). The International Mercantile Law (DMI) still receipt statutory and antiques influence. It has not receipt all the scientific contractual theory, which is the incentive of continuing unjustified application of internal law (*lex fori*) in foreign relations. For these reasons, the adoption of a modern regime for international contract is an essential strategic plan, in order to resolve many of its problems.

Thesis describers: International Private Law, International Negotiation, Internal Law, contract, law rules, figure or juridical category, concept, foreign law, treaty, legislations.

INTRODUCCIÓN

En el sistema de las Relaciones Internacionales el Derecho positivo privado es aplicable a las Negociaciones Contractuales (*v.gr.* en el *Commercium*). Pero, este instrumento de la sociedad debe ser perfeccionado al incorporarse en los sistemas nacionales. Esto es porque las heterogéneas normas del Derecho Internacional Privado (en adelante DIPr), incluso de fuente *Jus Mercatorum* (*The New Merchant Law*) tienen vacíos, no cubren todos los supuestos de relaciones *iusprivativistas*, *v.gr.* nacionalidad, capacidad, consentimiento de las partes en los acuerdos, la oferta, la aceptación, naturaleza del sujeto, y en otras problemáticas. El concepto del DIPr no es único, es difícil de aplicar, y confuso al calificar cual es la normativa que rige la relación privada al determinar la competencia legislativa pertinente.

Aunque hoy el DIPr es el eslabón que vincula el derecho de la comunidad de Estados con los sistemas jurídicos autónomos, este derecho tiene lagunas y conflictos, y no es fácil el aplicarlo. Pero, básicamente se orienta a las instituciones y categorías que sobrepasan fronteras (en la continuidad de la relación), referente a la unificación de éstas, a la uniformidad de las mismas frente a los ordenamientos jurídicos, con la necesidad de conocimientos del Derecho Extranjero. En este contexto, la ciencia del DIPr, es elemento *sine qua non* para el proceso de la Negociación Internacional (por sus conocimientos, métodos, técnicas, etc.).

Esta investigación de derecho privado con nivel explicativo, de abstracción y justificación de los hechos, se basa en principios, normas jurídicas, doctrina, práctica, fórmulas científicas y, tiene como fin dos objetivos: 1) Analizar la teoría y *praxis* del DIPr en el proceso de negociación, aplicada a la necesidad de la formación del contrato; y 2) Interpretar las causas de los problemas que tiene el régimen jurídico del contrato, por la ausencia de un único criterio, con la no idoneidad de las soluciones generales al calificarse como transfronterizo. Al conceptuarse la relación y determinar la regulación aplicable surgen interrogantes como: ¿Cuál es el régimen jurídico internacional del contrato mercantil privado acorde al DIPr?; ¿Cuál es la recepción del DIPr en el acervo territorial y la *praxis* de la negociación?; ¿Qué es contrato internacional?, y otras.

Para este estudio con método científico (de elementos como: problema, objetivo, hipótesis) en la investigación, se ha optado por estructurar la Tesis en Seis capítulos. El primero (luego del *entraitto*), es sobre el problema investigado, su planteamiento, contextualización, análisis crítico, prognosis. El segundo, estudia el marco teórico de instituciones de las ciencias afines del DPr y de la Negociación Internacional, e igual la categoría del contrato. Se analizan con el método histórico la dialéctica teórica del DIPr, su sinergia con la Negociación Internacional *mutatis mutandis* en la Contratación Mercantil privada; en el contexto de las relaciones socio-económicas, las contradicciones y la síntesis de sus elementos. Con enfoque crítico-propósito se interpreta y explica el problema de la noción del contrato internacional, y sus sub-problemas: precontrato, teorías, técnicas clásicas (*lex celebrationis, executionis, etc.*); y modernas del "centro de gravedad", "the most relevant or significant relationship", "the proper law of the contract", y otras.

Con métodos científicos se estudia el *contractus* en el derecho material uniforme de lo genérico a lo concreto o específico del acuerdo, buscando soluciones para su perfeccionamiento. En el Tercero, se aplica metodología de investigación teórica del DIPr mercantil, estrategias logísticas o técnicas (como *lex contractus, Legis Voluntatis, etc.*), explicando la vigencia del régimen general aplicable al contrato transfronterizo, estudiando su recepción en la *praxis* de negociación y celebración acorde a oposiciones o contrastes de elementos jurídicos del acervo de mercados del Ecuador y de Panamá. El Cuarto, se interpretan los resultados de las investigaciones de campo y la bibliográfico-documental. El Quinto, es corolario donde se proveen conclusiones lógico-jurídicas, y del epílogo recomendaciones cardinales. El capítulo Sexto, oferta una propuesta real extralegislativa, académica de reglamentar las relaciones contractuales, en espera de la aceptación de los operadores *oblatos*.

En general en forma explicativa la investigación crítico-propósito, cuestiona el actual régimen jurídico internacional clásico estatutario del contrato aplicado a los negocios. Esta *tesis* se detiene con una proposición objetiva, pragmática y real sobre el *status* de la útil categoría del contrato investigada, y da opiniones favorables al mejoramiento de la negociación en la *praxis* precontractual internacional.

Capítulo I. El problema.

1.1.- Régimen jurídico del Contrato Internacional en negociación *iusprivativista, recepción en el acervo y praxis general.*

En las Relaciones Internacionales, se deben conocer el *ius et praxis*, o sea las reglas para aplicar a los múltiples contactos, y las facultades legislativas de los demás Estados. Si el Derecho, y concretamente el DIPr, no se gestiona apropiadamente para regular la relación concreta, el tráfico internacional entre países y sus mercados se desvirtuaría en previsiones o seguridades al aplicarse soluciones improcedentes.

En este contexto, la necesidad de la efectiva y científica regulación del régimen del contrato mercantil engendra problemas (patologías en vocablo de los especialistas), los que se presentan desde las etapas de negociación, formación, celebración, y afectan la eficacia económica, certeza del negocio, el equilibrio de costo - beneficio. De allí, la necesidad de investigar la figura contractual mercantil externa completa.

Si bien, *in stricto juris* el Contrato Internacional es hoy la principal fuente de obligaciones de voluntades de los sujetos, se recepta y regula en el ámbito convencional, básicamente las fuentes autónomas el DIPr nacional, no tienen una ley o un código (excepto Italia, Suiza, o Venezuela) sobre este acuerdo. Por ejemplo, el Código de Sánchez Bustamante (en adelante CSB) desconoce muchos aspectos de esta figura, que tiene además, amplio campo de pensamientos y puntos de vista disparejos, lo que no se le permite estar acorde al cambio social objetivo. Por lo tanto, es menester su modernización con la homogeneización de sus normas y fundamentos aplicables a la Negociación transfronteriza. Ante las confusiones semánticas o de significados, se requieren metodologías revolucionarias, normas concretas, e imperativas sobre las cláusulas básicas contractuales, y de la protección de los sujetos carentes de poder de negociación en los acuerdos encaminados bajo el signo de orden público social, o sea en el régimen jurídico del contrato elegido para ubicar la regulación substantiva del caso extranacional controvertido.

1.2.- Planteamiento del Problema.

Por la importancia de las normas del contrato, y en materia mercantil, le ha llevado a ser hoy el Derecho general de los negocios modernos, en el que se reafirma el principio de la autonomía y por ello se tiende a la uniformidad de las normas que los regulan (Arce, G.: 1997:5,15). Y sus problemas son efecto de una necesidad que se debe solucionar en la teoría y la práctica. Para el desarrollo, el problema se puede determinar con referencia al aprovechamiento de una fortaleza para elevar la calidad de un instrumento. En el régimen jurídico del contrato internacional se dan problemas, desfases, o disensiones por los disímiles sistemas normativos para calificar esta categoría y determinar su regulación, *v.gr.* en el *Common Law* o consuetudinario, y el romanista continental (de mayoría en América) a pesar de la formulación, aceptación y vigencia de la tesis a futuro de la convergencia (*cross-fertilization*) del *Civil Law* con el *Derecho Común*. Esto es porque cada país, acorde al principio del *jus imperium* o soberanía absoluta del Estado (*par in parem non habem imperium*), regula con sus propias normativas el contrato; y se aplican en la *praxis* de su negociación criterios estatutarios o principios únicos internos. Y en general existen dos regímenes jurídicos para el contrato: uno civil y otro mercantil.

Hoy por hoy el DIPr aplica en la *praxis* de negociación (directa o indirecta) criterios clásicos, o los modernos de conexión (fórmulas, técnicas, *contact points*) elegibles al contrato como: “*lugar de celebración*”, “*de ejecución*”, “*ubicación del bien*”, “*lugar del establecimiento*” (*place of business*), la “*relación más relevante*”, “*lugar de la administración*”, “*residencia habitual*” (Ej. Art.7 de la Convención sobre el *Trust*, 1985; o bien el Art.6 de la Convención de contratos de intermediarios y de representación, 1978, ambas de la Haya), y hasta de la *lex fori*.

Pero, hay la problemática, de que si bien la clásica técnica *lex loci conclusionis* (Art. 186 CSB, 1928 o lugar de celebración), era antes precisa al elegir la legislación aplicable, hoy es anacrónica en negociación entre ausentes, como en formación del contrato por los medios electrónicos o telemáticos (*e-commerce*, *EDI-Electronic Data Interexchange*, *Cyber International Business*, *On-line*). Y en

las negociaciones internacionales, dice Canabellas (2004), se aplican normas del Derecho Privado que son incompatibles con los negocios de Internet¹; por lo que según Carrión Cueva L. (2005), en el acuerdo entre ausentes es difícil determinar el lugar de celebración². El sitio que rige la forma del acto (*locus regit formam actus*) en reglas vigentes, ya no es propio en una sola relación privada.

En las múltiples disímiles negociaciones modernas, es difícil determinar cuál es el lugar de ejecución del acuerdo. El punto de contacto *lex rei sitae*, restringido a la naturaleza del objeto (mueble o inmueble, en realidad es solo la "regla de oro" del postrimero tipo de bien, como en los "*Real State Contracts*"). Entre los puntos de conexión subjetivos *Lex domicilii* o la *Lex personalis (nationalis o patriae)*, el último pierde vigencia ante el primero, por la duración y fácil determinación. La residencia es factor o clave que da ventajas como el *domicilio*, pero en la formación *ipso facto*, o en la negociación progresiva (*pactum in contrahendo*), la celebración y la ejecución de los contratos, la "residencia", se confunde, si las partes residen en diversos sitios, o si en la *praxis* ellas tienen varias residencias operativas "vigentes" en sus negocios internacionales, y en concreto en los mercantiles privados.

De tal forma en la práctica del DIPr y desde la negociación, aún se regula el contrato transfronterizo con reglas antiguas, conflictivas y no dinámicas. Aunque es doctrina pacífica que la mayoría de los sujetos eligen más aplicar normas directas en su régimen jurídico (aunque es mayor el número con metodología de colisión en casos mercantiles). Es por esto, como se deduce en la investigación, es menester el resolver cuestiones generales del DIPr en problemas del régimen jurídico del contrato³, que surgen al aplicar el derecho conflictual, como las excepciones de la elección del Derecho Material extranjero competente, el orden público, la calificación, el reenvío; los mecanismos de solución para cuestiones previas, aspectos procesales de la nacionalización, de la *lex contractus* en el sistema jurídico concreto, o la importación, reconocimiento, prueba del Derecho extranjero, influencia de factores-ambientes, responsabilidad en la negociación, etc.

¹. Derecho de Internet., Heliasta, Argentina. P.14.

². Convenio, Contrato y Tratado. Ed. Cueva Carrión, Ecuador, p.29.

³. Y ciertas patologías contractuales vistas y en la CIDIP-V, México, 1994 (texto en anexo #1).

1.2.1. Contextualización del problema.

Macro.

El inicio del análisis crítico, es la investigación de una realidad contextualizada, como las Relaciones Internacionales (incluyendo el comercio) que son objetivas; entendiendo que el sistema mundial no puede desarrollarse sin regulación jurídica. Por ello se concibe que normativas vigentes en un solo territorio, al presente se expandan a otras fronteras y jurisdicciones en el mundo. Gran importancia tiene en estas interacciones las categorías jurídicas, tal es el caso del contrato comercial.

La investigación de la figura se acomete en busca de saberes a nivel mundial basado en el DIPr. De forma macro se identifican sus elementos generales, agrupando criterios afines que califican su internacionalidad; e igual como se regula la categoría, aprovechando el axioma *Savigniano* de aplicar el derecho de un Estado en el territorio de otro y que la relación jurídica debe regularse por el mismo derecho (teoría del *sitz*). Esto es simétrico con la tesis de *Mancini*, de que los Estados soberanos no pueden excusarse de aplicar leyes foráneas; y tienen que inhibirse de regular por sus propias leyes las relaciones que, por su naturaleza, dependen de reglas extranjeras, lo que es la operatividad de la innovación del principio de la extraterritorialidad de las leyes en las relaciones contemporáneas.

La contextualización histórico-social, es para obtener y sistematizar evidencias del problema, con referencia a su origen, desarrollo y situación actual. En los casos *jusprivativistas* transfronterizos, vemos que debemos recurrir al DIPr. Y surge un primer problema. ¿A cual de sus sistemas? El nacional o el internacional?. Igual hay dificultades si se acometen los supuestos fácticos, desde que se inicia la negociación del contrato internacional habiendo varias teorías, como la del Centro de Gravedad (*Center of Gravity Theory*), que aplican diversas conexiones: domicilio, lugares de celebración, de ejecución, sitio de incumplimiento; o bien con maniobras de los "*scape devices*" como: la calificación, el reenvío (*renvoi*), *order public*, vigencia de las "*imperative rules*" (preceptivas, *loi de police*, aplicación inmediata, obligatorias y de carácter perentorias), y otros.

Meso.

Aunque el sistema romano-germánico (civilista codificado) en América recepta el derecho privado dualista europeo Continental (Meza I., 2000:92)⁴, el contrato en síntesis tiene regulación regional múltiple, confusa y peculiar, así:

- a) Por las que precisen las partes o la *Legis Voluntatis (Lex Voluntatis)*;
- b) A falta de la anterior, por la *lex personalis* común a las partes contratantes, en cuanto a la sustancia de las obligaciones (*Lex Patriae* y *Lex nationalis*);
- c) Ley del lugar de ejecución - *executionis* (si no está la *lex celebrationis*), y
- d) La *Lex Fori* (en la forma y solemnidades para el contrato en general).

En la praxis del contrato internacional romanista, si las partes en su negociación no eligen la regulación del mismo (*legis voluntatis*), a nivel meso lo regula la "*lex loci regit actum*", o sea acorde a la oferta y aceptación *v.gr.* en la mercantil (y eventualmente la contraoferta del *oblato*), o sea metodología mixta de:

- 1) El sistema o teoría de la recepción, en el cual la normativa aplicable es la del lugar de plantea la oferta; y donde se perfecciona el acuerdo final.
- 2) El sistema de conocimiento, del contrato entre no presentes (ausentes), se regula por donde se hace la aceptación, porque allí nacen las voluntades.
- 3) El sistema de *praxis* que recepta la norma del país donde está la jurisdicción de la *litis (leading case)*, como derecho aplicable del contrato.

Y se acogen en América dos teorías sobre el contrato preliminar (preparatorio):

- a) La clásica donde este acuerdo es independiente del contrato definitivo, y él genera la obligación de hacer (precontrato y el contrato definitivo); y
- b) La Teoría colaboracionista del precontrato perfeccionado pero incompleto, o de un solo contrato que debe perfeccionarse con actos específicos.

⁴. Lecciones de Derecho Civil y Comercial Comparado. Manta.

Y en forma meso se admiten varios sistemas para la negociación y el perfeccionamiento (o formación) del contrato (o sea el *precontrato*) como el:

- a) Formalista que exige fija formas externas para su existencia (Ar.2313 CCE);
- b) Espiritualista de solo exige el consentimiento de las partes (Art.1109 CCP); y
- c) Moderno que pide forma escrita por seguridad del acuerdo (Art. 1131 CCP).

Micro.

El mayor interés sobre el tema de estudio, y de hecho el motivo de la investigación, es calificar y a nivel explicativo, determinar si en el ámbito jurisdiccional de Panamá y Ecuador (ambos países romanistas con ejemplo de recepción del sistema del Derecho Privado dualista), es idóneo, regulado y aplicado el régimen del contrato internacional mercantil privado, acorde a dimensiones-fuentes jurídicas (convencionales, autónomas, constitutivas-integración, o las espontáneas, e incluso de modelos recomendativos del *soft law to hard law*, o contratos tipos), con intención de presentar conclusiones y recomendaciones para disminuir los *casos difíciles* (*difficult leading case*).

Así, en forma inicial en esta investigación, se señala que el sistema jurídico local de tendencia mixto en Panamá el CC (Art. 1109) es de sistema de formación por el consentimiento (espiritualista) en contratos; aunque en excepción, se prevén figuras sujetas al formalismo (Art.1131 CCP). Se asume el consentimiento por la oferta y la aceptación sobre la causa del contrato (Art. 1113 CCP). La promesa del contrato supone concurso de oferta y aceptación, y como en consecuencia (teoría clásica) produce obligaciones (Art.1105, 1112, 1113, 1221 y 1553 CCP). En el contrato de promesa, se debe celebrar el acuerdo definitivo (Art.1221 *Ibi.*, teoría colaboracionista del precontrato). El incumplimiento del precontrato se remedia con indemnización de daños; y si una parte no quiere suscribir un documento requerido, el representante del tribunal judicial lo podrá hacer en su nombre.

Internamente, en Ecuador, se califica y recepta el precontrato con el sistema formalista-moderno (*mixto*), exigiendo que la promesa sea escrita, y en escritura

pública si el acuerdo es solemne, con plazo, y condición de la época de celebrar el contrato, acorde a la tradición y solemnidad que determina la ley (Art.1570 CCE, teoría colaboracionista y del contrato incompleto). Estas teorías las receptó la Jurisprudencia ecuatoriana en 1973 e indicó "la promesa de venta,...es un contrato sinalagmático que, a la vez presupone la celebración de la escritura, ante Notario" (G.J. XII, 2, p. 225). Y en 1989 dijo "en nuestro país viene arrastrándole por décadas el empleo práctico, en gran volumen de la promesa de venta de inmuebles sea en documento privado y hasta promesa verbal, unido a una anarquía en la solución de los conflictos que dicha figura promueve. Dados los inconvenientes y riesgos que esta promesa insólente ofrece, se ha dicho que es necesario desterrar su uso y prescindir de dicha figura pseudo-jurídica (Re. Jur. T. XXXII, p.73).

Pero luego, en julio, 1994 vemos que aclaró que "para que el cumplimiento de la promesa de compraventa pueda exigirse, es necesario que a falta de determinación del plazo en que deba celebrarse el respectivo contrato, que el juez establezca el mencionado plazo..." (Rep. Jur.T. XXXVIII, p. 90). Y en agosto 2000 dijo "el objeto de la promesa de compraventa es la realización del contrato prometido, es decir, su incumplimiento no perseguirá la entrega de la cosa o el pago del precio, sino la celebración del contrato de compra-venta" (Rep. Jur. T. XLIX, p. 61).

En la contextualización sobre la investigación del precontrato y el mismo contrato señalada se exhibe y el problema de impropia aplicación de la regla conflictual unilateral o incompleta, que se la limita a delinear el ámbito de vigencia de la *Lex Fori*, sin señalar la regla extranjera que debe ser aplicada (Lombana, 1987)⁵, y esto es un vacío legal (*lagunas praeter legem o intra legem*) por recepción en el sistema interno solo de las normas unilaterales como estrategias, a pesar de que en la práctica hay resoluciones de aplicación del componente de la bilateralización, mediante uso de normas completas que designan la regla aplicable sin diferenciar entre la propia o la extranjera, aplicables en la negociación del contrato internacional (directas en las relaciones económico-mercantiles).

⁵ . Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Panamá. Universidad de Panamá. P.50.

1.2.2.- ANALÍISIS CRÍTICO.

De las exposiciones de problemas y con crítica pasando de los fenómenos a las esencias, vemos que esto nos lleva a reconocer que el DIPr, es conocimiento científico básico de la sociedad humana, y es elemento clásico de la negociación contractual en la técnica de calificar y determinar la regulación aplicable a las relaciones, y reconocer el derecho de los demás países. Si no se aplica idóneamente el derecho en el contrato, este no se ejecutaría en orden, y el tráfico internacional se viciaría en sus seguridades jurídicas por aplicar órdenes normativos inadecuados.

En Relaciones Internacionales se deben utilizar como competitividad las ventajas de los saberes sobre negociación y del DIPr, ejemplo en el *commercium*, eligiendo la normativa para la figura más idónea (útil o "casi perfecta") dentro del principio "*favor contráctus o negotii*", aplicándolos en la esfera mercantil internacional, ya que un operador con buen perfil debe tener dominio del mundo de los contratos y concesiones aplicables en el ámbito nacional e internacional⁶. Al contrato lo consideran como motor o dinamismo del proceso productivo económico-mercantil mundial⁷. Pero, lamentablemente en su regulación, surgen problemas con la técnica de calificar y determinar la normativa aplicable desde su negociación (formación) y celebración, por falta de reglas objetivas, uniformes, armonizadas en su régimen jurídico, por lo cual es imperativo *erga omnes* el impulso de nuevas metodologías, de fuentes reguladoras y estrategias de unificación, armonización, o sistematización.

La no idónea regulación científica le resta seguridad a la *praxis* contractual con falta de competencias en el comercio transfronterizo (en las esferas del Comercio Exterior y de los Negocios Internacionales); desfavoreciéndose las partes (falta de competitividad y preparación), al no aplicar con idoneidad la autonomía material o la indirecta llamada conflictual⁸, acorde a las tendencias científicas modernas.

⁶. Vid.: Dilmer R. Meza I. (2007). Surgimiento y Desarrollo del Derecho Internacional Público. Libro 2. Ecuador. P.7.

⁷. Estrada Heredia L. (2006). Como hacer exportaciones. Quito. Ed. Abya-Yala. P.77; Ferrerl O. C., Hirt Geofrey (2004). Introducción a los Negocios. México. Ed. McGrawHill. P. 72.

⁸. Hernández Arosemena J. "La autonomía conflictual en el Derecho Internacional Privado". Revista Lex (2007). Panamá. Colegio de Abogados. P.90 y s.s.

1.2.2.1.- (ARBOL DEL PROBLEMA).

EFFECTOS (Inmediatos)

Existencia de diversidad de fuentes, lagunas normativas, criterios objetivos y subjetivos de la negociación del contrato internacional.

Normativas autónomas-internas decimonónicas heterogéneas- obsoletas, diseminadas.

Aplicación de *opinio iuris seu necessitatis*, usos y prácticas generales comerciales locales no vinculantes de la “*lex mercatoria*”

PROBLEMA

Recepción del régimen jurídico del Contrato Internacional mercantil en la negociación *iusprivativista*, v.gr. en el acervo y *praxis* en Ecuador y Panamá.

Constituciones, Códigos generales, decimonónicos (CSB, CC, CCo.), dispersión de reglas en leyes especiales, aplicación de la costumbre local.

Normas privadas heterogéneas, clásicas, estatutarias, con etnocentrismo y chauvinismo jurídico aplicables al contrato internacional.

Falta de convenciones de armonizadas reglas privadas para negocios comerciales – problema “*spagetti Bowl*” (v.gr. TLC).

CAUSAS (inmediatas)

1.2.3.- PROGNOSIS.

El valor de la negociación y la formación del contrato internacional lo reconocen la doctrina (*responsa prudentum*) y *praxis* general mundial⁹. Pero, por la variedad de contratos es difícil abarcarlos en una sola investigación, y por lo tanto se debe dejar abierta las puertas a futuras exploraciones sobre este instrumento al calificarse internacional (con problemas diversos y complejos que está llamado a regular el Derecho Privado –o sea *The International Commercial or Mercantile Private Law*).

La negociación contractual es influenciada por factores-ambientes (jurídico, político, gubernamental, y otros), por lo que la seguridad jurídica requiere conocer qué disposiciones deben aplicarse a los diversos contactos, y las facultades legislativas de los demás países. En la calificación idónea del régimen jurídico normativo para la relación contractual si no es bien determinada, como causa y efecto surgen del árbol del problema; y el tráfico internacional sigue inseguro por la aplicación inadecuada (nivel riesgo país, de corrupción, no competitividad, etc.). Por lo tanto, la regulación científica de los acuerdos, debe ser desde la negociación (planificación, control, análisis, formación o celebración), y en la ejecución, seguimiento-trazabilidad, posicionamiento, etc.; y es el DIPr moderno el que permite regular, promover y ejecutar las acciones y remedios correspondientes.

Podría suceder que las problemáticas del régimen jurídico del contrato, como su inexacto concepto, que le hace sinónimo con la categorías convención (el género), o sea el producto del acuerdo de las voluntades para crear, conservar, modificar, extinguir derechos u obligaciones (¿la especie es el contrato?), seguirá confundiendo al operador, de ¿por qué entonces el pago y la tradición son convenciones, si aunque nacen de las voluntades, no son contratos pues no crean obligaciones, sino las extinguen?. Estos problemas y otros alteran el desarrollo del contrato internacional.

La falta de régimen científico de los contratos, por ejemplo en el mercantil, seguirá siendo la causa y efecto con varios problemas, con lo que:

⁹. “Ecuador firma contrato por USD 215 millones” con la Hidrochina Corporation. El Mercurio. Manta, Sabado 15 de Octubre del 2011. P. 18^a.

a) se conserva la inseguridad jurídica entre los operadores y se inventan estilos jurisprudenciales opuestos; b) se aplican soluciones discordantes para los consumidores, comerciantes y otros sujetos en menoscabo de derechos patrimoniales de estos; y c) se propicia con conductivismo (empírico) el aislamiento de los sistemas contractuales contra la recepción de tendencias contemporáneas constructivistas del derecho mercantil y, por ende, no se aplica la modernización del derecho privado.

Además de lo anterior, es útil señalar que la dicotomía jurídica (civil-comercial) solo ha producido impropiedades jurisprudenciales y doctrinales opuestas, en perjuicio de la sociedad en general; y además está en contravía de la tendencia a la globalización del derecho mercantil y conlleva al resurgimiento de la *lex mercatoria*. Y se prolonga y reina un derecho privado y mercantil general, regional, local o meramente nacionalista, chauvinista, anacrónico que, en últimas, viola derechos económicos de los países en desarrollo en beneficio de los países desarrollados.

1.2.4.- Formulación del Problema.

Para la filosofía de la investigación, se hace ineludible y el estudio de la categoría del contrato, porque a las partes en negocios le son de interés el régimen jurídico de este acuerdo internacional, en servicio de la figura del acuerdo idóneo para la relación útil y efectiva. El comercio requiere del DIPr como elemento normativo (histórico-positivo que creó el ser humano) para relaciones concretas, con sus categorías y nociones axiológicas, muy afines a la negociación de los *homo economicus*. El DIPr determina que el problema en sí es que: el régimen jurídico internacional del contrato, instrumento auxiliador requiere reordenamiento normativo, ejemplo, ante la arcaica teoría de la unidad del contrato, se dinamizan nuevas técnicas de negociación como la llamada teoría del mosaico, *dépeçage-dissection*, fraccionamiento, o sea la del *electio iuris* y *electio fori* por las partes.

Es decir, se exigen cambios en la tesis extemporánea del *perpetuo iuris o fori* en las normativas estatales, pues los sistemas vigentes tienen lagunas en los supuestos de las relaciones *iusprivativistas*; como capacidad de los sujetos (v.gr., el Estado en la

teoría funcional o del *jus gestionis*); la formación instantánea (*ipso facto*), la negociación continua o progresiva del contrato, la subjetividad, responsabilidad en el precontrato (del trato-compromiso en el *pactum in contrahendo*), consentimiento, lugar de la oferta, o de la aceptación, o la responsabilidad extracontractual-*lex aquilia*, y otros aspectos aplicables a la contratación transfronteriza (mercantil).

Las problemáticas enunciadas *supra* son contrarias a tendencias progresivas de libertad de contratación, de asociación convencional, o "*de lege utenda*" y de que a nadie puede prohibírsele lo que no prohíbe la ley, de seguridad jurídica, de normas previas y claras, como en la elección de la jurisdicción de "*lege ferenda*" vs las ya draconianas técnicas de la unidad, el "*perpetuo fori*", o las del "*forum shopping*" o el "*forum non convinience*", "*judge made law*", "*el interés del estado*"; el contrato apolida (sin reglas o solo aplicable la ley de Mónaco) y otras. En este orden de ideas, y frente a los supuestos fácticos señalados se plantean diversas interrogantes a saber, en las variables sobre la calificación y determinación del régimen jurídico del contrato internacional mercantil, para su negociación y recepción nacional.

Ante los hechos, se sustenta el estudio de las disensiones o asimetrías sobre el régimen jurídico investigado, y que son de interés resolver previo a los supuestos facticos de su negociación y celebración, por rémoras como la siguiente:

¿Cuáles problemáticas se dan en el régimen jurídico del contrato internacional en la práctica *iusprivativista*, aplicables en el mercado de Ecuador y en el de Panamá?

1.2.5. - Interrogantes (o sub problemas).

- 1) ¿Qué criterios científicos se aplican al calificar el negocio y determinar el régimen jurídico internacional del contrato de tipo mercantil y naturaleza privado?.
- 2) ¿Qué importancia tiene la ciencia del DIPr (métodos, tipos de normas, teorías, técnicas, etc.) para calificar el contrato en el supuesto jurídico de la relación mercantil privada?.

3) ¿Cuáles son las fuentes o dimensiones para la regulación del régimen jurídico del contrato de carácter internacional, tipo mercantil general?.

4) ¿Cuáles son las fuentes (recepción en el acervo jurídico), teorías y técnicas aplicables al régimen jurídico del contrato internacional comercial en Panamá?.

5) Cuáles son las dimensiones (recepción en el acervo jurídico), sus diálogos y doctrina aplicables al régimen jurídico de la categoría *en comento* en el Ecuador?.

1.2.6.- DELIMITACION DEL OBJETO DE INVESTIGACIÓN.

1.2.6.1.- Ámbito de aplicación: Relaciones Económico-mercantiles Internacionales.

1.2.6.2.- Campo: El Derecho Internacional Privado (DIPr).

1.2.6.3.- Área: Contractual Mercantil.

1.2.6.4.- Aspecto: La negociación y práctica *iusprivativista*.

1.2.6.5.- Delimitación espacial: Las explicaciones conllevan al desarrollo previo de procedimientos investigativos, y en este aspecto el principal es el bibliográfico-documental (fichas), con aplicación accesoria de la técnica de campo de encuesta, como componente de obtención de datos, para en forma ordenada y sistemáticas lograr referencias de sujetos¹⁰ relacionados a gestiones como operadores de negocios internacionales, y la cual se llevó a cabo con la colaboración de encuestadores de la ULEAM en Manta (forma empírica), para el desarrollo de competencias con pensamiento complejo en los estudiantes que participaron en la Facultad de Comercio Exterior y Negocios Internacionales de la Universidad Laica “Eloy Alfaro de Manabí”.

¹⁰. Parraga Lady C. (2010). Metodología de Investigación Científica. Orientaciones Básicas. ULEAM. Manta. P. 81.

1.2.6.6.- Delimitación temporal: 2009-2010

1.3.- OBJETIVOS.

Estudiar el régimen jurídico del Contrato Internacional (acorde al DIPr) aplicado en la Negociación *iusprivativista* mercantil y la recepción en el acervo y *praxis* del Ecuador - Panamá. La teleología de la investigación es la explicación de la crisis del paradigma del método del “dualismo” incorporado desde la formación del preacuerdo (*Pactum in contrahendo*)¹¹ y en la regulación de los contratos.

1.3.2.-Objetivos Específicos

1).- Investigar criterios científicos generales y doctrinas clásicas aplicables al régimen jurídico del contrato privado internacional (comercial), y la viabilidad de teorías modernas en fases de la negociación contractual privada como: "*free will*" (autonomía de la voluntad material o conflictual), "*centro de gravedad*", "*the most relevant relationship*", "*proper law theory*", "*floating proper law (one law shall apply as the proper law in one event, but that another law shall apply in another event...with the aphorism that the proper law is the law intended by the parties)*"¹².

2).- Indagar estrategias o logísticas del DIPr como: *hard ship* (teoría de la imprevisión), cláusula *rebus sic stantibus*, regla *non adimpleti contractus* (mora purga la mora)¹³, cláusulas *Paramount*, *Himalaya*, *negligence clause*-penal, la acción *Quantis minoris*, *equity review-mistake (Review of the CISG, art. 9-57, based on the Roman concept of the so-called clausula rebus sic stantibus at law or in equity for the revocation of any contract.)*, y claves- técnicas, *contact points* en el contrato internacional, tipo: *lex contractus*, *lex Loci (celebrationis, executionis, o solutionis)* *lex patriae*, *lex rei sitae*, *lex voluntatis*, *lex fori* y otras.

¹¹ . Se presentan las teorías negativa y positiva sobre el preacuerdo frente al acuerdo definitivo. En torno al diálogo en comento, véase Oviedo Albán, J. (2010). El contrato de promesa en el derecho privado. Bogotá. Universidad de la Sabana. P.23 y s.s.

¹² . *Cheshire & North's (1987). Private International Law. London. Butterworth. P. 449.*

¹³ . Sánchez Zuraty, M. (2011). Obligaciones y contratos. Quito. Ed. Jurídica de Ecuador. P. 63-64.

3.)- Explicar principios básicos (*jus cogens*) y normas imperativas, preceptivas de aplicación inmediata (*Mandatory rules o loi de police*)¹⁴ del DIPr en negociaciones contractuales (*jus gentium mercatorio*), ya que el tráfico transfronterizo, en ocasiones se dificulta por conflicto entre las legislaciones, que prohíben o impiden estos negocios en los mercados locales, regionales y mundiales.

4.)- Verificar jurisprudencia ecuatoriana acorde a la tesis de la jerarquía de las diversas fuentes (v.gr. Títulos VIII y IX de la Constitución Política de la República del Ecuador, 2008 sobre Relaciones Internacionales y en el Derecho Internacional).

Igual en la República de Panamá, que recepta la filosofía jurídica de que la libre contratación con el principio espiritualista, son la columna vertebral del Derecho de los Contratos (*lex contractus*), en la teoría del consentimiento¹⁵, aunque generalmente son reglas normativas, receptadas en el acervo y la *praxis* de la negociación del régimen de acuerdos internacionales comerciales, apoyados en definitiva solo en la dimensión internas o de la *lex fori patriae*.

1.4. JUSTIFICACION.

La elección del tema de estudio es para investigar, explicar y proponer fundamentos teóricos en busca de la actualización o modernización del derecho contractual internacional. Con esta investigación se pretende explicar que dentro de la teoría y la *práxis* mercantil subsisten posturas antagónicas que, perjudican a sus destinatarios: los operadores. Hoy, con la internacionalización, si los sistemas nacionales contractuales siguen de espaldas a la realidad, gradualmente se irán obstaculizando en perjuicio del desarrollo jurídico, económico-social y político.

Los hechos que justifican la vigencia del DIPr, son el cosmopolitismo de los sujetos, el progreso científico-técnico, el *commercium*, y la coexistencia en el

¹⁴. *These are rules "which cannot be derogated from by contract"* (Art. 3, par. 3 CR-80), *Cheshire & North's. Op. cit., page 505.*

¹⁵. I-era Sala, CSJ (1998). Caso Palomo vs El Dorado Mac, S.A., R. J. junio, pág. 226.

mundo de varios sistemas jurídicos estatales internos, y el reconocimiento del derecho extranjero. Este derecho vincula las normas plurietaticas estatales con los sistemas jurídicos nacionales¹⁶. El Estado tiene *ius imperium* en su territorio, pero este no pueden actuar bajo preceptos estatutarios al presente, por la necesidad objetiva del negocio exterior (*Korestkyi, V.:1989*)¹⁷, de allí que la teoría y *praxis* contractual está vinculada a las ideas de cómo la sociedad y el mercado exterior deben ser organizados, con seguridad jurídica para el desarrollo y bienestar social.

Con el eje estructural de la forma de un árbol, el interés de investigar es para conocer los problemas del contrato internacional; puesto que no tiene un único régimen jurídico para su negociación, formación y celebración. Por ello al tenor surgen interrogantes: ¿Será por falta de normativas objetivas, uniformes, armonizadas (sustantivas, directas, de colisión, indirectas)?. ¿Será un imperativo *erga omnes* el impulso de nuevas metodologías y dimensiones (fuentes) reguladoras?. ¿El implementar idónea negociación y celebración de este acuerdo, como causa y efecto dará competitividad para la *praxis* contractual (en la autonomía material o bien la indirecta conflictual)?. ¿Un régimen unitario moderno de los contratos, es por la seguridad jurídica social que consecuente y ampliamente beneficia a un país?

Con enfoque complejo constructivista el resultado científico, se basa en criterios de expertos, investigaciones precedentes, y opiniones estadísticas. Se estudian los problemas complejos planteados, pues a los operadores del comercio internacional les son ventajosas competencias (saberes, habilidades, destrezas, valores) sobre el régimen del contrato internacional para adoptar la figura del acuerdo mercantil eficaz, el cual exige reglas claras, previas en las relaciones concretas (del DIPr en los Negocios Internacionales Mercantiles), con sus institutos, categorías, y de ciencias afines como la negociación en interés de la “sociedad del saber o del conocimiento”.

Partiendo de que “todo conocimiento científico es sólo un instrumento, que debe ser utilizado por una mano inteligente” (*Alfred Binet, 1900*), reconocemos la

¹⁶. Bucheli Mera R. (1972). El orden jurídico internacional, el orden jurídico interno y el Derecho Internacional Privado. Boletín del Instituto de Derecho Comparado. UCE. No.19. Quito. P. 130.

¹⁷. *International Private Law. T. I y II. Kiev, Ucrania. Editorial Naukova Duma. P. 6.*

importancia al resolver los problemas del contrato. Remediar las patologías de esta especie de acuerdo, al que se le aplica con método conflictivo por unos con la teoría alemana (la obligación surge de la ley, contrato, delito, enriquecimiento ilícito, gestión de negocios de terceros sin autorización). Y por otros la francesa (la obligación surge del contrato, y aún sin haber acuerdo, del delito, cuasidelito, cuasicontrato y de la ley). Aún así, vemos que en el mismo subsistema francés, no solo el contrato, sino la misma convención es entre otros la resiliación (conclusión) o mutuo disenso (disentimiento) para extinguir las obligaciones según el CCE (Art. 1583). ¿Pero y la transacción?. Hay incongruencias prácticas y teóricas tanto en el género, como en la especie de ambas estas categorías jurídicas.

En definitiva *sine die* los sistemas jurídicos en general no puntualizan lo que debe entenderse como el contrato internacional, quizás por aquello de que las leyes no se definen, y cambian muy a menudo con el desarrollo social. Sin embargo opinamos, que se debe tener en cuenta que los conceptos o nociones colaboran mucho con sus enunciados al conocimiento de su carácter, naturaleza, tipo, etc.; por lo que la legislación debe aportar con límites de las instituciones y categorías para que no surjan los problemas de dejar dispersos sus generalidades en todo el articulado normativo.- Los jeroglíficos o laberintos nunca se identifican con la idea de un régimen jurídico *pro mundi et beneficii* del contrato internacional mercantil privado.

En fin el contrato preliminar (preacuerdo, preparatorio, promesa) en la teoría clásica es un acuerdo independiente del contrato definitivo, y en general es obligación de hacer. Y en la teoría colaboracionista del precontrato perfeccionado pero incompleto, es un solo contrato luego de negociarlo al perfeccionarse y que las partes cumplen los actos requeridos de su celebración. En sí, los romanistas, no regulan la responsabilidad científicamente durante la relación del *iter contractus*, pues no ha existido interés en los asuntos de las fases preparatorias del acuerdo, y casi no se la incluyeron o actualizaron en las codificaciones vigentes¹⁸.

¹⁸. Esta tesis se prueba y en el CC del Salvador que desde 1859 regula la promesa como exigible luego del cumplimiento de imperativos requisitos (art. 1425). García, Raul (2011)...el propósito de la negociación, la determinación del vehículo que servirá para...que fije la época de la celebración del contrato...en Derecho del Comercio Internacional [en línea]:www.abogae.com/acuerdos-de-intencion-fase-previa-la-concrecion-de-un-contrat

CAPITULO II. MARCO TEORICO.

2.1.- Antecedentes investigativos.

Diversas investigaciones previas del contrato, sustentan que la categoría se aplicó y en la sociedad primitiva, según el aforismo en el cual la donación era prueba arcaica del cambio o trueque (hoy *barter*, *countertrade*, compensación), aunque esto es calificado no del todo exacto por el materialismo-histórico y dialéctico se dice que se receptó dentro del apotegma “*ubi societas ibi commercium, ubi commercium ibi ius*” (donde hay sociedad hay comercio, y donde hay comercio hay derecho).

En la sociedad esclavista griega el contrato fue usualmente escrito, y con más libertad que el romanista; pero y el último sistema socio-economico, igual en su noción solo tuvo figuras jurídicas típicas, formales ya que se dijo que: "Si no se les daba el requisito formal y la nominación, en el derecho antiguo el pretor no concederá la acción"¹⁹. La clase esclavista afirmó y conceptualizó el contrato en lo que la doctrina llamó la costumbre *secundum legem*, a la que se acude para llenar vacios; y por el contrato, la costumbre *praeter legem* tuvo vida propia.

El materialismo histórico indica y que el contrato se utilizó y estudio en los fines de la antigüedad romana, e igual con los estatutarios - glosadores, postglosadores (exégesis del *Corpus Iuris* en glosas, S. XI-XIII) vía la *Lex Locit*²⁰. Este instrumento se regía por la *lex celebrationis* para seguridad jurídica; el mismo se forjaba en conjunto o la "unidad contractual". Y los Postglosadores (S. XIV), diversificaron la forma del contrato con la técnica “*locus regit actum*”, y las solemnidades de los actos se atenían al lugar en el que se realizan (*Bártolo de Sassoferato, Cúneo*), pero se variaron la forma y el fondo del mismo. En el S. XVI, Ch. Dumolin colijó la

¹⁹. Cevallos Vásquez V. (2005). Contratos Civiles y Mercantiles. T. I. Ecuador. Ed. Jurídica. P.53.

²⁰. Fresnedo de Aguirre, C. (2004). Curso de Derecho Internacional Privado. Fundación de cultura Universitaria. Montevideo. P.65 y s.s.; Boutin, G. (2006). Derecho Internacional Privado. Panamá. 2-edition. Edition Maître Boutin. P. 41 y s.s.; Centenaro Esteban (1996). Que es el Comodato. Argentina. ABELEDO-PERROT. P. 12.

técnica en la forma del acuerdo *locus regit actum*, si prevalecía la *legis voluntatis* de las partes²¹. Igual se señala que en el final del feudalismo se reafirmó como acuerdo de voluntades que convergen en el perfeccionamiento del contrato, era concepción espiritualista con influencia del Derecho Mercantil, en razón de la contratación en masa y la globalización, para facilitar los negocios y exclusión de formalidades.

Las investigaciones del régimen jurídico del contrato se cimienta es en las fuentes primigenias del liberalismo filosófico del siglo XVIII. La noción de esta categoría jurídica se asienta en el consentimiento y la libertad contractual²² con la etapa de codificación y nacionalización del derecho mercantil, en las Ordenanzas de Luis XIV de 1673, las de Bilbao de Felipe V en 1737 (al servicio de la aristocr cia), y más aun del advenimiento del derecho burgués cuya máxima expresión fue en el CC y el CCo. francés (Civil y de Comercio 1804, 1807 respectivamente)²³.

En el S. XIX *Savigny Karl*, con su investigación clásica de la tesis de colisiones, aplicó al contrato el principio de la solución de conflicto de leyes y determina para cada relación jurídica el derecho más compatible con la naturaleza de ella misma, y la obligación contractual se somete a la “*lex loci executionis*”; y el conflicto jurídico surgido se resuelve por el juez del lugar (*técnica lex fori regit processum*). Si las partes no fijaron el lugar de ejecución expresa o tácitamente, se debe acudir a la presunción para fijar el lugar de ejecución el domicilio del deudor (silogismo o deducción estructural de la norma abstracta o indirecta de colisión latina “*actor sequitur forum rei*” – la hipótesis o supuesto factico, disposición y *connection point*); que supone la presunción o la duda razonable que el deudor se somete a un derecho local, y a la ley más idónea en la naturaleza de la relación jur dica²⁴.

²¹. Fresnedo A. Op. cit. pág. 70; López Herrera Francisco. El Contrato en el Derecho Internacional Privado. Universidad Central de Venezuela, Rev. Facultad de Derecho, Nov. 1954, No.1; *Cheshire & North*. Op. cit. P.20.

²². Cevallos Vásquez. Ob. Cit., p. 53.

²³.El derecho mercantil codificado del siglo XIX, hasta llegar a su reconocimiento...del derecho privado, surgió con una vocación internacional, 14...[en línea], disponible en:<http://ciscg.tij.uia.mx/oviedo1.html>.; López Herrera (1954).

²⁴.BIOCCA-CARDENAS-BASZ (1990). Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General. Buenos Aires. Ed. Universidad. P. 199. *Cheshire & North's*, *Ibídem.*, p. 22.

Otro gran clásico *Mancini Pascual Stanisla* estudio y señaló que la autonomía de las partes es precisa, pero se limita por leyes del orden público. Las normas privadas son para la libertad individual, y las excertas voluntarias regulan bienes, contratos, y se adoptan o niegan por la *legis voluntatis*. Para este sabio las normas del Derecho son: la necesaria y la voluntaria. La última acepta la *Legis Voluntatis*; así, el DIPr se piensa es para indagar la intención de las partes y, a veces a presumir la voluntad para aplicarla, y el contrato expresa la libertad y autonomía de los sujetos. Las problemáticas del contrato son bastante amplias y las reconocen en la actualidad la doctrina y *praxis* de muchos Estados; es compleja y difícil para una sola investigación, y deja abierta puertas a futuras explicaciones del instrumento internacional. Las problemáticas surgen y por la existencia de las seis familias jurídicas (Romanista, *Common Law*, Hindú, socialista, China y la Islámica)²⁵.

Se estudian patologías y de nuevas figuras del contrato informático, de gerencia, administración portuaria (concesión), "alianzas estratégicas", el "code share" para compartir claves o códigos, *chárter* marítimo y aeronáutico (*TIC, CTMM*); "prestaciones médicas"; de construcción internacional "llave en mano" o los *turnkey operation contracts*, el contrato de "underwriting", *Swap* financiero, *know-how*, "Joint Venture", bancarios-*Letter of Credit (L/C)*, de contra negociaciones (*countertrade*), *leasing*, *factoring*, *forfeiting*, *underwriting*, *franchising* (*agenciamiento-distribución*)²⁶, contratos marítimos que dice Gabaldón y Ruiz (2002) del *affreightment (the shipowner agrees to carry goods by water, or to furnish a ship for the purpose of to carrying goods)*, de transporte con *bills of lading* y en *charterparties*, arrendamientos (*demise charter*) o los *contratii di trasporto*²⁷; de fideicomiso, fianza, innominados en la *lex mercaturae*, *contratos* de adhesión, o formularios preelaborados, *standars*, o tipos.

²⁵. Fernández de Córdoba P. (1997). Estudios de Derecho Comparado. Universidad de Cuenca (UDA). Ecuador. Ed. Pudelco S.A. P. 22-23.

²⁶. En el contrato de *factoring*, el factor adquiere cuentas de cobro del cliente a cargo de sus compradores, ganándose los intereses, ver.: Andrade Vallejo Rubén D. (2006). Legislación económica del Ecuador, 8-ed., Ed.Abya-Yala. p.113; Madura Jeff (2001). Administración financiera internacional, 6-ed.. México. Thomson Editores. P. 536; Levi Maurice (2006). Manual de Finanzas Internacionales. Colombia. McGraw Hill. P. 70, 636 y s.s.; Gomez Cáceres, Martínez García (2003). Negociación Internacional. Madrid. ESIC Edi. P. 206 y ss.

²⁷. Gabaldón García J. & Ruiz Soroa J. (2002). Manual de Derecho de la Navegación Marítima, 2-edición. España. Editorial Marcial Pons. P.396.

2.2.- Fundamentación filosófica.

Con el método del materialismo histórico- dialéctico aplicables al desarrollo social y en concreto al DIPr (normas, ámbito o espacio, categorías, etc.) se plantean varias teorías para calificar el régimen jurídico del contrato internacional en este siglo XXI; y se le lleva a cabo en nuevas estrategias (ejemplo, hipotecas, fianzas)²⁸ en el campo de Negocios Mercantiles transfronterizos, que se les deben estudiar y distinguir en sus tipos o sustentos, como herramientas para asesorar y/o gestionar acuerdos o los "*agreements*", acorde a requerimientos del ser humano y el comercio.

En la filosofía jurídico-científica vemos que no todos los países, tienen el mismo criterio sobre el contrato, donde para sustentar la categoría del acuerdo, surgen versiones contractualistas, como: acto unilateral, o complejo, o la de institución; y no se puede solucionar el caso por la misma noción del acuerdo. Ejemplo es el problema de equívoca homonimia de Andrés Bello entre convención y contrato, que copió del CC francés, 1804 (que fue progresista y revolucionario en su época). Es el problema del CC ecuatoriano (Art.1454) que equipara con semántica jurídica los términos contrato y convención, pero no los define (Morales, 1995). Se los hace sinónimos, aunque la doctrina más reconocida los distingue²⁹.

La noción de convención es más amplia y genérica y designa todo acuerdo de voluntades al crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones; y el contrato solo es el acto para un negocio jurídico. La convención es el género y el contrato la especie. Y clasificar el contrato es acto complejo, pues no hay incuestionables pautas globalizadoras dice Rivas (1989) para poder asentarlos lógicamente acorde a características afines y diferenciadas de las de otros grupos³⁰ de fuentes.

²⁸. De cores Carlos (2007). "La reforma francesa del derecho de las garantías mobiliarias: una perspectiva latinoamericana". Uruguay. Revista de Derecho 2007. Publicación Universidad Católica. P. 70; *Radebaugh L.H., Sullivan D.P.* (2004). Contratos gerenciales en administración portuaria (concesión), vid.: Negocios Internacionales. México. *Editorial Pearson* Educación. P.6; Romero Pérez E. (2006). El "*contrato de underwriting*" Contrato financiero moderno. Costa Rica. Rev. De Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho, Colegio de Abogados. Enero-Abril 2006. P. 95; Boutin G., *Dyer Adair*, Grimaldi M., (1993). El Fideicomiso en el Derecho Comparado. Universidad de Panamá. CED. P. 21, 63, y s.s.

²⁹. Morales Alvarez J. Teoría General de las Obligaciones. Universidad de Cuenca. P.21

³⁰. Rivas Cadena L. Derecho Civil. Quito. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones. P.34.

Pero, es axiomático y de lógica en la filosofía de la jurisprudencia, que el contrato con buena negociación, formación, celebración de idónea estructura y cláusulas claras, será factor de plasmar el principio de conservación del negocio, y de la relación jurídica pactada. Aunque, ocasionalmente la cláusula de la Ley aplicable (*electio juris* o la jurisdicción) no es realista o deseable, ya que hay partes en desventaja en negociaciones. La supremacía en los grupos sociales es visible en abusos de cláusulas desigualdades técnico-económicas de contratos, e incluso en negociación que no protegen a la parte débil; o se dan arbitrariedades del Estado en reformas legislativas, etc. Y la tesis capitalista sobre el poder de negociación (*bargaining power* anglosajón), discurre que quien predispone o dicta las condiciones usuales del contrato es la parte que tiene el poder económico³¹.

2.3.- Categorías fundamentales.-

En la investigación con las metodologías del DIPr, y entre ellas la conflictual se explica el régimen internacional de la categoría fundamental contrato (mercantil). Con la regla de colisión formal e indirecta (abstracta formulada por *Savigny*), se analiza la norma aplicable a los supuestos de hecho de la relación extranacional (*tabestand*), una vez localizada la consecuencia (*rechtsfolge*) en un orden jurídico (Gonzales G., 2009)³². La norma indirecta (abstracta, de conflicto, colisión o de elección, como se le denomina en los diversos sistemas del DIPr) utiliza la técnica que suele acompañarse de conceptos y categorías jurídicas especializadas de calificar y determinar el derecho aplicable.

La norma indicada al elegir el sistema jurídico busca la regla material de la relación concreta. O sea, el supuesto de hecho de la regla conflictual lo es de una relación transnacional que se describe por medio de locuciones técnico-jurídicas, con el uso de términos normativos, como los puntos de contactos (*kollisionnorme*):

³¹. Kemelmajer De Carlucci A. (2008). Negociación y reglas de interpretación del Acuerdo/contractual/, en: Derecho privado y globalización (Albán, Director). Bogotá. Id. Ibáñez. T.3, p. 52.

³². ...que componen el sistema jurídico foral, en la estructura de la ...verbigracias, el lugar de la celebración o del cumplimiento del contrato...Del Arbitraje Internacional en Panamá...[en línea], disponible en: Jorgonzalezv.blogspot.com/2009/03/la-regla-de-conflicto-su-composición.htm

nacionalidad, domicilio, capacidad de los sujetos (técnicas personales), forma de los actos, ubicación del bien (contactos reales), lugar del suceso, voluntad de las partes (conductistas)³³, o sea en la relación jurídica concreta.

Las técnicas de investigación mediante la recopilación y análisis de datos³⁴, sustentan que en el DIPr el contrato tiene enfoque epistemológico y teórico, en afinidad científica procedimental³⁵, para el progreso de la economía mundial³⁶. Hoy, es difícil realizar un negocio sin el contrato³⁷. En Europa del Medioevo se inició la regulación del comercio complejo, diversidad legislativa, y territorialidad de normas (estatutos). El sistema de las partidas en España, obligaba a súbditos y no súbditos que negociaran en este país³⁸. Hoy en las relaciones económico-comerciales y científico-técnica (*transnational economic development contracts*), se negocian un sinnúmero de acuerdos³⁹, y por sus disímiles nociones, muchos no están acordes al cambio social.

³³. De tipología de los *contact points*, ver en detalles *Goldschmidt, Werner* (1985). Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, basado en la teoría Trialista del Mundo Jurídico. 5-ed.. Buenos Aires. Depalma. PP.120, 169.

³⁴. Igual se le llama Diseño de investigación, donde se aplica esta técnica en la recopilación documental, pues está orientada al estudio de las fuentes-dimensiones del derecho. Se puede agregar (optativo) trabajo de campo de estudio de casos (*leadings case*), encuestas o entrevistas a especialistas (trabajo de campo), para obtener datos objetivos y opiniones, vid.: Torres Vásquez A. (2001). Introducción al Derecho, 2-ed. Lima. TEMIS.IDEMSA. P.725 y 726.

³⁵. Conocimiento y arte procedimental analizado por científicos como: De gracia Marie Isabel (1999). La Negociación. Editorial Platense, Argentina, p. 24; Caviano R. - Gobbi M., Padilla R. (1997), Negociación y Mediación. Argentina. Editorial Ad-Hoc. P. 47, 160; Ovejero Bernal A. (2004). Técnicas de Negociación. España. McGraw Hill. P. 37; Vlex.com/vid/regulación – jurídica-contrato- internacional- 50203536.

³⁶. Aunque no hay un concepto único y del CCVI, el preámbulo de la *CISG-80*, nos indica que "...la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías...promovería el desarrollo del comercio internacional", RO-S153:25-Nov-2005, Cod.2005- 012. R.O39, 2.10.1992. Legislación de Derecho Internacional Privado. Quito. Corp. De Estudios y Publicaciones. 2010.

³⁷. *Tapscott Don (s/a)*. La era de los Negocios Electrónicos. Colombia. Editorial *McGrawHill*. P. 347.

³⁸. Materno Vásquez Juan (1988). Fundamentos del Derecho Internacional Privado Panameño. La aplicación del Derecho Extranjero. Panamá. Ed. Olga Elena. P. 56.

³⁹. Boguslavskyi M.M. (1989). Derecho Internacional Privado. Moscú. Edit. Relaciones Internacionales. P.186-187; Bogateriov A. G. (1992). Derecho de Inversión. Ed. Rosiskoie Pravo, p. 67-68; Valdivieso Bermeo C. (2005). Tratado de las obligaciones y contratos libro IV del Código Civil. Loja. Grafimundo. P. 8; Ver.: Contratos navieros, como el caso del Crucero "*Oasis of the Seas*" con estrategias societaria de la *Royal Caribbean Cruises* y de Finlandia a costos de \$1,500 millones de Dólares EUA", Diario Manabita, 1.11.09, p. 18A; "Se cambiarán los contratos por prestación de servicios...", El Mercurio, Ecuador, Oct. 13, 2009, pág. 17A; Ibidem "China y Rusia: estrechan lazos y firman contratos multimillonarios", Oct. 14, 2009, p.12ª; "Contratos por un monto superior a 4,000 millones de dólares...en la ampliación del Canal de Panamá". Económicas. El Mercurio, 15.8.2010, p. 2ª; los contratos de adhesión en el transporte marítimo celebrados con las conocidas "*sea waybill*", "*straight bill of lading*", "*non negotiable receipt*", o el conocimiento de embarque (*clean on board*, o *dirty*), y con modelos normalizados y aprobados por BIMCO, vid.: Gabaldón García Jo., Ruiz Soroa J. (2002). Manual de derecho de la navegación marítima. Barcelona, Madrid. Ed. Mariscal Pons. P. 510-515. También están los contratos de transporte multimodal internacional de mercancías, consensuales, sinalagmáticos, onerosos, conmutativos y de tracto sucesivo, vid.: Enríquez Rosas José (1999). Transporte Internacional de mercancías. México. Ed. Porrúa. P. 602 y ss.

2.3.1. El Derecho Internacional Privado, elemento *sine qua non* del contrato.

Este derecho positivo, se refiere al interés particular de elegir las reglas de los supuestos que se dan en las legislaciones más pertinentes al caso privado concreto. Para el DIPr como conjunto de principios, normas jurídicas positivas y otras fuentes, una de las problemáticas en la esfera de la categoría del contrato, es que la noción o concepto del mismo, no ha sido definida de forma única⁴⁰. Además, aún se sigue aplicando la técnica de calificación del contrato con un régimen clásico, y uno moderno interno (con la determinación de aplicar leyes especiales, en apéndices de códigos, o en normas aisladas en medio de textos de reglamentos especializados).

Los fundamentos modernos del contrato transfronterizo se receptan en dimensiones del DIPr como el Tratado de Roma (CR-1980 de la "Ley aplicable a los Contratos Internacionales"); la "Convención Interamericana del "Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales" (CIDIP-V-OEA, México-1994); el Código Sánchez Bustamante (CSB, VI-conferencia panamericana, 1928); La Convención de Viena de la CVIM de 1980 (o en sus siglas en inglés CISG- "*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*") de la ONU-UNCITRAL-CNUDMI (en adelante solo CISG); algunas Reglas de la Haya, el STM-1898, 1940; en las espontáneas *The New Merchant Law* o de *Lex Mercatoria*, como del *International Institute for the Unification of Private Law* (en adelante UNIDROIT), o de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI). Pero esto ya no es suficiente, pues en la negociación de un contrato, se dan relaciones complejas a solucionar diversificándose estrategias y tácticas (v.gr., *the soft law to hard law*).

⁴⁰. Santos Balandro Rubén B. (s/a). El Derecho aplicable a los Contratos Internacionales. Uruguay Fundación de cultura Universitaria. P. 25. El jurista inglés *Pollock's* señaló que en el sistema anglosajón en la definición de contrato y de obligación no se deriva de la noción del contrato, y cada una es independiente de la otra. Pero que en el derecho continental, la teoría de las obligaciones es única, surgiendo la obligación tanto del contrato, como de la infracción. Y *Anson V.* dijo "que es mejor abstenerse de definir el contrato en general", cit. de: Kamarov A.S. (1991). Responsabilidad en el Intercambio Mercantil. Moscú. Literatura Jurídica, p. 12-13. Pero, hay quienes sí definen este Contrato como aquel en que puede ser regulado por dos sistemas jurídicos (*Adame Goddard Jorge*, Derecho de los Contratos internacionales, PDF); o aquel que "...su celebración se vincula a varios sistemas jurídicos por los domicilios de oferentes y aceptantes, como si su ejecución es multinacional", *Boggiano A.* (1983). Derecho Internacional privado, T. II. Editor. Argentina. Depalma. P.698; igual en *Delaume. What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma*, cit. por: Monroy Cabra G. (1999). Tratado de Derecho Internacional Privado. 5-ed.. Colombia. Editorial TEMIS S.A. P. 553.

El DIPr moderno recepta criterios clásicos para conexiones aplicables al contrato como: “lugar de celebración”, “de ejecución”, “ubicación del bien”, “del establecimiento” (*place of business*). Pero, se genera el problema de que si bien, la técnica *lex loci conclusionis*, era antes precisa al fundar la legislación aplicable, en el presente ella es anacrónica en la negociación entre ausentes, como en la formación del contrato por los medios electrónicos en el *e-commerce*⁴¹, donde es difícil determinar el lugar de formación final. El lugar que rige la forma del acto (*locus regit formam actus*) se ha adaptado en regulaciones, pero no como exclusivo. En el comercio, sobre el lugar de materialización del contrato es difícil determinar cuál es el sitio donde se ejecuta el acuerdo, si hay varios sitios de ejecución del negocio. La clave lugar de la ubicación del bien (*lex rei sitae*), no es claro y se destina sin realismo a todo bien (v.gr. Art. 6 CCP, y Art. 15 CCE).

Se dan problemas en los puntos de conexión subjetivos *Lex domicilii* o la *Lex nationalis*, el último es de menor vigencia ante el primero, por los hechos de la permanencia y la facilidad de su determinación. La residencia como factor o punto de contacto da ventajas parecidas al domicilio, pero en la etapa de la formación *ipso facto*, o en la de negociación continua o progresiva, y la misma celebración (*pactum in contrahendo*)⁴² o la ejecución contractual, usar la residencia como punto de conexión, se complica, si hay sujetos cosmopolitas como contrapartes en el ámbito contractual que son residentes u operan en diferentes países. Para la subjetividad de las personas ficticias, morales o jurídicas (*Lex societatis*), el factor clásico es el sitio del establecimiento *principal*, pero se aplican o consideran elementos como el registro del contrato o Pacto Social según los estatutos, o de la sede de directrices

⁴¹. Este es de: a) empresas (*business to business*) o **B2B**; b) empresa y consumidor (*business to consumers*) o **B2C**, y c) entre empresas y administración (*business to administrations*) o **B2A**. Vid.: Jované Lissy N. (2001). Problemas jurídicos del Comercio Electrónico. Ed. Mizrachi & Pujol, S.A., Panamá, p. 64; sobre el *cyber business* del **B2C**, “La fuerza del *e-commerce*”, VISA, América Economía, junio de 2010, p.59.

⁴². Que lleva a las partes a la celebración de un futuro contrato en un negocio ulterior, donde por el incumplimiento puede ser compelido a un resarcimiento de perjuicios [en línea], disponible en: Aida Noblia...cuestión emergente con relación a la importancia del estudio de las Fuentes del Derecho Informático [en línea], disponible en: www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1391-

administrativas (sesiones, *rounds* corporativos o *meeting* de las personas jurídicas en las estrategias o logísticas societarias: *holdings*, *trust*, grupos económicos, etc.).

También es elemento de conexión del DIPr el sitio donde la persona moral ejecuta con frecuencia sus negocios, que es criterio más flexible al fijar la conexión, como el de la relación más estrecha, que señala la *CISG*, (Art. 10). Y en la CR-1980 se dice "el contrato se regirá por la ley del país con el que presenten los vínculos más estrechos..." (Art.4). Este criterio de solución del DIPr en comento se le llama "*the most significant relationship*", que surge del "Principio de Proximidad", con normas del DIPr para la colisión de leyes, la competencia judicial internacional y los efectos extraterritoriales de las sentencias (en la recepción de la Cooperación Jurídica). Asimismo es más aplicado el principio, punto de contacto, o norma *Legis Voluntatis* (material o conflictual) en la contratación internacional de la reconocida doctrina (*Free Will*), como técnica o "regla de oro" en la compraventa comercial internacional (CVI), que permite adaptar el contrato a las necesidades y seguridad jurídica de las partes⁴³ (*Lex Contràctus*). Esta fórmula individualiza el derecho aplicable a las obligaciones contractuales, cuyo objeto no es localizable, físicamente, en ningún país. Sus soluciones son acorde a las expectativas de las partes, lo cual estimula las Relaciones Comerciales Internacionales.

Con el DIPr se trata de calificar el criterio de la internacionalidad del contrato. Aunque hay problemas del "hibridismo antagónico" por asimetrías de la regla interna y la anacional, que no asiste a la negociación del contrato, no se ha logrado avanzar en su régimen de internacionalidad, *v.gr.* ni en la *CISG*, aunque solo tiene criterio de que el contrato es transfronterizo, cuando las partes tengan sus *place of principal business* en diversos países, si es que esto se determina de los acuerdos o preacuerdos en la formación o bien en la celebración misma del instrumento.

En la CR-1980 y otros, se aplica el criterio de que el contrato debe tener conflictos de leyes para que sea internacional, y dispone como solución *prima facie* que el acuerdo se rija por la *lex voluntatis*; o sea es la receptada tendencia hacia la libertad

⁴³. González Campos J., Fernández Rozas y otros (1995). Derecho Internacional Privado. Madrid, Edit. Eurolex. España-Madrid. P. 147, 264.

contractual⁴⁴. Para la CIDIP-1994 un contrato es internacional si las partes del acuerdo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados participantes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado miembro; *ergo* le da preferencia al elemento de extranjería. Ante este problema contractual se aplica el remedio de que en la ausencia de estos se aplicará como fuente la analogía y principios del derecho generalmente aceptados.

Otro método es el interno de los países así: “el derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos Jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes.... Y “...son aplicables, supletoriamente, los principios y criterios del Derecho Internacional Privado” (Art.2047 CC). El CC venezolano dice⁴⁵ "cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se considerará las reglas de casos semejantes o de materias análogas"(Art. 4). El derecho mercantil como parte del DIPr es la ciencia por antonomasia de los negocios, y es con el contrato donde este derecho ha adquirido más pertinencia. La Ley de Enjuiciamiento civil española⁴⁶ dice “las diligencias judiciales que deban practicarse en el extranjero se cursarán en la forma que establezcan los tratados internacionales” (Art.300). En la formación del contrato para el DIPr desde el esclavismo las obligaciones verbales nacían del "mero consentimiento"; y sigue en los códigos decimonónicos de América, por lo que en su celebración hay teorías de: la declaración, la expedición, la recepción⁴⁷ y la cognición⁴⁸. Así, se conoce que en México, el convenio es el acuerdo al crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones; y si se crea o transfieren las obligaciones y derecho son contratos⁴⁹.

⁴⁴. Fernández Rozas J., González Campos J. Op. cit., p. 147.

⁴⁵. Gaceta No. 2.990 Extraordinaria de Julio 26, 1982 [En línea], disponible en: www.bibliotecajus.gov.ar/códigos/enegeral.html.

⁴⁶. Ley de enjuiciamiento civil. España. Col. GOÑI, Ed. Universidad y Cultura. 1978. P. 85.

⁴⁷. La Sala Primera en fallo de Agosto 20, 1990 dice que el artículo 210 contiene la “teoría de la recepción” en la que el contrato queda perfeccionado desde el momento en que la Carta, cable o telegrama, con la aceptación lleguen al domicilio o la oficina del oferente (R.J., p. 207-208, CCo., actualizado (2009). Panamá. Ed. Mizrachi & Pujol, S.A. P. 39.

⁴⁸. Larrea H. J. (2005). Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana, T.II. P.289-290.

⁴⁹. Loredo Alejandro. "Contratos informáticos y telemáticos, comercio electrónico, y su regulación en la Ley Mexicana, 10.05.2006, Colaboraciones, General, Nuevas Tecnologías, derecho por Pedro J. Canut". Hay clasificación de contratos y su Tipología es extensa [en línea], disponible en: Principales Contratos;...es.wikipedia.org/wiki/Contrato.

2.3.2. La Negociación y la categoría Contrato Internacional Mercantil *iusprivativista*.

Es importante diversificar los negocios internacionales, y para ellos, la categoría del contrato es valiosa fuente de la institución de las obligaciones, y que se originan del acuerdo en la negociación de las partes. Aunque las actuales doctrinas aplican leyes y fórmulas aisladas, sin rigor científico para regular relaciones de los actos jurídicos (teleológicas o del resultado final); y la llamada "legislación universal", el DIPr (inicial internacionalización, luego globalización) es algo quimérico, utópico, pues cada Estado tiene sus sistemas jurídicos y sub-sistema propio para las relaciones patrimoniales privadas que surgen al negociarse el contrato internacional.

La negociación no es un acto único, sino proceso científico que genera (derechos y obligaciones), *a priori* regulado entre partes⁵⁰ al crear relaciones entre ellas, *mutatis mutandis* llevadas a un acuerdo (contrato). Es gestión vinculada a relaciones con compromisos, tratos, promesas, acuerdos previos y finales; es método de autogestión de los sujetos en su *inter* contractual. Es comunicación de sujetos públicos o privados en acuerdos de voluntades⁵¹ afin a sus objetivos⁵².

Las Negociaciones directas (*face to face*) o las indirectas (*through intermediary*) son *modus operandi* que exige preparación interdisciplinaria para las problemáticas de los negocios (*modus vivendi*); y es un *know-how* de gestión como instrumento internacional con regulación pública o bien privada para sus elementos, sujetos, intereses opuestos o comunes, el acuerdo- resultado; tiene momentos-ciclos de planificación, ejecución, control, análisis, seguimiento; y le influyen factores-

⁵⁰. Vid.: Art. 33 de la Carta de la ONU; Art. 12 "c" de la CVT, 1969; el art. 1337 del CC de Italia dice "las partes en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe", vid.: Messineo Francesco (2003). Manual de Derecho Civil y Comercial, Vol. I. México. *Oxford University Press*. P. 247; y el CC portugués 1966 dice: "*Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fe, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte*" (Art. 227), vid.: a Medina Alcoz (2008), en Derecho Privado y Globalización (O. Alván Direc.). Bogotá. Ed. Grupo Ibáñez. P.158.

⁵¹. Caivano R.J., Gobbi M., Padilla R.E. Op. cit. P. 160.

⁵². Quintero de Prieto Beatriz (2000). Teoría Básica de la Indemnización. Colombia. E. Leyer. P. 121.

ambientes⁵³. Así, la teoría y *praxis* de la ciencia de la negociación es para formalizar acuerdos, y no se tiene en cuenta si existe conflicto o no (Vargas J., 2002)⁵⁴. En ella se reconoce el gran papel del DIPr y su figura del contrato en el proceso productivo y las relaciones comerciales⁵⁵.

La efectiva negociación es importante al regular relaciones patrimoniales como herramienta idónea (*powerfull business tool*), en contratos internacionales, tratados y otro tipo de convenios entre sujetos presentes o ausentes. Aplicar estrategias y técnicas de esta ciencia y arte en los ámbitos de acción humana como en la relación contractual comercial, profesión liberal, y otros es muy útil⁵⁶. En la Negociación hay las fases del acuerdo: preparación; pulimiento o "actos preliminares" (ejemplo la minuta), la aceptación de voluntades, la "perfección del contrato" con la suscripción, v.gr. incluso pre-contractual, y la "consumación del acuerdo" o sea la celebración del instrumento⁵⁷, permitido por el sistema jurídico positivo privado al acto concreto.

El DIPr y la Negociación son ciencias afines para uso del operador internacionalista, que no se excluyen, más bien se complementan en interés macro, meso y micro profesional. Esta última con enfoque neutral aporta a la sociedad: asesoramiento, acompañamiento, prevención, resolución, emprendimiento-innovación, y cometidos específicos en esferas públicas y privadas. De su negociador (*Negotiòrum gèstor*) se requiere efectivas técnicas de ingeniería o reingeniería jurídica para los negocios, y su *praxis* es afín a otras ciencias sobre las problemáticas de las Relaciones Internacionales. Así, en la relación contractual, para su oferta y aplicación la palabra

⁵³. Opi Juan M. T.N.T. Técnicas de Negociación transaccional [en línea], disponible en: www.Gestión2000.com, p. 43; Martínez, González, Rojas, "El proceso de Negociación consta de varias etapas..." [en línea], disponible en <http://luisdallanegra.bravehost.com/Negointe/negoint6.htm>.

⁵⁴. La conciliación aspectos sustanciales y procesales. Colombia. 4-ed. TEMIS. P. 81.

⁵⁵. Kamarov A. S. *Op. cit.*, p. 3; Treitel G.H. (1991). *The Law of Contract, 8-edition. London. Sweet & Maxwell/Stevens and Sons. P.7.*

⁵⁶. De gracia Isabel María. *Op. cit.* P.10.

⁵⁷. Al tenor sobre etapas de la González Alcántara Luís J. "La contratación comercial en el Derecho comparado del Profesor Boris Kozolchyk [en línea], disponible en: www.uscubalegalforum.org/.../gonzalezbookreview; Zartman W. Negociación: Teoría y Realidad, [en línea], disponible en: <http://www.salvador.edu.ar/negociac.htm>.

clave es “preparación”, pero reconociéndose que “*in business as in life - you don't get what you deserve, you get what you negotiate*” (Karras Ch., 2007).

El operador (con métodos cooperativos *win-win*, o bien competitivo *win-looser*, u otro) debe actuar asesorando a su patrocinado, regulando riesgo e inseguridad jurídica; como agente de prevención, debe negociar la formación del instrumento contractual que tenga forma y contenido claro, concreto, sin exagerar tecnicismos a riesgos de mala *praxis*, y evitar cláusulas que motiven la incongruencia, mala fe, o el abuso del derecho, ya que en el campo internacional, el contrato es un instrumento de circulación de riquezas muy requerido. El pragmatismo dinámico del contrato debe ser uniforme en lo jurídico y figura flexible al interés de los sujetos de las relaciones internacionales globalizadas⁵⁸. El jurista debe celebrar el "contrato idóneo", de cláusulas claras, exequibles, equitativas, de obligaciones y derechos en la negociación *ipso facto*, o bien en la de formación progresiva. Ejemplo, es el uso sustantivo oportuno (estrategia *just on time o el flush back*) de la transacción, que es acuerdo contractual de naturaleza pública, privada, civil, pero, no es figura de patrimonio único de esta relación, sino y de la mercantil, por la aplicación analógica del derecho de naturaleza positiva para los efectos de carácter internacional⁵⁹.

El estudio científico del contrato internacional, que se inicia desde su negociación, formación y celebración (Espinoza R. et al.,1994), es útil para "...la formación profesional ...a fin de ...entablar negociaciones y conciliar los intereses de las partes... lo que lo convierte en promotor del desarrollo"⁶⁰, aunque en los Estados (de América), este se regula con sistemas mixtos, legislaciones no unificadas, reglas que a decir del Dr. Larrea, H. (1998), sobre la capacidad "... a veces, hasta se confunde"⁶¹. Esto opina Salcedo Verduga (2001) es por la "...arcaica organización de la administración de justicia en el Ecuador"⁶², con normas dispersas, o en apéndices de códigos decimonónicos y en casos hasta con contradictorias jurisprudencias. Y

⁵⁸. Enríquez Rosas J. (1999). Transporte Internacional de Mercancías. Argentina. Ed. Porrúa. P.261.

⁵⁹. Madriñan de la Torre (2004). Principios de Derecho Comercial. Colombia. Ed. TEMIS. P. 45.

⁶⁰. Espinoza Ramírez, Wray A., Coello E., Falconi Puig, Medios Alternativos en la solución de conflictos legales. Quito. CIDES. P.105.

⁶¹. Manual de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano. Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. P. 242.

⁶². Salcedo Verduga.El Arbitraje: La Justicia Alternativa. Ecuador. Ed. ONI. P.191.

“...este defecto tiene por causa la progresiva senectud relativamente invariable del Derecho Civil, insuficiente en la previsión de fenómenos socio-económicos actuales que azotan con fuerza arrolladora el sector legal;...en la práctica contractualista dentro del mundo de los negocios en países con legislaciones no actualizadas, como es el caso del Ecuador ”(García, 2005)⁶³; y dice Valdivieso, B. (2005), que el contrato tiene "...un amplio campo de concepciones y puntos de vista muy diferentes..."⁶⁴, lo que no le permite seguir el ritmo del cambio social objetivo.

El sistema doctrinario romanista, dice que la convención (de *venirecum*) o venir juntos es el concurso de voluntades como acto bilateral que origina efecto jurídico de crear obligaciones, para llegar al contrato. Pero, el pago es convención, y no crea obligaciones, las extingue, e igual la tradición. Los contratos son una clase especial de convención que crean obligaciones. Igual que los convenios crean o transfieren obligaciones y los derechos y son una especie del género convenios⁶⁵. En algunos códigos es sinónimo convención y contrato, pero la primera es el género y el contrato es la especie más usual de convención, aunque ambos se someten a iguales reglas. O esa se embrolla el contrato con obligación, pues el contrato genera obligación, pero no toda obligación genera contrato, como en la garantía⁶⁶; además hay normas que indican otras fuentes de obligaciones (Art. 1453 CCE). Y agrega Valdivieso (2005) que los códigos no definen el concepto de obligaciones, lo que dificulta precisar en qué consiste ese vínculo jurídico⁶⁷.

En los contratos internacionales al operador de este tipo de relaciones le será útil y la renegociación, al conocer que la técnica de la Autonomía Contractual, permite a los sujetos acordar cuanto a bien tengan si ello no es contrario al orden

⁶³ .García Feraud G. Cuestiones Jurídicas. Guayaquil. EDINO. P.73, 150.

⁶⁴. Tratado de las Obligaciones y Contratos. T. IV del Código Civil. Loja. Grafimundo. P. 8.

⁶⁵. Sariñana Enrique (2009). Derecho Mercantil. México. Ed. Trillas. P.89.

⁶⁶. En Negocios Internacionales se han creado nuevas formas de garantías. Ellas se han abordado en Instrumentos como: Reglas Uniformes para las Fianzas Contractuales (URCB: *Uniform Rules for Contracts Bonds*); Reglas Uniformes sobre la Garantía a Primera Demanda (URDG: *Uniform Rules for Demand Guarantees*) de la CCI; *UNCITRAL - CNUDMI - ONU - Convención sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes* de 1995, vid.: Ortiz Herbener A. Op. cit. [en línea], en: ...Sentencia Corte Suprema de Justicia (Ecuador), www.revistajuridicaonline.com/index.php?...; www.abogadosecuador.com/espanol/articulos_abogados/10.html.

⁶⁷. Valdivieso Bermeo, Op. cit. p.6.

público y buenas costumbres. O sea en el contrato, en su forma integral, y modo implícito, hay normas de renegociación tipo la cláusula de *Hardship* (o de la excesiva onerosidad-teoría de la imprevisión) como en los "Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales"⁶⁸, que es modalidad que consagra la obligación de modificar el mismo; o bien las cláusulas *rebus sic stantibus*, *Inequity Review*, acción *quantis minoris*, el principio *non adimpleti contractus*⁶⁹; la cláusula Himalaya⁷⁰, y otras reglas del DIPr, aplicables en la negociación.

En la negociación mercantil, es recomendable que las partes deban conocer los elementos integrales del contrato (sujeto, objeto, causa, forma, solemnidades, uso de *scape device*, etc.), aunque en el DIPr contractual multinacional, no se está preceptivamente obligado a norma coactiva privada alguna⁷¹, o sea las reglas imperativas privadas nacionales no obligan a las partes en sus negocios transfronterizos (salvo excepciones concretas determinadas por las normativas de orden público, nacional o internacional), pues acorde a la globalización, el DMI tiene gran aplicación, y desecha regulaciones estatutarias, territorialistas en la materia. La información da seguridad jurídica⁷² en la negociación al planificar y posicionarse en los mercados; y es la garantía que la iniciativa comercial pide y demanda. Esto es la idea de ventajas de A. *Smith*, y de la función del Capital de K. *Marx*, donde hay dinámico tráfico mercantil (bienes, capitales, servicios, personas, documentos, etc.), entre países y el DIPr debe regularlo (como lo es con el receptado Derecho de los Negocios Internacionales o del Mercado, donde hay relaciones objetivas, más fuertes que la única intención de los contratantes).

⁶⁸. Vid.: en Ravassa Moreno, G. (2002). Derecho Mercantil Internacional. Colombia. Ed. Jurídicas, Gustavo Ibáñez. P. 369-370 (Sección 2, artículo 6.2.1).

⁶⁹. La reducción del precio por incumplimiento parcial, o del contrato no cumplido en Art. 1505 CC, la acción *quantis minoris* (1555), y "mora purga la mora" (el 1568 del CCE).

⁷⁰. Originada en 1954 (*Adler v. Dickson*), o más modernas como de "Circular Indemnity" Conflictual previstas en las excertas de U.K. en el *Carriage of Goods by Sea Act 1992*, y el *Contract Act* de 1999 que en la negociación de un TIC con B/L (Transporte Internacional de Carga y la documentación marítima propia de esta clase de contratos *shipping documents* llamados -*Bill of Lading, straight o seaway bill*) para extender el régimen de responsabilidad del porteador a los empresarios de labores portuarios, vid: Arias Varona, J. (2006). Manipulación portuaria y daños a las mercancías. Granada. Ed. Comares. P. 115; Sentencias Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, de 14 de enero de 1999, R.J. págs. 221, 222-223.

⁷¹. Boggiano, A. (1983). Op. cit. P. 705.

⁷². "...la seguridad jurídica se fundamenta...en la existencia de normas jurídicas previas, claras, Públicas y aplicadas por las autoridades competentes", reza la CP del Ecuador, 2008 (Art. 82).

Lamentablemente cada país regula el contrato⁷³ con criterios vigentes estatutarios o principios únicos de su legislación interna. El DIPr se aplica en negociación con criterios clásicos, o modernos de conexión y ocasionan problemáticas, pues son anacrónicos para el *e-commerce* (*Web-Business*), ejemplo es problema, al determinar el lugar de ejecución del acuerdo, si los sujetos tienen varios sitios de cumplimiento. La residencia aunque ventajosa como el domicilio, en un negocio de formación *ipso facto*, o negociación progresiva (*pactum in contrahendo*) al celebrar contratos, las partes pueden tener “múltiples residencias”.

El comercio objetivo exige regulación, y la negociación contractual⁷⁴ necesita del DIPr. Con estas ideas, se exhiben interrogantes como: ¿Cuál es el criterio científico idóneo para la negociación del régimen jurídico del contrato internacional privado?. Por esto, en Negociación contractual, hay quien opina que: “*we are far from the contracts of instantaneous formation of classic theory. Actual negotiations can take months or years and one suspect that this period cannot pass in a legal vacuum. The various systems of law effectively offer great variety on the problems of contract formation, legal approach of negotiations and the posible liability related to those negotiations. These differences create great uncertainty. Participants in international negotiations are in danger of poorly appreciating the legal consequences of their behavior, as well as of agreements that can be concluded during discussions*”⁷⁵. Por esto, es pertinente la afinidad interdisciplinaria que es al aplicarla a problemas de regular el régimen jurídico del contrato; para sus costos, y de lo que tener acuerdos perfectos significa⁷⁶.

⁷³. El elemento volitivo requerido para nacer el contrato, es el *animus contrahendoe obligationis*, que culmina con el consentimiento contractual, pues *solus consensus obligat*, y aunque las partes son libres de negociar, durante la etapa preparatoria, ellos tratan pero no contratan, o sea hay *tractatus*, pero no *contractus* (Medina Alcoz M, 2008), Op. cit., p.154.

⁷⁴. Cuando se inician negociaciones o tratos preliminares (*pre-contractual dealings*), o sea los actos que se llevan a cabo a fin de elaborar, discutir y concertar el contrato, la interrupción de los mismos es contrario a las reglas de la buena fe (*bona fides in contrahendo*) por alguno de los precontrayente, genera responsabilidad precontractual, que se concretiza en la obligación de indemnizar daños y perjuicios por el acto desleal, pues están unidos por una relación *sui generis*, que produce responsabilidad si se viola la buena fe, señala Medina A. (2008), Ibi., p.152, 155.

⁷⁵. ICC (ed.), *Formation of Contracts and Precontractual Liability. Paris 1993 FOR I Trans-Lex Principles of Transnational Law [en línea]*, disponible en: www.trans-lex.org/114000.

⁷⁶. Bullard G. Alfredo. Análisis económico de la interpretación contractual en el sistema peruano [en línea], disponible en: www.revistajuridicaonline.com/index.php?option...

2.3.3. El proceso para formación del *Contràctus* Internacional mercantil privado.

El régimen jurídico del contrato es regulado por el DIPr en muchos aspectos; pero en este trabajo solo se investigan los problemas de la etapa precontractual desde la negociación hasta la celebración previa a la entrada en vigor del mismo, sustentándonos en normativas positivas, acorde a que en la *praxis* los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral o al orden público. Así, los sistemas reguladores del régimen de contratos vigentes y conocidos se señalo son:

- a) El Formalistas de la forma externa del contrato;
- b) El Espiritualista en donde lo básico es el consentimiento de las partes; y
- c) El intermedio moderno de la forma escrita para evitar inconvenientes en la prueba testimonial, y la aquiescencia de las partes es idónea para el acuerdo⁷⁷.

Aunque puede haber otros métodos en la negociación para la entrada en vigor; por lo que surge la pregunta. ¿Cuándo se considera perfeccionado el contrato?. Al tenor el CC de Mongolia dice: “*Article 161: Formation of contract. Where the parties have reached mutual agreement on essential terms of contract and concluded the contract in the form provided by the law or in the agreed form, then such a contract shall be considered to have been concluded*”⁷⁸. En España "el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio” (Art.1254 CC). Y se agrega que el acuerdo se perfecciona por el mero consentimiento (Art.1258 *Ibi.*).

Al momento de expresión de la voluntad en Uruguay, Puerto Rico, Alemania, Costa Rica, Guatemala se acogen a la doctrina de la recepción. En Argentina, Brasil a la teoría de la expedición. En Portugal se recepta la de la información. Y frente a estos hechos se revelan las problemáticas de la negociación, formación y

⁷⁷. Ver más detalladamente: Lombardo Julio (1990). Derecho Civil III. "Contratos". Panamá. Ed. Centro de Estudiantes de Derecho. P.VII.

⁷⁸. Se dan teorías sobre el momento de perfección del acuerdo. ¿Cuándo se perfecciona un contrato? No.036 - Julio del 2001 Rev, ALFA Redi. [en línea], disponible en: Id. vLex: VLEX-107997 - . Sobre Contratación Electrónica. ... Autor: José Antonio Márquez González ... vlex.com > ... > Telecomunicaciones > Redes de comunicación.

celebración del Contrato por las disonancias en el sistema romanista, al acometerse la gestión de plasmar un contrato como acuerdo de la voluntad (el *Pactum in contrahendo*) y al que deben aplicarse las normas del DIPr⁷⁹.

La negociación en la formación del contrato se inicia con el acuerdo de voluntades, en que los sujetos planifican la relación contractual hasta que se llega a un compromiso o trato que representa los intereses de ambas partes (*Free Will*). Pero, en ocasiones es difícil distinguir con claridad las intenciones, las cuales no pueden ser dirigidas o no son para la creación de obligaciones con la oferta (*ex contractus*), que lleva a la aceptación (del *oblato*). Ante esto *Treitel* (1991) señala que "*when parties carry on lengthy negotiations, it may be hard to say exactly when an offer has been made and accepted*"⁸⁰. Pero en la formación del contrato para su vigencia igual se exigen la capacidad del sujeto (goce y ejercicio), y otros elementos como: consentimiento, el objeto lícito y la causa lícita (Art. 1463 CCE, 1112 CCP). En las normas generales del DIPr la formación preliminar (trato o la negociación paulatina del régimen del contrato), es el compromiso o trato, en el acto en que las partes convienen condiciones, o aceptan como se celebrará un acuerdo a futuro⁸¹.

FORMA DEL CONTRATO. En la negociación la forma del contrato internacional es en general verbal (oral) o escrita⁸². La *CISG* no somete el contrato de compraventa a ningún requisito de forma. En particular, dispone "...no tendrá que

⁷⁹. Etapas o fases de negociación o formación del contrato, más detalladamente ver [en línea]: www.icesi.edu.co/portal/pls/portal/psiaepre.ppcon_contractual?...código...; Perales Viscasillas P. tratamiento jurídico de las cartas de confirmación en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa Internacional de Mercancías [en línea], disponible en:

www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/confirma.html.; Martínez de Carrasquero, González Gutiérrez, Rojas de Mavárez. Negociación y transferencia tecnológica en el proceso de vinculación universidad- sector productivo, [en línea], disponible en: www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci...

⁸⁰. *Treitel H.H. Ob. cit. p.16; Anson's (1979). Law of Contract. Clarendon Press Oxford, 5-ed., page 24*; señala *Tazans Kalvis* que: "*In Latvia an agreement between absent partners is concluded upon the moment when a party which has received an offer dispatches an acceptance even though the opposite party has not received it .On the contrary in Germany the so-called "P.O. Box Principle" has been accepted-agreement is concluded as of the moment acceptance is received by the addressee (in its post office box). The mirror rule* [en línea], disponible en: www.juridicalinternational.eu/latvian-contract-law-and-the-eu-

⁸¹. El art. 2243 del CC del Distrito y Territorios Federales de México, ver.: Lombardo Julio. Ob. cit, p.IX; al igual que los artículos 1221 y 1553 del CC de Panamá sobre promesa de compraventa y de prenda e hipoteca.

⁸². As example "...sureties, guarantees are valid without any prescribed form; however, in practice written forms are used consistently as they can serve as legal evidence" (in *Swiss Bank Corporation. Bank Guarantees, public information news, p.11*).

celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos" (Art.11); *ergo* se reconoce que no es necesario siempre el acuerdo escrito al celebrar el contrato de CVIM. Pero se aclara que, si el contrato consta por escrito y tiene una norma que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito, el contrato no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo consentimiento de otra forma (Art. 29, N. 2). A fin de facilitar la negociación entre países cuyas normas exigen que los negocios contractuales de CVI se celebren por escrito, la convención acepta la excepción contenidas en el artículo 96. Y el primer capítulo de la *CISG*, ordena que toda comunicación entre las partes surte efecto en el momento en que se expide (es la recepción de la teoría de la expedición anotada).

El proceso de formación del contrato (*pactum in contrayendo*) presenta el inconveniente de que no siempre se puede determinar con claridad la secuencia de oferta y aceptación, dados los complejos modelos de contratación que existen, las cuales pueden generar derechos y obligaciones denominadas precontractuales durante la negociación. Estos aspectos carecen de regulaciones materiales en el CSB, y en la CIDIP-V; y dada su naturaleza conflictual, no plantean definiciones en cuanto al lugar y momento de formación del acuerdo mismo, por lo que en todo caso habrán de ser aplicadas las normas relativas a la existencia y validez del contrato (internas). Si las partes no eligen el derecho aplicable, dice la CIDIP-V, se tomará en cuenta los principios generales del DMI aceptados por organismos internacionales (Art. 9), *ergo*, así como los usos y prácticas comerciales generales.

En la negociación, el CSB, en parte de su cuerpo normativo, como fuente aplicable a la formalización internacional contractual, dice que se aplicarán simultáneamente la *lex loci contractus* y la *lex executionis*, a la necesidad de otorgar escritura o documento público para la eficacia de determinados convenios y a la de hacerlos constar en forma escrita (Art.180). Igual, esta dimensión señala: "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, salvo las limitaciones establecidas en este Código" (Art.166). Y se califica el contrato verbal o escrito. Los elementos de

forma, y fondo contractualistas se sujetan a la *lex loci celebrationis* (técnica de origen territorial-estatutario europeo), que se traduce en el principio *locus regit actum*, o sea la ley del lugar rige al acto (*lex contractus*).

Las exigencias formales de documentos públicos se rigen por la *lex loci celebrationis* (Art. “32” y “36”) del Sistema los Tratados de Montevideo (1889, 1940) en negocios del MERCOSUR⁸³. La regla lugar del cumplimiento (*lex loci executionis*) de la forma de los actos, decide si se deben hacer por escrito.

La CISG por su pertinencia recepta la negociación para formación contractual, y tiene cierta simetrías con el sistema anglosajón en su nueva tendencia en lo que se refiere al "*proper law of the contract*", que es: "*is a convenient and succinct expression to describe the law that governs many of the matters affecting a contract*"⁸⁴. Y se abunda en que: "*In some legal systems the mere consent of the parties suffices to create a binding obligation; in others something more is required*"⁸⁵. En el sistema de derecho basado en precedentes (*Common Law*) se acepta que "*some statutes do not require contracts to be made in writing, but only to be evidenced by a written document*"⁸⁶. Criterio alternativo de la forma en contratos tiene la CR-1980, y dice "será válido en cuanto a la forma un contrato celebrado entre personas que se encuentran en países diferentes si reúne las condiciones de la forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo..." (Art. 9, n.2).

La dimensión "espontánea" de negociación entre ausentes del *UNIDROIT* recepta el consentimiento e indica "nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato sea celebrado o probado por escrito. El contrato podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos" (Art. 1.2). Acotamos, que la validez en la

⁸³. La arquitectura de estos acuerdos públicos al regular relaciones *iusprivativistas* recepta la técnica, principio o de la fórmula o puntos de conexión de "*lex executionis*" o la "*lex solutionis*", como línea al determinar la regulación aplicable a los contratos internacionales. El sistema del DIPr de Los TM aplican y el principio general de la "*lex loci solutionis*" para regular los contratos internacionales (Art. 32): Santos Belandro, R. (2008). Derecho Comercial Internacional, Asociación de escribanos del Uruguay, p.10.

⁸⁴. *Cheshire and North. Ob. cit. page. 447- 448.*

⁸⁵. *Ibidem, page 478.*

⁸⁶. *Treitel G.H. Ob. cit., page 165.*

etapa de la *post* celebración del contrato, requiere de elementos de la capacidad y la ausencia de vicios de consentimiento (error, violencia, dolo), para evitar la declaratoria de nulidad del mismo (*ab initio*). Es el caso de que el contrato si existe, pero no es válido. Para los efectos de esta última etapa en la formación, la CIDIP-V (1994: Art.12) señala que la existencia y validez del contrato se regirán de acuerdo a lo dispuesto en el Capítulo 2-do, Art. 7-11, sobre el derecho aplicable, en el cual se considera en primer término la cláusula *Lex Contractus*; luego a falta de esta o en caso de elección ineficaz, se seleccionará el derecho con el que el contrato tenga vínculos más estrechos (“*The Floating Proper Law Theory*”), pudiéndose fraccionar el contrato, si diversas partes se vinculan con disímiles ordenes jurídicos (*depécage* o técnica del mosaico-fraccionamiento), receptado en América (Albornoz, M.:2008).

El tratado de la CIDIP-V sobre relaciones privadas contractuales agrega que se podrá aplicar la *lex mercatoria* al realizar la justicia y la equidad al solucionar el caso (Art. 10). Pero, la parte final del artículo 12 presenta confusa, dado que dispone “sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte”, esto es a pesar de que la misma Convención advierte que no se determinará el derecho aplicable a la capacidad de las personas para contratar (Art.5). Se presume, que esta norma puede referirse a verificar vicios de consentimiento en la negociación al formar el acuerdo. Pero, hay la presunción de que igual puede entenderse referida a la formación y ulterior existencia o cumplimiento, y no a la validez del contrato mismo.

En negociación continua se recepta la etapa de formación del acuerdo preparatorio, que es vinculante, v.gr. “*with the letters of intent or of Comfort* (Schmitthoff, 1990); y *Treitel* (1991) dice “...*in the case of an ordinary commercial relationship the courts do not require proof that the parties actually intended to be bound*”. Igual es en la carta de confirmación con valor en el sistema jurídico alemán⁸⁷. En el acuerdo

⁸⁷. Schmitthoff Clive M. (1990). *The Law and practice of international trade*. London. Edition Stevens & Son. Page 60; Libertad contractual, libertad de forma, *favor negotii*, Principios de

preliminar se intenta una relación futura y el contrato preparatorio, es el género, y la promesa de celebrar contratos, es la especie. El contrato puede celebrarse *ipso facto* (instantáneo, inmediato); o bien en tratos, compromisos, promesas, convenios (por etapas en la formación progresiva). Y aunque se opina que los tratos no son vinculantes⁸⁸; de hecho si obligan si se preve que el acuerdo podría celebrarse y una partes lo incumple (es *culpa in contrahendo* o *responsabilidad precontractual* en el *pactum in contrahendo*)⁸⁹ acorde al interés precontractual y el contractual⁹⁰.

En la crisis moderna socio-económico capitalista globalizada aumenta la lucha de los Estados y los monopolios por comerciar *commodities*, otros bienes de producción social o inversiones. En estos eventos gran valor tienen los contratos en general, y entre ellos los crediticios privados y públicos de diferentes países. Estos acuerdos de financiación son medios de pagos al favorecer el *import-export* (CVIM), y posicionamiento económico, en obtención de altas plusvalías, y la conquista de los mercados mundiales. Los contratos de pagos, crediticios-financieros son vitales al gestionar en mercados exteriores (forma de seguridad).

Hoy hay más participación del Estado (sujeto empresario en *jus gestionis*) en el Comercio Internacional, en la financiación o crédito mercantil del comercio de cuenta abierta; y se contrata generalmente condicionado a los usos y prácticas internacionales, que pueden ser gestionados a modo de garantías no accesorias de obligaciones⁹¹. De allí, que la regulación más adecuada para la realidad formal y

UNIDROIT, etc., Oré Chávez I. [en línea], disponible en: derechogeneral.blogspot.com.../los-principios-de-los-contratos.html; La CVT, 1969 de Viena (Tratado de Tratados), señala la obligación de los sujetos de no frustrar el objeto del acuerdo en la negociación (Art. 18); y el Art.1902 del CC español lo fundamenta en la violación del principio *neminem laedere* (no se debe dañar a nadie) o en la *culpa en contrahendo*. Principios de los Contratos Comerciales Internacionales,...[en línea], disponible en: www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/confirma.html.

⁸⁸. Messineo Francesco (2003). Op. cit., pág. 522.

⁸⁹. Vease el Art. 144 del CCo ecuatoriano sobre “retractación tempestiva e indemnización”. Igual la Sentencia del 27 de junio 2001, Sala Civil de la CSJ de Panamá, en el Proceso Ordinario Anibal Maylín Arevalo vs Josè Jesús Guardia y Virgilio Orlando Guardia, R.J. junio de 2001, p. 256, que dice “Contrato de Promesa de Compraventa.- Es posible que se pacte, tanto un plazo como una condición, para que se determine la época en que ha de celebrarse el contrato de compraventa”, p. 174, Código Civil, 2004, Sistemas Jurídicos, S.A., p. 174.

⁹⁰. Medina Alcoz (2008), Op. cit., p. 187-201.

⁹¹. Pagos Internacionales y Financiación del Comercio Internacional. Redacción de Popov A. N. (1980). Moscú. Ed. Relaciones Internacionales. P. 166-167; Arosemena Samudio, "El Crédito Documentario Irrevocable". Panamá. Rev. Lex del Colegio Nacional de Abogados. Abri-agst, 1993,

económica de un negocio jurídico sea la preocupación esencial del DIPr (Boutin, 2006)⁹², lograndose con medios pertinentes científicos la mejor relación entre las partes. La improvisación lleva a resultados negativos, y costos patrimoniales, por lo que ante esto, la ONU oferta y programas⁹³ de transmisión de conocimientos o *know-how* con figuras típicas (técnica modelo *soft law*) de contratos para negociar en las inversiones extranjeras directas y otros acuerdos mercantiles privados.

Pero cada día es más difícil materializar los contratos entre sujetos presentes como forma básica del comercio internacional. Ejemplo es que en los EUA la perfección de los contratos es al momento de la expedición (*contract is formed at moment of posting*). Es la regla de la doctrina consuetudinaria "*effective when dispatched*" con la "*mirror rule*", o la llamada "*the mail box rule*" (que sustenta que el oferente autoriza en forma tácita a la oficina postal para ser su representante y de esa forma recibir la eventual aceptación, como si al depositarse al buzón postal, lo hiciera el mismo responsable legal de la persona jurídica). Esto es en la noción del "*Common Law*" del "contrato" (U.K.) en hermenéutica de los precedentes⁹⁴. El *Restatement of Contracts* (2-d) of the American Law Institute (EUA) lo trata en la sección 63, y usa nuevos contratos, de *underwriting, partnership, coaching*, o de *Joint Venture*⁹⁵.

Ante ello el DIPr ofrece los "Mecanismos Alternativos Adecuados de Negociación (MAAN)" para formación de contratos económico-mercantiles, y los medios alternativos de solución de conflictos (MASC): arbitraje-permanentes, *ad hoc*, conciliación, mediación, modelos de negociación por posiciones, intereses, principios, transacción, y otros⁹⁶, en fuentes como: Convención de New York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales y laudos extranjeros;

Littho Imprint. P.97; sobre las reglas de Créditos documentarios de la CCI como costumbres mercantiles, ver detalles a: Hanna Musse A. (1990). *Lecturas de Derecho Económico*. Banco Central del Ecuador. P.254.

⁹². Op. cit. P. 285.

⁹³. Acorde al Capítulo X (Art. 58, 62 y otros, Estatuto de la Carta de San Francisco, CA de 1945).

⁹⁴. Wolff Martín (1958). *Derecho Internacional Privado*. Barcelona. Ed. BOSCH. P. 397.

⁹⁵. Roitman, H. (1997). *Joint Ventures*. Rev. De Derecho Privado Comunitario. Argentina. MERCOSUR. Rubinzal- Culzoni Editorial. P.81.

⁹⁶. Vid.: Barreto Ardila, R. (2002). *Negociación Directa-MASC*. Colombia. Ed. Doctrina y Ley Ltda. P.8-9; Santos Belandro R. (2000). *Arbitraje Comercial Internacional*. 3-ed.. México. *Oxford University Press*. P. 338 y s.s.; Herdegen Mathias (2005). *Derecho Internacional Público*. México. *Konrad Adenauer Stiftung*. P.385 y s.s..

Convención de Washington de 1965 de arreglo de diferencias en inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados” (CIADI), y la Convención Interamericana de Arbitraje Mercantil Internacional de Panamá (CIDIP-1975).

Se negocian y los contratos entre ausentes (a distancia) electrónicos (telemáticos) con problemas de relación vía *e-mail*; despersonalización de los contratantes que son ordenadores en *Internet*. Y el hecho abstracto del espacio virtual, dificulta ubicar geográficamente a las partes. Con la informática social mercantil generalizada se pierde el soporte "material" de "seguridad" que tiene el papel ordinario con firma a mano. Es la técnica de la "desmaterialización de las comunicaciones"⁹⁷. Y se celebran acuerdos entre no presentes con el EDI o *International Data Exchange*⁹⁸, con problemas de las fuentes (dimensiones), los principios de actos mercantiles electrónicos, inalterabilidad del derecho de obligaciones, la neutralidad tecnológica, la buena fe, la libertad contractual y otros. Es por ello que el sistema del Derecho positivo Privado de los negocios *On Line* para seguridad y equilibrio contractual⁹⁹ en el comercio "electrónico" o *E-Com*: "*International Cyber Law*", no debe ser con técnicas tradicionales generales por la importancia del *E-commerce* en las diversas relaciones contractuales, etc.

En la formación del contrato del *cyber-business* de medios de comunicación *fax*, *e-mail*, teléfono, y otros, se desecha la intervención notarial para dar fe, y los contactos son con mandatario, representantes, en lo que algunos autores opinan es "*a significant feature of international commercial contracts at present is the trend to favour the application of non-national or transnational rules and standards, such as the UNIDROIT Principles on international commercial contracts*".

De esta tesis *supra* aplicable a la formación del contrato es que científicos americanos entre los que nos contamos, al igual que *Hargain D. y Mihali G. (1998)*

⁹⁷. Riofrío Carlos J. (2004). La prueba electrónica. Colombia. Temis. Pág. 6-7.

⁹⁸. Torres Chaves Efraín (2002). Breves comentarios a la Ley de Comercio Electrónico firmas electrónicas y mensajes de datos. Ecuador. Ed. Corp. De Estudios y Publicaciones. P. 5.

⁹⁹. El contrato privado lo prevén y tratados interestatales como en el INTELSAT, para uso del espacio exterior (*res communis ómnium o res extra commercium*), vid.: Merchán Jaime (1987). Derecho Internacional del Espacio. Teoría y Política. Banco Central del Ecuador. P. 456 y s.s.

indican que en la futura Negociación Internacional deberá tomarse en consideración la tendencia en los casos contractuales de reconocer el consentimiento como principio, y la variante común, ágil, efectiva de tener un contrato sin un soporte escrito¹⁰⁰. Ejemplo, ya en Nicaragua el contrato puede celebrarse entre presentes o ausentes, por escritura pública o privada, por telégrafo, teléfono o carta, y aun de palabras (Art. 3293 párr. 1 CC). Pero, en Argentina los contratos deben luego de negociarse, formarse y celebrarse, casi por escrito (Art.1191, 1192 del CC), aunque a falta de escrito, dice Canabella el mismo se puede probar por otros medios¹⁰¹. Y con los MAAN proveídos por el DIPr, se evita la *culpa in contrahendo* de la no diligencia contractual¹⁰² que esclareció *Goettingen R. Von Jhering*¹⁰³.

En la relación contractual de financiar al deudor el regulador puede ser el RUUCD (Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios) de la CCI (*ICC-International Chamber of Commerce*). Esta ONG¹⁰⁴ privada creo y los

¹⁰⁰. Sobre armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales, en la *CISG*, 1980 de Viena de fomento del Comercio Internacional, el contrato a distancia, para que sea considerado valido, basta con que cumpla con la forma requerida por el ordenamiento del país donde se formula la propuesta o la aceptación. El principio de la libertad de forma o sea el "principio de informalidad", en esta dimensión convencional, frente a la constante de la Tradición jurídica de los sistemas civilistas, permite incluir en la libertad de prueba de la relación, elementos como los registros computarizados y el usar declaraciones de voluntad vía el intercambio electrónico de datos (EDI) o mediante el correo electrónico (*E-mail*); así como la prueba de que el contrato se ha perfeccionado por esos medios es admisible. Oviedo Albán Jorge, vid.: Aproximación al sistema de fuentes del contrato de compraventa internacional de mercancías, [en línea], en: www.javeriana.edu.co/.../pub.../internacional.../cap%205.PDF.

¹⁰¹. Canabellas de las Cuevas, G. Op. cit. P. 20. Ley de Inquilinato de Ecuador, 20.10.2000.

¹⁰². Vid.: Claro Solar (1979). Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado. T. I. P. 530; Parraguez Ruiz L. (1986) Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. V. I. Quito. Edi. Gráficas Mediavill. P. 37; por el principio *neminem laedere* (Art.1902 CC España, 1644 CCP, 2214 CCE): "Las normas de Derecho Internacional privado,...materiales como [en línea], disponible en: las.....www.notariosyregistradores.com/PINCELADAS.htm. La doctrina trata de establecer la naturaleza de la *Culpa in contrahendo*, y considera en concreto, que la relación precontractual quebrantada no genera efectos típicos contractuales, pero si puede dar lugar a otro género de consecuencias indemnizatoria. La parte afectada en su confianza es acreedora de un derecho a ser resarcida para lograr la situación - el *statu quo* ante - en que estaría antes de negociaciones y el abandono arbitrario de los tratos (compromisos), es actuación abusiva del derecho, (Medina Alcoz, 2008), Op. cit. p.167, 181.

¹⁰³. *The spirit of Roman law [en lineal]*, disponible en: ... *Rudolph von Ihering*, *The spirit of Roman law in the ...www.scielo.cl/scielo.php?*

¹⁰⁴. Al tenor aclaramos que la carta de crédito documentario, no es regulada por normas del Ecuador. La aplicación de los Usos y Reglas Uniformes, relativos a créditos documentarios de la CCI, ha sido constante por parte de bancos, y puede afirmarse que tienen categoría de costumbre mercantil, uniformes, públicas y reiteradas que suplen el silencio de la Ley, conforme al art. 2 del CC, el art. 4 del CCo, y 526 en la última excerta sobre el contrato *sui generis* de crédito (*legis voluntatis*), vid.: Hanna Musse, A. (1990). Op. cit. P.255.

INCOTERMS, y otros MAAN aplicables en la negociación de medios de pagos, créditos documentarios, cobranzas, tales como:

- a) Reglas Uniformes sobre garantías a primer requerimiento (URDG, 1992);
- b) Reglas sobre practicas internacionales (*Internacional Stand by Practices ISP 98*).
- c) Rules for the regulations of contractual relations, 1979; y otros.

Así, aunque con fórmulas generales de contratos, dice Parraguez (1987) "...el hombre vive contratando para procurarse todo aquello de que carece"¹⁰⁵, por lo que este convenio bien negociado, será factor de conservación del negocio jurídico, con seguridad jurídica y estabilidad económica, en conservación del principio *pacta sunt servanda* o buena fe (Parra y Parra, 2005)¹⁰⁶. Esto se ha conseguido en algunos acuerdos aunque con problemas (el *spagetti Bowl*) en la UE, y el MERCOSUR¹⁰⁷, con el desarrollo integracionista que recepta la objetiva regulación del DIPr en la negociación¹⁰⁸ (en su rama del "*Internacional Commercial Business Law, el Market's Law* y, a veces el llamado menos amplio *The Corporative Law*).

Esto es y entre otras la razón de la existencia del DIPr, que tiene gran valor en las seguridades jurídicas en los contactos productivos y la cooperación mundiales¹⁰⁹, el posicionamiento científico-técnica, especialización, cosmopolitismo. Es por esto que en América aunque se siguen las culturas jurídicas arraigada neo-romanista, y la anglosajona *iusprivativistas*, hay de cierta homogeneidad jurídica liberal, como también unas ciertas tendencias oscilantes (coyunturales) para promover la unificación en un mundo de creciente interdependencia económica y social.

¹⁰⁵. Cit. de: Larrea Holguín J. (1998), Op. cit. P.177; en la teoría de la *culpa in contrahendo* (*tratos preliminares, letter of intent, memorándum of understanding, non disclosure agreement, due diligence* que son acuerdos pero no son *per se* un pre contrato, o un contrato preparatorio o contrato promesa, si las partes no declaran la intención de ello) no debe confundirse con el *pactum de contrahendo* (precontrato o contrato preliminar): Medina Alcoz M. (2008), Op. Cit. P.162.

¹⁰⁶. Parra y Parra J., (2005). Sociedades Extranjeras y Negocios Internacionales. Colombia. Ed. Jurídica Gustavo Ibáñez. Pág. 289.

¹⁰⁷. La integración del Sur (Mercosur) y Tratado de Asunción de 1991, mecanismo contractual. Parra y Parra José E. Ibidem, pág. 225; Vivien Matteo T. La Contratación Mercantil y la Añoranza del "*Jus Commune*". .. en el ámbito interamericano y en... [en línea], disponible en: [www. Derecho comercial.edu.uy/PonenciaMatteo.htm](http://www.Derecho.comercial.edu.uy/PonenciaMatteo.htm).

¹⁰⁸. Término del latín *neg* que significa **no** o carencia y *otium* que lleva la idea de tranquilidad. Es un método no adversarial, voluntario, informal, directo o mediante terceros, como en la mediación, que viene del término *interventus* o del aforismo *in medio situm ese* o *mediatio*, para llegar a un contrato como en la transacción (que es además figura mixta por extinguir las obligaciones, art. 2348 CCE).

¹⁰⁹. Boguslavskyi M. (1989). Op. cit. P. 9.

2.3.4. Teorías del Derecho Mercantil (DIPr) en las relaciones contractuales.

El Derecho Mercantil Internacional (DMI), o el conjunto de principios y normas jurídicas positivas privadas con criterios subjetivos (clasista de comerciantes) y objetivos¹¹⁰ y fue instituido en las ideas de especialidad e igualdad formal entre todos los sujetos, aplicable a necesidades en el Comercio. Y dado que estas normativas de tipo comercial de los países tienen varios puntos de conexiones, se ha dirigido esta investigación a escenarios del DIPr general que son de interés por su complejidad y su aplicación en la *praxis* de la negociación contractual *iusprivatista*.

Con estos antecedentes, el DIPr es útil y aplicable para calificar si la relación que surge es privada internacional y clásicamente de comercio, por lo que al tenor se dan teorías nacionalistas, internacionalistas, y unificadoras. El aplicar la legislación extranjera se explica con varias tesis, lo que no es el objeto de este estudio, pero que son actuales en la relación contractual; y entre ellas está la de las “Comity” (Escuela Estatutaria Flamenco-Holandesa), de que el Estado es soberano para rechazar, o bien por pura cortesía internacional aceptar la aplicación de la ley extranjera¹¹¹.

El objeto del DIPr es la relación privada (y su continuidad extraterritorial, si contiene elemento extranjero relevante); donde este es aplicable y a la negociación para la contratación comercial transfronteriza en forma concreta, teniendo referencia conocimientos, principios y técnicas que ayudan a interpretar las normativas para el contrato, aceptando ante esto, que los preceptos que regulan las relaciones sociales hallan su razón de ser en la naturaleza de los acuerdos que los sujetos celebran entre sí; y que así como ellos cambian con el decurso del tiempo, también las normativas positivas deben siempre pulirse armónicamente, para obtener la homogeneidad de las fuentes del derecho regulador de la sociedad humana constante desarrollo.

¹¹⁰. Ruy Pereira C. "El Código Civil Brasileño de 2002, La empresa y la autonomía del Derecho Comercial"[en línea], disponible en: www.iaba.org/.../camilo_Ruy_El_Cod_Civ_Bras_sp.htm; Ravassa Moreno, G. Op. cit. P.51.

¹¹¹. *Joseph Story* padre de la teoría del DIPr en EUA, sustentó las *comity*, al otorgar y lograr defensa Judicial (*in return*), y consideró que un Estado "puede prohibir algunas leyes extranjeras, i admitir la acción i efecto de otras" Ver.: Orangel Rodríguez (1917). Derecho Internacional Privado, Tomo I, Tipografía Vargas, Venezuela, p. 318, 322 y ss.; *Korestkyi, V. (1989). International Private Law. T. I y II. Kiev, Ucrania. Edition Naukova Duma. P. 228.*

Sobre el tema anotado *supra*, se relaciona el hecho de que en el DIPr, su objeto, es uno de los temas más discutidos. La doctrina acepta y que el objeto específico de esta rama del Derecho es el de resolver los conflictos o colisiones normativas procedentes de las relaciones jurídicas entre sujetos que están bajo normativas y soberanías diferentes. O sea esta rama del Derecho positivo determina cuál es la normativa competente para la relación extranacional evitando que un acto se regule por más de un orden jurídico inadecuado. Ante esto el Derecho de los contratos es esencial, y redime la previsión (función prospectiva o de previsión de los fenómenos jurídicos del DIPr), ya que las inseguridades en derechos y obligaciones elevan los costos materiales y sociales de la negociación mercantil concreta¹¹².

El objeto del DIPr (en el contrato transfronterizo) se refiere igual, a los métodos para su creación y aplicación, y al tenor se exhiben teorías o filosofías siguientes:

A- La tesis territorial, señala que todas las relaciones se regulan por un derecho en cada Estado, debido: a) La existencia de países, con sus territorios dentro de los cuáles el derecho tiene vigencia. b) La estatización del derecho que cada Estado elabora en un territorio; que son las normas exclusivas soberanas materiales (solo tiene vigencia dentro de su espacio), y es excluyente (niega la aplicación del derecho extranjero). Es método imperativo y se acoge al principio de que un Estado no puede someter a otro Estado, en virtud de la regla de que entre iguales ninguno se somete (*Par in Parem non habet imperium*). Esta estrategia medieval, aún tiene evocaciones en contratos, y ante esto dice *Boggiano A.*, que este espejismo retrasó mucho tiempo la solución de intrincados conflictos de leyes internacionales¹¹³.

B- La teoría clásica, discurre que el objeto del DIPr es solucionar el conflicto de leyes emergentes (método conflictual). Elige cuál de las distintas normas materiales nacionales señaladas potencialmente en el supuesto factico es la adecuada para regularla al final. Con una estructura indirecta la norma de elección, no da

¹¹². González Campos y Fernández Rozas, Op. cit. P. 161; igual coinciden otros investigadores como Ravassa Moreno, Op. cit. P.32.

¹¹³. Boggiano, A. (s/a). Contratos Internacionales ---*International Contracts*. Argentina. Depalma. P.32.

disposición material y solo indica el sistema jurídico adecuado para la solución de fondo. El DIPr inquiriere cual es la legislación material aplicable para la relación jurídica extranacional que tiene el elemento extranjero más relevante en forma general "a *foreign element*"¹¹⁴. Su función es, elegir cuál es el sistema normativo que cubre la relación de derecho. Este orden jurídico nos da a conocer o saber si una relación definida se rige por el derecho de tal o cual Estado; pero, previo al uso de la técnica de calificar la relación jurídica se investiga cuál es la regulación de derecho aplicable. O sea en esta teoría se recepta el vínculo del derecho de la comunidad de Estados con los sistemas reglamentarios internos llamadas autónomas (*mutatis mutantis* en negociación y celebración del contrato privado).

C. Concepción Universalista. *In límine* (al principio) el objeto del DIPr debe ser crear normas materiales; y no solo elegir las leyes concurrentes, sino que debe proveer reglas normativas específica adecuado o de correlación (analogía) para las relaciones jurídicas extranacionales. Esto es un derecho uniforme en la solución de los conflictos de leyes entre privados (ejemplo en relación de contratos). Así, para *Savigny* el objeto del DIPr fue regular la relación, ubicar su *seat-sitz*¹¹⁵ en la producción mundial. En el sistema continental (Francia, Italia, España, y parte de América, etc.) el objeto de este derecho es el estudio de: nacionalidad, status de los extranjeros; colisión de leyes, y conflicto de autoridades. Tratadistas socialistas soviéticos opinaban que el objeto del DIPr eran las relaciones jurídicas civiles internacionales que poseen elemento(s) extranjero(s) relevantes. Pruebas de recepción del DIPr en el socialismo son las nuevas leyes sobre Contratos y comercio de China 1994 y 1999 que facultan a las partes en un acuerdo "relacionado con temas extranjeros" a elegir la ley que gobernará el contrato¹¹⁶ (*Lex voluntatis*).

¹¹⁴. *Cheshire & North's*, Op. cit. Page 3.

¹¹⁵. *Korestskiy, V. (1989). "Savigny in international private law (in commemoration of 65 years for the death)". Op. cit. Page 82.* K. Savigny indicó que "todo contrato implica una voluntad positiva de la cual tienen clara conciencia las partes", que las corporaciones tienen poder suficientemente para negociar la elección unilateralmente la ley y la jurisdicción que más les conviene aplicable al contrato, aunque el derecho local libremente elegido en las obligaciones, es el que debe considerarse integrante del contrato. Vid.: *Fresnedo de Aguirre C. Op. cit. P. 81, 82, 83.*

¹¹⁶. Art. 126.: ver en *Solis Riera C. Información [en línea], <http://www.rebollo-abogados.com>.28 Jul 2009; Ley de Contratación de 1999, www.latinocounsel.com/esp/noticiaampliada.php?...; Abogado, LL.M University of Sydney...la ley China será universalmente aceptada en el context internacional... asiapacifico.bcn.cl/.../sistema-legal-chino-tlc-china).*

Pero para ciertos universalistas importa es el alcance de la *lex fori*, y no los de la ley extranjera (CC francés 1804 sobre capacidad y estado, como normas unilaterales que solo dan competencia a una ley determinada, Art. 3, p.3)¹¹⁷. El objeto es resolver conflicto de leyes y que se señale cual de ellas prevalece, acorde a métodos: conflictualista¹¹⁸ (sustancialista, imperativo, pluralismo) del objeto y naturaleza del DIPr. En el sistema del *Common Law*, el objeto del DIPr es la colisión de leyes y de jurisdicciones (*tort of law or choice of law*), para soluciones de los conflictos. Aunque en el *Conflict of Law* de EUA (salvo Lousiana), se difundió en el Código Comercial Uniforme (UCC) normas estatutarias de Derecho Mercantil¹¹⁹. Para esta tesis el objeto del DIPr es la relación privada, con elemento extranjero y su continuidad en otros ámbitos, aunque no se dé en un mismo momento de ella (*v.gr.*, de lo nacional esta puede pasar a lo internacional por el “*breach of the agreement*”).

De todas estas teorías muchos aspectos son aplicables en negociación del contrato internacional, como proceso, en lugar de un área que completar, pues el cierre del contrato no marca el fin de la relación comercial sino los primeros pasos en desarrollo de una fructífera relación comercial futura¹²⁰. Y esto se produce por los problemas de costos, por lo que tener buenos contratos significa que la negociación adquiere una fundamental importancia para lograr mejores relaciones y, como consecuencia, sólidas posiciones, por todo ello, negociar, merece ser estudiado (Hernández y Cedré, 2006)¹²¹. Por ejemplo, esto es aplicable a que en el Comercio Internacional han aparecido, nuevas formas de garantías, para reforzar el contrato de las fianzas¹²², hipotecas, inversiones y seguridades, por lo que crecen los problemas de la calificación jurídica de las relaciones, que deben solucionarse (por el DIPr).

¹¹⁷. De la Torre Madriñan (2004). Op. cit. P.15.

¹¹⁸. Reglas de conflicto de Dos principios: estatuto real (*lex rei sitae*) para inmuebles, y *legis voluntatis* para contratos privados, vid.: Ravasa Moreno, Op. cit. p.37.

¹¹⁹. Vid.: Ferrell O.C., Hirt Geoffrey (2004). Op. Cit. Page 72; Rosa Julia Barceló (s/a). Comercio electrónico entre empresarios. Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Dir. por: F. Vicent Chuliá, Tirant lo blanch, p. 105; "La regulación jurídica del contrato internacional [en línea], disponible: vlex.com/vid/regulacion-juridica-contrato-internacional-50203536.

¹²⁰. Cortina Flores Nuri. Aspectos Prácticos para alcanzar una Negociación exitosa en Contratos Transfronterizos [en línea], disponible en:

<http://ebcache.googleusercontent.com/search?:www.cem.itesm.mx/derecho/verba-iuris/articulos/030905.html+negociacion+contractual>.

¹²¹. Hernández Aguiar M., Cedré Santos, Op. Cit [en línea].

¹²². En la *praxis* para toda garantía dice Ortiz Herbener A. hay que acudir al “*solve et repete*”

2.4.- FUNDAMENTACION LEGAL.

A pesar de las patologías anotadas *supra*, las bases de negociación del régimen jurídico del contrato transfronterizo mercantil moderno avanza en su recepción en: las Reglas *Haya-Visby*, las Reglas de *Hamburgo-1978*, la *CISG-80*, la *CR-1980*, de *Rotterdam 2006* sobre CTIC¹²³, y otras. Sin embargo, la vigencia es de escasas normas jurídicas materiales, uniformes convencionales en diversas fuentes de Negociación Contractual. Y la noción de contrato internacional aun no está claramente abordada, y solo se la da en forma general. Además, entre los fundamentos hay diferencias conceptuales¹²⁴ así: a) en unos casos se acepta como fuente interna de obligaciones la sola expresión de la voluntad unilateral y en otros exige acuerdo de dos o más partes; b) en la norma internacional se comprende no solo el concepto de los sistemas de “*civil law*”, sino igual del “*common law*”.

EL PROBLEMA DEL CONCEPTO: En las patologías que se presentan en el tema del contrato, señala Madriñan de la Torre (2004)¹²⁵ esta su concepto. El motivo dice Sadikov O. (1984)¹²⁶, es por las disonancias entre la doctrina, la literatura, o entre normas nacionales; y a la falta de criterio convencional único o al menos, más aceptado aplicable en la mayoría de los casos; o sino es limitado y corto, a pesar de su gran importante difusión (López Herrera)¹²⁷. Es problema que, en el *Common Law* el contrato consiste en promesas (*promise*) verbal o escrita que se hacen las partes, a

(primero pagar, luego reclamar) como función del contrato y menciona tales como: *Tender Guarantees, Bid Bonds, Performance Bonds, Stand-by - letter of credit*, etc. [en línea], disponible: En mi concepto...Contrato de Garantía en el...que el Estado ecuatoriano, beneficiario de una garantía... www.abogadosecuador.com/español/articulos_abogados/10.html

¹²³. ONU- Sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo o “Reglas de Rotterdam”, 23.9.2009. Es Tratato del transporte internacional por mar de Líneas Regulares para sustituir a las conocidas “Reglas de la Haya-Visby-68” sobre los B/L que transmite la propiedad de la mercancía (Hijo-house B/L que emite el NVOCC-Non-Vessel Operating Common Carrier, SWB-Sea Waybill solo de carga, Madre-Master B/L que emite el naviero efectivo) y modificaciones. www.legaltoday.com/.../que-son-y-por-que-espana-debe-ratificar-ya-...

¹²⁴. Loredó Álvarez A. (2005). “Contratos informáticos y telemáticos y su regulación en la Ley Mexicana en el entorno del comercio electrónico”. [en línea], disponible en: <http://www.cibersociedad.net/arcivho/articulo.php>

¹²⁵. Principios de Derecho Comercial. 9-ed. Colombia. Ed. TEMIS. P.8.

¹²⁶. Derecho Internacional Privado. Moskwa. Ministerio de Educación Media y Superior de la URSS. Literatura Jurídica. P. 131.

¹²⁷. Y se opina que: "el derecho de libre contratación no es ilimitado...todas las legislaciones le señalan su tope: el orden público y las buenas costumbres (Art. 6 del CC venezolano)", Ob. cit., p. s/n.

las que la ley da fuerza ejecutoria como obligación jurídica general, que surge del acuerdo de las partes¹²⁸; y en las asimetrías del *tort of law* dice *Treitel G.H.* (1991) “...some such contracts must be made by deed; some must be in writing...”¹²⁹. Y *Cheshire & North’s* (1987), agregan que “...not all the matters affecting a contract are necessarily governed by one law”¹³⁰. Y el *Uniform Commercial Code* (UCC de EUA) para obligaciones contractuales acepta que en negociación la venta puede ser válida aún sin definir el precio, la fecha o sitio de entrega (Art.2-305).

Aunque, aplicable al contrato hay la tendencia de aceptar la *responsa prudentum* mundial, que no se puede ignorar derechos que traspasan las fronteras estatales, que es preciso valerse del derecho de otros Estados (ceder soberanía), ya que al no reconocer al derecho extranjero no hay seguridad jurídica (base de la Negociación Contractual Internacional), pues bastaría para eludirlo o evitarlo el designar solo la jurisdicción nacional (aplicar *lex fori* para la patética nacionalización de toda relación contractual). Esta patología del derecho, afecta y la calificación de subjetividad de las personas, de las ficticias, morales o jurídicas (*Lex societatis*), donde el factor clásico de reconocimiento de la capacidad es el sitio o lugar del establecimiento principal, y se toman en consideración solo elementos como el registro del Pacto Social según los estatutos, o de la sede de directrices empresariales. Igual es elemento de conexión el sitio donde la persona jurídica ejecuta con frecuencia sus negocios, que es criterio más flexible para fijar la conexión, entre ellas, o el de la relación más estrecha (señalada en la *CISG*, art.10); o en la dimensión por algunos aceptada como espontánea de los Principios de los contratos del *UNIDROIT* (Art.1.10 en el criterio “*the most significant relationship*”).

Igual se recepta en el acervo y *praxis* el criterio en el DIPr de la autonomía de las partes (*Free Will, Freedom of the seller or the buyer, of the import-export*). Esta técnica o “*regla de oro*” para en la CVI esta y en el CC italiano (Art.1322 sobre

¹²⁸. Dr. Matteo Terra Vivien. La Contratación Mercantil y la Añoranza del “*Jus Commune*” [en línea]: www.derecho.comercial.edu.uy/PonenciaMatteo; Art. 1-201 del CCo de EUA en Derecho Civil, Comercial y de Familia de los países capitalistas (1986). *Moscow. Ed. Buischaya Schkola*. P.283.

¹²⁹. Op. cit. Page 165.

¹³⁰. Op. cit. Page 448.

autonomía contractual), en el CSB (Art. 185) y otros, como manifestación de la libertad de la autonomía de los particulares, que les permite adaptar, el negocio a sus necesidades pero con límites. Esta técnica individualiza el derecho aplicable al contrato, cuyo objeto no es localizable, en ningún país. Sus soluciones son más justas conforme a las expectativas de las partes, lo cual estimula los contactos mercantiles Internacionales. Pero es posible que aún con el acuerdo del *electio juris* o *pactum de lege utenda* indica Santos Belandro (s/a)¹³¹, que se den y desventajas de las partes al negociar, se dan cláusulas abusivas en los contratos tipo (prelaborados o no negociados, *standarts*, tesis de la *batalla de los formularios*). Y los múltiples problemas del régimen jurídico de este acuerdo crecen por el gran número reglas estatales contradictorias entre sí, las nuevas figuras, y surge la patología del "*hibridismo antagónico*" por diferencias entre la regulación interna y la anacional aplicable a la negociación y celebración del acuerdo.

DEL PROBLEMA DEL PRECONTRATO: Una noción de contrato no es unánime¹³². La doctrina más reconocida si señala los acuerdos en la negociación (preparatorios) o el *Pactum in contrahendo*¹³³; o sea las vinculaciones en la formación instantánea (*ipso facto, short or self executing contracts*), y en la negociación paulatina o progresiva del contrato (*long terms contract*), por aquiescencia de las partes. En el sistema romanista de Italia se lo recepta así: "Negociaciones y responsabilidad precontractual.. Las partes, en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe" (Art.1337 CC). Y España no ampara el abuso del derecho (Art.7 CC)¹³⁴.

¹³¹. El derecho aplicable a los contratos internacionales. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria. P. 75.

¹³². Para el sistema continental el contrato es el acuerdo, dirigido a establecer, terminar o transformar derechos y obligaciones (Art. 1101 CC francés, 305 CC alemán, el CCó de EUA dice "contrato, es una obligación jurídica general, que surge del acuerdo de las partes..." (art. 1-201, parte 2)

¹³³. Negociación: ciencia y arte de procurar un acuerdo entre dos o más interdependientes, las fases del contrato: Negociación, acuerdo y redacción del contrato- Minuta o *pactum in contrahendo* en la formación, celebración; Entrada en Vigor o Ejecución y extinción, para otros: preparación-perfección, y la consumación. Para otros etapas: análisis, planeación, discusión, decisión, preparación, ejecución, conclusión, control, materialización.: ver. Degracia María (1999). La Negociación, una capacidad práctica del abogado, Librería Editorial Platense, p.46-47, 49; *Kuechle David, Raiffa Howard (1983). "The art and science of negotiation", Harward University Press, cit.: Coviano J, Gobbi M, Padilla E. (1997). Op. cit. p.148.*

¹³⁴. CC-art.1450, y se aclara que: «la esencia del llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o "*pactum de contrahendo*" es la de constituir un contrato por virtud del cual las

El *Gesetz uber internationale Wirtschaftsvertrage* de la RDA¹³⁵ decía que si en la preparación o celebración del contrato una parte infringe sus obligaciones, la otra parte tiene derecho a exigir los gastos probados en el evento (Art.34). Pero, en el *common law* no se reconoce la buena fe precontractual, como se lo establece en el sistema romanista¹³⁶. En general todos los problemas de la formación del precontrato es porque este se regula aún con sistemas mixtos, normas dispersas, o en apéndices de códigos decimonónicos y normativas (públicas o privadas), en casos contradictorias donde y la Jurisprudencia hasta ha señalado que acorde al "...Código Civil (Art. 1505), la promesa de someterse en el Ecuador a una jurisdicción no reconocida por sus leyes es nula por vicio de objeto"¹³⁷; y la legislación "...mantiene una línea mas bien unilateral, sin procurar un camino que vincule efectivamente los cuerpos legales de nuestros países" (Buchelli, M.)¹³⁸.

El CC Mexicano igual es confuso e inútil al calificar el convenio como el género y al contrato como la especie (Esperón, M.: 2009)¹³⁹. En este país "...la labor legislativa ha sido escasa, el contenido de las normas de conflicto...existentes es muy variado y no siguen un criterio uniforme en la aplicación de los derechos ajenos al foro..."¹⁴⁰, se limita la *lex voluntatis* y valida la tesis sobre la ilegitimidad de las codificaciones nacionales en materia del DIPr (Quintín A.:1982)¹⁴¹. Similar es en el CC argentino, que según *Rabel E.* sobre contratos internacionales es...un laberinto de misteriosas disposiciones"¹⁴²; ubicadas en apéndices de códigos y leyes

partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar, por lo que la expresada figura contractual del llamado precontrato, dicho con frase gráfica, consiste en un "quedar obligado a obligarse"». (El contrato de reserva es un precontrato y no compra venta). España. STS 375/2008 de 8 may – 24.7.1998 [en línea]: <http://sites.google.com/site/fsantaella/derecho-civil/jurisprudencia-del-codigo-civil-por-articulos#TOC-Artículo-1.450>.

¹³⁵. GBI. I Nr.5 S. 61, 1976. Texto en idioma ruso, traducción directa del autor de la tesis JBU.

¹³⁶. KOZOLCHYK, B. (2006). La contratación comercial en el derecho comparado. Madrid. Ed. *Dykinson*. P.345.

¹³⁷. Actual Artículo 1478 sobre el Orden Público, Sala 1-era de la CSJ J XII, 11 p. 2253.

¹³⁸. Buchelli Mera. "El orden jurídico internacional, el orden jurídico interno y el Derecho Internacional Privado", Boletín del Instituto de Derecho Comparado, Univ. Central del Ecuador, No.19, 1972, p.132-133.

¹³⁹. Manual de contratos civiles y mercantiles. México. Editorial Trillas. P.15.

¹⁴⁰. Contreras Vaca, F. (2004). Derecho Internacional Privado, 4-ed. México. Ed. Oxford. P. 208.

¹⁴¹. Teoría del Derecho Privado Internacional. Montevideo. Editorial IDEA. P. 251, 268 y s.s.

¹⁴². Cit.: Boggiano Antonio (s/a). Op. cit. P.23.

como la de seguros en España que dice Sánchez C. "...adolece de originalidad"¹⁴³. O sea, se ameritan soluciones estratégicas, pues ya el aforismo *lex non valet extra territorium* (la ley no vale fuera de su territorio), individualista, totalitaria medieval, no es efectiva, los vínculos contractuales traspasan fronteras objetivamente y las normativas indirectas o de colisión (abstractas) son guillotinas al progreso.

Y como se argumenta en la investigación "*dúctur in absurdum*", los Códigos (civiles) en América receptan solo timidamente el precontrato y el contrato de promesa, habiendo hasta teorías que niegan su viabilidad (tesis negativa) y la que si aceptan el mismo (tesis positiva)¹⁴⁴. Hay exiguo coloquio positivo y con la jurisprudencia¹⁴⁵, de Colombia (Art.1495)¹⁴⁶; de Venezuela (Art.1133); de Bolivia (Art.455); de Perú (Art.1352), de Chile (Art.1554), Ecuador (Art. 1570), de Panamá (Art.1221) bautizándolos de: precontrato, negociaciones o tratos preliminares¹⁴⁷, promesa de contrato, contrato de promesa, ante-contrato, promesa contractual de contratar, contrato de promesa de celebrar contrato, contrato de contratar. Pero, el preacuerdo no siempre es considerado como principal, aunque en la *praxis* subsiste por si mismo, y no esta para garantizar ninguna obligación de otro contrato, su finalidad es instrumental, preparatoria del acuerdo definitivo. Sus problemas igual surgen de que en los sistema de DIPr americanos (solo el de Venezuela), no hay codificación uniforme interna del precontrato o del mismo contrato transfronterizo (excepción es el Título IV del CSB); y aunque son instrumentos de necesidad, vemos que sus problemas cotidianos no se actualizan acorde a las exigencias de las relaciones económico-sociales en perjuicio del *commercium* internacional.

¹⁴³. Cit. por: Bullò Emilio H. (1998). El derecho de seguros y de otros negocios vinculados. T.1, Buenos Aires. Ed. ABACO. P.125.

¹⁴⁴. Oviedo Albán, J. (2010). El contrato de promesa en el derecho privado. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez. P. 24. Responsabilidad en el *iter contractus* no interesada como fase preparatoria. Alcoz, M. (2008). Op. cit. P.157.

¹⁴⁵. La CJ de Colombia (1979, 1985) ha dicho que: "...es un hecho indiscutible que la promesa de contratar ha alcanzado señalada importancia en el comercio y haya logrado sobreponerse a los prejuicios que antaño suscitara"...el contrato de promesa tiene una finalidad económica peculiar, ...no es la promesa de celebrar un contrato, asevera con razón la doctrina universal, ...sino un medio o un instrumento que conduce a efectuar otro negocio distinto." *Ibi.*, p.42-43.

¹⁴⁶. Ortiz Monsalve A. (2000). Manual de obligaciones (Civiles y Mercantiles). Colombia. Ed. Temis, S.A. P.36.

¹⁴⁷. De la contratación económica y comercial" (Art.5-8), dice "Las partes pueden establecer negociaciones o tratos preliminares, que tiendan a la concertación de un futuro contrato,...". Alcoz, M. (2008). *Ibi.*

2.4.1. El régimen jurídico del precontrato Internacional mercantil privado.

El régimen jurídico del contrato internacional (y el precontrato mercantil), es parte holista de este estudio, que segmentado por varios sistemas jurídicos tiene los problemas básicos del DIPr en el mundo, de concepto, jurisdicción, recepción del derecho extranjero, formación, celebración, etc. y se implementa con reglas múltiples, dispersas, incompletas, incongruentes y en casos incompatible¹⁴⁸. Si bien se han planteado estrategias, no son muy efectivas para la solución de colisión de legislaciones (convenciones, leyes modelos, prácticas o usos, teorías, etc.). En los sistemas nacionales, si la voluntad de las partes no está definida, usualmente se aplica la regla *Lex Loci contractus*¹⁴⁹ (o *de la lex fori*), desmejorando el desarrollo de los TICs, el tráfico internacional, las negociaciones entre presentes, y diversas interacciones y celebración de contratos entre ausentes.

Y la *praxis* cotidiana de los sistemas clásicos al fijar el régimen aplicable en la formación del contrato internacional para los científicos¹⁵⁰ son los siguientes:

- 1) El de la recepción: Según el cual la ley aplicable es la del lugar donde se recibe la aceptación; por ser entonces cuando se perfecciona el contrato.
- 2) El del conocimiento o información: De acuerdo a éste, se aplica al contrato entre no presentes, la ley del lugar donde se hace la aceptación, puesto que es allí donde ha nacido el acuerdo de voluntades (consentimiento).

¹⁴⁸. Ver.: Fresnedo de Aguirre C. Op. cit. P.11; *v.gr.* en Panamá ejemplo clásico es la muy apretujada Ley 32 de 01 de Agosto de 2006, denominada “Cláusulas arbitrales en contratos de consumo en el extranjero” (Art.1421-C). Revista del Colegio Nacional de Abogados, 2007, p. 193-195; el científico ecuatoriano Dr. González J. V. nos señala que “el Código de Comercio resulta pobre, obsoleto y desactualizado,...”, y en esta cita agrega y bien dice el Dr. Meza Dilmer I. (2000), “...las principales instituciones, fijadas en los Códigos Comerciales y otras leyes han quedado en general sin cambios sustanciales”, vid.: Lecciones de Derecho Civil y Comercial Comparado, Manta, IMPREGCOL, p. 12 y 22.

¹⁴⁹. Del CC de Panamá y el autonomismo volitivo material de los sujetos del acuerdo internacional sobre pactos, disposiciones o cláusulas, como en “las obligaciones que nacen de los contratos y son ley entre las partes” (Art. 976): Hernández, A. (2007). Op. cit. P. 86.

¹⁵⁰. Otros anotan las teorías de perfección del contrato: 1) Declaración, 2) Expedición, 3) Recepción y 4) Conocimiento de la información. Roza Rodríguez R. “Estudio comparativo de la formación de contratos electrónico en el derecho estadounidense con referencia al Derecho Internacional y al derecho mexicano [en línea], disponible en: www.juridicas.unam.mx/pubica/rev/.../dtr6.htm

- 3) Otro sistema práctico aplicable en el caso concreto, es la que señale el país donde se suscita y ventila el litigio (“*lex fori*”), y el derecho de determinar el lugar de perfección un contrato atañe a cada Estado (*jus imperium*).

Ejemplo, el DIPr de acervo interno de Panamá (en la negociación del *pactum in contrahendo*) tiene aquiescencia de que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento,...” (Art.1109 CC). Y se agrega: “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento, El contrato, en tal caso, se asume celebrado en el sitio en que se hizo la oferta” (Art.1113 CC). Y el CCo de la forma dice “el que propusiere a otro la celebración de un contrato fijándole plazo para aceptar, quedará ligado por su oferta, estén o no presentes las dos partes, hasta la expiración de ese plazo”(Art.201). Y agrega “la oferta hecha verbalmente, sin término para la aceptación, quedará insubsistente si no se acepta en el acto” (Art. 202 CCo, que es en la convergencia con el sistema consuetudinario anglosajón “*the Mirror rule*”).

Aunque hay la excepción en los títulos valores como fuente de obligaciones, donde no rige la autonomía de la voluntad, sino que se aplica imperativamente de la ley del lugar donde se suscribió el acuerdo de pago (*mandatory rule*). E igual el CSB dice: “La forma del giro, endoso, fianza, intervención, aceptación y protesto de una Letra de Cambio, se somete a la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice” (Art.263). Y en el DIPr panameño el principio “la obligación accesoria sigue en todo el destino de la principal”¹⁵¹, sufre derogación parcial, si el contrato accesorio (v.gr.: la fianza) se suscribió en lugar distinto de la “*lex loci*” del acuerdo principal, entonces, el segundo se rige por su “*lex loci*” propia.

O sea se recepta en el régimen del precontrato y la teoría “*Proper Law of the Contract* “o de la Ley, con la cual la relación jurídica está más compenetrada¹⁵²; y

¹⁵¹. El CC de Panamá dice "la obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados" (Art. 982).

¹⁵². En la CISG- 1980 sobre el CCVM, se señaló que, dentro de las dilucidaciones, habrá una definición de contrato o relación de derecho internacional, cuando las partes contratantes se encuentren domiciliadas en Estados diferentes, lo cual es visiblemente una directriz típica del

las partes no pueden desplazar los principios del orden público, ni las normas de policía del DIPr internas (el Art.1106 CCP); lo que podría ser analogía o excepción (pero con mayor flexibilidad) que la tesis del criterio *Asser*, que funda la competencia indirecta de los Estados para su ley en el supuesto factico concreto. Ilustración de esto es el DIPr uruguayo (Art. 2403y 2404 del CC de este Estado)¹⁵³. La *Legis Voluntatis* acepta que las partes pueden negociar el régimen jurídico del precontrato, pero este principio *jus cogens*, tiene y limitación mínima, flexible, o mixta (v.gr. en el precontrato societario)¹⁵⁴ en relaciones internacionales. Y el precontrato y contrato comercial en América, se sustenta aún en su régimen jurídico con regulaciones disimiles¹⁵⁵, limitando el desarrollo del Comercio objetivo global, esto por la falta de bases jurídicas sólidas que permitan al continente estar preparado para los inminentes procesos y acuerdos de libre comercio y negociación en bloques economicos. Por ello como señala Oviedo Albán, J. (2010), solo en la “medida en que se avance por los caminos de la armonización, se reducirán la incertidumbre y la inseguridad jurídicas en torno a...los contratos internacionales”¹⁵⁶.

“*Proper Law*” con éxito en el derecho convencional, y que se manifestó y en el *Unidroit* de Factoraje Internacional, *Ottawa* 1988 que dice al tenor así “...de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas del derecho internacional privado”. Esto prueba la aceptación de la “*regla de oro*” del Derecho Contractual Internacional (Material, directo Moderno) con el método del “*Proper Law*” del DIPr anglosajón aplicando la regla de Autonomía de la Voluntad o el principio anglosajón de *Free Wil / Freedom of the Export-import, Seller or Buyer* (Art. “2”y No. “2” del artículo “4”).

¹⁵³. Vid. Quintin A. (1982). Op. cit. P.251. Para doctrinarios el Derecho Internacional Privado, es un sector del orden jurídico de cada estado que regula situaciones privadas transfronterizas, y no hay un DIPr único, que sea válido, único, que tenga validez en todos los países, por lo que existen varios sistemas de este derecho, son las tesis del dualismo, monismo y de coordinación: Valencia Restrepo, H. (2003). La fundamentación del Derecho Internacional. Colombia. Editorial Biblioteca jurídica. Ed. Biblioteca jurídica. P. 217 y s.s.; Albán Oviedo J. (2006). “Aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de CVIM como *lex mercatoria*”, en la Nueva *Lex Mercatoria* y contratos internacionales. Col. Derecho privado y Globalización. Bogotá. Editor. Ibáñez. P.31.

¹⁵⁴. La Corte Suprema de Justicia de Panamá señaló que “...nuestra legislación civil consagra el principio de la autonomía voluntad de las partes, en el cual éstas pueden acordar lo que deseen, con la limitación consistente en el respeto a la Ley, moral y el orden Público...” Sentencia del Prmer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial del 27 de mayo 2003 (Proceso ordinario de Calixto, Castro Núñez vs Ángel Romero Correa), CC, 2004, Sistemas Jurídicos. S.A. P.156-157.

¹⁵⁵. Dijo López Herrera F. que son: a) Por la que fijen las partes (salvo reservas o excepciones indicadas), en cuanto a la sustancia de las obligaciones; b) A falta de la anterior, por la *lex personalis* común a los contratantes (*a.-Lex patriae* y *b.- lex nationalis*), igual en cuanto a la sustancia de las obligaciones; y c) La ley del lugar donde se celebró el contrato (o donde se ha de ejecutar, si no hay ley en el sitio de celebración), igual en la sustancia de las obligaciones, vid.: El Contrato en el Derecho Internacional Privado. Universidad Central de Venezuela. Separata de la Revista de la Facultad de Derecho, Caracas, Noviembre 1954, No.1, s/n.

¹⁵⁶. La formación del contrato. Bogotá. Editorial TEMIS S.A.. P.2.

2.4.2. Doctrinas de los sistemas reguladores de formación del contrato romanista.

En la *praxis* de la contratación mercantil, especialmente cuando se trata de operaciones complejas, los contratos suelen perfeccionarse después de prolongadas negociaciones, sin que sea posible muchas veces identificar la secuencia de la oferta y la aceptación. No es fácil en estos supuestos determinar si se ha llegado a un acuerdo y, en el caso de que se diera, en qué momento se ha perfeccionado el contrato. Y aunque se estima que no es obligatorio, porque de la negociación previa puede no surgir necesariamente un acuerdo completo, en el sistema romanista se considera que en los tratos previos las partes están obligadas a comportarse de buena fe, y en caso de causar daños, se reconoce la obligación de indemnizar.

Como ejemplo, el Código de Comercio de Colombia explícitamente señala: “Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual so pena de indemnizar los perjuicios que causen” (Art.863). Y esta buena fe se entiende en un aspecto objetivo señala Oviedo, J. (2010) que “es una guía que conduce la conducta de las partes, con un contenido positivo que les impone deberes de conducta,...implica un deber de obrar leal y correctamente..., se le denomina buena fe-lealtad. ...La subjetiva es la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen (buena fe de creencia)¹⁵⁷. Al tenor de los sistemas de regulación de la formación contractual se sustentan ponencias doctrinales, como:

- a) La formalista, que exige requisito de la forma externa para existir el acuerdo;
- b) La espiritualista¹⁵⁸, que acepta como suficiente el consentimiento, en cualquier forma que se manifieste para negociar y celebrar esta fuente de obligaciones; y
- c) La intermedia moderna de la forma escrita para evitar defectos en la prueba testimonial, asegurando el consentimiento y proteger el interés de los terceros.
- d) El sistema mixto, del consentimiento de las partes en la vigencia del contrato, puede exigir la solemnidad (*solemnitátes júris sunt observándaes*).

¹⁵⁷ . Op. cit. p.13.

¹⁵⁸. El CC de Panamá se acoge a la 1-era y 3-ra posición (mixta: a y c), sobre los contratos (artículo 1109 precitado). Pero esta disposición es para contratos concretos (Art.1131), que se perfeccionan solo por escrito (*v.gr.* tradición de derechos reales, arrendamientos, cesión de acciones, etc.). Este derecho Positivo recepta y el principio de la “informalidad” para contratos consensuales, y solo como excepción en figuras preceptivamente sujetas a estas reglas.

En el sistema contractual americano del DIPr se recepta la figura del acuerdo preparatorio¹⁵⁹ (lo que es aplicable al de carácter internacional). En Panamá regulan ciertos acuerdos preliminares, como promesa de compraventa y la promesa de prenda e hipoteca (Art.1221 y el 1553 CC); y la vigencia luego del perfeccionamiento del acuerdo contractual es previsto señalando que “la venta se perfeccionará...si hubieran convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado;...pero si el contrato se refiere a bienes inmuebles o derechos hereditarios, no se perfeccionará mientras no conste por escrito con las formalidades que este Código establece” (Art.1220 CC). Es la negociación de la formación paulatina del acuerdo o contrato preliminar (compromiso, trato) como el acto por el cual las partes cumplidas las condiciones, celebran un contrato futuro.

Y en la negociación de promesas de contrato (acuerdo preliminar) hay criterios de:

1. La teoría Clásica, conforme a la cual se considera que:
 - a) El acuerdo preliminar es independiente del contrato final celebrado; o que,
 - b) Este acuerdo genera obligación de hacer, o de celebrar el contrato prometido.

Se dan de ellas pruebas¹⁶⁰. El CC istmeño diferencia clásicamente la promesa o contrato preliminar, y el definitivo. Así, la “promesa de vender o comprar” determina que...”habiendo conformidad en la cosa en el precio y en el plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato, dará derecho a la persona a quien se le ha hecho...”(Art.1221). O sea contiene los elementos: acuerdo de voluntades del contrato definitivo y el plazo como condición del contrato final. Es decir, estos elementos estructurales se consideran parte del contrato preliminar en la doctrina y la legislación. Como ejemplo, los contratos preliminares de promesa de prenda e

¹⁵⁹. Fueyo Laneri F. diferencia el contrato preparatorio que es el género, y la promesa de celebrar contratos, que es la especie, en la etapa de la formación progresiva del acuerdo definitivo (entre otros: contrato de promesa, de opción, de corretaje o mediación, de arbitraje o cláusula compromisoria; el pacto de promesa de preferencia, el de compraventa de retiro y el de suscripción de acciones en sociedad anónima en formación), vid.: “Contratos preparatorios, Imprenta y Lit. Universo, Santiago de Chile, 1963, citado por: Revista de Derecho. Quito, Julio - Septiembre 1964. Corp. De Estudios y Publicaciones. P. 196-197. La Convención de la ONU sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes, 1995, recepta el preacuerdo como “...promesa de una obligación independiente...” (Art.2. Promesa, N.1).

¹⁶⁰. Título V CC Perú, Contratos preparatorios (Art. 1414 al 1425); Art. 1554 CC de Chile, sobre “La promesa de celebrar un contrato...”; Art. 463 del CC Bolivia sobre el contrato preliminar.

hipoteca son consensuales, la prenda definitiva es un contrato real y la hipoteca final, es solemne. Por el CC panameño la época en que deba celebrarse el contrato futuro es elemento indispensable para que la promesa de Compraventa tenga la eficacia del contrato de CV (Ibi. Art.1221 inciso 1-ero).

En esta excerta civil centroamericana se diferencia el contrato preliminar del contrato definitivo, aun cuando no se tienen reglas generales sobre el acuerdo preliminar, e instituye que por la dificultad de cumplir la promesa pueden aplicarse las normas generales sobre obligaciones y contratos¹⁶¹, no impidiendo que incluso el incumplimiento se sujete a las reglas especiales de la CV (Ibi., inciso 2-do). Por esto, la negociación del contrato preliminar no afecta la libertad de contratar, ya que la obligación de lo convenido antes de la celebración, no vicia su valor jurídico.

2. La teoría Moderna o de la “colaboración”, no asiente la existencia de una negociación para formar dos contratos disímiles, uno el preliminar (trato), por el cual en el primero se toma la obligación de celebrar contrato futuro, y el segundo contrato que es definitivo. Un contrato al perfeccionarse fija el acuerdo, sus reglas y efectos ejecutivos; pero solo uno de ellos en lo posterior (lo cual es lo que negociaron y acordaron las partes). Al perfeccionarse el contrato preliminar se origina la existencia de un solo contrato, pero es incompleto. El compromiso previo es un contrato preparatorio, consensual, y atípico ordinariamente, por el cual los sujetos que lo negocian acogen los puntos básicos y específicos de un acuerdo y llegan a obligarse a futuro en el final, que debe ser completo y concluso. Es teoría del DIPr interno, y en síntesis tiene nociones de contrato incompleto y de la promesa de acuerdo¹⁶².

El contrato es un acuerdo que al perfeccionarse, en la palabras de los sujetos se obligan sobre cosa cierta para dar o hacer entre ellos¹⁶³. El CC español del

¹⁶¹. Como categoría lícita innominada lo consideró en Sentencia la Corte Suprema panameña caso “Ebelle, S.A. vs Coto Cabrera”, R.J. de abril de 2003, pág. 400, vid.: en CC, Panamá, 2004, Editorial Sistemas Jurídicos, p. 174.

¹⁶². Se considera que el antecedente histórico del contrato Preliminar (trato, acuerdo preliminar, ante contrato, precontrato, promesa de contrato, contrato de promesa son sinónimos) es el designado en el Derecho Romano “*Pactum en contrahendo*”, y en el Derecho Germánico la “*convenientia*” sobre la reserva del bien a comprar por parte del vendedor, vid.: Lombardo Julio. Op. cit., p. 4-5.

¹⁶³. Cevallos Vásquez V. Op. cit., p.50-51.

precontrato dice que “la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para declarar recíprocamente el cumplimiento del contrato (Art.1451). Del acuerdo surgen obligaciones, las partes se sujetan al límite de su libertad y deben cumplir los deberes. De no ser así, no serían obligaciones, sino solo expectativas contrarias al principio de que todo lo pactado debe cumplirse (a la *pacta sunt Servanda*), lo que receptan las normativas. La efectividad y exigencia de los convenios, depende de las prestaciones y cosas que son los fines de éstos; y que ellos determinan que las partes no se puedan liberar de las obligaciones antojadizamente, sin buena fe, seriedad, con el detrimento de la contraprestación y en fin no se atente contra la seguridad jurídica.

Es menester que el Contrato Preliminar tenga una especificación concreta del acuerdo futuro prometido que lleve a las partes del mismo a un conocimiento exacto del tipo de convenio a cuya celebración deben presentarse. Y también de las prestaciones que constituyen el objeto legal del mismo (Art.1112 y 1141 del CC de Panamá). Esta es la tesis del caso *Morton vs. Morton* de que el "*contract to make a contract*" is perfectly binding"¹⁶⁴ (precedente jurisprudencial del *Common Law*). Ante disyuntivas este CC señala que “cuando el cumplimiento de la condiciones dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula” (Art.1000). En promesas de compraventas las obligaciones del contrato definitivo de las parte son entregar la cosa y el pago del precio, y la infracción de las misma lleva a la nulidad absoluta del acuerdo (*ab initio*, en el Art. 1215 del CCP). La promesa negociada es útil, pues los contratantes pueden o no celebrar el acuerdo definitivo.

En el acuerdo preliminar para su formación los sujetos deben exteriorizar su voluntad pues el “contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa...” (Art. 1105 CCP). Y “el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación. La aceptación por carta no obliga sino desde que se tiene conocimiento, y el convenio, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta” (Art.1113), es técnica *Lex loci celebrationis*. Este acuerdo se regula como preliminar o “...la promesa de comprar o vender...

¹⁶⁴. *Treitel G.H.* Op. cit., p.57.

(Art.1221 CC). Y el instrumento final deberá materializarse; de lo cual se deduce imposición precontractual en la tesis de que la promesa es bilateral - sinalagmática.

En la negociación del contrato preliminar las partes se obligan a la celebración del contrato final. Esta negociación contractual se sustenta en los principios de la *legis voluntatis* aunque en el incumplimiento del contrato preliminar en Panamá no hay fórmula concreta (por el artículo 1009 del CC se pueden demandar daños y perjuicios). El Código Judicial panameño (2002) aplicable al contrato prevé que “cuando el hecho debido consista en suscribir una escritura pública o cualquier otro documento, el mandamiento ejecutivo, además incluirá los perjuicios moratorios demandados...” (Art.1628). Y el CC de México¹⁶⁵ dice “si el promitente rehusara firmar los documentos necesarios para dar forma legal al contrato, en su rebeldía los firmará el juez” (Art.2247). En el CPC ecuatoriano se establece que lo hará “...el juez en representación del que deba realizarlo” (Art. 440); es similar en el sistema panameño, en la teoría *cross fertilization* que se recepta en estos acervos jurídicos y la tesis del *contracts of record - A contract that is declared by a court and entered into the court's. Contracts of record generally include judgments and recognizances.*

El acervo jurídico de los Estados americanos se acoge al dualismo de los contratos, y se diferencia el Derecho Civil y del Comercial, receptando lo que a decir del internacionalista Meza, D. (2000) es característica del último de “... ser significativamente menos formal, lo que trajo consigo agilidad en la ejecución de los contratos”¹⁶⁶. Y aunque hay tendencia unificadora de los derechos doctrinariamente (una sola regulación de obligaciones y contratos), paralelamente rige el CC, que es aplicable supletoriamente ante vacíos del CCo.; y las lagunas son subsanables en normas especiales (v.gr. de los MASC), por la normativa expresa o analogía. Pero son lamentablemente reglas generales sobre contratación, aplicables a todos los acuerdos mercantiles, para formación y perfeccionamiento¹⁶⁷. Además, como se indicó en el DIPr Privado (autónomo) la negociación y celebración del contrato

¹⁶⁵. Lombardo, J. (1990). Ob. cit. P. 18.

¹⁶⁶. Ob. cit. P. 20.

¹⁶⁷. Román Sánchez A. (2009). Normas generales de contratación mercantil. Panamá. Ed. Portobelo. P. 59.

mercantil tiene como fuente el CCo., e igual, los usos y *praxis* de comercio generales aplicados en cada plaza¹⁶⁸ americana (fuentes o dimensiones).

En la jurisdicción panameña, los elementos esenciales del contrato (mercantil), son: consentimiento, causa y el objeto (Art.1112 CC) para la vigencia jurídica del contrato. Esto es asimétrico con países que le adicionan elementos de la causa del contrato a la forma (Art.1461 CCE; o bien en el *Common Law* que solo denota tácitamente los elementos). En el contrato panameño, el consentimiento se da con la oferta y la aceptación sobre el objeto y la causa del acuerdo. El acuerdo de voluntades se logra al ofertarse celebrar el contrato y la aceptación de esta propuesta¹⁶⁹. Al exhibirse las voluntades el contrato queda perfeccionado, y es de importancia vital la determinación del momento de la perfección del acuerdo, puesto que a partir del mismo los sujetos-partes están vinculados jurídicamente, no pueden al libre arbitrio anular su aceptación. El CCo. Panameño regula el proceso de negociación o formación (perfeccionamiento) del contrato en general (Art. 195 y ss.), igual lo hace el CC (Art. 1106 y s.s.), pero como la excerta mercantil señalada no tiene una noción de contrato, se debe usar en forma general el CC (Art. 1105).

Sin embargo, las partes tienen libertad de aplicar la forma que quieran para celebrar el acuerdo acorde a los artículos 196 y 245 del CCo. de Panamá, lo que en opinión de Arroyo C.¹⁷⁰ es para "...garantizar la realidad de su existencia, para facilitar su prueba, para su interpretación y ejecución, para dar seguridad o facilitar las negociaciones o el tráfico jurídico y para dar seguridad jurídica". Muchas regulaciones americanas, receptan y la firma en medios mecánicos, si el negocio concreto lo admite¹⁷¹ dentro del derecho contractual dualista receptado de Europa¹⁷², aunque este contrato romanista tiene su régimen¹⁷³ regional de carácter múltiple¹⁷⁴.

¹⁶⁸. En Panamá por el sistema contractual espiritualista del CCo., "...usos del comercio observados generalmente en cada plaza;... "(art. 5 y 194), Ed. Mizrachi & Pujol, S.A., actualizado a Enero 2009, p.4 y 37.

¹⁶⁹. "An acceptance is a final and unqualified expression of assent to the terms of Offer". *Treitel G.H. Ob. cit. Page 16.*

¹⁷⁰. Cit., por: Román Sánchez A. Op. cit. P.73-74.

¹⁷¹. "Firma. Cuando la ley exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de ella, en relación con un documento electrónico o mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si éste ha sido firmado electrónicamente" (Art. 7), Ley 43 de Julio 31, 2001, sobre documentos y firmas electrónicas (G.O. No.24.359 de

2.4.3.- Noción e internacionalidad del *Contractus Mercantil iusprivativista*.

En seguimiento al estudio de las problemáticas del contrato internacional (mercantil) privado, acorde a tipologías, contenidos, características de convenios, sujetos de estos mecanismos jurídicos de negocios, como figuras simples o complejas, se sustenta *prima facie* que este acuerdo entre sujetos que se obligan sobre materia definida, es una categoría jurídica de intenso uso social. Y cualitativamente el contrato es fuente básica de obligaciones, su historia no ha estado inmóvil en el tiempo, y ha receptado diversas corrientes filosófico-jurídicas.

Pero, paradójicamente este acuerdo no tiene noción concreta (en fuentes convencionales, de integración, autónoma, espontánea, ni en literatura jurídica). Lo nombran comúnmente, incluso especialistas, solo con la Compraventa (llamado contrato madre en el Comercio Internacional), lo que no es correcto y es limitado, puesto que hay muchas figuras del contrato¹⁷⁵ en negocios civiles o comerciales, tipo: *merchandising*, *concordato*, *letter of credit*, concesión, contratos de logística en los TIC, etc. La *praxis* de la CVI (para algunos “Importación-Exportación”, y

3.08.2001).

¹⁷². Meza Intriago (2000), Op. cit., p. 92.

¹⁷³. Alsina Hugo (1962). Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. T.5, 2- ed. Buenos Aires. Ediar S.A. P.161 y ss; Lombardo Julio. Op. cit., P.VII.

¹⁷⁴. En Panamá (Art.1109 CC) adopta el sistema de formación por el consentimiento (espiritualista) en contratos consensuales, aunque por excepción, se prevén figuras sujetas al formalismo (art.1131 CC). Se asume el consentimiento por la oferta y la aceptación sobre la causa del contrato (art.1113 CC). También en la negociación contractual hay asimetrías entre la oferta o policitación (propuesta de contrato no aceptada, que no genera obligaciones); y de la promesa de un contrato que supone concurso de oferta con la aceptación, y que consecuentemente produce obligaciones (Art.1105, 1112, 1113, 1221 y 1553 CC).

¹⁷⁵. Por ejemplo, la ciencia analiza y califica a la figura del cheque como elementos del acuerdo de voluntades (contrato) por el cual el banco se obliga a recibir dinero líquido de su cuentahabiente y a mantener el saldo de la cuenta a disposición de este, y a pagar títulos valores que el cliente libre con cargo al saldo de la cuenta. Solo crea derechos y obligaciones entre el cliente y el banco. El acuerdo no lleva a terceros obligaciones. Y le son aplicables principios jurídicos: la *Pacta Sunt Servanda*, la buena fe, la lealtad negocial, *neminem laedere*, *solve et repete*, y otros, [en línea], disponible: *Contrato del cheque: acuerdo de Voluntades (contrato)...* www.galeon.com/abmagana/amerc5.htm. Otros. Se califica como un contrato de “...mandato puro y simple... e incondicional ... (Art. 1 LCH de Ecuador; G.J.S.XIII, No.3, p.496, 566)”. Y generalizan el concepto de contrato como la mayor fuente de obligaciones, que es “...una especie, clase o tipo de convención con objeto de crear, modificar o bien de extinguir derechos” vid.: Barros Meza, R. (2007). Manual de derecho civil. De las obligaciones, 10- edición, Editorial Jurídica de Chile. P.11. Dice Medina Alcoz (2008), “que la responsabilidad contractual nace del incumplimiento de obligación por un contrato, como el no actuar de buena fe, “la ruptura injustificada de los tratos preliminares” (*default*, culpa y el incumplimiento) y conllevan a los *scape device corporative bailout*, or the *disregard* en la responsabilidad corporativa, v.gr. contractuales. Op. cit., p.189.

hasta simples “ventas”), es el típico negocio transfronterizo, y es en ella que el contrato internacional más se ha perfeccionado (en Relaciones Económico – Mercantiles). A la vez las regulaciones existentes de la CVI han influenciado en el régimen jurídico de otros contratos transfronterizo que se esgrimen en los diversos modelos de negocios mercantiles. Y del análisis de convenciones y la *praxis* internacional se califican perfiles básicos del contrato de Compra-Venta, como:

- 1) Una de las partes de este contrato tiene domicilio (*place of business*), o es residente en otro estado (extraterritorial), y puede uno de ellos ser extranjero;
- 2) El objeto del contrato de CVI es una operación de carácter exterior (de bienes, capitales, tráfico de recursos humanos, de servicios, y otros); y
- 3) Las partes pueden a su requerimiento establecer reglas lícitas en relación al objeto de su Acuerdo (libertad de contratación), y les serán reconocidas.

Con la CVI y la tesis de “Libertad de contratación”, de A. *Smith* (en la riqueza de las Naciones, o de los pueblos en 1776), se desarrollo del capitalismo empresarial, y desde allí se busca la seguridad jurídica de la relación privada en el tráfico mercantil (en las ventajas comparativa y relativa sustentada por David Ricardo); y por lo que se difunde un tanto el cambio en la forma general de contratación, entre sujetos presentes, y entre ausentes, mediante prácticas y usos de contratos tipos¹⁷⁶. De igual forma, relacionado a esto, aunque se aplican a las figuras contractuales las técnicas *v.gr.* de la “*legis voluntatis*”, la economía capitalista actúa en contra de las “partes económicamente más débiles en el contrato”; tipo CVI con pago a crédito, o los “*open price contracts*” en el *Common Law*¹⁷⁷. La equivalencia no existe dice Suárez-Llanos Gómez (1998) y mantener en estos casos la vigencia ilimitada del principio de la autonomía sería desconocer una situación de desigualdad¹⁷⁸.

¹⁷⁶. Ravassa Moreno G. Ob. Cit., p. 32-33; Garrido Cordobera L. El poder en la Negociación Contractual y las desigualdades negociales. Publicado en: RCyS 2009-I,3, [en línea], disponible en: www.acaderc.org.ar/; Internacionalmente la regulación de negocios con la electricidad está en auge con contratos de concesión. Rivera Staff. A. “Aspectos jurídicos del sector eléctrico en Panamá”. Panamá. Rev. Lex, 2007. P. 66-77.

¹⁷⁷. Este punto es discutido por la *responsa prudentum* según las normas materiales de la CNUDMI-UNCITRAL, Art. 14.1 y 55 (R.O. 39, 2 de octubre 1992, CISG-Ecuador).

¹⁷⁸. Suárez-Llanos Gómez (1998). Introducción al Derecho Mercantil, CIVITAS. P.115.

Aunque en la negociación, la oferta es la proposición que una de las partes hace a la otra parte de celebrar el contrato¹⁷⁹, y es presumible el interés de entrar en relaciones mutuas; el sujeto, al cual se dirige la oferta o policitación (el *oblato*) la puede aceptar, rechazar o presentar una contraoferta y es difícil fijar la noción, intenciones u obligaciones (*lex contractus*), que lleva a la aceptación¹⁸⁰. Este acuerdo debe tener sujeto, objeto lícito, reglas para crear, transformar o terminar derechos y obligaciones de las partes¹⁸¹. Al materializarse el contrato de CVI si bien el incumplimiento de este puede no relacionarse con la celebración, el mismo debe interpretarse con las condiciones que son causa de su formación¹⁸². Ahora bien se negocian en el mercado múltiples contratos, y en ocasiones no se logra explicar las diferencias entre las figuras jurídicas, por lo cual el derecho positivo aplicable debe aclarar aspectos que no siempre tienen técnicas calificadas o determinadas de la ordenación adecuada en la dinámica, cambiante en la economía mundial¹⁸³.

Por ejemplo, está la problemática de la noción del contrato internacional, que debe buscarse en las fuentes de Derecho consuetudinario por un lado, en la jurisprudencia o en leyes de los MASC comerciales¹⁸⁴. La *CISG*, tratado de negociación con el Derecho Mercantil material¹⁸⁵, solo dice que “...se aplicará a los contratos de compra-venta de mercancías entre parte, que tenga establecimiento en Estado diferentes” (Art. I). Y aclara que no se aplicarán criterios de la nacionalidad, ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato, a pesar de que este acuerdo uniforme regula gran parte del Comercio Internacional; y es el encuentro de las

¹⁷⁹. Alessanri Rodriguez A. (1976). Derecho Civil, De los contratos. Santiago. Ed. Zamorano y Caperau. P.7.

¹⁸⁰. Anson´s. *Op. cit.*(russian translation, 1984, Oxford University Press, page 24).

¹⁸¹. Buikov A.- Popovinchik D. (1986). Fundamentos del Derecho del Transporte automovilístico. Moscow. Ed. Lit. Jurídica. P.73, 77.

¹⁸². Holmes O. W. (1963). *The Common Law, England, pages 302-303*; Kamarov A.S (1991). *Op. cit.* P. 16; Art. 1576 CCE “...conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que lo literal de las palabras”.

¹⁸³. Boguslavskiy M. (1993). Derecho Internacional Privado. Moscú. Ed. Relaciones Internacionales. P. 151.

¹⁸⁴. Señala Eduardo Silva Romero que un contrato internacional se define claramente en el artículo 1 de la Ley 315 de 1966 sobre arbitraje internacional (hoy art. 196 Doc. 1818 de 1998 sobre los mecanismos de MASC), en: Derecho Internacional de los Negocios, compiladora Zapata de Arbeláez A. (2003). Colombia. Universidad Externado de Colombia. P. 318.

¹⁸⁵. V.gr. Ley de Colombia (Ley No.518 de 1991). Negativamente no lo es en Panamá, ver: Jenkins Alma del C. “Panamá y *CISG*: ¿Facilitador del Comercio Internacional” [en línea], disponible en: panama.com/artículos/artículos; pero si lo es de Ecuador (R.O. 39, 2.10.1992), EUA, Uruguay, México, Rusia, China, Japón, Perú, la UE, y otros países y mercados o bloques de integración.

familias jurídicas romano-germánica y del *CommonLaw*¹⁸⁶ (es el tratado de reglas *iusprivativistas* concretas para la negociación con el DIM).

DE LA INTERNACIONALIDAD. En la hipótesis de la *CISG*, el literal A dice es: "cuando esos dos Estados, sean contratantes; o cuando las normas de Derecho Internacional Privado prevén la aplicación de la ley de un Estado, contratante o signatario". El artículo instituye la primera hipótesis para la estructura de lo que se entiende por contrato de CVI con un criterio objetivo, cuando las partes estén geográficamente en varios Estados (traspasa o trastoca fronteras y otras económicas). Esta tesis que bien puede evaluarse como solo para las personas jurídicas o al *place of business*, por vía de analogía o extensión puede extenderse a personas físicas (estrategias de negocios unipersonales) que tengan su domicilio en estos diferentes Estados. Es la metodología de la unificación contractual internacional de la *CISG* (Art.I) aplicables a la contratación privada, enfatizando que no se tendría en cuenta si los establecimiento de las partes están en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni lo tratos entre ellas ni de información revelada por las partes en la negociación del acuerdo o en el momento de celebrarlo (el proceso previo de la formación del contrato – *Pactum*- Minuta).

Simetría ideología con la *CISG* tiene la Convención de *Factoring International* o Contrato de Factoraje de *Ottawa* 1988 (Art. 2º, inciso 1º), e indica que "...se aplicará cuando los créditos cedidos conforme al contrato de factoraje se originen en un contrato de compraventa de mercaderías entre un proveedor y un deudor que tengan sus establecimientos en Estados diferentes..."¹⁸⁷. Esta fuente convencional de carácter objetivo señala que un contrato de *factoring* es internacional, basado en que

¹⁸⁶. Se explica que en la práctica jurídico-mercantil nacional, que la *CISG*, tiene sus conceptos y términos particulares y que en ocasiones se considera coinciden con los conceptos y términos de la legislación interna, pero no se deben confundir. Además, varias partes de la convención tienen carácter de compromiso. Por lo tanto, la intención de interpretar las normas de la convención con ayuda de la práctica nacional jurídico - mercantil como de carácter analógico con normas del derecho nacional puede causar complicaciones, y costos materiales (vid.: *Rosemberg*, M. (1991). Algunas preguntas en la celebración de contratos conforme la Convención de la ONU y contratos de Compra – Venta de Mercancías 1980. Regulación jurídica de la actividad económica exterior. Instituto del Estado y del Derecho de la Academia de Ciencias, Moscú. Pág. 89; *Rosemberg*, M. (1991). Celebración del Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías. Moscú. P.4.

¹⁸⁷. Texto de la Convención en Boutin, G. (1997). Del Contrato de Factoraje Internacional. Panamá. Ed. Etude Maitre Boutin. P.47-61.

la CVM sea entre un proveedor y un deudor que tenga su establecimiento en Estados diferentes, y al mismo tiempo que el cesionario tenga también su empresa en un Estado signatario, o bien que el contrato de compraventa de mercadería y el acuerdo de *factoring* se rijan por la ley de un Estado que es parte de la convención.

El criterio de internacionalidad lo tiene y la Convención en *Ottawa* del contrato de *Leasing* 1988 así: “El Presente Convenio se aplicará cuando el arrendador y el arrendatario tengan su establecimiento en diferentes Estados” (Art.3º). Esta filosofía regula los contratos en la *NAFTA* y aplica el mismo principio de la objetividad de las partes o de decisión para calificar la internacionalidad. Dicha norma es la tendencia objetiva del *Common Law* sobre el criterio del *place of business* de los sujetos que es lo que va internacionalizar al acuerdo (No.1). Y el inciso 2-do señala que si la entidad referida en el convenio, determinará si una de las partes en el *leasing* financiero tiene más de una, será aquella que tenga relación más estrecha con el contrato y su ejecución (*connecting point of the Proper Law Theory*), que es sinergia con la Convención de *Factoring*, *Ottawa* (Art.2, No. 2), en el evento en que las partes lleguen al acuerdo del contrato (Art. 3-ro).

Esta convención parodia la noción de contrato internacional en que las partes del contrato de arriendo tengan establecimiento en Estados diferentes e instaura las dos hipótesis, o bien que el Estado de las partes sea signatario, o bien del proveedor, o en definitiva, que los contratos, ya sea de suministro o de arrendamiento, se sometan a la ley de un estado signatario. No prevee la viabilidad de establecimientos difundidos que no tienen relación con en negocio e impone la variable de que existiendo pluralidad de sitios de negocios se razonara aquel que tengan la relación en donde se dé el perfeccionamiento y celebración de las tratativas contractuales tal como se puede deducir del inciso segundo (Art.3º citado).

Acorde al DIPr el contrato es instrumento del *commercium* transfronterizo, y califica el negocio en él, no sólo en el clásico de la CV, e igual en otros como: consultoría, asociación, transporte, transferencia de tecnología, el *e-commerce* (*On-line*), concesión, distribución, agencias internacionales como acuerdos de tracto

sucesivo *e intuitu personae*, etc¹⁸⁸. La identificación de un Contrato transfronterizo va a depender de factores de conexión que pueden calificarlo de carácter internacional. Algunos científicos califican al contrato como internacional solo por condiciones monetarias o de “valor oro” como se negocia en los acuerdos sobre el transporte internacional marítimo de mercadería (TIC), cuyos ejemplos reguladores clásicos son la "Convención de Bruselas del 25 de agosto de 1924" y las Reglas de Hamburgo, 1978. Pero lamentablemente en este orden, hay y otras ideas doctrinales de la noción de contrato internacional, ellas son en función de criterios economista, jurídico y hasta del pluralismo metodológico (de combinación ecléctica - camaleónica, mixta) que absorben diversas visiones del DIPr en conciliación¹⁸⁹.

Aunque se conoce que en la historia histórico-material social, hay dos categorías jurídicas afines con grandes cambios, y que estas son: la noción de empresa como unidad económica de producción¹⁹⁰, y el contrato¹⁹¹; y que esta última hoy tiene una gran transformación con nuevas figuras de la necesidad del comercio, sigue el problema que presenta su definición (¿Es decir que es el Contrato Internacional?). Ni la doctrina, ni las legislaciones nacionales tienen, un criterio único, amplio o aceptado del mismo en gran parte de los casos concretos. Como ejemplo, anotamos que en el "*Common Law*", la noción de contrato no necesariamente tiene el elemento de la voluntad de las partes, sino que puede ser el acto unilateral resultado de obligaciones sin requerimiento de aceptación. Aquí, nos remitimos al

¹⁸⁸. La regulación jurídica del contrato internacional, [en línea], disponible en: vlex.com/vid/regulacion-juridica-contrato-internacional-50203536; Estas herramientas son vitales para la gestión de negocios señala *Tapscott D.*, Ob. cit., 2000, p.347 y s.s.; Manzanera Bastidas B., Contratos Internacionales Especiales. 2008, [en línea], disponible en: www.tradelex.com.

¹⁸⁹. El Pluralismo metodológico, ver: Fresnedo Aguirre C. Ob. cit., p. 42-43; en la clasificación se distinguen los económicos-operativos, de dirección, y los intra-empresariales ente grupos homónimos. Derecho Económico. Redac. Laptev, V. (1988) y otros. Moscú. Editorial Progreso. P.178; acuerdos de inversiones se les denominan a los "*Economic development agreements, transnational economic development contracts, instrument of Approval, Concession Contracts, Guarantee Agreement*"; Bogatariov, A. (1992). Derecho de Inversiones. Moskwa. Rosiskoie Pravo. P.67-68; o bien con teorías subjetivas, objetivas o mixtas de la naturaleza de sus obligaciones, ver.: *Anson's*. (1984). Ob. cit. P.14-18 (Trad. *Sadikov O.N., Moscow*. Literatura Jurídica, 1984, p. 20, traducción del autor de la tesis).

¹⁹⁰. En Ecuador por lagunas de saberes, empresa.- Organización económica, lucrativa, comercial, industrial, bancaria, agrícola, que debe constituir una actividad particular o colectiva tenga o no personería jurídica. Apartado 10, Capítulo Final del Reglamento a la Ley de Impuesto a la Renta-R.O. No.328, Oct. 11, 1971; Hanna Musse, A. (1990). Op. cit. P. 102, 192.

¹⁹¹. Boutin, G. (1998). Análisis de la Convención de México sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Panamá. Anuario de Derecho No.27. P. 247.

Código de Comercio de los EUA que instituye que "el contrato, es una obligación jurídica general, que resulta del...acuerdo de las partes de conformidad con la presente ley y otras aplicables normas de derecho (parte 2-a.).

Al tenor el sistema en comento dice y "*the contract is an agreement giving rise to obligations which are enforced or recognized by law*". *The factor which distinguishes contractual from other legal obligations is that they are based on the agreement of the contracting parties (Treitel, 1991)*"¹⁹². Este acuerdo contiene una o varias obligaciones, que dan derechos y cada una "...trastoca, mínimo, dos partes-deudor y acreedor...", y representa la expresión de la intención común y las expectativas en relación a las declaraciones y promesas, y "...consiste en promesas que se hacen las partes a las que la ley proporciona fuerza ejecutoria"¹⁹³. Los elementos del contrato en el *Common Law* (Bolaños, 2004) son solo "*the consideration*" o las contraprestaciones en la negociación contractual y el "*Assent*" (mutuo consentimiento o voluntad), donde para que haya contrato debe haber oferta y aceptación (*offer and acceptance*)¹⁹⁴; pero este acuerdo requiere de la *consideration* mutua de las partes para que sea válido¹⁹⁵ (¿y la internacionalidad?).

Es así, que el contrato y en su internacionalidad, aún tiene disonancias; y una noción única, no se da, y se llega a las imprecisiones, debido a lo complejo y la variedad de estos instrumentos. Ante esto la Declaración de Principios Contractuales de la *UNIDROIT* (1994), oferta la explicación de la noción de contrato internacional amplia, siguiente: *The international character of a contract may be defined in a great variety of ways. 1. The solutions adopted in both national and international legislation range from a reference to the place of*

¹⁹². Ob. cit. *Page 1*; parecida opinión dan *Cheshire & North's* que dicen que "*the first essential to the creation of a valid contract is that the parties should have reached agreement-that there should be consensus ad idem*". *Op. cit. Page 474*; y *Anson's, Ob. cit.,1984, p. 20*; *Wolff Martin* (1958). *Op. cit. P.397*.

¹⁹³. Matteo Terra V.M. pon. Cit. [en línea]; [www.derecho.comercial.edu.uy/Ponencia Matteo.htm](http://www.derecho.comercial.edu.uy/Ponencia%20Matteo.htm).

¹⁹⁴. *Contratación Internacional*. México. Editorial Porrúa. P.13 y 14.

¹⁹⁵. Aunque el término no es claro se aplicó en el caso *Allegheny College vs Nat'l Chautauqua County bank*, que señaló que una contraprestación es si existe un perjuicio legal y que el mismo indujo a la parte a hacer la promesa. Rosas Rodríguez R. Estudio Comparativo de la formación de contratos electrónicos en el derecho estadounidense con referencia al derecho internacional y al derecho mexicano [en línea], disponible en: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/.../dtr6.htm -

*business or habitual residence of the parties in different countries to the adoption of more general criteria such as the contract having "significant connections with more than one State", "involving a choice between the laws of different States", or "affecting the interests of international trade"*¹⁹⁶. Pero estas normativas no son vinculantes al contrato, y pueden receptarse como ediciones privadas voluntarias para la negociación transfronteriza incorporándose en el contrato (Arce, 1997)¹⁹⁷.

En las fuentes espontáneas y autónomas se aceptan en el criterio de la internacionalidad, tanto elementos objetivos, como elementos subjetivos del contrato. La definición o concepto en comento es extensa que según sus pautas, bien podría calificarse un contrato interno, como transfronterizo, *v.gr.* en un acuerdo donde una de las partes sea de nacionalidad panameña, aunque sea domiciliada en Ecuador y el resto de los elementos pertenecieran al derecho interno ecuatoriano. Aquí la sola nacionalidad, le daría carácter internacional al contrato, pero cuando en realidad esto no sería un elemento relevante (*relevant foreign element*), dado que todos los aspectos objetivos están en territorio ecuatoriano. Como consecuencia en parte y por lo complejo de las nociones, la doctrina nacional (*lex fori*) evita forjar un único concepto de contrato internacional, es por ello que para calificar se debe entender cuales criterios relevantes se usan al definir la internacionalidad¹⁹⁸ o no de un contrato, tales como:

a) EL AED (tendencia al uso del análisis de la relación entre derecho y economía) en materia contractual, que se apega al criterio económico internacional del contrato y conlleva a un doble movimiento de flujo y reflujo en intereses del Comercio. Es el criterio de que la noción de contrato internacional acorde a la economía, puede ser el negocio que rebasa la frontera de una sola unidad política y que por ende conlleva la copulación de interés extraterritorial (trastoca económica de dos o más Estados).

¹⁹⁶. *For a full text of the Principles see [en lineal]: [www. Unidroit. Org. Unidroitprinciplesenglish.pdf](http://www.Unidroit.Org.Unidroitprinciplesenglish.pdf); Santos Belandro R. Derecho Comercial Internacional, "Los Principios...los Contratos...labor de UNIDROIT, Uruguay, 2008, Asoc. de Escribanos, p.69-93.*

¹⁹⁷. Arce Gargollo J.. Contratos mercantiles atípicos. México. Editorial Porrúa. P.50-51.

¹⁹⁸. En Panamá el Decreto Ley No.5 del 8 de julio de 1999, G.O. 23,837 de 10 de julio de 1999, Art. 5 y 6 recoge indiscriminadamente estos criterios (www.legalinfo-Panama.com); e igual con menores detalles en los art. 41 y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. L. s/n. RO 145:4-sep-1997.

b) Criterio jurídico sobre internacionalidad de este instrumento usado en la negociación que señala, que el contrato es internacional cuando el mismo se vincula a normas jurídicas emanadas de varios Estados. El concepto clásico del contrato es que es internacional cuando su relación jurídica contiene elementos de extranjería suficiente o intensamente significativos que permiten la opción o duda razonable de la aplicabilidad de dos o más legislaciones que pueden arrogarse su competencia legislativa para regular sus relaciones. El criterio jurídico es de factores de conexión objetivos, o elementos de extranjería, significativos (en sentido amplio de los conceptos); *v.gr.* está la CR-1980 con la tesis de que "los contratos se regirán por la ley elegida por las partes"; y los contratos con conflicto de leyes, es el criterio de su internacionalidad; o donde la elección de las partes de un derecho extranjero es lo que le dará este carácter, aunque el resto de los elementos sean internos (técnicas "*the most relevant relationship*", o de la "prestación característica" (Art. 3, N.1).

c) Criterio ecléctico (conciliar, mixto, camaleónico del pluralismo metodológico *mutatis mutandis* en el contrato comercial internacional); acomete conjugar elementos económicos y jurídicos en una sola noción unitaria, donde el mismo es transfronterizo, cuando los actos relativos a la conclusión o ejecución o la situación de las partes, en cuanto a su nacionalidad, a su domicilio o a la localización de su objetivo, tienen vínculos con varios sistemas jurídicos. Pero, es un hecho que toda bifurcación o dicotomía entre asuntos económicos y jurídicos extraterritoriales del contrato lleva a una relación económica subyacente que no permite divisiones artificiales en este, pues el objeto de su negociación internacional produce efectos extraterritoriales, por lo que copulativa y axiomáticamente se conjugan supuestos económicos con jurídicos plurilegislativo. Pero *prima facie* ante todo el contrato será de carácter internacional, si sus actos son de efectos extraterritoriales¹⁹⁹.

O sea vemos que en América, se receptan criterios generales difusos sobre contrato de la CNUDMI-ONU, del *UNIDROIT*, la CIDIP-1994 (del derecho aplicable a

¹⁹⁹. Esta interpretación es y de la Jurisprudencia panameña, que dijo así: "...los contratos de compra venta internacional...se realizan entre personas que tienen domicilios y establecimientos ubicados en distintos países...". Sentencia del 14 de enero de 1999, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, R.J., p.222, en: Revista de Jurisprudencia VETERES, Ed. Rodríguez y Batista (2000). Panamá. Ed. Mizrachi & Pujol, S.A.. P. 99.

contratos internacionales), aunque al fin este se define en forma lacónica, sumaria o escueta, sin nociones amplias, ni fijeza para negociación. Esta noción es meritoria, pero se limita, pues no basta la relación objetiva cuando las partes están en países diferentes sino, y que el mecanismo de la regla de conflicto por vía oblicua o indirecta permita la internacionalización de la relación jurídica; lo que si se da en las convenciones de Viena de la *CISG*, y las de *Ottawa*²⁰⁰, donde hay factores objetivos para definir este contrato. E igual es la variable de que uno de los derechos privados evoque la internacionalización de un contrato por su regla de conflicto. Similar la CIDIP-1994, no indica la noción, o el carácter mercantil del acuerdo, pero en sus artículos 12 y 13, establece la validez formal o forma del contrato internacional, y este *fórum* o *anfictionía* americana indicó que la forma del contrato será válida:

- 1) Si cumple con los requisitos del derecho que rige dicho contrato según la Convención;
- 2) O con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre (*lex loci*); y
- 3) O con el derecho del lugar de su ejecución (*lex executionis*).

Esto tiene la ventaja en que el contrato tiene validez si se cumplen los requisitos de cada una de las leyes aplicables a cada supuesto, y con ello se evita el uso de la *legis locus actus*. Otro ejemplo, es que el CSB de escolástica civilista vigente en América guarda silencio sobre la noción de contrato internacional o de un criterio que funde una definición clara²⁰¹; la relación contractual internacional descansa y en el factor de conexión *lex celebrationis*, con la expresión latina *lex locus regit actum* (Art. 186) y dice: “En los demás contratos y para el caso previsto en el artículo anterior se aplicará en primer término la ley personal común a los contratantes y en su defecto la del lugar de la celebración”²⁰². Y en contratos internacionales, en donde las

²⁰⁰. Así, esta fórmula la tiene la Convención de *Ottawa* de Factoring Internacional (Art. 2), Boutin, G. (1998). Ob. cit. P.49; Boutin, G. (1993). El Contrato de *Leasing* Internacional. Editorial Mizrahi & Pujol, S.A. Colombia. Imprenta Lerner Ltda. P. 90; la “...promesa será internacional cuando estén situados en destinos Estados los establecimientos comprendidos en ella...” (Art.4, N.2), y “...el establecimiento pertinente será el que tenga una relación más estrecha con la promesa” (n.2^a) reza la Convención de la ONU sobre Garantías Independientes y Carta de Crédito Contingente, 1995.

²⁰¹. Boutin, G. (1991). Código de Bustamante y Normas de Derecho Internacional Privado. P. 354.

²⁰². Código de Derecho Internacional Privado (R.O.-S. No 1202 el 20 de agosto de 1960. Ecuador). Y en la Ley de 1928 G.J. 5.428, 7 de enero, 1929. Panamá.

partes tengan igual estatuto personal común recurre a la ley común de los contratantes. Aplica factores anacrónicos de la *lex personalis* común, aunque el problema de la contratación privada, no responde al estatuto personal de las partes sino a las categorías de obligaciones en prestaciones recíprocas contractuales.

Y, por otro lado, el CSB aplica con metodología mixta dos criterios concebidos como la *lex personalis* común y la *lex locus regit actum* pero sin por ello suprimir la *lex voluntatis* de las partes. En el régimen que señala el Capítulo 2.do, de los contratos en general, se tiene idea de una regla interpretativa de la recepción de la *Legis Voluntatis* por remisión en la inteligencia del CSB así: “La interpretación de los contratos debe efectuarse como regla general, de acuerdo con la ley que los rija, sin embargo, cuando esa ley se discute y deba resultar de la voluntad tácita de las partes, se aplicará presuntamente la legislación que para ese caso se determina en los artículos 185 y 186, aunque eso lleve a aplicar al contrato una ley distinta como resultado de la interpretación de voluntad” (Art. 184).

O sea en el CSB (Art.186) mixto se indica el status personal común o bien la técnica *lex celebrationis*, y se aplica la *lex voluntatis* cuando cabe o se desprende de la relación contractual. Sesgadamente la señala cuando se trata de los contratos de adhesión (si ese acuerdo prevé margen de discusión). O sea se usa la *legis voluntatis* de las partes, pero en la *praxis* se aplica es la regulación aplicable del oferente por la superioridad típica de los contratos formularios (*Standard*) de no-discusión. Así, el CSB señala que: “Fuera de las reglas establecidas y las que en lo adelante se consigna para casos especiales, en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita la ley del que los ofrece o prepara” (Art.185). Pero, en la *praxis* los contratos de adhesión no permiten negociación, y solo por vía oblicua presume la *legis voluntatis* a falta de voluntad expresa o tácita; o sea es por subsidiaridad la *free will*. Esta regla de colisión recepta camaleónicamente la (*locus regit actum*), y con la excepción de exigir para ciertos casos la adopción de formas o solemnidades según la ley del lugar de la ejecución (*lex executionis*).

En el régimen jurídico general interno del contrato en los códigos decimonónicos de América se recepta el acto de comercio con influencia medieval, y no tiene técnicas jurídicas en las exigencias reales del comercio²⁰³. Solo se aplica la calificación convencional del acto y del contrato, y no hay una definición única y amplia de lo que es la acción de comercio en las negociaciones internacionales contractuales²⁰⁴. Se sigue receptando la tesis científica de que en América (casi *a similitudine* con la historia de los códigos civiles y comercial) se copia la CR-1980 (Art.18) y se le incorporó a la CIDIP -1994 que señala solo que “para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación” (Art. 4). Por todo esto las problemáticas del contrato van en aumento con el desarrollo de tecnologías de la información (*web-business*), donde la regla clásica tradicional *locus regit actus* es difícil de fijar, pues se contrata por *e-mail*, *fax*, *Internet* en el idioma binario en el contrato telemático que se celebra en sitios diferentes.

En la hipótesis: ¿cuál es la regulación aplicable al contrato internacional?. Así, en la doctrina clásica jurídica del sistema del Mercado del *Common Law* señala: “*private international law is not the same in all countries...There is no one system that can claim universal recognition...*”²⁰⁵. Los anglosajones anotan “*the problem of ascertaining the applicable law is more perplexing in the case of contracts than in almost any other topic...in the case of a contract there may be a multiplicity of connecting factors: the place where it is made; the place of performance; the domicile, nationality or business centre of the parties; the situation of the subject-*

²⁰³. Califican al sujeto profesional/comerciante que incluya al no comerciante (Art. 1° CCo de Panamá, criterio subjetivista. O los actos o contratos de comercio Art. 1 CCo de Ecuador se califica con criterio objetivista el negocio jurídico oneroso en *jus mercatorio*), vid.: Gonzáles, R. (2000). Manual de Derecho de la Navegación. 4-edición. Argentina. Editorial Depalma. P.314; Madriñan de la Torre (2004). Op. cit. P.11.

²⁰⁴. En el derecho societario o corporativo (DIPr) el contrato de sociedades se rige por la sede social; y en el mundo anglosajón por la ley del lugar de la incorporación. *V.gr.*, Panamá sigue parcialmente esta última posición en instrumentos de protección *offshore*, tales como el *trust* o fideicomiso, las fundaciones y las sociedades anónimas. La legislación canalera, se fracciona en esta materia (mixto): en el derecho romanista y el *Common Law* (en su sistema "*Offshore Centers*" tiene igual protección en la *lex societatis* de incorporación, *a similitudine* en EUA, U.K., Portugal, Hong-Kong, etc.). En Panamá se receptó y el criterio de que el contrato es internacional y en la jurisprudencia de Febrero, 27 de 1996 la Sala Civil de la Corte Suprema de Casación, en el caso de ejecutarse algunas operaciones en otros países; o que las se domicilien en varios Estados, o cual resta valor a la seguridad jurídica.

²⁰⁵. *Cheshire & North*'s. Op. cit., p. 9.

matter; the nationality of the ship in the case of a charter-party and so on...but it is essential to appreciate ...that not all the matters affecting a contract are necessarily governed by one law". In the United States of America a preference was formerly shown for a rigid and inflexible test, represented by the place of contracting in some of the States but by the place of performance in others. Most of the country of the European continent...adopt the doctrine of autonomy under which the parties are free to choose the governing law...²⁰⁶.

Ante esto abunda Villegas así: “existe ya una verdadera *lex mercatoria* internacional que se coloca por sobre las leyes mercantiles nacionales por su anacronismo y porque las partes acuerdan esa sustitución...”²⁰⁷. Ahora bien, sin perjuicio del valor de los usos y prácticas²⁰⁸ en el régimen jurídico internacional del contrato, es innegable que su noción casi sigue inmóvil en el tiempo (sólo influyen ideas filosóficas e históricas que cambian en las costumbres e implica varias situaciones). Y es axiomático, que si al contrato se le califica de internacional, su asertividad entra en un terreno escabroso, una noción única sin inseguridad no puede ser dada, por el sinfín y lo complejo de ellos en la pluralidad de normas de la vida real.

En la práctica el solo hecho de incluir elementos extranjeros, no es suficiente para que un contrato se califique internacional; estos deben ser relevantes, con la necesidad del análisis (*deeper analysis*) en cada caso (*deal*) *iusinternacionalista privativista* específico (v.gr. ramo mercantil). En el problema de la noción e internacionalidad del contrato las legislaciones tienen varios criterios, como resultado es que surgen una serie de riesgos, uno de ellos es el jurídico, el de la inseguridad, esto es v.gr. con la autoridad competente que puede conocer acerca de los litigios derivados del contrato²⁰⁹ respecto del cual las partes podrían pactar cláusulas de *prorrogatio fori*, *derogatio fori* o arbitrales (Londoño, 2011, p.47).

²⁰⁶. *Cheshire & North`s*. Ibidem, p. 448-449.

²⁰⁷. Villegas Carlos G., cit. por: Ortiz Herbener Andrés. Op. c.it. [en línea].

²⁰⁸. Compra Venta modalidad FOB, recepción en la Sentencia de 14 de enero de 1999, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, de Panamá, R.J., p.221.

²⁰⁹. Vid.: Convención de la Haya sobre los acuerdos de elección del foro del 30 de junio de 2005, adoptada en La ... y la República del Ecuador, firmado en la ciudad de Quito, Ecuador. DECRETO por el que se aprueba el Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, adoptado en La Haya. www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/compila/tratados.htm 23 Oct 2006.

2.4.4. Críticas a las teorías del “*conflictum legum* o colisión” en el contrato.

Si bien el sistema de derecho privado progresó en la Revolución Industrial, el maquinismo, el urbanismo, la producción en serie y la correlativa oferta de bienes masivos (consumismo), no es complicado explicar su falta de adecuación en el contrato. Esto es, pues los clásicos no aceptaron el choque de soberanías, sino los conflictos de las relaciones de derecho privado, el uso de la norma indirecta de conflicto empírica, casuística y analítica o sea el método de colisión. Optaron por dar competencia a uno de los varios sistemas jurídicos, eligiendo en forma ambigua a uno de ellos. Y predomina el método conflictualista clásico basado en el "*Corpus Iuris*" codificado continental francés que influyó en el DIPr (contractual).

Se opina que aún el método de elección ofrece: a) solución indirecta, de justicia instrumental adoptando conexiones justas; b) Elige un derecho aplicable de la *lex fori*, o de la ley extranjera en forma de igualdad; pero al aplicar el derecho la primera tiene predominio sobre la segunda. c) La elección dicen es justa, por el Estado en que se da el centro de gravedad del caso. d) La elección puede ser rígida (cuando se soluciona el caso con el derecho señalado en el punto de la conexión), o bien flexible (cuando hay una arista de latitud para instaurar el derecho material más aplicable). En el método su técnica de “*localización*” indica que una relación jurídica tiene con diversos ordenamientos jurídicos estatales una vinculación convenida (mayor o menor). En el *conflictum legum* la colisión de jurisdicciones es la etapa inicial de localizar la colisión de leyes por el operador del *forum*, que fija primero cual es el tribunal competente (jurisdicción directa) en la causa, y luego analiza otras normas aplicables, o sea la jurisdicción indirecta²¹⁰.

Hay la tesis de que el método jurídico en comento abarca más supuestos que el estatutario (unilateral); no deja fuera ninguna situación; es quasi-global y es más imaginable, apoya un punto de conexión genérico (mercadeando la competencia entre todas las leyes en forma abstracta, para determinar cuándo se aplica la *lex fori*, y cuando la foránea). Pero es criticable que este método soluciona el supuesto solo

²¹⁰.Vescovi, E. (2000). Derecho Procesal Civil Internacional. Montevideo. Ed. Idea. P. 33 y s.s..

al prorratear competencias entre derechos internos, lo que es patológico para la relación jurídica internacional, por lo que se prefiere aplicar el DIPr sustantivo moderno “*jus gentium*” o el *ius preceptivum* de la *Lex Mercatoria* (*The New Merchant Law*), de origen feudal e inicio la ciencia del Derecho Comercial²¹¹.

Los citados “universalistas”, igual investigan conflictos de soberanías, y con normas materiales solucinan solo la relación jurídica por el principio de “proximidad” entre Estados, en casos de intereses socio-económicos y políticos con método sustancialista. Es solución plurietática, de coordinación, que al aplicarla da certeza; pero aún así su tesis se suple y con normas de conflicto (indirectas, abstractas), ya que de hecho las normas directas del método no bastan al regular relaciones mundiales (*v.gr.* las contractuales de integración). De entre estos científicos, *Dacey* sustentó que “la validez material de un contrato” se regula por su Ley (*proper Law of the contract*). Otro como *Cavers* mantuvo que se debe caso a caso, comparar las normas extranjeras con las del foro para valorarlas sobre la consecuencia de aplicarlas según la justicia para las partes o la política de interés estatal general. Su principio fue “*Look – before – you – leap*” (mira antes de saltar); a pesar de que se entiende que elegir entre las leyes por motivos de justicia y reparo social es “antijurídico”, causa dilemas, y arbitrariedad y la usual subjetividad judicial.

Otro erudito *Beale J.* con la regla “*lex loci contractus*” y un enfoque multilateralista del contrato dijo inadmisible elegir del derecho aplicable al contrato, pero con su tesis se instituyeron teorías actuales más flexibles: del “centro de gravedad” o “agrupamiento de contactos”, de vínculos más estrechos (*closest connection*), y de la ley apropiada o “*proper law of contract*”²¹², ya que en el *common law* la “colisión” de leyes es elegir cuál de los ordenes jurídicos es aplicable a la relación con elemento extranjero relevante. En los EUA en el “*the Conflict of Law*” (conflicto, si bien no se da ninguno), se aplica solo un derecho al caso²¹³, con reglas

²¹¹. De la Torre Madriñan. Op. cit. P. 6 y 7.

²¹². Vid.: *Dacey and Morris, The Conflict of Law, T. II, p. 121; Cheshire & North's*. Op. cit. p. 3-13; vlex.coo/vid/regulación-juridica-contrato-internacional-50203536.

²¹³. “*Choice of law factors*”, *vid.*: *Cheshire & North's, op. cit.*, p.36 y s.s.. *The On-Going Saga of Canada's Conflict of Law Revolution Theory and Practice vid.*: *William Tetley, Introduction The Major Changes of the C. A., 1998* [en línea], disponible en:

elegidas de otros sistemas jurídicos afines al negocio (convergencia). Igual es en el “*choise of law rules*” de UK (*Common Law*), semejante al civilista, o al teocrático.

Así, las teorías aplicables a negociación y celebración del contrato privado, son:

A) Las Estatutarias: El DIPr es sobre la tesis territorial de la ley feudal y absolutismo monárquico. Al ampliarse a los negocios en el medioevo, de los estudios de los Glosadores y los Post Glosadores - Estatutarios (un *statutum* era un compendio de derecho consuetudinario para el territorio), de ella surgió el DIPr científico (“Teoría de los Estatutos”). Se trató de la solución de dos asuntos básicos: 1) El ámbito de vigor de los estatutos frente al derecho romano; y 2) El ámbito de vigor de los Estatutos entre sí. De esta teoría surgen 3 reconocidas escuelas:

A₁.) La Italiana: 1. De los Glosadores que investigaban el Derecho Romano interpretando en glosas los textos básicos (con *Aldricus, Accursio*). 2. Luego los Post-glosadores o Comentadores dividieron los estatutos en personales para los súbditos aún en el extranjero o sus bienes territoriales, y los reales (de uso por excepción territorial). Pero los estatutos tenían problemas en: 1) aplicación de los mismos a los extranjeros; 2) el efecto extraterritorial de los estatutos (Bartolo); y 3) el personal de los extranjeros aplicado localmente si no se opone al orden público²¹⁴.

A₂.) La estatutaria francesa. De Bertrand D’Argentré (de Bretaña-Francia), del unilateralismo, que crítico el liberalismo estatutario; y dividió las leyes en reales y personales. Las costumbres eran reales-soberanas-feudales-territoriales. El estatuto real era territorial, pero se aceptó el estatuto personal como extraterritorial.

A₃.) La Estatutaria Flamenco-Holandesa Siglo 17 (*Pablo Voet, Juan Voet y Ulrich Huber*), estipuló que al elegir entre territorialidad y personalidad de las leyes debe predominar el carácter real. Admite estatutos mixtos, pero solo en la forma de los actos jurídicos. Afirmó la personalidad del territorio y reconoció la ley extranjera en

vid.: *Major Changes of the C. A., 1998* [en línea], disponible en: www.mcgill.ca/files/maritimelaw/confsaga.pdf.

²¹⁴. Más detalladamente sobre esta escuela, vid.: Fresno cit. P. 62 y s.s.

el país solo por cortesía internacional (*cómitas géntium*), pero según el interés bien entendido de cada Estado²¹⁵. Con el alto territorialismo de sus antecesores esta escuela fue la reacción nacionalista contra el feudalismo, ya que este modo de producción (socio-económico) obstruía la hegemonía comercial (manufactura) y la supremacía industrial. Con ella Holanda primero eliminó el colonialismo de España.

B. Teorías clásicas (S. XIX):

a) Escuela Histórica (*Savigny Karl F. von*). Romanista, fundó el principio de una verdadera “comunidad internacional” de derecho inversa a la pluralidad legislativa. El principio básico de esta tesis fue la “*localización*” de la naturaleza íntima de la relación jurídica²¹⁶. Se le da al DIPr bases filosóficas e indicó que la ley que rige las relaciones jurídicas es la del lugar de la sede de la relación. Los bienes se someten a la *lex rei sitae* (inteligencia doctrinaria aplicable a las figuras o categorías contractuales)²¹⁷. Con el domicilio trata de conciliar el sistema personal y el territorial, y acepta la *lex voluntatis*. En el contrato recepta la *freewill*, e influye en acervos jurídicos nacionales, *v.gr.*, el CC de Rusia dice "...el derecho...sobre el bien objeto de negocio comercial internacional se determina por la ley del lugar de celebración, si otra cosa no esta dispuesta por el acuerdo de las partes"(Art. 566)²¹⁸.

Otro ejemplo, es Perú, donde las relaciones contractuales es la ley de la obligación principal “...y, en caso de no poder ser determinada esta,... y, por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por el lugar de celebración” (Art.2095 CC, 1984). La Ley del DIPr de Ucrania en su texto recepta la *legis voluntatis* en el contrato así: “Стороны договора согласно

²¹⁵. Orangel Rodríguez. Op. cit. P. 322.

²¹⁶. Quintín Alfonsín (1982). Op. Cit., p.129; este *principium* dice: “*Each legal relation has its natural seat in a particular local law...*”, *Cheshire & North's*. Op. cit. Page 22.

²¹⁷. Opinó *Savigny Von K.* que el derecho elegido debe ser parte del contrato, y todo contrato tiene voluntad positiva de la conciencia de las partes, y la *legis voluntatis* es de la “nobleza y las corporaciones” posición subjetiva típica de su época; vid: Fresno de Aguirre, Op. cit. p.81-83.

²¹⁸. Sobre la Escuela Histórica vid.: Sousa Lennox, J. (2000). Introducción al Derecho. Ed. Universidad de Panamá. Panamá. Facultad de Derecho. P.56; el Código Civil de la RSFSR, art. 566 (vid.: al 1.10.1978. Redacción Perov Z.M., 1979. Moscú. Editorial Literatura Jurídica. P. 122).

со статьями 5 и 10 этого Закона могут избрать право, что применяется к договору, кроме случаев, когда выбор права прямо запрещен законами Украины” (Sec. VI. Normas de Colisión del Derecho de obligaciones, Art. 43).

b) Teoría de la "personalidad del derecho" de *P. Mancini*. Le da exclusividad a la ley nacional para todo sujeto, donde se encuentre. La aplicación territorial de las leyes esta en el principio integral de la nacionalidad, acorde a la coexistencia y el acuerdo de las nacionalidades libre de los pueblos. En su método el objeto del DIPr es el conflicto de leyes. Divide el Derecho en: 1) Necesario, de normas preceptivas (no alterables, como capacidad, etc.) territoriales y extraterritoriales; y 2) Voluntario (*v.gr.*, en la negociación contractual), regido por la técnica de *legis voluntatis*. De él surge la idea de la codificación en 1867; su tesis influyó en el Código de Sánchez Bustamante (CSB- 1928) la Habana-Cuba, y vigente hoy en 10 países americanos.

c) Teoría de los derechos adquiridos (*Vested Rights Theory* en el “*Common Law*”), solo estudia la colisión de leyes y la jurisdicción o competencia judicial. En la territorialidad reinan dos contextos: 1) La colisión de leyes al crear o extinguir un derecho; 2) Respecto de los derechos adquiridos (acorde a su eficacia internacional). Las excepciones serían: a) Cuando la normativa jurídica que fundó este derecho es institución desconocida; y b) Cuando este derecho es contrario al orden público del país donde se invoca (esclavitud). Su expositor *DICEY* aclaró que si se aplica la ley extranjera, es solo un derecho adquirido por autoridad de la ley foránea. “*BEALE*” (*Harvard-School*) publicó el I-er “*Restatement of conflict of Laws*”, y opinó que en el contrato la *legis voluntatis* era "teóricamente indefendible y absolutamente impracticable"²¹⁹. Luego, el nacionalismo territorialista de la escuela de *Yale* EUA (*Local Law Theory*, de *Walter Cook*) opinó que la ley estatal no puede tener fuerza fuera de los límites del Estado. La “*vested right theory*” se recepta en el CSB en la excepción del orden público internacional (Art.8); en la CIDIP-1979 de normas generales del DIPr, y en la Ley del DIPr venezolana, 1998 (Art.5º”).

²¹⁹. Contreras Vaca Francisco J. (2005). Derecho Internacional Privado. México. *University Press Oxford*. P.89; *The Local Law Theory* y de *Acquired rights* (*Cheshire y North*, Op. cit. p.27 y s.s.).

Se critica que esta doctrina puede conducir a legalizar la negativa a aplicar "un no aceptable" derecho extranjero. Y ella solo da competencia internacional a la *lex fori*. Sus fundadores opinan que el problema de la elección de leyes de colisión, es como que hay que elegir entre dos normas aisladas del derecho positivo, y no entre sistemas jurídicos soberanos (independientes). No se valoran las contradicciones internacionales, las luchas de clases, y competencia por la división del mundo (socio-económica), el proteccionismo, el cabildeo (*lobby*), la desigualdad en el contrato de grupos económico-mercantiles transnacionales monopolistas.

d) Teoría del "Hecho del derecho extranjero". La ley por su naturaleza debe aplicarse en el territorio (de una sociedad política). Debe haber un derecho completo para regir los sucesos que allí se dan, como la normativa única territorial, pero se respetan los derechos adquiridos como un hecho, si dicho derecho no ha sido modificado por una de las leyes competentes, ya que en el reconocerlo se admite la existencia de un hecho, pero si hay discrepancias se debe aplicar la ley del *forum*. La tesis consideró que en el caso con elementos extranjeros, el *forum* aplica siempre su propia ley al asunto (*Lex Fori*), pero adopta como su propia ley, una norma de derecho idéntica o semejante a otra estatal que tiene elementos extranjeros de dicha situación jurídica. Se aplica la ley extranjera por el principio "*judge made law*", en la idea de que el juez estatal local crea el derecho, sin considerar dogma ni regla alguna²²⁰ (a su libre arbitrio, lo cual es antijurídico).

C) Las Doctrinas contemporáneas del DIPr tienen básicamente dos tendencias:

D) Las Nacionalistas: Que se fundamentan en la afirmación del principio de la territorialidad de la ley (monismo nacionalista), y son denominadas:

1- Escuela Alemana: a) Que usa normas de tratados internacionales; y b) Opina que no se debe monopolizar la aplicación del Derecho interno. El DIPr es nacional, más para aplicarlo y desarrollarlo precisa un método internacional (monismo moderado); pero en el fondo la tesis de la escuela lleva a aplicar la *lex fori*.

²²⁰. Monroy Cabra, M. Op. cit. P. 107-108.

2- La Doctrina Francesa (territorialista). El DIPr tiene carácter nacional y se debe aplicar solo como interno, incluso en la contratación; bajo razonamiento escolástico, docente, pedagógico; se receptó en el método de codificación en países *ius civilistas* (de la Francia del S. XIX). Con ella se cubrían todos los supuestos fácticos o hipótesis normativas de aplicación en la negociación contractual; sin embargo, sus estructuras, definiciones y clasificaciones radicales limitan el comercio externo.

3) La doctrina italiana. Este estilo da un “*sistema de recepción o incorporación de normas extranjeras*” que se nacionalizan, y al incorporarse se cambian en norma de derecho material, bajo el poder de la propia soberanía estatal del mismo *forum*²²¹.

II) Las Internacionalistas: Consideran que hay principios que limitan la competencia de la ley del foro, y que se puede aplicar una determinada ley extranjera. Que el DIPr es parte del Derecho Internacional y tiene por objeto delimitar las competencias legislativas de los Estados. Existen dos soberanías en las leyes: 1) la personal sobre los relativos súbditos; y 2) la real sobre los bienes que están en el territorio y se les aplica la técnica *lex rei sitae*. Afirman que hay dos Derechos Internacionales (Dualismo vs Monismo)²²², o sea uno obligatorio por *práxis* de la sociedad internacional para los Estados (*commercium*), y uno interno en cada uno de los Estados para sus súbditos. Entre otros juriconsultos están Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven, fundador del derecho extranjero en la “comunidad jurídica internacional”; y *Joseph Jitta*. El último se conoce que dijo que el objeto del DIPr es someter relaciones particulares al Derecho, conciliando los métodos:

a).- El individual: que elabora el DIPr nacional, que solo tienen vigencia interna y de aplicación para jurisdicción interna si están contenidas en leyes nacionales;

²²¹. Vid.: Más detalladamente: Ibi. P 185 y s.s.

²²². Teoría dualista del Derecho Internacional y el Derecho Interno separados, de total independencia. La del Monismo (de la doctrina italiana), radical o el moderado distingue entre el Derecho Internacional y el Derecho Estatal pero subraya al propio tiempo su conexión dentro de su sistema jurídico unitario basado en la constitución de la comunidad jurídica internacional. ... En el monismo internacionalista tiene primacía la norma jurídica internacional, en caso de ...[en línea], Cit.: www.slideshare.net/maiz/derecho-internacional-publico-406165 -

b) El método “Universal” (mundial): en que se debe respetar principio de las relaciones jurídicas extranacionales y regularlas por el Derecho Privado que más contemple el fin social de cada una de ellas, ya que es el ordenado y supeditado a la voluntad de cada Estado, obligatorio y facultativo (en las tesis de los sistemas jurídicos internacionales, converge la del monismo radical y el moderado)²²³.

III) Las teorías conciliadoras, coexisten privadas internas e internacionales. Usan el Derecho Comparado en: a) la legislación inglesa que se sirve de la territorialidad, aun cuando tiende a aplicar la *lex domicilii*; b) En Alemania y Suiza la nacionalidad actúa, pero no lo aplican si esto perjudica a un regnícola. c) El sujeto francés en el exterior se le somete a su *lex nationalis* (Art.3 CCF). Y el extranjero residente en Francia por seguridad sus bienes se le aplican la ley francesa²²⁴.

IV) Teorías contemporáneas sustancialistas (materiales) donde el DIPr es supranacional, y sus normas jurídicas surgen de la conciencia jurídica de la sociedad internacional, que forja un derecho privado especial, con objeto clásico la regulación de las situaciones privadas transfronterizas, y que se aplicarán, solo a las soluciones que ofrece este derecho²²⁵ ante el conflicto de leyes emergentes, y se le da competencia solo a un derecho nacional para la relación; pero ante esto se podría utilizar con la relación una elección imperfecta o del derecho inadecuado, ya que él se fundó solo para necesidades internas (normas directas con territorialismo).

Además el DIPr se apoya y en teorías llamadas: “Latina” (mixta tripartita de la nacionalidad, el trato al extranjero y conflicto de leyes); la anglosajona (bipartita, conflicto de jurisdicciones y conflicto de leyes); la germana (clásica única del conflicto de leyes); la universalista (conflicto de leyes y regulación de relaciones jurídicas) con autonomía didáctica, legislativa, métodos y problemas exclusivos²²⁶.

²²³. En la praxis se manifiestan estas teorías y en el fallo Arbitral de la Corte Permanente de la Haya de Chevron (Texaco) vs Ecuador demandas 1991 y 1993 por violación de tratado con EUA de inversiones y denegación de justicia al demandante por parte de Jueces ecuatorianos. El Universo. 1.09.2011. P.4.

²²⁴. Código Civil de Francia en: Derecho Civil, Comercial y de Familia de los países capitalistas (1986). Moscú. Editorial Universidad de la Amistad de los Pueblos. Pág. 19.

²²⁵. Ravassa Moreno Gerardo José (2002). Op. cit. P. 347- 379.

²²⁶. Como la cuestión previa, las calificaciones o el reenvío. El Derecho Internacional Privado es un

Ellas receptan el contrato estatutario en su forma y efectos, y se rigen por la *lex celebrationis*; en la acción procesal por la *lex fori* (estatuto del tribunal). Los efectos anormales por la *lex executionis*, los contratos sobre bienes inmuebles por la *lex rei sitae*; y desde la escuela francesa S. XVI se deja que las partes elijan el estatuto del contrato (*legis voluntatis*). En en este sinfín de filosofías jurídicas “opuestas” dice Ortega, que hoy día se presentan y las teorías llamadas objetivistas o funcionales, y entre ellas estan las “publicistas”, las “unilateralistas” y las “universalistas”²²⁷.

Se les reprocha a estas doctrinas básicamente el ignorar que los actos de los sujetos en su movilidad traspasan las fronteras, y que su regulación se hace en base a teorías internas para justificar en las relaciones internacionales (y la no aplicación de las normas extranjeras). Ellas preservan normas autónomas con el concepto medieval de la soberanía absoluta, y niegan el evento de aplicar normas foráneas. Desde la revolución burguesa, se formúla la tesis del *strictum jus* de la cortesía internacional o de reciprocidad con el derecho extranjero, conciliaban la soberanía absoluta del Estado con la aplicación de un derecho extra territorial inseguro.

Sin embargo, las Relaciones Internacionales en nuestra época, siendo el conjunto de los contactos de sujetos, incluso los *sui generis* son pilares del avance de los países. En tales comunicaciones es doctrina pacífica aceptar el gran valor del DIG²²⁸, y de sus fuentes aplicable a la Contratación privada. Aunque sigue la oferta del "*Conflictum Legum*" que no tiene soluciones uniformes, y solo son políticas. *V.gr.* en Europa se asentó la personalidad de la ley por razones políticas y someter súbditos aún en el exterior por su *lex nationalis*. En América el territorialismo estatutario defiende la soberanía estatal (*lex domicilii*). Abogan obsoleta

derecho local y no un derecho suplantación [en línea], disponible en:
[http://www.marisolqueiruga.comar/derecho internacional privado.htm](http://www.marisolqueiruga.comar/derecho_internacional_privado.htm).

²²⁷. Ortega Giménez A. El Derecho Internacional Privado [en línea], disponible en:
[http://noticias.juridicas.com/articulos/00- Generalidades/200712-365847888.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/200712-365847888.html).

²²⁸. Al tenor como ejemplo de esta importancia es la creación de la “Oficina de Legislación Extranjera de Derecho Internacional Francesa” a inicios del S. 20. Vid.: García Ortiz H. “De las relaciones entre el Derecho Comparado y el Derecho Internacional Privado”, Boletín Del Instituto de Derecho Comprado, Universidad Central del Ecuador, No.9, Dic - En., 1972, p.12; Balestra, R. (1993). Derecho Internacional Privado, Parte Especial. Argentina. Ed. Abeledo Perrot. P. 267, ver: Parra Parra J. (2005). Ob. cit. P. 229; se reconoce el valor del Derecho Internacional en fuentes autónomas como Art. 4 Constitución de Panamá, 1972; y Art. 416, N.9 de la CPE, 2008.

territorialidad en la ley²²⁹, o la extraterritorialidad liberal con excepciones simples semánticas que aplican a personas jurídicas supranacionales, como los juicios de:

A.- La tesis de la "comunidad internacional" (tesis axiomática de *Savigny F. C.*) del derecho de los Estados. Y la fórmula es "regla de solución" que busca para cada situación de derecho el dominio jurídico a que esta relación pertenece por su naturaleza, sin ser relevante que la normativa sea nacional o extranjera, aunque al contratar las partes hayan puesto sus expectativas hacia el lugar de cumplimiento, donde se agota el hecho o acto jurídico, es decir la *solutio*. Ese sitio es su sede y la ley de ese lugar debe regirla. Sin base científica, esta clasifica todas las instituciones en pocas categorías, a pesar de que hay muchas leyes que no son personales, ni reales, y las actividades jurídicas no se agrupan solo en la *lex domicilii*, lo que le da al derecho foráneo inestabilidad de los sujetos, al cambiarse a otros domicilios.

B.- La Teoría de la nacionalidad (*P. E. Mancini*), si bien respeta la *legis voluntatis* en las relaciones jurídicas internacionales vinculándolas con obligaciones y contratos, confunde, que: a) No es exacto que la soberanía del estado es personal y accesoriamente territorial, y no hay la jerarquía de la una sobre la otra; b) no son sinónimos los conceptos de "nación" y de "Estado" (hay muchos países multinacionales). c) La división de leyes en necesarias o voluntarias, no es realidad jurídica objetiva; o que el régimen económico-legal del acuerdo (el contrato apolida) se regula libremente o sólo por la ley. Esta idea fue política y no jurídica. Lo básico es "la personalidad del derecho" y que: "si los sujetos están vinculados voluntariamente, pueden elegir normas distintas a las de su ley nacional".

C. La teoría territorialista del Juez *Joseph Story* de EUA (1834) usó por primera vez la expresión "Derecho Internacional Privado", y sostuvo que las leyes del Estado no tienen fuerza "*proprio vigore*" más allá del territorio y que la jurisdicción del país es a súbditos y a los extranjeros que están dentro de sus fronteras (*strictus ius*), y aplica leyes foráneas solo en *commity (comitas gentium)* por cortesía internacional²³⁰.

²²⁹. Art. 39, parr.3 Constitución Política de Panamá, Editorial Sistemas Jurídicos, S.A., 2004, p.19; Art. 9 de la CP de Ecuador, 2008 (Principio "Nacional" del DIPr).

²³⁰.Vid.: Arrellano García. Op. cit. pág. 773; *Koreskyi, V. (1989). Essays of Anglo-American*

D.- La teoría de la “prestación típica o característica” (*the most relevant relationship*) dice que la función del contrato es socio-económica; a lo cual se pueden hacer observaciones, pues la prestación no monetaria no tiene virtualidad para localizar económicamente el convenio. Ella es exorbitante y ajena a la realidad de los negocios internacionales (en un CVIM, si bien es cierto que estos son objeto de la prestación más característica del contrato), en lo económico hay simetría de interés y beneficios mutuos, pero no es susceptible genéricamente jerarquizarlos y dar superioridad a unos sobre otros, aunque las reglas de cada contrato puedan evidenciar ciertas primacías; y eventualmente la prestación dineraria (divisas convertibles o la *lex pecuniae*), puede no darse (en el *Barter*).

De las críticas a las doctrinas del DIPr. En la sociedad capitalista realmente las doctrinas del DIPr, son más confusas repeticiones, pero no tienen principios unificados, no aclaran el derecho ni los hechos facticos reales sociales, sino que en la *praxis* jurídica se conoce que los Estados tienen mayormente solo unas cuantas normativas diseminadas, ocultas en apéndices, sobre este derecho. Ejemplo, es el sistema jurídico francés que posee solo resoluciones de ciertos temas (CC, 1804). Además, teóricamente receptan el DIPr no como ciencia, sino solo de “disciplina técnica”, cuyo objeto es para delimitar conexión, pero ignorando hechos diarios de la esfera de acción de las diversas legislaciones²³¹. Las teorías aplican “fórmulas” pseudo-jurídica para sustentar soluciones en procesos reales de la competencia de los sujetos privados, como el Estado en la estrategia o tesis funcional del “*Jus Gestionis*”, para lograr influencia jurídica en la nueva división económica (ya no territorial del mundo anterior a la II-Guerra Mundial, sino de mercados en la post guerra), pero se siguen rigiendo en el fondo por la teoría clásica *Jus Imperium* sobre las normativas que se aplican en los diversos ámbitos de las Relaciones Internacionales, concretamente en las Económico-Mercantiles.

doctrine and practice of international private law. The problem of vested rights. Op. cit. Page 224, y s.s.; *ibidem.*: Zamora Cabot F. “On International Comity in the Private International Law System of the U.S.A.” [en línea], disponible en: http://www.reei.org/reei/19/doc/nota_zamora_francisco_javier.pdf.

²³¹. *English thinking in this area has been dominated by two the theories. The first theory looks to the intention of the parties: the second theory seek to determine where the contract is localized.* Cheshire & North's. Op. cit. P.449.

Lamentablemente en el DIPr los Estados no se interesan en unificar la regulación material y armonizada, salvo excepciones convencionales²³², por contradicciones de gobiernos capitalistas y neomercantilistas que dan seguimiento a la tesis neocolonial de importar prácticas de la metrópolis, para incorporarlas a países no desarrollados (aunque sea negativa o no efectiva, como modelo *soft law to hard law*). Es difícil el calificar las varias técnicas de colisión²³³ en los acuerdos, y no se revelan remedios a esta patología en el Derecho Contractual Internacional. Y la logística de aplicar los puntos de contacto confunden, ellos son ambiguos y se llaman como paradoja: *lex loci contractus (lex loci solutionis o executionis)*, *lex patriae debitoris*, *lex domicilii creditoris*, *lex rei sitae*, ley subjetiva del juez (*lex fori, lex arbitrii*); etc.

Por esto, surge el problema de ¿qué punto de contacto debe elegir el operador?. Con ello, se aprecia la exclusividad y la relatividad de las teorías del DIPr que a menudo están desligadas de la vida real; causan crisis en la seguridad jurídica; se dan soluciones claudicantes de contenidos contrarios o incompatibles, válidas en un Estado pero no en otro, e impiden la tutela judicial efectiva; y permite el uso del llamado *fórum non conviniente* según intereses (*bad forum shopping* en fraude a la ley). No se objetiviza, o sea se ignoran las competencias mundiales²³⁴ al aplicar normas jurídicas (que es lo que llevó a existir al DIPr.). Se opina que el objeto de este derecho es solo localizar normas de leyes nacionales para “ofertar, seleccionar-elegir” posible solución de colisiones jurídicas del caso²³⁵. La teoría libertad del contrato (*freedom of the seller and the buyer*) e igualdad de las partes se contraponen a la real desigualdad económica con el “*big business*”, que no le interesa el DMI contractual en sus objetivos de regular la negociación y el régimen jurídico²³⁶.

²³². V.gr. la 8-va Conferencia de la Haya, 1956 de Derecho Internacional Privado (COHADIP), y las CIDIP- de la OEA (especialmente las de Panamá 1975, Montevideo 1979, México 1994) y otras.

²³³. Kozzkyi V.M. *International Economic Law. International economic law and "law of aliens"*, Op. Cit., p. 170 y s.s.; *The On-Going Saga of Canada's Conflict of Law Revolution Theory and Practice*, Prof. William Tetley, Op. Cit. [en línea], vid: www.mcgill.ca/files/maritimelaw/confsaga.pdf.

²³⁴. Valencia Restrepo, H. (2003). Op. cit. P. 246, p. 246; Fernández de Córdova (1997). Estudios de Derecho Comparado. Cuenca. Pudelpo Editores, S.A. P. 21.

²³⁵. *Cheshire North. Ob. cit., traduciendo al ruso, red. Boguslavskyi M.M (1982)*, Op. cit. P. 8; *Cheshire North (1989). Ibidem. Page 17.*

²³⁶. Ravassa Moreno G. Op. cit., p.32; Cordobera Garrido Lidia, Op. cit. [en línea], disponible en: www.acaderc.org.ar/...poder...; Martínez C., Gonzales G., Rojas de M., “Negociación y transferencia tecnológica en el proceso de vinculación universidad-sector productivo” [en línea], disponible en: www.scielo.org.ve/scielo.php?....

Y en las doctrinas escolásticas (escuelas en la llamada filosofía de Aristóteles) sobre el orden público (por primera vez utilizada en el art. 6 del Código de Napoleón), en ocasiones se aplican para no reconocer el derecho extranjero (adquirido), aunque por el Derecho Internacional deba aplicarse. Y en el caso de que éste se pueda aplicar, no le dan una respuesta concreta, ni se le proveen conceptos generales. En la jurisprudencia de los EUA y la doctrina inglesa (*public policy*) el tema del orden público es uno de los más indeterminados, que el mismo no permite definición, y su fundamento surgido en el Medioevo europeo consideró que el soberano territorial puede siempre remitirse a este orden, y esto resulta del principio de su *imperium*.

EL RENVOI: A simile la doctrina de la raqueta o *ping pong (picking and choosing)*, surgidas en Inglaterra por las contradicciones entre los principios de la nacionalidad y el del domicilio en el DIPr), y el de la calificación, son problemas jurídicos internacionales motivado por la incongruencia entre la legislación interna (*internal law*) de los estados. En esta última se resuelve el conflicto con *lex fori* o excepción de la misma por la popular cuestión (*favore negotii patriae* en el caso de los contratos) o por la *lex causae*, y no registran los criterios científicos y objetivos de la relación justa, creando patéticos problemas de las tesis subjetivas contractuales.

En sí, el punto científico, es el estudio de la intención de los sujetos de garantizar un amplio uso de su derecho en casos concretos; y no solo aplicar lo señalado en el CC francés de que “los extranjeros, aunque no se encuentren en Francia, puede ser demandado ante juez francés en asuntos, relacionados con obligaciones, celebrados por estos en este lugar con ciudadanos francés” (Art.14). Esta solución ilusoria y extremista la critican, y los mismos tratadistas franceses al señalar que en este país hay tantas lagunas, y en las leyes hay ideas de otros siglos, y de desconfianza hacia los extranjeros, aunque sean amigos²³⁷. El objetivo del DIPr debe ser garantizar soluciones uniformes, sin desconocer que casi en todas las legislaciones modernas las obligaciones, surgen de la voluntad de las partes, como en el contrato, figura que requiere de revolucionaria modernización, *v.gr.* con la homegeneidad normativa.

²³⁷. Manual de Derecho Internacional. Edición 9. pág. XXIV. citado por Krilov S.B. y Pereterskiy I. S. Op. cit., pág. 37.

Así, la no unificación o armonización del régimen jurídico del contrato, a pesar de los avances de la CVI, como el más típico y difundido en negocios transfronterizos²³⁸, expone otro problema del acuerdo, que es la irregular adaptación general de su regulación a las normas internas (*lex fori*). Como efecto esto ha determinado y la mayor difusión en negociación de aplicar la *opinio iuris seu necessitatis*, y usos o prácticas comerciales internacionales. Es por el dinamismo y seguridad del comercio internacional que los métodos del *New Merchant Law* son fuentes reguladoras, si la patología en comento no se regula con el derecho positivo en el negocio. La costumbre es fuente (*secundum legem*) para el contrato dice Oviedo Albán y la misma *praeter legem* tiene vida propia sin que una norma fijada le llame para que rijan²³⁹, esto es si no se elige el derecho para el negocio concreto.

Las teorías clasistas del DIPr no siempre tienen interés en normas jurídicas materiales, salvo excepciones²⁴⁰. No es cierto que en la sociedad siempre existió el comercio y el derecho (*ubi societas ibi commercium, ibi ius*). Su formal “libertad del acuerdo e igualdad de las partes” contrasta con la real desigualdad económica del mundo por falta de un régimen científico del contrato internacional. El punto es que el DIPr debe ser no solo para “diferenciar” o “seleccionar” leyes en colisión, o de rigidez de método material, sino el estudio de la intención de los sujetos de garantizar la aplicación de sus derechos en la regulación de los casos concretos. El objetivo del DIPr (Koretskyi, 1989) es reforzar los resultados político-económicos de cada Estado²⁴¹, velar por la continuidad jurídica²⁴² de la relación (Fresnedo, 2004). El Dipr debe establecer las bases para alcanzar en un proceso de negociación²⁴³ exitoso del contrato (*cuasi-perfecto*) hacia la más fructífera relación en el mercado.

²³⁸. Más detalladamente sobre la CVI, ver: Koreskyi, V.M. Op. cit., p.224 y s.s.; Lizovsky, V. Op. cit. 1979. P.161; Schmitthoff's, M. (1990). Op. cit. Page 55 and others.

²³⁹. “Los usos y costumbres en el derecho mercantil contemporáneo. Referencia al derecho colombiano, comparado y la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías” [en línea], disponible en: <http://ciscg.tij.uia.mx/oviedo1.html>.

²⁴⁰. La 8-va Conferencia de la Haya de 1956 sobre el DIPr en el problema de la tradición de la propiedad sobre el bien usa la *Lex rei sitae* del bien al incoar la *litis*, y la *lex fori* de donde estaba anteriormente a consideración del vendedor (*the Seller*).

²⁴¹. Koretskyi, V. (1989). Op. cit. Page 80.

²⁴². Fresnedo de Aguirre (2004), Op. cit. P. 17; igual detalles en: www.cem.itesm.mx/derech/verba-iuris/articulos/030905.html+www.negociacion+contractual...

²⁴³. En un mundo globalizado, dice Filadoro Alikhanoff J. las negociaciones ... se constituyeron en la herramienta utilizada por todos los actores internacionales. Y cita a John O'Dell (2000) que define negociación así: “*a sequence of actions in which two or more parties address demands*

2.4.5.- Dimensiones del régimen del Contrato Internacional mercantil.

Las fuentes del derecho son medios que generan normas jurídicas, aplicables para la celebración de un acto (teoría del hecho, acto, negocio), y se les califican formales, reales o materiales (la sociedad, tribunales de justicia, factores socioeconómicos o científicos, etc.). Ellas se aplican a la contratación internacional, y en opinión de Medina (1998) es "...el mecanismo de expresión y documentación del consentimiento por el que se perfeccionan las relaciones comerciales de intercambio... cuyo ámbito excede de la legislación de un estado"²⁴⁴. Cada estado tiene sus propias fuentes del DIPr (dimensiones con diversidad de normas jurídicas sobre una misma relación), por lo que surgen problemas en la negociación, formación (celebración), y contingentemente en la ejecución o vigencia del contrato con presunción de perfeccionado. Así, en su alcance, el contrato internacional es regulado por fuentes o dimensiones²⁴⁵ formales clásicas del DIPr y entre ellas están:

1. Tratados o Convenios Internacionales.- Son fuentes coordinadas de los Estados; y para que sus normas sean de orden *jus cogens* requieren cumplir con procedimientos establecidos tanto dentro de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVT-1969) ó en de las Constituciones nacionales. Son limitaciones razonables a la soberanía del Estado (al *jus imperium*) al implementar o incorporar políticas económicas, sociales, de comercio o negocios contractuales transfronterizo. Imbuyéndonos en el ámbito del "Derecho Comunitario" o de la integración (originario o derivado), y dependiendo de la tesis nacional o el internacional, podríamos decir que las normas de los tratados públicos legalmente suscritos y aprobados por los Estados, acorde a la normativa interna pueden ser

and proposals to each other for the ostensible purposes of reaching an agreement and changing the behaviour of a least one actor" [en línea], "Negociaciones Economicas Internacionales: UE-Mercosur", disponible en:www.comunidadandina.org/bda/docs/CAN-Int-0030.pdf.

²⁴⁴. Medina de Lemus M. Contratos de Comercio Exterior. Dykinson, 1998 [en línea], disponible en: www.lupicinioeversheds.com, pág.2/9. Dykinson, 1998 28001 Madrid 08006 ...; www.icex.es/staticFiles/aspectos%20formales_5450_.pdf.

²⁴⁵. "Clasificación de las fuentes...es.answers.yahoo.com...Leyes y Ética. [en línea], disponible en: <https://www.u-cursos.cl/ieb/.../previsualizar?id>; Álava Abel R. (2004) El Derecho Portuario Marítimo Contemporáneo en el Ecuador. Impregcol, p.58; Fuentes jurídicas en lo usual son las condiciones materiales de la sociedad, o la forma en que se manifiesta una u otra norma que sea del derecho (Tratados, Costumbres, Jurisprudencias, Doctrina más reconocida, uso y practicas mercantiles en las plazas y mundiales).

normas supranacionales de orden obligatorio²⁴⁶. Y el concepto de supranacionalidad trasciende como una modalidad específica de organizaciones (*sui generis*), dotándolas de decisiones obligatorias en los Estados miembros como en la estrategia de negocios de la integración constitutiva del tríptico socio-económico, político y jurídico (con órganos que su pacto les da aptitud normativa); ej. un TLC.

2. Dimensiones autónomas o nacionales (internas) - Las transacciones económico-comerciales (Negocios privados) casi nunca se realizan sin injerencia de los Estados soberanos, los cuales expiden normas jurídicas en la mayoría de los casos. En el Derecho Positivo nacional no puede excluirse la soberanía del Estado para crear, dentro de preceptos intervencionistas, políticos restrictivos que con criterios nacionalistas defienden el interés público (Carta Magna, Códigos, Leyes, etc.). En las Relaciones Internacionales según los Estados, el estatuto interno tiene un papel substancial en la regulación internacional (v.gr. "*imperative rules, loi de police, leyes de aplicación inmediata*" comerciales y competitividad "*antidumping*").

3. Costumbres, Usos y practicas mercantiles (Dimensión espontánea).- De los comerciantes (internacionales) si son reconocidas por los sujetos y cumplen los requisitos de los normas autónomas, son fuentes de DIPr, v.gr., *Incoterms, the Uniforms Rules for Contractual Guarantees* de la CCI (Usos y Practicas del *The New Merchant Law* de la antigua *societas commercium*), y otras normas de sujetos mercantiles *iusprivativistas*, etc., como la costumbre que se aceptan por regular, constante y largamente actos que no alteran ningún ordenamiento jurídico social, ejemplo, la "*Desideratta Consuetudo*" y la "*Opinio Juris seu Necessitatis*"²⁴⁷.

4. Los Principios generales del derecho.- Desde *Hugo Gratius* (1625) se estructuró el Derecho Internacional (*jus cogens*) con bases en ideas de Aristóteles, el *ius civile* y el *Jus Gentium*, y se aplican "Principios Generales del derecho reconocidos por las

²⁴⁶. Ver colisión de norma imperativa internacional pública del artículo 27 de la Convención de Viena de Los Tratados de 1969 y el artículo 425 de la CPE (recepción de la doctrina del DIPr).

²⁴⁷. *Nomis iuris* de varias de ellas ver en: *Scmitthoff's Clive M. Export Trade (1990). The Law and practice of International Trade. London Stevens & Sons, page 490-492; Art. 38 del Estatuto de la de la Corte Internacional de Justicia; Zumarraga Aguinaga, P. (2009). Introducción al Derecho Marítimo Ecuatoriano. Perú. Edilex, S.A. P.61; Art.1500, 1505, 1555, 1568 y otros del CCE codificado.*

Naciones Civilizadas”, como: el respeto por los bienes ajenos, la reparación de los daños causados por culpa, el no fraude a la ley, la buena fe, el enriquecimiento ilícito, la *pacta sunt servanda* con su excepción la *rebus sic stantibus - hardship* (teoría de la imprevisión en materia contractual), buena fe, el *Non Adimpletum Contract*, y otros. Ellos se aceptan y en la libertad contractual de elegir el régimen jurídico del contrato en Negociación Internacional *iusprivativista*²⁴⁸.

De la estructura de la norma en las fuentes.- Las dimensiones del DIPr anotadas se componen de normas directas o bien abstractas²⁴⁹. Las indirectas de colisión en el DIPr contractual tienen elementos que son el supuesto de hecho (categorías), la consecuencia jurídica (la disposición sobre la aplicación de la norma), y el punto de contacto (que da el vínculo del supuesto fáctico con la normativa concreta). El concepto de “elemento extranjero” es amplio. Y la relación tiene elementos de extranjería relevantes para elegir entre dos o más normativas en dicha relación jurídica. En este orden de ideas, en el DIPr si las normas son sobre la relación jurídica referidas a sus categorías oportunas, y las abastecen del derecho expreso en sus disposiciones, y la relación se afilia en la categoría de la norma jurídica se incorpora (“entra”) en la categoría de otra, es el proceso de la “calificación” y señala el sistema del DIPr aplicable al caso, y de ella depende la determinación del derecho para la relación contractual concreta. Ejemplo: Para las garantías con acción real, se aplicará la ley de la situación de la garantía (Art. 224 CSB).

Acotando el tema, la teoría y *práxis* reconoce que el objeto de la norma del DIPr son las relaciones jurídicas, y todas sus normas se componen de dos elementos: La categoría y la disposición. La primera (o supuesto) es el elemento que señala el objeto de la norma, o sea, el conjunto de relaciones jurídicas que regula la disposición, esta última es imprescindible; sin este componente de la norma no se conocería a que se destinaría lo que ella dispone. La disposición indica la fuente de

²⁴⁸. Gonzáles Campos, Fernández Rozas. Op. cit. P.150; La regulación jurídica del contrato internacional [en línea], disponible en: vlex.com/regulacion-juridica-contrato-internacional.50203536., p.10.

²⁴⁹. Doctrinariamente la estructura de toda norma del DIPr se conforma de la Hipótesis (categoría, el supuesto factico), y de la Disposición (directa); la de colisión se le adiciona el punto de contacto, vid.: Fresnedo de Aguirre. Op. cit. P. 195-190.

la legislación inherente a la categoría, crea el alcance dispositivo, o sea las consecuencias jurídicas, ejemplo “*el contrato*” es la categoría, y la disposición puede ser de que se regula por norma material (unidad contractual), o con la técnicas de fraccionamiento estructural (mosaico- adaptación) o *depecàge*²⁵⁰ de colisión *lex celebrationis*, o “*lex executionis*”, *la Lex Rei Sitae, Legis Voluntatis, lex pecuniae, lex fori (lex arbitrii), lex venditori*, o bien con otras claves o fórmulas.

Según la “disposición”, las normas del DIPr pueden ser directas (concretas, sustanciales); indirectas o formales (abstractas). Las concretas materialmente disponen sumariamente la legislación característica a la categoría dando facilidad y seguridad en las relaciones extranacionales concretas (como en la *CISG de la CVI*).

Cuando la norma es formal o indirectas, igual señala las relaciones jurídicas que tiene su categoría, y determina en su disposición el derecho privado nacional (ejemplo el CSB) a regular dichas relaciones. Hoy el DIPr está formado por menor número de normas directas que las formales, o abstractas indirectas, pero es notoria la tesis de armonización de la regulación en la negociación comercial, o sea unificar normas aplicables con criterios casi objetivos, incluso de definir el contrato²⁵¹.

Pero, *prima facie* las normas de "colisión" solo señalan genéricamente el derecho aplicable a la relación jurídica con fórmulas, clave o técnicas que se deben especificar para el caso. Diferente de otras ramas jurídicas, el problema de la elección del derecho de entre varias dimensiones, aplicable a una u otra relación jurídica, es lo principal en el DIPr. Las normas de colisión determinan la legislación aplicable en tal o cual caso concreto. Ahora, la norma de conflicto se aplica solo con normas materiales, a la que la primera se remite (bilateralidad), o sea a normas de la legislación, que regula el fondo la relación en que se basa la acción concreta (en el caso de la investigación, la relación contractual mercantil privada).

²⁵⁰. Sobre esta técnica (del mosaico) ver.: Santos Belandro, R. Op. cit., p. 100 y s.s.

²⁵¹. Ruy Pereira Camilo Júnior. Ob. Cit., [en línea], disponible en: www.iaba.org/.../Camilo_Ruy_El_Cod_Civ_Bras_sp.htm;- Castillo Saborío Sarita (20039. El Contrato Internacional. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. P.3, [en línea], disponible en: www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/phps/documentacion/derecho.

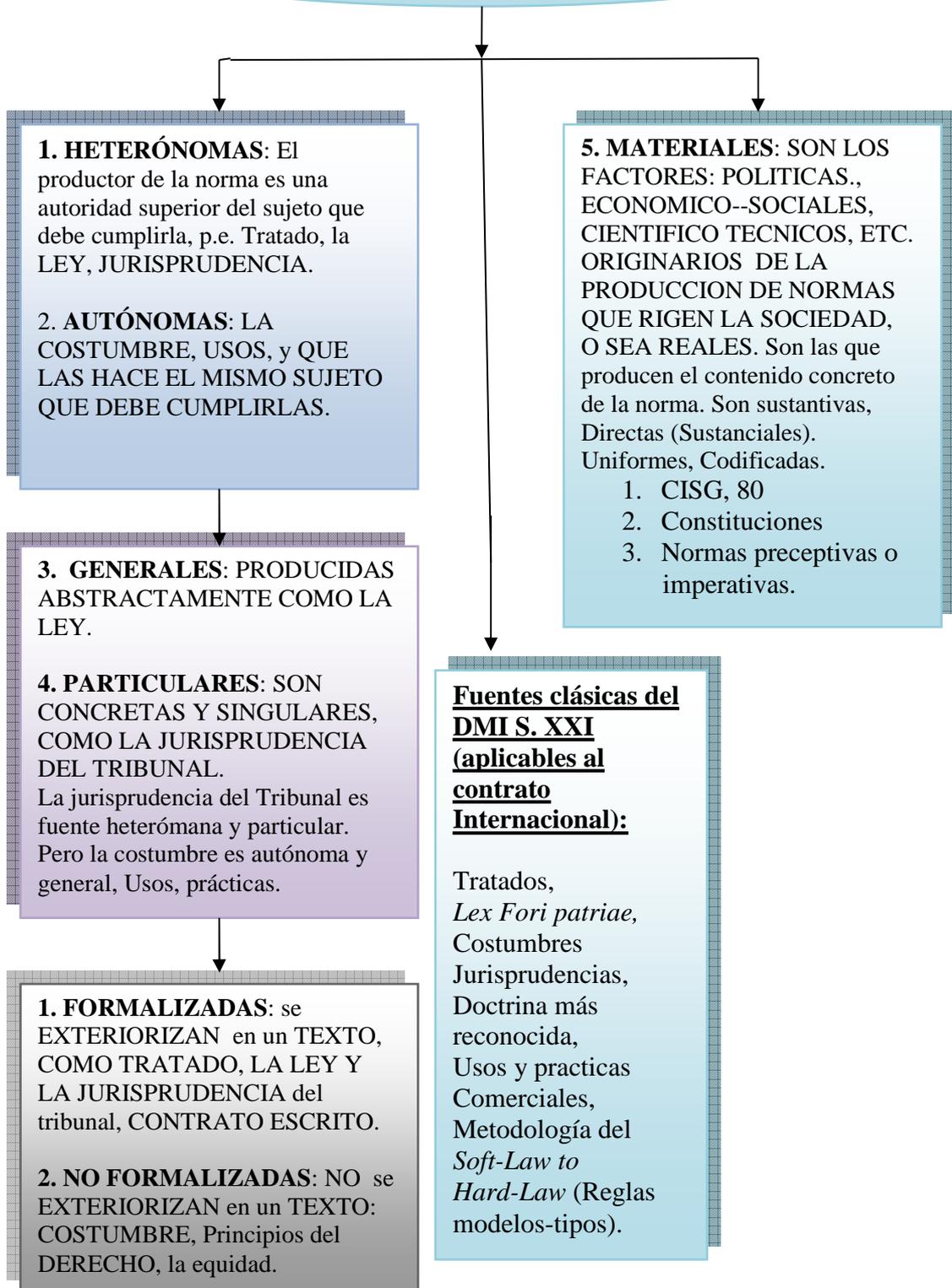
El problema de aplicar normas de colisión y materiales es por la necesidad de usar ambos métodos al regular relaciones de una misma raíz, puesto que las normas de conflicto y sus elementos, son complejas, por lo que se deben aplicar reglas constituidas, si se acomete la negociación, formación o la celebración del acuerdo al calificar el régimen jurídico del contrato internacional mercantil privado. O sea en la llamada “teoría del riesgo” de elección del derecho aplicable a los contratos, a pesar de que se dice que hay globalización de la sociedad, en general no la hay en el derecho, más bien hay regionalismo. Y la práctica no muy segura de aplicación mixta (camaleónica) de las normas de diversas dimensiones o fuentes del DIPr en América, ejemplo en el contrato mercantil privado (con su rama del Derecho de los Negocios Mercantiles Internacionales) aunque tiene cierta autonomía científica y didáctica, aún se presenta el problema de no tener emancipación legislativa.

Es por lo señalado *supra*, que lamentablemente la tendencia general, y en América, es solo de logísticas de adaptación ante la necesidad, por lo que con acierto expositores internacionalistas recalcaron que estamos en “un mundo al parecer económicamente único pero político y jurídicamente compartimentado”, y que esta realidad problemática es “sueño o pesadilla de un comparatista”²⁵². Ante esto agrega en su tesis la internacionalista Matteo Terra V. se requiere objetivamente “...de su independencia y de una reforma parcial como también de una ampliación de sus soluciones, además de adecuarse...a lo que se acepta mediante Tratados Internacionales ...en ese camino solo ha de preocuparse de mantener los principios esenciales de nuestra cultura jurídica y los objetivos impostergables del Estado, dando por lo demás la mayor flexibilidad y libertad posible a las relaciones privadas internacionales que tutela”²⁵³, en la contractual de las mismas (*ergo* homogeneidad).

²⁵². En el Congreso que participamos con el colega Dr. Orly Delgado García (*M.Sc*) para pulir y comprobar aspectos de la presente tesis en el DIPr y negociación contractual privada sobre “Desafíos actuales del derecho de los negocios internacionales” en la Universidad de Medellín, 17-19 de agosto 2011 varios internacionalistas reiteraron esta consideración y fueron: Marín Fuentes J., Oviedo Albán J. (Colombia), All Paula M. (Argentina); Moreno Rodríguez J., (Paraguay); Lauro Gama (Brasil); Klainer Caroline Silva Romero, Audit Bernard (Francia), Fernández Arroyo; Velázquez Gardeta J. (España); Hernández Bretón E. (Venezuela) y otros, entre ellos profesores y científicos de la ASADIP (Asociación Americana de Derecho Internacional).

²⁵³. Matteo Terra V. " *The Unidroit's Principles and the International Contrattation*", *Electronic Commercial Part* (material de la Maestría de DIPr ULEAM-UPE , Universitario de Punta del Este de Uruguay). Manta. CEPIRCI. 2008- 2010. P.30.

LAS FUENTE DEL DERECHO POSITIVO GENERAL (DIPr (interno e internacional))



2.4.6. Técnicas o fórmulas del DIPr como logísticas aplicables al régimen jurídico internacional del Contrato mercantil privado.

En las relaciones internacionales privadas, que no se regulan por fuentes convencionales de normas directas o imperativas, se aplica el derecho de aquel estado, señalado por la norma de conflicto en el caso. En el DIPr se han creado las ya aludidas técnicas, o fórmulas aplicables a las relaciones de los sujetos basada en la interacción (*ius communicationis* de los mismos), o sea, las diversas normas de colisión o sus puntos de conexiones²⁵⁴. Ellas son creadas en la experiencia sobre las normas de metodologías de conflicto (colisión) de los países, aplicables con logística²⁵⁵ a la relación como puntos de contacto en la misma, y se identifican estas técnicas en latín (algunas en inglés), unas dispositivas y otras imperativas aplicables al régimen jurídico del contrato internacional mercantil, como las siguientes:

- 1) La ley personal (*Lex Personalis*). Se divide en la Ley Nacional (*lex nationalis*), o bien Ley de la ciudadanía a la cual el sujeto pertenece según su país (*Lex Patriae* en el Tratado de Lima, 1878 - art.2), con el entendimiento de lo que es nacionalidad por los principios del DIPr “*jure sanguinis*” o “*jure soli*”, y se refleja en el origen del sujeto físico o natural (individuo como persona natural o física).
- 2) La Ley del domicilio del sujeto o la ley del Estado, en cuyo territorio tiene el “asiento” /Sitz/, permanentemente (*Lex Domicilii*), con otros conceptos que en América son varios²⁵⁶ y que constituyó *v.gr.* en sus normas el CSB (Art.7).
- 3) *Lex Societatis* (Estatuto o Pacto de constitución de la persona jurídica, acorde a derechos y obligaciones que surgen en relación a este sujeto. Así esta categoría tiene su pacto contractual (razón social), el cual se reconoce en el exterior (carácter

²⁵⁴. Lunzk, L. (1973). Curso de Derecho Internacional Privado. Moscú. Editorial Literatura Jurídica, 3- ed. P. 171 y s.s.; Posniakov V.S., Sadikov, O. (1985). Regulación jurídica de las relaciones de Comercio Exterior de la URSS. Rusia. Ed. Relaciones Internacionales. P. 10 y ss.

²⁵⁵. Ella permite que el contrato internacional mercantil privado tenga idóneo flujo de inteligencia en su negociación, formación y celebración., ejemplo, con los que se conoce como terceros prestadores de servicios logísticos o tercerización, vid.: Graciano, P. (2010). “3PL como herramienta estratégica”. Revista *Logistic CO*. Febrero 10. P.54.

²⁵⁶. Opinaban y sostenían Schnitzer S. y Wolf. cit. por Lunzk, L. (1970). Derecho Internacional Privado. Moskwa. Literatura Jurídica. P. 171.

extraterritorial), basado esencialmente en la costumbre internacional. Y este acuerdo social refleja la apodada condicionalmente “*nacionalidad*” de la persona jurídica (ficticia o moral). La contratación societaria (con excepción de remisiones como institución) igual se sujeta a la *legis voluntatis* de los socios, por su naturaleza de contrato (régimen estatutario contractual) que es por la voluntad de las partes.

4) *Lex Rei Sitae*. "Regla de oro" sobre bienes (hoy básicamente los inmuebles). La fórmula es que la ley aplicable se determina por la condición de situación de la cosa, que es objeto de la relación jurídica, pero solo si dicho bien puede ser objeto de derecho real o de propiedad. La extensión de dichos derechos, su causa, tradición y terminación, es principio de colisión para regular los inmuebles los delimita la ley de aquel Estado, en cuyo territorio estos se sitúan. El CC Italiano²⁵⁷ señala que “la obligación de entregar una cosa cierta y determinada debe ser cumplida en el lugar donde se encontraba la cosa cuando nació la obligación” (Art.1182). Y el CSB sobre esta técnica dice que “los bienes, sea cual fuere su clase, estarán sometidos a la ley de la situación” (Art.105). El Tratado colombo-ecuatoriano²⁵⁸ 1903 con sus colisiones aplica la *lex personalis*, *lex rei sitae* y *lex celebrationis*, y reza que “el estado y capacidad jurídica de las personas se juzgaran por su ley nacional, aunque se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en otro país” (Art.II).

5) *Lex Loci Actus*, de que la forma del acto jurídico se determina por el lugar de su celebración (fórmula *locus regit actum*), y se dan tipos de esta técnica clásica:

5a) *Lex Loci Contractus*, o reglas de la ley del Estado, donde fue celebrado el contrato (*lex loci celebrationis*);

5b) La *lex loci executionis o solutionis* (en la *praxis* al acto o el contrato, se les aplica la ley del Estado, donde el acuerdo tendrá que ser cumplido o ejecutado); y

5c) La Ley del sitio de ejecución del delito (*lex loci delicti commissi*), con responsabilidad material en el sitio en el que fue ocasionado el daño o el perjuicio.

²⁵⁷.Texto en: Messineo, F. (2003). Op. cit. P.235- 272; esta técnica se recepta en la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias (Art.69), en línea], vid:<http://normas.diprargentina.com/2007/11-modelo-interamericana-sobre.html>.

²⁵⁸. Suplemento-RO No.153-Vienes 25 de Noviembre del 2005, p.6.

6) Ley del Juez (*Lex Fori*), o de la jurisdicción del Tribunal que tramita la *litis* (v.gr., arbitrajes es la *lex arbitrii*), o en la normativa del país²⁵⁹, sin atender al elemento extranjero en la relación. Ejemplo, el Convenio Aéreo de Montreal de 1999 recepta la “*lex fori*” relativa al tribunal que ventila el caso (Art.33 inciso 4).

7) *Lex Voluntatis* (ó *Free Will*). La regulación es elegida por las partes, y exige aceptación directa o presumida de los sujetos que negocian el acuerdo. Se da solución a los acuerdos con elementos extranjeros y la voluntad de las partes del negocio. En el contrato sus sujetos aplican albedrío en la negociación de los efectos que deseen. Para algunos esta fórmula es un principio, para otros es solo un punto de conexión de la regla de conflicto del “Acuerdo de Voluntades” (técnica, o fórmula, etc.), que no otorga una actuación independiente ajena al orden jurídico que la acepta. Es una libertad conferida por la regla de conflicto y que por lo tanto solo podrá ejercerse dentro del orden jurídico del que se deriva la referida pauta. Es la norma que autoriza la *electio juris* como técnica de selección de la regla para el negocio concreto, tanto que no debe ser una regla de derecho sustancial sino una técnica de efectuar la designación de la regulación material aplicable (o sea el derecho objetivo, integrante del *jus positivismo* o conjunto de normas jurídicas que surgen de autoridad competente, que esta reconoce y aplica, en leyes, costumbre, etc.). Es contraria a la técnica decimonónica del paralelismo (*fórum causae*) indirecto o preceptivo o criterio *Asser* en razón del *Perpetuo Fori*, dirigismo (Objetivismo) o de la unidad contractual.

Las fuentes convencionales que receptan la *Lex Mercatoria* se acogen la *legis voluntatis* para decidir el foro competente (*CISG*, art. 9; la *CIDIP- 1994*, art.7; la *CR-1980*, art.3) A estos efectos se entiende que existe conforme a las reglas sobre formación del contrato un acuerdo de competencia jurisdiccional escrito de las partes, o que puede probarse con usos del comercio internacional²⁶⁰. Es de

²⁵⁹. Boutin I.G. (2002). *La Lex Mercatoria en el Derecho Internacional Privado*. Panamá. Ed. CED. P.9; Reyes de Vásquez M. (2007). “El convenio de Montreal de 1999 y sus innovaciones en el transporte aéreo internacional. Panamá. Rev. Lex. P.55.

²⁶⁰. Perales Viscasillas P. "Tratamiento jurídico de las cartas de confirmación en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías", p.7, [en línea], disponible en: www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/confirma.html.

aceptación pacífica que la voluntad de las partes ha posesionado y en el derecho uniforme, sustantivo o material del “*New Merchant Law*” (*Lex Mercaturae* de la *curia mercatorum*) como dimensión espontánea, supranacional ideado por notorias organizaciones internacionales profesionales (en estrategias para negocios de las ONG: *CCI, UNIDROIT, IATA, BIMCO, etc.*), que ha adquirido fuerza y expansión en el comercio, cuyas reglas de derecho objetivo no legislado en su avatar o como alternativas son necesarias en el *iter* de la negociación de contratos internacionales.

En Relaciones internacionales, las partes pueden pactar cualquier regla de contratación, si el orden regulador del Estado que aplica el derecho, permite la conexión *legis voluntatis* del DIPr, que aun siendo objeto de límites legislativos, se justifica aplicarla. Ejemplo, la recepción de la autonomía de la voluntad de las partes (contractual) en el acervo autónomo es la nave insignia de los contratos de garantías mobiliarias (*security interest*) en el *Uniform Commercial Code (UCC)* de los EUA anglosajón que la recepta. Este principio permite a los contratantes hacer uso de los derechos más aceptables en múltiples figuras convencionales, a fin de la seguridad jurídica, que es la garantía que el comercio internacional pide. De allí, que la *praxis* en América actual se orienta más a aplicar autonomía de la voluntad (conflictual) flexible, lo que en sus normas jurídicas iniciales no establecieron²⁶¹.

Aunque, se requiere de un contexto liberalizado con elementos que determinen los “vínculos más estrechos” o “centro de gravedad” de las relaciones internacionales, en la fórmula del derecho anglosajón, la *lex contráctus* no puede otorgar libertad extra libre, más allá de lo que el orden jurídico nacional permite, pues la regla de conflicto establece que solo podrá ejercerse dentro de los límites u opciones que tiene el sistema que lo deriva. Así, sería el contrato y la regla *electio juris* (*Pactum de lege utenda* o bien el de *lege ferenda*) o norma indirecta de designar la ley sustancial aplicable (en el plan logístico determinado para el negocio por la técnica

²⁶¹. De Cores Carlos. Op. cit. p.78; Ravassa Moreno G. J., Ob. cit., p. 32; Uruguay se adhirió a la *CISG*, 80, Perú ratificó los Tratados de Montevideo de 1889 y el *CSB*, México, Venezuela, Chile y Argentina tienen similar orientación. Ver.: Hernández Arosemena (2007). Op. cit. p. 87, 88; En Ecuador en la ley de la República *CISG-80*; LCo, 1999, CC, CCo. y otros. En Panamá en el CC y el CCo., y en otras excertas privadas se recepta esta técnica de colisión del DIPr. Contractual.

del DIPr aplicable). Sería la problemática de un contrato para el contrato y no solo un contrato en el contrato; como es el caso de reglas de cláusulas compromisorias.

8) *Lex Venditoris* (ley del país del vendedor). Esta "clave" expresa la tendencia del DIPr, de mantener criterios de colisión exactos, y resolver que, los mismos tengan carácter detallado, o sea establecidos no para los acuerdos en general en forma de un solo principio, sino que debe tener en cuenta los rasgos de cada tipo de obligaciones. En la regulación de los casos de colisión específicos de fijadas obligaciones contractuales es la ley del lugar de la actividad productiva del sujeto que celebra el acuerdo (vendedor, del subcontratista, del agente que recibe el pedido de compra, el *bróker*, comisionista, el sitio del almacenaje de bienes). Este principio lo acepta y la Convención sobre “Garantías independientes y Cartas de Crédito contingente” de N. Y. 1995 (ONU)” que instituye en su texto que “de no haber sido elegida la ley aplicable con arreglo al artículo “21”, la promesa se regirá por la ley del Estado en que el garante / emisor tenga el local donde la promesa haya sido emitida” (Art. 22). Ante ella se aplica la contraria técnica *favor debilis* o *favor debitoris* o la regla “contra estipulador” o “*contra proferentem*”²⁶² o *in dubio contra stipulatorem*” (en contratos predispuestos o con consumidores)²⁶³.

9) *The Proper Law of the Contract theory* (o la regla, con la cual la relación jurídica está más compenetrada, o identificada; en la teoría de la *localización* del contrato), en donde las partes pueden elegir la regulación del mismo, pero solo la que es afín al acuerdo (este *contact point* ha sido utilizado por el *choice of law*, *conflict of law* or *tort of law* en el *Common Law* de obligaciones contractuales). La relación del contrato con un sistema jurídico se aclara por la interpretación del acuerdo y todas las situaciones que se le relacionan. De esto surge el subjetivismo judicial y esta fórmula eleva las esferas de aplicar el derecho particular (*lex fori*). En la *CISG* (CVIM), hay una definición de contrato internacional o relación de derecho

²⁶² . En relación con la doctrina identificada como “contra proferente” no es aplicable cuando las cláusulas del contrato no ofrecen dificultades de entendimiento o incomprensión”, así lo receptó la Corte Suprema de Justicia de Panamá en sentencias del 20 de mayo de 1997, 27 de octubre de 1998 (R.J., octubre 1998, p. 206-213), y sentencia de 28 de enero de 1999, Sala Civil, R. J. págs. 241- 242.

²⁶³ . *Kemelmajer De Carlucci A.* (2008), Op. cit., p. 69-71.

diferente, lo cual es clara tendencia estrictamente del “*Proper Law*” (Art.10 "a"). Este criterio esta y en la convención del *UNIDROIT* sobre factoraje internacional, *Ottawa* de 1988, que señala: “...el establecimiento que guarde la relación más estrecha con el contrato en cuestión...” (Art.2, N.2), que recepta y la “*regla de oro*” del CCVI o “*lex voluntatis*” de las partes y que se generaliza por el método *the proper law theory* (“...*the closest relationship to the relevant contract and its performance...*”) aplicable en negociación al contrato Internacional²⁶⁴.

10) *Lex Causae* (Ley de la causa o del hecho). Es punto de conexión de enganche, que busca el orden al que pertenece la relación con el punto de conexión o contacto. Opina que la ley útil para regular la capacidad del sujeto es la *lex domicilii*. Es la elección de aquel sistema jurídico, el cual regula el caso, y que se lo fija según el juez de la causa. La elección la estipula el “*connecting factor*” del hecho que se relaciona en forma natural al caso. Se tiende a usar la *Lex fori*, o la *Lex causae*, o bien ni la una ni la otra, y más bien una tercera clave (*tertium genius*). La CIDIP-1994 dice: “será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos” (Art.11); y se refiere a normas imperativas (*Mandatory rules*).

11) Ley de la bandera (pabellón o registro). Es técnica de uso en la navegación contractual marítima comercial. La fórmula es en una ficción o metáfora de territorialidad de las porciones flotantes del país en que se registran y determina su nacionalidad²⁶⁵. En R.U. y EUA, la ley del Estado donde está el registro la nave mercante rige las relaciones que surjan de actos o negocios con las mismas.

12) Otra técnica es la del Reenvío (*renvoi*) en los contratos, que es originada en Inglaterra medieval, cuando las normas de conflicto se sistematizaban, y exigían

²⁶⁴. Boutin, G. (1988). Del Contrato de Factoraje Internacional. Panamá. *Etude Maitre Boutin*. P. 49, 67; *Cheshire & North's*, Ob. cit. Page 447 y ss.; *Treitel G.H.*, Ob. cit. Page 2.

²⁶⁵. Detalladamente vid.: *John C.* (1961). Derecho Internacional Marítimo. Madrid. Ed. Aguilar. P. 199 y s.s.; v.gr. el acervo jurídico de Ecuador la Ley 147 de Facilitación de las Exportaciones y del Transporte Acuático, de 1992 dice “la libertad de cabotaje nacional e internacional de carga y pasajeros... o “derecho de bandera extranjera” en negocios de arrendamientos y el fletamento, o sea se unifican normas jurídicas materiales, de colisión y el principio del lugar del registro de la nave o la *lex libri* (Art. 17).

solución al problema, de cómo hacer, ante normas de colisión de países, sobre aplicación del derecho, que no están de acuerdo entre ellas, y el derecho extranjero debe aplicarse como un todo, tanto en el derecho material, y en el formal (la figura se sustentó en 1878 en el *leading case* sobre herencia o caso "*Forgo*")²⁶⁶. Hoy el CCo panameño recepta esta técnica en 2-do grado (Art. 912). La regla del reenvío (*la raquette*) es un mecanismo de solución de conflicto en los sistemas jurídicos nacionales²⁶⁷. Esta técnica se usa cuando la norma de colisión elegida no prevé el uso de su derecho sustantivo en el caso, sino que lo remite al derecho material de otro Estado²⁶⁸. Es un mecanismo de armonización (domicilio, sitio de ejecución, *proper law*, etc.), *v.gr.*, en la "*doctrine of single renvoi*"²⁶⁹. Hay tratados o convenciones, que receptan o bien niegan la regla del reenvío (del *Ping Pong, raqueta, renvoi*) para colisiones entre reglas de conflicto²⁷⁰ (de varios grados).

La Ley del DIPr de Venezuela señala: "Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho de un tercer Estado que, a su vez, se declare competente, deberá aplicarse el Derecho interno de ese tercer Estado"(Art. 4). La Ley italiana del DIPr²⁷¹ registra esta fórmula e indica "...cuando en los artículos sucesivos se recurre a la ley extranjera, se toma en consideración el reenvío efectuado por el derecho internacional privado extranjero a la ley de otro Estado:..." (Art.13). Esta técnica no contempla excepciones, pero se puede rechazar, si las partes eligen el orden jurídico, y con esto desplazan a la regla del reenvío, y se puede no aplicar este método de colisión (*Cheshire & North's*, 1987) pues "*the total*

²⁶⁶. Vid.: Fresnedo de Aguirre C. Op. cit. P. 223-224.

²⁶⁷. Boutin G.I. (1985). "El reenvío en el Derecho Internacional Privado Panameño". Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Centro de Investigaciones Jurídicas. Anuario de Derecho, Año XIV, No.14. P. 64.

²⁶⁸. Contreras Vaca F.J. (2005). Op. cit. Pág. 146. *Cheshire & North's. Op. cit.,* pág. 57.

²⁶⁹. *Cheshire & North's. Ob. cit., page.* 59-60; Calvo Caravaca A., Carrascosa González (2004). Derecho Internacional Privado. Granada. Editorial COMARES. P.258 y s.s..

²⁷⁰. Como la "Convención de Ginebra" de 1930 y 1931 sobre conflictos de leyes en las Letras de Cambio, pagarés y también en materia de cheques internacionales, igual es en el CSB. Aunque el reenvío se aplica con pocas excepciones, el mismo actualmente ha sido excluido en muchas convenciones de negociaciones Contractuales (p.e., el artículo 2 de la Convención de la Haya de la venta internacional de objetos mobiliarios corporales reza que "la venta está regida por la ley interna del país designado por las partes contratante"), y para la autonomía de las partes, el reenvío estaría privando a las partes del derecho de escoger la regulación aplicable.

²⁷¹. No.218 del 31.05.1995, G.O. del 3.06.1995. Ver Fabiola Romero: La nueva regulación del Derecho internacional privado en Australia, Italia, Yemen y Venezuela. Ley Italiana de Derecho Internacional Privado[en línea], disponible en: www.zur2.com/objetivos/leyextran/italia.htm.

renvoi doctrine is difficult to apply...one of the clearest rejections of any renvoi doctrine is to be found in the field of contract, it begins thought that no one businessman or his lawyers would choose the application of renvoi ²⁷².

13) La buena fe negocial (*bona fide*) en tratos preliminares en el sistema romanista (deber de lealtad y corrección). En los acuerdos de forma incuestionable las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual; aunque en el derecho anglosajón la buena fe precontractual no es expresa, sin embargo en el Código de Comercio Uniforme se impone a los contratantes el deber de buena fe en su cumplimiento (Sec. 1-203) y aunque el llamado “*fair dealing*”, no se extiende a las negociaciones preliminares, pero la jurisprudencia de los EUA tiene tendencia a reconocerla en las sanciones por falsas promesas (*misrepresentation*).

14) *Culpa in contrahendo* por responsabilidad precontractual. En el sistema alemán se recepta en negociaciones contractuales o actos de preparación como “relaciones obligatorias”, las cuales implican deberes (CC-BGB de 2002, sec. 241, 2)²⁷³.

15) *Lex Aquilia* como institución de la responsabilidad extracontractual. En esta responsabilidad se establece que “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, esta obligado a reparar el daño causado”²⁷⁴.

Se aplican al contrato, y normas indirectas de “derechos adquiridos”²⁷⁵, de conflictos móviles, institución desconocida, la cuestión previa, la incidental, de adaptación, calificación, y otros remedios, categorías, técnicas o *contacts points* del Derecho Internacional Privado²⁷⁶ moderno (DIPr) usadas oportunamente en la negociación.

²⁷². Más detalladamente en: *Cheshire & North*’s. Ob. cit., p.57–73; Boutin G. Ob. cit. 1985, p.76-77.

²⁷³. Oviedo Albán, J. (2010). P. cit. P. 27-28.

²⁷⁴. Art. 1644 CC de Panamá, y en la sentencia caso *Vanegas vs Presto Movil, S.A. y otros, R.J.* Nov. 2001, p.192. En Ecuador la recepta el CC en el delito o el cuasidelito (Art. 2214).

²⁷⁵. La CIDIP-1979 sobre normas del DIPr, indica “las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tenga una conexión al momento de su creación, será reconocidas en los demás Estados...” (Art.7). Y la del domicilio de las personas físicas señala que si tiene “...domicilio en dos Estados Parte se le considerara domiciliada en aquel donde tenga la simple residencia y si la tuviere en ambos se preferirá en el lugar donde se encontrare” (Art.6).

²⁷⁶. Más detalladamente ver en: *Instituciones generales en la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana* [en línea], disonible en: <http://www.zur2.com/fcjp/117/madrid.htm>.

2.4.7. Recepción del DIPr en negociación internacional mercantil contractual en el acervo jurídico de la República de Panamá.

Investigar el régimen jurídico del contrato internacional en Panamá (romano-germánico) es de gran relevancia por la posición geográfica, negociación de bienes, servicios y tráfico mediante la recepción del Derecho Internacional²⁷⁷. Se prueba la recepción del régimen del contrato transfronterizo en el acervo interno en las Leyes No. 2 de 1916 y la No.44 y Decreto No.95 de 1917, señalando “...efectos de los contratos otorgados en país extranjero para cumplirse en Panamá...” (Art.6 CC). Se recepta internamente la técnica del DIPr *Legis Voluntatis* conflictual, puesto que no se elige un derecho diferente en un caso nacional a que se debe someterse. De allí que sea menester en la negociación internacional mercantil determinar cuál es el sitio de celebración del contrato, *v.gr.*, entre no presentes²⁷⁸, o los supuestos fácticos de los puntos de contactos, o lugar de oferta y de aceptación.

El DIPr panameño no consagra ortodoxamente la *legis Voluntatis*, pero la recepta en el régimen del contrato, pues las partes pueden negociar el contenido, limitada por la ley, moral, orden público (Art.1106 CC), y “los contratos de comercio se ejecutarán atendiendo...a la intención de los contratantes” (Art. 214 CCo.). Se instituye que “si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas” es la regla del DIPr “*in claris non fit interpretatio*” (Art.1132 CC- “si las palabras de los contratantes son

²⁷⁷. La Constitución señala “la República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional” (Art.4) G.O. 25,176 de 15 nov. de 2004. Este país, depende del negocio contractual transfronterizo como el del Canal de Panamá. La obra cuyo costo a los EUA fué de USD367 Millones, generó al 31 de Dic. 1977 más de 40 billones de dólares EUA. Vid.: Ulloa Almanza José Bonarge (1981). Régimen Jurídico del Canal de Panamá. Tesis para grado científico de Ph.D. Edición del Ministerio de Educación de Ucrania, Universidad *T.G.Shevchenko*. Kiev. P.2. En el 2010 los principales puertos de contenedores en el sistema logístico de Centro, Caribe y Sur América (entre ellos 3 en Panamá) movilizó más de 35 millones de teus, con negociación contractual y de figuras de concesión o delegación en la estrategia “*Private Public Partnership*”. Vid.: Carguaitongo L., (2011). “Nueva visión portuaria en Manta”. El Mercurio, 31 de Julio 2011, Manta, p. 2ª.

²⁷⁸. Dice Loredo Alvares, que se dan teorías especiales aplicables en negociación sobre el momento de perfección del contrato: a) De la emisión, declaración o manifestación (el *oblato* emite su voluntad); b) de la expedición, comunicación, remisión o desaprobación (*mailbox or posting rule* del mercado anglosajón) cuando se expide la aceptación; c) Recepción, en que la aceptación emitida llega al conocimiento del oferente; y d) teoría de la cognición, o bien de la información; cuando el oferente tiene efectivo conocimiento de la aceptación. Vid.: Contratos informáticos y telemáticos y regulación en la Ley Mexicana en el entorno del comercio electrónico”, [en línea], disponible en: http://www.cibersociedad.net/archivo/artículo.php?art_216.

claras no necesitan interpretación”) vs otra de las regla de “*contra preferente*”; aunque si hay dudas sobre el objeto principal del acuerdo, o no se pueda conocer cuál fue la intención de las partes, el contrato será nulo (Art. 1140 CC).

El Código de Comercio panameño sobre ley aplicable en el I-er y 2-do inciso del artículo 6º recepta la “regla de oro” (*free will* o libertad de contratación internacional) para las partes, y es apoyo de la voluntad de las partes²⁷⁹ en obligaciones. Igual en la Ley de *e-commerce* panameña para la negociación y formación de los contratos, se acepta el acuerdo expreso de las partes²⁸⁰. El valor de la *Lex Voluntatis* en negociación contractual *iusprivativista*, de las partes como regla (aplicable y para los acuerdos comerciales internacionales) lo recepta y la *praxis* de la Jurisprudencia panameña en fallos de triple reiteración²⁸¹. Aunque en el derecho convencional consuetudinario del DIPr en Panamá existen muy pocas fuentes normativas. Entre ellas se incorporó la excerta del CSB, que por vía oblicua recepta la *lex voluntatis* de las partes, en los contratos de adhesión (Art. 185), lo que se presume aceptar a falta de voluntad expresa o tacita, la ley del oferente. Pero igual esta regla de colisión, es concesión del Estado panameño a los sujetos privados con capacidad para negociar y ejercer la libertad de contratación entre ellos.

²⁷⁹. En Panamá, “Los actos de comercio se regirán: 1. En cuanto a la esencia y efectos mediatos o inmediatos de las obligaciones que de ellos resulten y salvo pacto en contrario, por las leyes del lugar donde se celebren (*lex celebrationis*); 2. En cuanto al modo de cumplirse, por las leyes de la República, a menos que otra cosa se hubiere estipulado” (*lex voluntatis*); 3. En cuanto a la forma y solemnidades externas, por la ley del lugar donde se celebre, excepto en los casos en que la ley disponga expresamente lo contrario; 4. Sobre a la capacidad de los contratantes, por las leyes de su respectivo país” o *lex personalis* (Art. 6, CCó de Panamá).

²⁸⁰. Ver.: Art. 4 y 14, Ley No.43 Julio 31, 2001, Gaceta Oficial No.24.359 de 3 de agosto de 2001.

²⁸¹. Ha dicho el alto tribunal: “En virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden utilizar distintas estructuras de manera parcial para configurar determinada relación o situación jurídica” (Sentencia del 12 de octubre de 2001, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Proceso Ordinario Declarativo. Liborio Caballero y Osvaldo Caballero vs Nicolás Villareal); y agregó “...sabido es que en nuestro derecho Privado rige el principio de la autonomía de la voluntad o de la libertad contractual, según el cual las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, principio que está consagrado en el artículo 1106 del Código Civil” (Auto del 6 de diciembre de 1994. Primer Tribunal Superior. Proceso de Liquidación Forzosa del Banco Interoceánico de Panamá, S.A.), Rev. *Juris*, Año 3, No.23, p.103; perfeccionamiento del Contrato. “El contrato puede existir entre las partes, aún en el evento de que no haya prueba escrita del mismo; y dado el acuerdo de voluntades, las obliga, respetando siempre la buena fe, la ley, la moral y el orden público” (señalada sentencia del 15 de junio de 1998, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Proceso Ordinario María E, Palomo A. y A. Alcázar de Palomo vs Dorado Mac, S.A.) R. J. junio 1998, pág. 226 en el Código Civil de la República de Panamá. Ed. 2004. Sistemas Jurídicos, S.A. P.150, 152 y 154; e igual señaló que esta norma de colisión “conforma con el principio espiritualista, la columna vertebral del Derecho de los Contrato” (Código Civil, *Ibi*, p.154).

En los actos internacionales en Panamá se aplica la técnica de “*Legis Voluntatis*” y en el régimen jurisdiccional consensual del foro arbitral institucional²⁸². En la recepción del DIPr, el Decreto ley No. 5° de julio 8, 1999, señala el criterio de que el Arbitraje es internacional, cuando el objeto o negocio jurídico contenga elementos de extranjería o de conexión suficiente o intensamente significativos que lo caracterice como tal o bien, que conforme a la regla de conflicto el foro lo califique de este carácter (Art.5). Esta norma conflictual permite aplicar el derecho del foro, o el extranjero, o de la economía que abarca dos o más legislaciones. En la inteligencia de este artículo aplicando el método conflictual se denota el criterio económico y se señala que se considerará igual que el arbitraje es transfronterizo, si la materia objeto del mismo es civil o mercantil internacional y/o, está relacionada con más de un Estado y/o consiste en una prestación de servicio, enajenación o disposición de bienes o transferencia de capitales que produzcan efectos extraterritoriales. Esta definición híbrida o mixta empareja lo transfronterizo de criterios jurídico-económicos que tiene el comercio internacional²⁸³.

Pero, en el DIPr panameño la regla de la *lex Voluntatis* de las partes ha tenido cierta moderación y resistencia al progreso, y sobre el régimen jurídico de los contratos internacionales, hay chauvinismos limitantes y anacrónicos, de que si los mismos son celebrados en el extranjero para producir efecto en Panamá se someterán a las leyes panameñas (CCo., Art. 6). Es la técnica *lex solutionis*, añoranza de que la norma aplicable a los contratos debe ser la ley del lugar del cumplimiento²⁸⁴, e indirectamente la teoría de la Causa de las Obligaciones (*lex causae*). O sea, el

²⁸². “El convenio arbitral es el medio mediante el cual las partes deciden someter, al arbitraje...una relación jurídica contractual...” (Art.7, Ley 5 de 1999, G.O. 23,837), de la cláusula compromisoria de este mecanismo de los MASC.

²⁸³. El N.4° del artículo 5° CCo. se acoge en la regla de la tesis “*proper law theory*” del DIPr. Y el CCP expresa que “en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, en los de pura beneficencia, la mera libertad del bienhechor”(art. 1125), que es la teoría del DIPr sobre el “*Proper Law of The Contract*”, como método casuístico que determina el Estado (país) con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos (acorde a *A.F. Schnitzer*), tomando en cuenta todos los elementos de negociación del contrato hasta el sitio donde se desarrolla su función socio-económica, dice Carrascosa Gonzales J. (2006). Op. cit. P. 176, 179.

²⁸⁴. Es el problema de la recepción y en el DIPr para el régimen del contrato internacional del aforismo de la *Lex non valet extra territorium*, residuo del feudalismo, que aun sin pertinencia actualmente, ya que la sociedad mundial tiene relaciones dinámicas de diversos sujetos, mediante el tráfico económico-mercantil.

acervo jurídico panameño aplica calificación mixta y recepta el contrato internacional (*v.gr.* en el CCo, Art. 6 que es norma indirecta para actos con efectos extraterritoriales). En las normas de conflicto que aparecen en este artículo esta el régimen de la capacidad de las partes en los contratos (N.4), que se rige por las leyes de su respectivo país (se tutela por el estatuto *lex personalis*). La redacción no es específica, e implanta la separación entre la capacidad y los elementos esenciales del contrato. La ley aplicable de las partes, es la del país, lo que es impreciso pues puede admitir un reenvío si el que se ha elegido es el del último domicilio, por la regla de conflicto (Art. 6, N. 4º regla de *ping pong* o raqueta de 2º grado).

La teoría del DIPr aplicable en contratos internacionales llamada de la obligación característica (*the most relevant relationship theory* y el principio de “proximidad”), está en la *praxis* y noción causalística del CC panameño (Art.1125 y 1126) que señala como elemento sustancial la causa en los contratos, y considera que los contratos sin ella son ilícitos. Es el contexto de la fórmula del fraccionamiento (*depécage*) por la *lex voluntatis* de las partes, que se establece el ejercicio de la *lex contractus* sustentada en la libertad de contratación y de la elección de la ley aplicable y del foro competente, considerando que la ley elegible para el contrato internacional es aquella que tiene mayores vínculos de carácter objetivo con un ordenamiento legal determinado. A pesar del valor práctico, esta regla de colisión debe ser flexible, y el papel legislativo es velar que la técnica no sea abusiva, que el contrato no se encuentre sin ley (acuerdo apolida); y que el objetivismo puro o monopolio estatal (*jus imperium*) no sea negativo y súper rígido limitante del *commercium* mundial²⁸⁵, que más bien requiere de flexibilidad.

²⁸⁵. La *praxis* del acervo jurídico del Canal de Panamá en servicios contractuales al comercio marítimo internacional desde 1914, ha adaptado por ejemplo, la “*competencia exclusiva*” (*fórum conveniens* o el *fórum shopping*) del Tribunal Marítimo de Panamá para estos Negocios internacionales. Este único tribunal es de jurisdicción estatutaria, y competencia exclusiva privada frente a cualquier tribunal de justicia nacional o extranjera por reclamaciones que surjan en el contrato de tránsito por el Canal (*v.gr.* a través del servicio rentado que dan los empleados de la Autoridad del Canal de Panamá, los Pasa barcos –*lossman*- por la Ley 19, de 1997), cónsono con las normas preceptivas de la Ley 8 de 1982 y las enmiendas en la Ley 11 de 1986, otorga a estos servidores del servicio portuario que la responsabilidad sea material y administrativa limitada (*v.gr.* ante la cláusula Himalaya), vid.: De Alba Enrique. “Régimen de las reclamaciones por daños con motivo de la navegación por el Canal de Panamá, conforme a la Ley de la Autoridad del Canal, año 2001, Editorial Mizrachi & Pujol, S.A., p. 50; *web page* de la Comisión del Canal de Panamá: www.pancanal.com (recepción de la técnica del DIPr del *perpetuo fori* antagónica frente a la moderna del *electio juris* en negocios marítimos internacionales).

Con el *onus probandi* científico de esta tesis se señala que el acervo jurídico panameño es híbrido-mixto, y recepta el principio del DIPr “*Legis Voluntatis*” con límites (Art.1106 CC); e igual la técnica *locus regit actum* restringida, relativa y facultativamente pues dice “la forma y solemnidades de los contratos,...y demás instrumentos públicos se determinan por la ley del país en que se otorgue a menos que tratándose de actos o contratos que hayan de cumplirse o surtir efecto en Panamá, los otorgantes prefieran sujetarse a la ley panameña...” (Art.7 CC).

Otro ejemplo, es que el Derecho panameño corporativo aplica el punto de contacto de la *Legis Voluntatis* (Contractualista, cuasi-libérrimo), y en la Ley 32 de febrero 26, 1927 sobre Sociedades Anónimas²⁸⁶ armonizándola con el régimen del registro de su inscripción (no de la sede principal, o el negocio primario). Esta *Lex Societatis* reza: “dos o más personas mayores de edad, de cualquiera nacionalidad, aun cuando no estén domiciliadas en la República, podrán constituir una sociedad anónima...” (Art.1). Y que “las personas que deseen constituir una sociedad anónima suscribirán un pacto social, que deberá contener...cualquiera otra cláusula lícita que los suscriptores hubieren convenido” (Art. 2, N.10). O sea, el registro de una sociedad puede ser formal como de fondo. Y las partes pueden domiciliarse en el extranjero y considerar que para algunos actos rija dicha ley. La regla panameña no le otorga gran valor a la *lex domicilii* lo que explica el reconocido éxito del sistema contractual societario local (*negotiati*) de flexibilidad (for the *Offshore Investment & service Industry, place of International business*).

La remisión a la excerta No. 32 (Art. 1, 3 y 93), establece en la ley aplicable contractualista y la técnica *legis voluntatis* es bilateral, ya que se establece no solo el objeto, y la verificación del pacto social en cualquier parte, sino también que las sociedades nacionales y las extranjeras se regirán de acuerdo a su contrato social o pacto de fundación (estatutos). Esto es especial de la discrecionalidad, economía, previsibilidad y efectividad del sistema moderno de servicios de comercio que posee Panamá. En la formación de la sociedad la ley del registro le permite actuar

²⁸⁶. G.O. No.5067, 16.03.1927, texto en: *Corporation Law of the Republic of Panama* by Jorge Fabrega P. (1980). Panamá.1 Editorial Librería Cultural Panameña. P. 1.

“voluntariamente” a las sociedades nacionales. O sea una ley extranjera puede regular actos jurídicos internacionales en base al contrato de estas compañías la cual sea distinta a la ley que creó su constitución en el Registro Público nacional. Y la llamada “nacionalidad” de personas jurídicas es criterio frágil y ambiguo en el DIPr en Panamá (pluralismo metodológico). La sociedad con capacidad y vigencia (*Good Standing Certificate*) puede registrarse por la ley de su registro, más su forma de actuar por contrato, permite la aplicación de normativas foráneas sobre los negocios mercantiles como las estrategias de negociación de las *Offshore Industry of IBC-International Business Corporations - Worldwide, & shipping merchantile service*.

Las necesidades del comercio internacional, son las que han fomentado el reconocimiento del papel de autonomía de las partes en la elección del derecho aplicable a los contratos (técnica de la *Legis voluntatis* para el *electio juris*); y que a pesar de la importancia doctrinal del tema, no es objeto de este trabajo realizar un estudio exhaustivo de su asentamiento y evolución, sino explicar la incidencia que ha supuesto su consagración y recepción como punto de conexión principal convencional, en normas armonizadoras del DIPr en el contrato. La norma etatica es, para suplir las incurias o oscurantismo de las partes. Lo que las partes acuerden en el contrato es la Ley para ellas. En la libertad de contratar y sus restricciones (criterios: libertad absoluta o dirigismo total). Pero hay soluciones mixtas en el Derecho panameño, en que se reconoce la libertad con límites (tomado del CC francés que sólo restringía la libertad de contratar por el orden público y las buenas costumbres).

Pero el DIPr panameño, a la *Legis Voluntatis* y subsidiariamente a la regla *lex locus regit actum (celebrationis o executionis)* las limita patológicamente (referente al régimen contractual societario por remisión)²⁸⁷. Igual, a falta de elección expresa aplica la técnica de la localización de la *lex contractus*, al buscar indicios generales

²⁸⁷. Acuerdo contractual societario, mixto para el cual se establece en la Constitución Política que “la capacidad, el reconocimiento y el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas se determinarán por la Ley panameña” (Art. 39), G.O. 25,176 del 5.11.2004. Panamá. Editorial Sistemas Jurídicos, S.A. P.19.

de la ley aplicable como, el lugar de conclusión del contrato entre presentes. Y el contrato entre ausentes (v.gr., negociación vía teléfono, el *telemarketing*) que se presume por ficción jurídica se trata de una relación contractual entre presentes (Art. 203 CCo panameño). En la *praxis* el DIM se recepta en el CCo (Art. 210) en contratos entre ausentes así: “Los contratos entre ausentes quedarán perfeccionados desde que se reciba la contestación aceptando la propuesta, salvo lo dispuesto en el Artículo 204”, lo que viene a ser recepción de la técnica *lex executionis* del DIPr.

Y las normas materiales de policía del DIPr panameño no se descartan por acuerdo privado. Los contratos de inmuebles se someten a regla imperativa²⁸⁸, su régimen es la regla de oro de estos negocios, o técnica *Lex rei sitae*. Pero, se puede regular su conclusión por la *lex celebrationis* y que la ley del lugar de pago sea distinta a la su registro (Art.6 y 7 CC). Las normas imperativas priman sobre la *legis voluntatis* de las partes en la tradición de la propiedad privada (orden público, Art.1131 CC) por escritura pública²⁸⁹. La *lex voluntatis* se recepta en la unificación de los contratos. El Fideicomiso²⁹⁰ es contrato²⁹¹ celebrado por leyes panameñas y se puede regir por la *lex fori*, más su gestión de activos, o cláusula compromisoria a una norma distinta. Y en este contrato la voluntad contractual de las partes puede someterse a la *lex causae*²⁹² (en la teoría de la jerarquización, de la calificación contingente de la cuestión previa, preliminar o incidental que aduce sometimiento de la cuestión principal y la incidental al mismo sistema convencional de DIPr.).

²⁸⁸. Arrollo Camacho, D. (1982). “20 años de Jurisprudencia de la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá 1961-1980”. Panamá. P. 283. vid.: Sistemas Jurídicos en el Código Civil, actualizado al 2004. P.158.

²⁸⁹. Es el método Imperativo del DIPr que lo aplica el CCo (Art. 60 D de los contratos bajo *lex societatis*; 807, 815 sobre fianza mercantil; 829 A sobre la prenda de activos situados en Panamá, y otras aplicables al contrato internacional).

²⁹⁰. Adair Dyer (1993). “*The Hague Trust Convention and its importance for Panama*”. El Fideicomiso en el Derecho Comparado. CED. Panamá. Universidad Nacional, 1993. P. 87-109 y s.s.; Art. 2, texto: Santos Belandro R. (2002). Bases Fundamentales – La Haya – UNCITRAL – UNIDROIT. Asociación de Escribanos. Uruguay. P.195 y s.s.

²⁹¹. La Ley 1 de Enero 5, 1984 dice: “los fideicomisos constituidos de acuerdo con las leyes de la República de Panamá, se regirán por la Ley panameña. Sin embargo, podrán sujetarse en sus ejecuciones a una Ley extranjera si así lo dispone el instrumento de fideicomiso” (Art. 38).

²⁹². En la ejecución contractual sobre un pago se dice: si la obligación fuera en moneda extranjera, la ejecución, a opción del acreedor, podrá promoverse en dicha moneda o por el equivalente en moneda de curso legal en la República de Panamá, conforme al tipo de cambio pactado por el acreedor y el deudor o, en ausencia de tal pacto,…” (Art. 1614, n.6 Código Judicial), o sea la *lex monetatis* y la cláusula de oro (*lex voluntatis*) se someten a lo previsto en la *lex fori* panameña.

2.4.8.- Recepción del “*The New Merchant Law*” en el acervo contractual y *praxis* de Panamá.

La autonomía de la voluntad de las partes se utiliza y en los contratos de adhesión o tipos (*standars forms, guidelines*), receptando en ellos los usos y costumbres aplicados con la llamada hoy la doctrina de la *lex mercatoria* (o *the New Merchant Law*); que es concebido dice Giménez (2005) como conjunto de normas transnacionales espontáneas (*v.gr. International Commercial Terms-CCI-2000*) para regular la negociación contractual internacional²⁹³, receptándose como dimensión - fuente básica del *International Mercantile Law* (principios y normas del DIPr).

Las *Lex Mercaturae* (*mercatoria* o *The New Merchant Law*), el conjunto de normas anacionales creadas por comerciantes y académicos para el comercio transfronterizo en modelo de contratación flexible, reglas espontáneas, de la buena fe comercial en continuidad del negocio y consentimiento de las partes como “derecho transnacional”²⁹⁴, que se aplica en el foro jurisdiccional *v.gr.* en el arbitraje. Aunque ella es autárquica, como la necesidad genérica del tráfico internacional, es una modalidad que se combina con usos, prácticas, costumbre y las dimensiones autónomas (internas o nacionales sobre los MASC)²⁹⁵. Si las partes no acuerdan el derecho en el contrato, bien sea por ignorancia, negligencia, desidia o por conveniencia en la negociación, si las soluciones a los problemas que se originan difieren de un orden jurídico a otro. Como en la cláusula compromisoria jurisdiccional que no excluye “normas imperativas”²⁹⁶ y la recepta el DIPr

²⁹³ Vid.: Jiménez Cortez. Derecho Mercantil Contemporáneo. Colección de Derecho Privado y Globalización. “Los usos comerciales y el derecho de fuente convencional en el Mercosur”, Directores: Oviedo Albán J., Candelario Macías I. (2008). Bogotá. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. P.65, 73, y s.s.

²⁹⁴.Trabajo del profesor Boutin G. Del Reconocimiento de la *Lex Mercatoria* en la Jurisprudencia Panameña. Panamá. *Editions Etude Maitre Boutin*.P.17 y s.s.

²⁹⁵. Vid.: Constitución Política de Panamá vigente, Art. 202.

²⁹⁶. *V.gr.*, Ley de Arbitraje 1999 (Art.6, parr. II) en el caso del contrato en reglas C.O.G.S.A. de transporte marítimo, el *Carrier* (porteador) se obliga con el Cargador (o Consignatario), por pago o Flete, a transportar en un buque de un sitio a otro, conforme al *Bill of lading* – B/L, las partes en este convenio pueden señalar normas de aplicación, pero por *mandatory rule*, no pueden reducir las obligaciones COGSA para el porteador. Y no pueden evadir el aplicar reglas COGSA, vid: Malcon Calixto. “Contrato de transporte de Bienes por Mar C.O.G.S.A. (USA) 1936”. Revista Lex, Colegio Nacional de Abogados de Panamá (2001). P. 77. Existen las denominadas UK COGSA 1924, el UK COGSA 1971 y las US COGSA 1936 (*Carriage of Goods by Seas Act*); donde esta dimensión interna última dice: “*This Act shall apply to all contracts for carriage of goods by sea to or from ports of the United States in foreign trade*”, vid.: Guzman Escobar J.

panameño, sustentada en la teoría de convergencia del “*Proper Law of the Contract*”, con el cual está más identificado²⁹⁷.

La relación de la obligación contractual con un sistema jurídico se determina en la interpretación del acuerdo y las situaciones que se le relacionan (pero es viable que patrocine un claro subjetivismo judicial y la intención con esta fórmula anglosajona de elevar esferas de la aplicación del derecho particular²⁹⁸ o interno). Por esto, en el derecho privado positivo, se debe localizar cuál es el espacio jurídico de la *Lex Mercatoria* para aplicarla (tratándose de una norma anacional no positiva que sea vinculante), y luego calificar si existe la juridicidad de esta norma espontánea y de tal suerte poder equipararla con la ley positiva interna como normativa extranjera.

Es así, que la *lex mercaturae* en el CCo panameño tiene marco de referencia como expresión de usos y prácticas de comerciantes aplicables como el derecho transfronterizo, prorrogándose ella al derecho económico internacional en auge. El CCo de Panamá infiere la aplicabilidad del *The New Merchant Law*, creándose así y una especie de *Jus Mercatorio* interno para lo referente a los usos y prácticas en el mercado doméstico elevándose al comercio internacional, incorporándose como fuente consuetudinaria. Esta regla mercantil encierra la hipótesis de una fuente normativa no nacional que no distingue uso interno o internacional²⁹⁹, sino

(2007). El contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque, Ed. Universidad Externado de Colombia. P.100. Igual cabe señalar que el sistema de EUA en el régimen de responsabilidad imperativo se aplica el principio “*tackle to tackle*” (v.sec. 2, e COGSA) vid.: Arias Varahona J. (2006), Manipulación portuaria y daños a las mercancías. La responsabilidad extracontractual del operador portuario. Granada. Editorial Comares. P.26-127. Es la responsabilidad precontractual nacida del incumplimiento del deber genérico que prohíbe dañar a los demás (*alterum non laedere*), que impone un deber de respeto como relación jurídica de confianza que impone recíprocas obligaciones.

²⁹⁷. *Cheshire North. Op. cit. p. 243.*

²⁹⁸. Trabajo del profesor Boutin, G. (1998). Del Contrato de Factoraje Internacional. Panamá. Ed. *Etude Maître Boutin. P.35.*

²⁹⁹. Este referente legal supra se invocó y en el fallo de febrero 27, 1996 en el negocio jurídico “Banco Exterior de los Andes y de España vs Banco Cafetero de Panamá, S.A.”; acorde al CCo., que se baso en la resolución de la Sala Primera Ramo Civil de la Corte Suprema sobre recepción de la “*Lex Mercatoria*” como norma consuetudinaria pactada entre operadores del *commercium*, ya que la ley positiva interna no debe prever la calificación en la *lex fori* el recurrir a principios o reglas de un sistema jurídico nacional, sino espontáneo. El fallo reconoció lo que es relación de Derecho Internacional Privado y distinguió la fuente interna y la internacional según la naturaleza del caso. Se dió la hipótesis de negocios jurídicos con efectos extraterritoriales neutro o supranacional, de fuentes mercatorias, normas anacionales, no positivas tipo usos de comercio, prácticas de comercio y principios generales en contratos internacionales privados. Se recibió la

que ambas son vinculantes por cuanto que la misma dispone que: “Si las cuestiones sobre derecho y obligaciones comerciales no pudieren ser resueltas ni por el texto de la ley comercial, ni por su espíritu, ni por los casos análogos en ella previstos, serán decididos con arreglo a los usos del comercio observados generalmente en cada plaza;...” (Art.5 CCo). Y por el Decreto Ley No.5 de 1999 de arbitraje³⁰⁰ de Panamá se tienen “... en cuenta los usos y las prácticas mercantiles y los principios de los contratos de comercio internacional de *UNIDROIT*” (Art. 27).

Esta tendencia reconoce la profesionalidad de la partes si se trata de comerciantes (Art. 3 CCo., párrafo 1º. Los contratos y obligaciones de los comerciantes se considerarán siempre acto de comercio...), y operadores del comercio que es generadora de sus propias normas sustantivas manifestadas en sus usos, prácticas y costumbres en los contratos que reposan en la sociedad profesional de internacionalistas. Esta tesis la recepta y la relación internacional en la noción de la *CISG*, de que “las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas” (Art.9, N.1). Esta regulación del *The New Merchant Law* es de gran valor para armonizar la regulación del Comercio Internacional³⁰¹ en el mercado panameño, y otros países.

A diferencia de los usos contractuales, el Derecho Mercatorio es el conjunto de usos, prácticas y *opinio iuris* elevadas a un sistema, de cambio cualitativo, con una regla genérica del derecho convencional uniforme que le da proyección de interés general (en la *CISG*, Art. 9 pár. 2º). Igual es en la *CIDIP-1994* (Art.3). La juridicidad de la *lex Mercatoria* no es solo por su repetición, ni a su carácter cognoscitivo sino por la finalidad ético reguladora, con lo cual la equiparán a una norma internacional no legislada. Pero al aplicar norma nacional en Panamá, solo

relación *iusprivativista* trasfronteriza en el “carácter tridimensional” del Derecho Mercantil transfronterizo clásico del Derecho Interno y del DIPr en reglas neutrales supratéticas. Vid.: Boutin, G. Jurisprudencia de Derecho Internacional Privado Panameño. Panamá. P.760 y s.s.

³⁰⁰. G.O. No.23, 837, Panamá, Julio 10, 1999.

³⁰¹. Jenkins Alma del Carmen. Op. cit., en línea, disponible en: www.legalinfo-panama.com/.../articulos_58.htm-. indica que aunque Panamá, no ha receptado en su acervo jurídico interno este instrumento de metodología uniforme. Igual no ha receptado la *CIDIP* interamericana de metodología de colisión sobre regulación del Contrato Internacional, lo cual influye en sus negociaciones mercantiles, por lo que las partes u operadores, deben elegir la vía de dimensiones creadoras de reglas espontáneas (negrillas – del autor JBU).

se receptó en el uso general concreto señalado *supra* de *práxis* bancaria transfronteriza, con aquiescencia en el derecho interno y en el extranjero, dándole cierta protección y juridicidad de la norma supranacional para este foro.

En la *praxis* hay sistemas jurídicos que se resisten al control de la interpretación del derecho extranjero y de fuentes del derecho extralegal, que carezcan de carácter general. Por lo tanto, la utilidad de calificar la *Lex mercatoria*, es relevante frente a el negocio jurídico, si ella es calificada como fuente internacional o extranjera. En esto y el CSB³⁰² señala que “en todo Estado contratante donde existe el Recurso de Casación o la Institución correspondiente, este podrá imponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación impedida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto del derecho nacional” (Art. 412). La recepción directa de la regla extranjera (de fuente anacional) está indicado y en el Código Judicial de Panamá así: El derecho extranjero se podrá probar mediante copia de las normas pertinentes, decisiones de los tribunales, estudios doctrinales o dictámenes rendidos por abogados idóneos (Art. 789).

Para aplicar el principio *iura novit curia*, se debe investigar el derecho extranjero³⁰³, que es transnacional y resulta de pluralidad de causas, con formación espontánea en la práctica y usos comerciales. Y no es tendencia neutra o despolitizada, pues, la *lex mercatoria*, es derivación o efecto de los conflictos económicos internacionales, de los antagonismos de los mercados. Y ante esto el derecho contractual panameño señala que “cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional, las reglas generales de derecho, y la costumbre,...” (Art.13 CC). Se recepta y la doctrina de los Actos Propios, como Principio General del Derecho (en el *UNIDROIT* 1.8), que se señala

³⁰². En el DIPr de Panamá la Ley 15 de 1998 incorporó y el CSB, 1928, que señala la aplicación *ex officio* del derecho extranjero en los casos internacionales como obligación del juez interno diciendo que: Los Jueces y los Tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás, sin perjuicio de los medios probatorios a que este capítulo se refiere” (Art.408). El derecho extranjero y el derecho del foro por ideología convencional y positivista del derecho panameño se aplican en pie de igualdad.

³⁰³. Es principio procesal *inconcuso* romano, dicho o apotegma “*narra mihi factu, dabo tibi jus*” (pruébame los hechos que yo te daré el derecho), y *iura novit curia* (el juez conoce el derecho).

que una parte no puede actuar en contradicción con idea o creencia que ella haya causado a otra y según la cual esa otra parte ha gestionado en su detrimento, fiándose juiciosamente y en desventaja. Si se actúan contrario a conductas previas, concluyentes, e incompatibles, se discurre que no se puede alegar algo aunque sea cierto, que niege el sentido objetivo de su anterior declaración o evidente conducta (regla “nadie puede venir contra sus propios actos”), aplicable al acto o el negocio.

Y la doctrina del DIPr de no ir contra sus actos propios es otro ejemplo de las prácticas de la *lex mercatoria*, y que la receptó la jurisprudencia panameña en la relación contractual (negociación, formación, celebración) señalando que “...siempre es apropiado aplicar aquel principio general del derecho que nos enseña que nadie puede ir válidamente en contra de sus propios actos (*venire contra factum proprium nom valet*)”³⁰⁴. En la conducta anterior y la pretensión posterior existe incompatibilidad o contradicción por sentido de buena fe³⁰⁵, pues la “buena fe” es principio *jus cogens* del DIPr³⁰⁶ igual para todos los ámbitos³⁰⁷; y “la llamada teoría de los actos propios (Cubides Camacho, 2005) es otra extensión de ese criterio de la buena fe”³⁰⁸. Y la codificación romanista y el sistema anglosajón la recepta en la responsabilidad precontractual en la *missrepresentation* en el acuerdo para negociar de buena fe (Oviedo, A: 2008:14).

³⁰⁴. Sentencia del 6 de febrero de 1998, Sala civil de la Corte Suprema de Justicia (Proceso Ordinario Materiales de Construcción, S.A. vs *Transcomer*, S.A.) R.J. febrero de 1998, p.160; Sentencia del 14 de julio de 1999, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Proceso Ordinario Marisol Ramos Vda de *Young* (representaciones de sus menores hijos) vs Aseguradora Mundial, S.A., R.J. julio de 1999, p.266; Sentencia de 20 de octubre de 2000, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Proceso Ordinario Inmobiliaria *Sittón*, S.A. vs Inversiones Puebla, S.A., R.J. Octubre de 2000, p.221; Sentencia del 28 de junio de 2001, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Proceso Ordinario Banco del Istmo, S.A. vs *Orloff Joyeros*, S.A. y *Time Center*, S.A., R.J. Junio 2001, p.268. CC vigente al 2004. Ed. Sistemas Jurídicos, S.A., P. 31-34.

³⁰⁵. Simetría jurídica tiene el CC ecuatoriano, que señala parecida regla en forma general, y características del “buen padre de familia”, “hombre juicioso” (Art. 18, N.7ª; 29); y accesoriamente el CCo de este Estado, que sobre la retractación tempestiva e indemnizaciones configura las obligaciones precontractuales o del *pactum in contrahendo* (Art.144); igual inteligencia indicó la Sala de lo Civil y Mercantil, en la Casación 68-96: RO 959_4-jun-96, Rep. Jur. T. XLI, p.127 (Ecuador).

³⁰⁶. El DIPr panameño en las negociaciones contractuales recepta, la teoría de la imprevisión (*Hardship* o clausula *rebús sic stantibus*) en el CC, estableciendo la terminación o renegociación de las misma por excesiva onerosidad (Art.1161-A y 1161-B), donde el problema promueve un conflicto entre la imperiosa necesidad que exige el respeto a los contratos legales y razones de moral y de equidad que hacen temperar el rigor de las reglas acordada por las partes.

³⁰⁷. Meza Barros R. (s/a). Manual de Derecho Civil, 10-ed.. Santiago. Colec. Manuales jurídicos No.23, Ed. Jurídica de Chile.P. 129.

³⁰⁸. Vid.: Oviedo, A. (2010). Op. cit. P.130.

2.4.9.- Recepción del DIPr en el acervo jurídico y la *praxis* de Negociación Internacional mercantil contractual privada en el Ecuador.

En la problemática elegida y explicada en el derecho privado positivo, o "*campo abonado para los leguleyos*" vemos que desde los de juristas romanos se sostenía, que en las obligaciones verbales el contrato surgía del "*mero consentimiento*", y podía celebrarse *inter-absentes*, ya por carta, por mensajero u otro medio, lo que aún se practica. Así es en el "sistema objetivo" (derecho de los actos de comercio) codificado desde el Código de Comercio Napoleónico, y en el "sistema subjetivo" (el derecho de los comerciantes) donde los contratos, son actos jurídicos o acuerdos entre sujetos para crear, modificar o finalizar derechos y obligaciones³⁰⁹.

Como instrumento de la negociación³¹⁰ privada ramo mercantil, el contrato se receipta y en el Código Civil del Ecuador (CCE), que es instrumento codificado decimonónico que exige del sujeto como elementos de esta categoría "...que sea legalmente capaz;...que consienta en dicho acto o declaración, que su consentimiento no adolezca de vicio;...que recaiga sobre un objeto; y...que tenga una causa lícita" (Art.1461 CCE). Otro ejemplo en Ecuador, es la LCo. Que señala que el contrato de compañías es aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales o industria, para emprender en operaciones mercantiles y participar en sus utilidades (Art.1). Esta última excerta indica que este contrato se regula en esta Ley, en el CCo., por la *Legis Voluntatis*, el CCE, y por otras reglas conexas o accesorias.

En Ecuador se receiptan y otros acuerdos transfronterizos del DIPr, ejemplo el *pool* innominado, mixto o complejo, inter-empresarial, el *Kartell* de forma no escrita de los Grupos Económicos nacionales o internacionales (*Hanna Musse*, 1990)³¹¹. También reconoce los contratos - tipos o unilateral, de adhesión, que pueden ser verbales, con el uso del formulario, a los que pertenecen y los llamados *boletos de contrato* o *stabiliti*³¹². Igual acepta la forma verbal en los casos de los tratos o

³⁰⁹. Derecho Económico. Red. Laptev V., (1983). Moscú. Editorial Progress. P.178.

³¹⁰. La Ley de Comercio Exterior, que es conocida como LEXI, No.12 (22.5.1997) señala "...el Ecuador debe asegurar una decidida Intervención en los cambios y transformaciones que se están dando en el comercio mundial, principalmente a través de los procesos de negociación...".

³¹¹. Lecturas de Derecho Económico Quito. Banco Central del Ecuador. P.221, 223.

³¹². Barbera. II Contrato-Tipo del diritto italiano. Milán. 1935, cit., por Messineo Francesco. Vol.IV,

acuerdos de comercio (precontractual o contrato previo) o las “ventas a futuro”³¹³. En Ecuador y el “Mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra,…” (Art. 2020 CCE). Por remisión vemos que la norma material, sustantiva, directa nacional señala que “el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona o la gestión de sus negocios por otra;…” (Art.2027 CCE). Además, “el contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. Y la manifestación o bien aceptación puede ser expresa o tácita” (Art. 2028 Ibi). Y el título valor del cheque se recepta como el mandato puro y simple (L.CH. de Ecuador, Art. 1)³¹⁴.

En la tesis planteada aplicable al acuerdo privado internacional, si bien la *praxis* comercial ecuatoriana señala que “cuando las leyes de comercio exigen como requisito de la forma del contrato, que conste por escrito, ninguna prueba es admisible; y a falta de escritura el acuerdo se tiene como no celebrado” (Art.165 del CCo.”), está misma excerta agrega que “si no se exige la escritura como requisito de forma, se observarán las disposiciones del Código Civil sobre la prueba de las obligaciones, a menos que en el presente Código se disponga otra cosa en el caso” (Art.166 CCo.). Y esta codificación dice que “la prueba de los testigos es admisible en los negocios mercantiles, cualquiera que sea el importe de la obligación o liberación que se trata de acreditar, y aunque no haya principio de prueba por escrito, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario” (Art.168 CCo.). Esto es incluso de elección en la *praxis* del operador en medios de pagos. En Ecuador la norma sustantiva agrega que “la venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones... siguientes: ...La venta de bienes raíces,...no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, o conste, en los casos de subasta, del auto de adjudicación debidamente protocolizado e inscrito” (Art.1740 del CCE).

Derecho de Obligaciones. Parte General, pág. 558.

³¹³. Ver.: 148. R: 918 - RO 188, Oct. 7, 1976, citado por: Macías, M. (1988). Instituciones de Derecho Mercantil Ecuatoriano. Quito. Banco Central. P. 133.

³¹⁴. Es instrumento de crédito y que siendo “...*negotiable instrument is a document that contains several distinct contracts. See specially Dicey & Morris, pp 1308-1310, cit. by Cheshire & North's. Op. cit. P.507.*”

Aplicable a la Negociación Internacional se recepta que “la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil” (Art.16 CCE). Y subsidiariamente, se señala que “la autenticación o legalización de instrumentos otorgados en país extranjero, podrá también arreglarse a las leyes o prácticas del Estado en que se hiciere” (Art.190 CPC). Si el acuerdo contractual fue verbal, la prueba *a posteriori* como, declaración de testigos o documentos (cartas, llamadas telefónicas, tramites de apertura de L/C, transferencia *pre-payment*, o negociación *cash in advance*, o gestión judicial, declaración juramentada, etc.), celebrada en el Estado respectivo, valdrá en el Ecuador, como pruebas *in contrahendo*³¹⁵. Y “los instrumentos públicos otorgados en el extranjero, si estuvieren autenticados, harán en el Ecuador tanta fe como en el Estado en que se hubieren otorgado (Art.188 CPC)³¹⁶; que es reconocer y receptor el Derecho extranjero en la Cooperación Jurídica Internacional (Art.189 Ibi).

El CCo. Ecuatoriano (Art.141) en la *praxis* precontractual dice que “para que la propuesta verbal de un negocio obligue a un proponente, debe ser aceptada inmediatamente por la persona a quien se dirige...” (o sea el *oblato* en la recepción de la *Mirror Theory* - del espejo; concs con 1459 CCE). Ya que “...la propuesta hecha por escrito debe ser aceptada o desechada dentro de 24 horas, si las partes residieran en la misma plaza, y, si en distintas, a la vuelta del primer correo que salga después de dos días de recibida la propuesta” (Art.142 en la teoría a “vuelta de correo”). Para Parraguez (1986) es el contrato *ipso facto* o de la de formación instantánea³¹⁷; en donde la oferta del proponente y aceptación son sin haber tiempo considerable (*v.gr.*, en el mercado de títulos valores, contrato de fideicomiso, titularización de activos improductivos para flujo de recurso o caja, en la Ley con R.O. No 367 del 23 de julio de 1998 del Ecuador). O si se exige un tiempo largo, y solo existe la oferta de una parte, adquiriendose la obligación de esperar; el incumplimiento, da lugar a la indemnización de perjuicios (Art. 143, 144 CCo).

³¹⁵. Sería el instituto de la excepción ante lo establecido en el CCE que señala que “no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito” (Art.1725).

³¹⁶. Concordante con el artículo 23 de la Ley de Modernización, arts 37 L.R.C. y C. //16 C.C.

³¹⁷. Parraguez Ruiz L. Op. cit., p. 58-59.

Regular el régimen del contrato internacional es labor compleja, que tiene peculiaridad en cada mercado, con la intransigencia de muchos Estados en aspectos que exigen una gran ductilidad, y tiene dificultad de llegar a una armonización de normas sustantivas materiales uniformes (Canabellas, 2004)³¹⁸. Es patológico el tratar de lograr conceptos únicos, en el *contractus*, o bien de los elementos básicos de este instrumento, e incluso sobre sus formas, orales, ológrafas, escritas, binarias para su validez o eficacia. Sin embargo, si hay prueba de la recepción de la teoría de la convergencia de los sistemas jurídicos mediante la perfección del acuerdo con la expedición (*contract is formed at moment of posting USA*). Es la regla anglosajona o del "*Common Law*" (consuetudinario) "*effective when dispatched*", ya indicada como "*the mail box rule*" (Case *Adams v. Lindel*, 1818). En ella el oferente autoriza en forma tácita a la oficina postal para ser su representante y recibir la eventual aceptación, como si al momento de depositarse al buzón postal la oferta, lo hiciera el mismo actor legal de la persona jurídica comercial³¹⁹; se desecha lo notarial dadora de fe; y es problemática del DIPr de normas supranacionales uniformes sustantivos para conductas jurídicas comunes³²⁰.

Esta tendencia en la negociación contractual la recepta y la ley *e-commerce* del Ecuador del 10 de abril del 2002, que señala que "...los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterá al cumplimiento de lo establecido en esta Ley y su reglamento" (Art.2).

³¹⁸. Cabanellas de las Cuevas Guillermo (Director). Op. cit. P. 20.

³¹⁹. Esta doctrina en el 1-201(38) (*General definitions*), 2-204 (*Formation in general*) y 2-2006 (*offer and Acceptance in Formation of Contract*), *Article II (Sales) of Uniform Commercial Code (UCC)*, vid.: *Graschdanskoe, Torgoboie y Zemeinoie pravo kapitalisticheskij stran. Redac.Puchiskovo* Vid: *Kyulagina M.I. (1986), Ed. de Universidad de la Amistad de los Pueblos, Moskwa, str. 284-285.*

³²⁰. En la *CISG*, 1980 en merito a los principios técnicos de conservación de los contratos y fomento del Comercio Internacional, cuando el contrato se celebra a distancia, para que sea considerado vigente, basta con que cumpla con la forma requerida por el ordenamiento del país donde se fórmula la propuesta o la aceptación dice Hargain D. y Mihali G. (1998). *Circulación de Bienes en el MERCOSUR.*, Cap. VIII, Argentina. El principio de la libertad de forma o sea el "principio de informalidad", en esta dimensión convencional, frente a la constante de la tradición jurídica de los sub-sistemas civilistas, permite incluir en la libertad de prueba de la relación, elementos como los registros computarizados y el intercambio de declaraciones de voluntad vía medios electrónicos de datos (*EDI*) o mediante el correo electrónico (*e-mail*) así como la prueba de que el contrato se ha perfeccionado por esos medios es admisible, vid.: PDF/en la *Compraventa. Internacional de Mercaderías de Pilar Perales Viscasillas... Pirales Viscosillas. María del Pilar. La formación del contrato en la biblioteca.unisabana.edu.co/ojs/index.php/dikaion/article/download/.../1365 -*

Aunque si bien la regulación de obligaciones distingue entre la contratación por medios electrónicos, este estilo no define el contrato telemático, y se le califica con el problema de un acuerdo clásico, surgiendo patologías, al no tener una valoración uniforme que las coloque, en cada caso, en un modelo o tipo de contrato, y el desconocimiento por los usuarios, sobre posibilidades y límites de la informática, y que no se pueda sustentar solo en el principio de la *legis voluntatis*. Y en Ecuador como en el resto de América, tal vez por la celeridad de la negociación mercantil, los códigos decimonónicos no receptan la perfección del contrato por vía epistolar (por carta a los ausentes), sino hasta que tenga lugar cuando se otorgue la aceptación. Y ya anotamos se receptan en forma mixta varias teorías o sistemas de la aceptación de la oferta, y otras más modernas como de la *información personal de términos*³²¹. Pero no se define el Contrato Internacional, ya que el mismo se ha perfilado en el DIPr, con la noción de contrato interno del sistema romano-germánico (Cevallos Vasquez, 2005)³²². Y aunque los diversos Códigos de los países igual consagran estos varios sistemas, con aspectos positivos y negativos, no se puede establecer cual es el mejor (Oviedo, A: 2008:59).

En Ecuador, se recepta y el precontrato (*Pactum in contrahendo*) acorde al sistema formalista-moderno (*mixto*), con la promesa escrita, y escritura pública si el acuerdo es solemne, con plazo, y condición de la época de celebrarse (Art.1570 CC). Además, la Jurisprudencia, indicó que un contrato de promesa de compraventa es bilateral (sinalagmático), y si le falta elementos, es nulo *ab initio* (nulidad absoluta), pues para su validez, se necesita de tal solemnidad³²³. Y hay pruebas que la doctrina nacional del DIPr sigue receptando solo esta interpretación, lacónica que no valora la importancia del acto³²⁴, aplicandolo lamentablemente sin corrección útil.

³²¹. La CISG y los UNIDROIT, aceptan el “sistema de la recepción” (Art. 15.1; 2.1.3.).

³²². Op. cit., p. 18; el Ecuador (Art. 1454 CC) recepta la tesis francesa del contrato o convención convención (simetría con el CC francés) que dice “contrato es el convenio, por el cual uno o más sujetos se obligan ante sujeto o varios otros a dar algo, hacer algo o no hacer algo” (Art.1101), Derecho Civil, Comercial y Familia de los países capitalistas. Recopilación: Ministerio de Educación Superior de la URSS (1986). Edit. Universidad Amistad de los Pueblos, Moscú, p.45-46.

³²³. G.J. XIV, 2, p. 306; Primera Sala de lo Civil y Mercantil, proceso: 595-1999, Sentencia: 20-dic-1999, RO 13:9-feb-2000, Rep. Jur. XLVIII T. 1, p.57, ref. ver promesa, p.94; Casación 44-95: 7-feb-95. R.O. 655: 16-mar-95, Sala de lo Civil y Comercial, Rep. Jur. T. XXXIX, p.167.

³²⁴. Sánchez, Z. (2011). Op. cit. P.65.

2.4.10. Recepción del CCVIM en la *CISG-1980 (UNCITRAL-ONU)* en el Ecuador.

El arte de la negociación en la formación del contrato se aplica desde la planificación por el acuerdo de voluntades; cuando las partes se comunican la necesidad de iniciar interacciones hasta llegar a un compromiso que acoge sus intereses (*Free Will*). Pero, en el proceso a veces es difícil distinguir la declaración de intenciones, las cuales no están encaminadas (a crear obligaciones *ex contractu*) con la oferta real, que permite la aceptación y sean obligatorias³²⁵. En este sentido, para el comercio internacional, tiene relevancia y las normas materiales directa interestatales en la citada *CISG*, 1980 de Viena³²⁶. Esta fuente de reglas materiales aplicables en negocios internacionales, *CISG*³²⁷ es armonización de distintas legislaciones (de CVIM) en auspicio de la ONU-*UNCITRAL* – CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)³²⁸.

La *CISG* es un tratado para la solución de los problemas básicos de comercio privados, de reglas concretas o sustantivas³²⁹ ratificada por países de distintos sistemas socio-económicos y jurídicos. Su éxito surge de la representación geográfica e importancia en comercio de países miembros como: Estados Unidos de América, Japón, China Popular, y bloques comerciales en América (*NAFTA*, *CAN*, *MERCOSUR*), en Europa (*UE*), lo que en idioma de negocios mercantiles transfronterizos es ya no la triada (*EUA*, *Europa*, *Japón*), sino el Cuarteto (*CHININDIA*, *EUA*, *EU*, *Y Japón*). Este conjunto de normas de coordinación regula casi las 2/3 partes del Comercio, y es el mecanismo del Derecho Comercial uniforme (directa) para reglas de Negociación Internacional *iusprivatista*. En la metodología de la *CISG*, se concilian sistemas jurídicos como el *Common Law* y el romanista, y es aplicable al problema de los procesos jurídicos del DIPr interno³³⁰.

³²⁵. Anson's (1979). *Op. Cit. Pag. 24*.

³²⁶. Dice Oviedo Albán, J. (2011) que “no es solo el más importante instrumento de la CVI, sino foro de iluminación del Derecho de los Contratos en el Mundo” (Congreso en Medellín, 17-19 de agosto). Es receptada en la República del Ecuador. RO 39, 2.10.1992, RO-S 153: 25-nov-2005.

³²⁷. Texto en: Legislación codificada. Corporación de Estudios y Publicaciones. T.II. Quito. 2010.

³²⁸. Significa en inglés: *UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law*.

³²⁹. Vid.: Navarro Pentón G. A. (2009). Régimen Jurídico de la Compraventa Internacional de Mercancías en Europa y América Latina: ¿Un sistema eficiente? Tesis Doctoral. Granada. P. 9, s.s.

³³⁰. Moura Vicente D. “La formación de los contratos internacionales”. Nueva *lex Mercatoria* y Contratos internacionales. Colec. De Derecho Privado y Globalización, Dir. Calvo Caravaca L., Oviedo Albán J., (2006). T. 2. Bogotá. Ed. Ibáñez. P.369.

En Ecuador la *CISG* (1980) esta vigente desde 1° febr 1993. El contar con estratégica posición portuaria, logística³³¹ y productiva como ventaja comparativa, exige a todo mercado estar a la vanguardia del desarrollo del Comercio Internacional, e igual con avances legislativos en materias que impacten el uso o las operaciones del mismo. Pero, vale la pena mencionar que desafortunadamente, esta convención, a pesar de haber sido suscrita (firmada) por muchos países solamente ha sido ratificada y receptada para la etapa de vigor por 10 estados de América. El objeto de la convención es el régimen de contratos negociados y celebrados en el Comercio Internacional de CVI, pues las imprecisiones llevan a serios problemas y pérdidas patrimoniales. Este tratado refleja la práctica y la experiencia de compromisos en la regulación, que no coincide en las legislaciones nacionales³³².

La *CISG* es regla de la negociación del CVI a corto plazo (*short sale contract*)³³³. Habitualmente, estos acuerdos se plasman en formularios estándares (acorde a métodos del *soft law* o leyes modelo) los cuales por razones de eficiencia y agilidad no siempre tienen idóneas cláusulas de regulación (solo en forma general). Ante lo cual la *CISG* tiene pertinencia, ya que ella regula aquellas lagunas o vacíos no contenidos en los contratos formularios (típicos o de adhesión) en los negocios de *import-export (International Sales)*. La *CISG* goza de gran popularidad entre operadores de mercados que aplican el *International Commercial Business Law* o el *Market's Law*". La convención es un MAAN que ofrece seguridad jurídica y reglas claras comerciales. Su uso favorece las actividades de los operadores al negociar con ella, que sabrían qué resultados esperar al momento de contratar.

Otra pertinencia es que la *CISG* es norma directamente aplicable o "*self executing*", aún en ausencia de elección de las partes, en el *electio iuris* aplicable al contrato. Adicionalmente, si las partes señalan que la ley aplicable es la normativa de un Estado parte, de acuerdo con este principio, la ley aplicable continúa siendo la

³³¹. Ver como ventajas competitivas referente al Proyecto Manta-Manaos (en estudio y desarrollo).

³³². Rosenberg, M. (1991). Celebración del Contrato Internacional de Compraventa de mercancías. Moskwa. Centro económico-exterior-COBININTERIUR-. P. 5.

³³³. En el contrato anglosajón es para la documentación que envía el comprador con sus condiciones y que debe aceptar y reenviarle sin los requerimientos del vendedor. Similar a la *Split of Word*, como documento sumarisimo sobre las condiciones generales entre las partes en caso de futura *litis*.

CISG, ya que la convención pasa a ser parte de la legislación interna de cada Estado. Por lo tanto, para el mercado del Ecuador esta convención implica que se deben adoptar normas acorde a las exigencias comerciales globalizadas con las tendencias de rigor. La ratificación de esta convención es beneficiosa no solo económicamente, sino como estrategia para conservar el régimen de centro de negocios y facilitador del comercio, y reafirma la importancia del mercado ante el resto del mundo, para convertirse en una jurisdicción atractiva a los negocios.

Ya se anotó que las legislaciones nacionales y la *responsa prudentum* internacional receptan la existencia de los acuerdos en la etapa de la formación o los contratos preparatorios. Este acuerdo o la promesa tiene por objeto celebrar otro contrato y produce el efecto de obligar a una de las partes o a ambas a celebrarlo (Espinoza Prado, 2001)³³⁴. El trato es un acuerdo para ser plasmado en un contrato, cuya eficacia, es el interés de las partes, es solo preliminar o previo, puesto que lo que se intenta es una relación futura y definitiva, la cual es entre los mismos sujetos concertantes. El acuerdo preparatorio, es el género, y la promesa de celebrar contratos, es la especie (es la formación progresiva del acuerdo futuro o definitivo, contrato de promesa de compra-venta, o con retención de dominio, u otros).

Aunque el instituto de la CVI no tiene un concepto único, incluso en sus pilares de regulación contemporánea³³⁵, algunos aspectos sobre el mismo si se los regulan en la convención de 1980, concretamente sobre la formación del acuerdo. En la parte II de la *CISG* (Art. 14 al 24) trata sobre las relaciones que surgen de la negociación del contrato (*Pactum in contrahendo*), incluyendo las etapas *ipso facto* (*contractus in actum*), o de la formación progresiva (contratos *exintervallo*), la propuesta, promesa u oferta de CVI, que es obligatoria e incluso en el acuerdo imperfecto, aunque el mismo se forma solo cuando el oferente conoce la aceptación³³⁶, en la doctrina del sistema de derecho romanista (del conocimiento). En ella la oferta es “aquella declaración de voluntad recepticia, que es suficientemente precisa, y que se

³³⁴. Principales Contratos en el Código Civil. T. I. Editorial Jurídica del Ecuador. P.74.

³³⁵. Se refieren a la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de mercaderías, de N.Y., 1974, La *CISG*, 1980 de Viena antes mencionada, y la Convención de la Haya de 1986 sobre la CVI con intermediación mercantil.

³³⁶. véase *v.gr.* los Art. 7, 8 num. 2 y 3, 18 num. 1 y 2, el 23 y otros.

encamina a la perfección del contrato mediante la declaración del destinatario de la misma”. Pero la propuesta debe ser precisa e indicar la intención del oferente de quedar obligado en caso de la aceptación (lo exige la *CISG* para aceptar la celebración del contrato). Y la aceptación de una oferta suele ser: expresa, tácita o por el silencio o inacción del destinatario de la misma. Son las teorías de: Declaración; Expedición; Recepción, Conocimiento o información de la propuesta.

El Ecuador acepta la formación del contrato (acorde a la aceptación), y la promesa de celebrarlo (precontrato *pactum in contrahendo*) que genera obligación siempre:

“1.- Que la promesa conste por escrito, y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad,...” “2. Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaran ineficaces”. “3.- Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y,...4.- Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriben” (Art.1570 CCE). En la norma precedente se está reconociendo la etapa precontractual o el contrato imperfecto, dándose lugar a lo establecido en la norma, de que esto será así, si es que se cumple lo señalado³³⁷. Es para los efectos un diálogo entre fuentes del DIPr, no del todo positivo, lo que lleva a elegir la norma aplicable (Tratado-ley y CC o CCo), e incluso con la jurisprudencia nacional.

La *CISG* señala en la formación del contrato de CV (Art.4), que el mismo se perfeccionara en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta, aunque no

³³⁷. Así, lo consideró la Jurisprudencia ecuatoriana que señaló que “el contrato de promesa de compraventa se halla reglado, específicamente, por el artículo 1597 (actual 1570) Código Civil;...” (G.J. XIV, 2, p. 306); fallos similares: Primera Sala de lo Civil y Mercantil, proceso 20-99, sentencia 21-ene-1999; RO 142:5-mar-1999, vid.: Código Civil, legislación Conexa, Concordancias, jurisprudencia, T.III, Corpor. De Estudios y Publicaciones, Quito, 2009, p.68; *a simile*, esta misma fuente de derecho ha señalado que “el objeto de la promesa de compraventa es la realización del contrato prometido, ...”, Primera Sala de lo Civil y mercantil, Proceso: 324, Sentencia:31-ago-2000, RO 201:10-nov-2000, Rep. Jur. T.XLIX, p.61; “Los efectos jurídicos de un contrato de promesa de venta legalmente celebrado se traducen en una obligación de hacer...”, Sentencia No.214-2003.CSJ. TSCYM. Quito, 20 de octubre del 2003. Vistos (1282002), vid.: Pico Mantilla, G. (2006). Jurisprudencia ecuatoriana de casación civil. Quito. Ed. Artes Gráficas señal, Impresora Cía Ltda. P. 251. Estos fallos de triple reiteración son precedentes del DIPr ecuatoriano, acorde a la CPE (Art.184, n.2).

prevé la responsabilidad precontractual (salvo aplicación a los artículos 25 y 28). Y por remisión supletoria, el CCo de Ecuador dice que “la retractación tempestiva impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fue dirigida la propuesta hubiere hecho, y los daños y perjuicios que hubiere sufrido. Sin embargo, el proponente podrá exonerarse de la obligación de indemnizar, cumpliendo el contrato propuesto” (Art.144). Y es punible incumplir el acuerdo³³⁸; la aceptación simple o la condicional y cambios a la oferta en negociaciones, pues se tendrán como propuesta y pueden someterse a “...indemnización de gastos, daños y perjuicios” (Art.145 y 146). En este ejemplo esta *at sight* la recepción en el Ecuador del DIPr y de la *culpa in contrahendo*.

In summa, y hasta *prima facie*, se requiere apoyarnos en el DIPr³³⁹, y en su afinidad con la Negociación transfronteriza (aplicable a las relaciones contractuales); sin etnocentrismo y chauvinismo jurídico (pues aun pocas relaciones de CVI se rigen por la *CISG*; y los operadores desconocen que este es el derecho sustantivo aplicable; es notoria la incuria y la falta de preparación al tenor). La no aplicación de la *CISG* es injustificable, pues rige para la jurisdicción y competencia soberana del Ecuador desde 1992, que aplica en lo interno y en lo externo mercantil. Se debe

³³⁸. Por ejemplo, en el perfeccionamiento de “obligaciones cartulares”, en el Ecuador hay dos posiciones conflictivas y sin resolver, con sub-clasificaciones: a.- la **contractualista** (que da a los títulos valores, como el cheque, pagaré, la letra de cambio, una declaración contractual perfeccionada con la aceptación); b.- la **unilateral** (con la primera designada de la “**creación**” o confección del título con la suscripción; y la segunda llamada de la **emisión**, cuando el emisor del título lo pone en circulación) vid.: Macías Hurtado (1988). Instituciones de Derecho Mercantil Ecuatoriano, Banco Central del Ecuador, p. 33-34. No hay uniformidad en la calificación, y se señala que el “cheque propiamente no tiene partes”. No es un contrato. Es una orden de pago. Cuando hay “partes”, se vuelve contrato: no cheque. Así como el billete, no tiene partes; así el cheque tampoco lo tiene”, vid: Aguilar Maldonado C. (2003). Meditaciones Jurídicas, Cuenca, Fondo de la cultura ecuatoriana, p.1999. Pero, en todo caso sin polemizar, como un mandato, vemos que si es una fuente de obligaciones conforme al CC (Art. 1453), y que podría calificarse de cuasi-contrato (Art.2184 CC.) con concurso real de la “*legis voluntatis*”, y está sometido a los principios *pacta sunt servanda* (Art. 1500 CC), *neminem laedere* (Art. 2214 CC), la *solve et repete*, la de *venire contra factum proprium nom valet*, etc.

³³⁹. En las teorías de la seguridad jurídica y la de la justicia. Esto se desprende de las causas que motivan la existencia de esta ciencia, el cosmopolitismo sociológico, “soy ciudadano del mundo” (Sócrates); del particularismo jurídico de cada estado con sus normas (con teorías universalista-internacionalista; nacionalista interna, o la dualista); por la máxima *ubi societas ibi commercium*, del progreso científico-técnico, apoyado en principios generales derivados de las máximas del jurista romano Ulpiano “*honeste viviré, menimem ladere, sum quique tribuere* (el último es darle a cada quien lo suyo); y las varias fuentes o dimensiones, vid: ...El DIP es una proyección internacional de los problemas nacionales ...Libro 2: Derecho Mercantil [en línea], disponible en: www.resuenesyapuntes.com/index2.php?option=com...dd...

promover la uniformidad o la homogeneidad en su aplicación, y de asegurar la observancia de la buena fe internacional (Art. 7). Esto “...contribuiría a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional...” (Preámbulo la *CISG*), y promovería los negocios transfronterizos, mediante la recepción de los MAAN del DIPr (como es el caso del precontrato y el contrato internacional) en las estrategias útiles a la negociación para “regular, promover y ejecutar las acciones correspondientes...” (Art. 304 CPE, N.2 del Ecuador, 2008). Lo que como efecto de la causa sería diálogo positivo de las fuentes reguladoras, y lleva a “incentivar...la productividad y competitividad sistematicas...la inserción estratégica en la economía mundial...” (Art.284, N. 2 Ibi.).

2.5 Hipótesis.

El estudio del régimen jurídico del contrato internacional mercantil en la negociación *iusprivativista* se recepta en el acervo y la *práxis* del Ecuador y Panamá.

Esta es la suposición básica en los saberes, teorías y hechos observados para responder a la pregunta objeto del problema científico cuestionado.

2.6.- Señalamiento de Variables (en la hipótesis de tipo causal, es la relación de causa y efecto).

2.6.1 Variable independiente:

El estudio del régimen jurídico del contrato internacional mercantil en la negociación *usprivativista*.

2.6.2 Variable dependiente:

Recepción en el acervo y *praxis* de Ecuador - Panamá.

CAPITULO III: *METODOLOGIA*

El propósito de la investigación es el de explicar el régimen jurídico actual del contrato internacional, y la metodología del derecho positivo utilizada para el desarrollo del tema es: en primer lugar, y siendo consecuentes con la epistemología (ciencia del método y causas del conocimiento), el análisis del DIPr, la Negociación, la formación del acuerdo, y su internacionalidad. A la vez, que estudiamos el régimen del contrato comercial se abordan los fundamentos legales que han imposibilitado la modernización del derecho privado contractual (problemas o patologías). Aquí, se explica el tema medular de la investigación: el régimen jurídico del contrato internacional desde la negociación - formación, recepción, sus fundamentos históricos, metodológicos, hermenéuticos y la base de buena fe negocial; frente a la interrogante: ¿existe un marco contractual internacional ordenado, que sea receptado en América; o es una aureola?.

3.1. - Modalidad básica de la investigación.- Se utilizó la recolección cuantitativa (encuesta) para el cumplimiento del objetivo propuesto de analizar la información de tipo económico-mercantil, comparativa, explicativa y crítico-propositiva del contrato, ya que se plantean alternativas de solución a las problemáticas enunciadas. Cualitativa: Revisión documental-bibliográfica, estudio y análisis de jurisprudencia, coloquios (con diversos operadores de comercio internacional).

3.2.- Nivel o tipo de investigación.-

Es explicativo, casuístico, bibliográfica-documental (fichas) de libros, textos de Internet, periodísticos en revistas nacionales y extranjeras. Se aplica el método de investigación jurídico-dogmático, recurriendo a la doctrina y, a la jurisprudencia. Aceptando las entelegías (esencias entre instituciones y de la categoría), se interpreta el contrato como ordena la norma jurídica. Igual se aplica el método de análisis económico del derecho (AED), funcionalista, para enfocar la dinámica jurídica a partir de la evaluación de los costos y los beneficios. Se trata de explicar

las interrogantes de que si: ¿existe un marco contractual internacional científico de orden regional en el sistema romano-germánico continental americano?.

Con el método exegético se estudia la estructura de las normas en el texto legislativo, dando comentarios jurídicos sobre el contrato internacional. Se aplican con semántica jurídica el análisis y la síntesis de la categoría. Se prueban la hipótesis (y sus variables). Lo estratégico y táctico de la variable independiente y la dependiente en el régimen del contrato internacional, evidenciando sus defectos (análisis DAFO), que completa la operacionalización de ambas. En la investigación se explican e investigan problemas en la negociación internacional, para llenar lagunas jurídicas en este proceso, y abrir camino a estudios más profundos de este instrumento del DIPr. Se usan métodos sintético (resumido), ecléctico, funcional, de revisión bibliográfica, y posiciones de la doctrina más reconocida. Se estudian casos transfronterizos: Encuesta-Consulta: a operadores internacionalistas (vías: personales, seminarios, *Internet*, *P.O. Box*, telefónica, *fax*, *e-mail*). Se cuantificó la calificación de internacionalidad del contrato para conocer ¿y a que título se aplica el derecho extranjero?, *v.gr.* al cumplir normas como las del COFJ (Art. 143-144).

3.3.- Población y muestra: La Población investigada estuvo constituida por profesionales de actividades privadas relacionados con el Comercio Exterior y Negocios Internacionales (Ingenieros, Abogados, Administradores, Economistas, Agentes Aduaneros, docentes, PYMEX, etc.), todos quienes fueron parte del proceso investigativo que se realizó en el escenario delimitado para el efecto.

3.4.- Técnicas e instrumentos. Se utilizó la cuantitativa para la recolección de información o datos como método no experimental, de observación, encuestas, grabadoras, cuestionarios, y la revisión bibliográfica documental primaria, análisis de jurisprudencia; estudio de casos en resoluciones de Derecho Comparado en la legislación internacional con la nacional, con la intención de calificar y determinar sobre la categoría (precontrato y contrato): ¿Qué hay?. Explicar si hay normativas que abordan algunas clases de contratos internacionales. Y si con ellas no hay limbo o inseguridad jurídica en el sistema.

3.5.- Operacionalización de variables.

Variable independiente:

Estudio del régimen jurídico del contrato internacional mercantil en la negociación *iusprivativista*.

CONCEPTO	INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTO	ITEMS
Aplicación del régimen jurídico del contrato internacional mercantil.	No hay suficientes convenios sobre el régimen del contrato internacional mercantil. Las fuentes no definen el concepto de contrato mercantil.	Bibliografía, entrevistas a operadores.	Textos público y privados, artículos en revistas, matutinos, jurisprudencia nacional e internacional de derecho y relaciones económico-comerciales, y páginas web.	¿Hay Normas internas y convenios que determinen plenamente el régimen jurídico del contrato internacional mercantil privado?

Variable Dependiente:

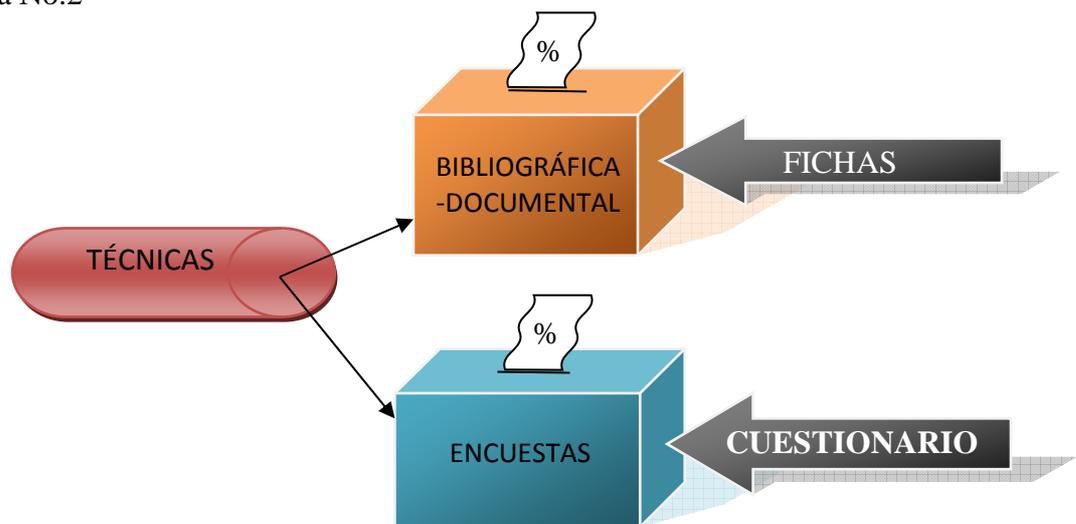
Recepción en el acervo y *praxis* de Ecuador - Panamá.

CONCEPTO	INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTO	ITEMS
-Son principios y normas jurídicas internacionales positivas aplicables al contrato. -Pruebas de <i>praxis</i> de la negociación internacional mercantil.	-No hay aplicación directa científica de normas materiales concretas. -Se determina la aplicación normas indirectas, usos y prácticas generales no vinculantes de los comerciantes, <i>Lex Mercatoria (The New Merchant Law)</i> .	Bibliográfica Encuestas y otros	Textos de obras internacionales de la doctrina, la <i>Web-site</i> y jurisprudencia. Formulario de encuestas.	¿Qué aplicación tiene el contrato internacional en la negociación transfronteriza mercantil de Ecuador y Panamá?.

3.6. Recolección de Información

Se desarrollaron con el marco teórico y los instrumentos prácticos de las labores de campo, donde se utilizó la observación, consultas, encuestas, y se llevó a cabo el procesamiento mediante el análisis de resultados y conclusiones preliminares, que permitieron el avance y mejoramiento del proyecto de la investigación para su posterior sustentación y aprobación.

Gráfica No.2



3.7. Procesamiento de la información.

En esta etapa de la investigación se realizó la gestión de segmentación de informaciones obtenidas, agrupándolas acorde con las variables e indicadores sujetos a medición para examen e interpretación, y contrastarlos con la hipótesis planteada. El estudio se concretiza en la etapa de la formación del contrato internacional, y su recepción en el acervo jurídico y *praxis* de la negociación.

Se ejecutó la deducción a partir de los datos obtenidos. La confección empírica del presente conocimiento se fundamenta en la recolección y procesamiento de saberes, los que para los efectos se le tomó a modo las fuentes primarias y secundarias, con el manejo de las gráficas de estadísticas como instrumento principal.

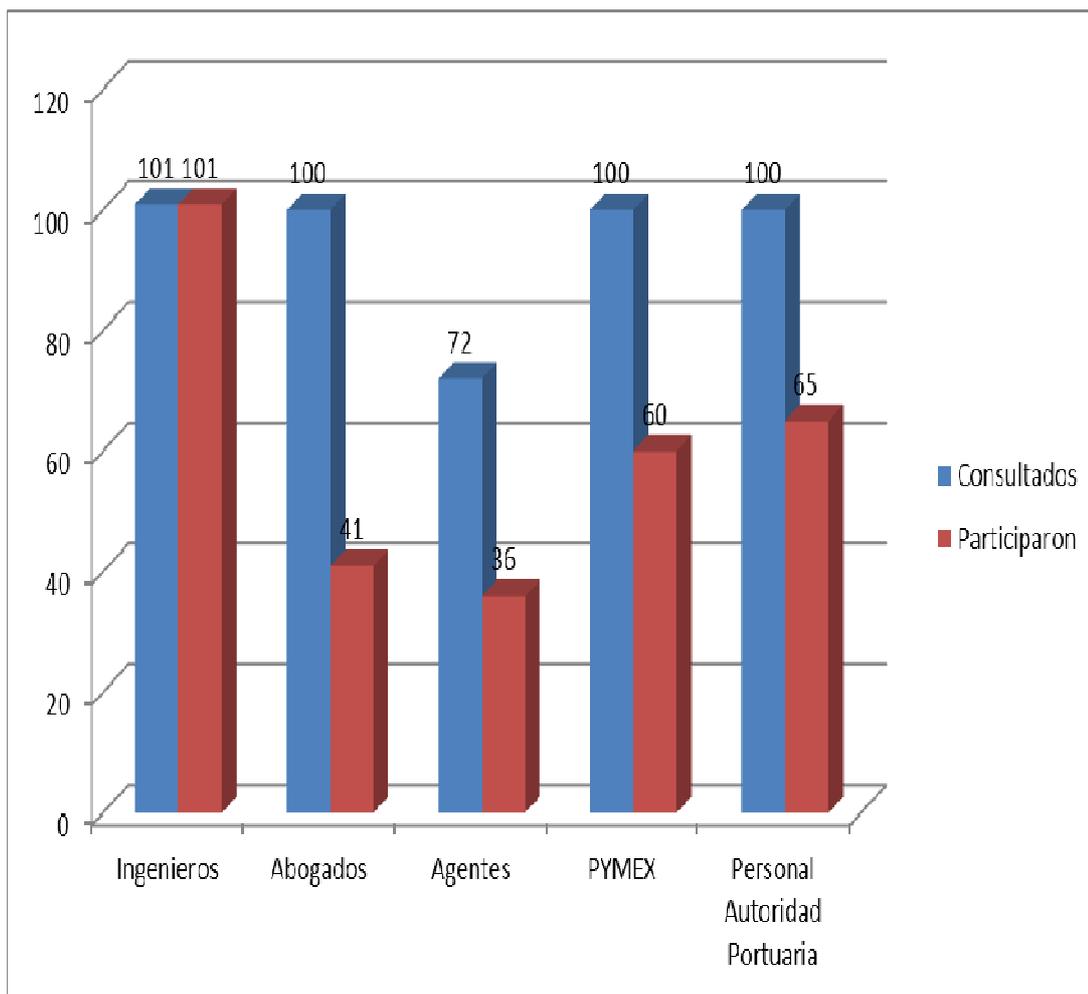
CAPÍTULO IV

4.1. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Encuesta realizada a profesionales particulares relacionados con el ámbito mercantil internacional general (Comercio Exterior y Negocios Mercantiles Internacionales).

DATOS DE CONSULTA SOBRE EL CONTRATO INTERNACIONAL

Consulta-Encuesta-Entrevista	Cantidad profesionales, aprox.
Ingenieros con actividades relacionadas al Comercio Internacional	101
Abogados en libre ejercicio	25
Agentes afianzadores (Aduaneros)	36
Pequeños empresarios unipersonales u operadores varios (en PYMEX mercantiles)	60
Economistas, Docente, Gerentes, personal de Autoridad Portuaria, u otros operadores de personas jurídicas mercantiles en el Comercio Internacional.	65
Estudiantes V año de negociación Internacional 2009-2010	47
TOTAL	354



ANALISIS E INTERPRETACION:

De la totalidad de consultados tanto profesionales en ejercicio, como estudiantes en las aulas de clases, los porcentajes de los 354 en un total aproximado, los mismos se agrupan así:

Ingenieros 30%;

Abogados en Libre ejercicio 7%;

Agentes de Aduana, 12%;

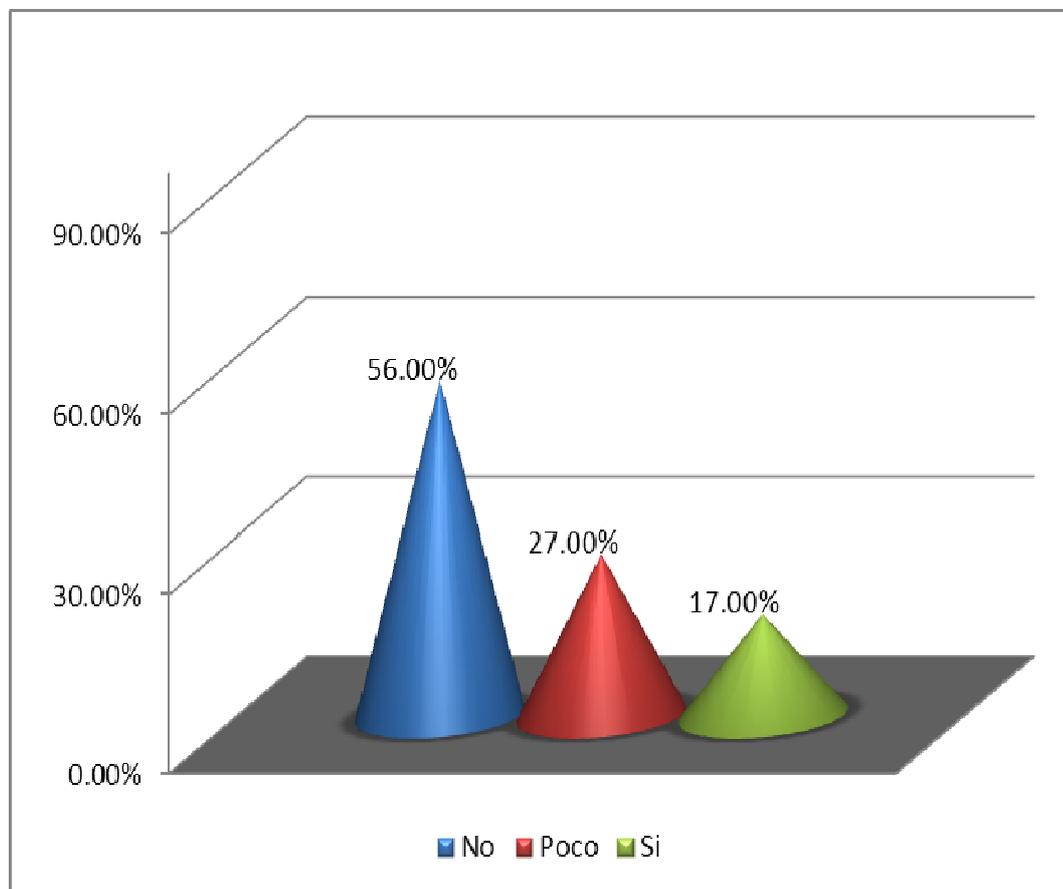
Sujetos de Negocios empresariales en PYMEX (ramo import-export), 16%;

Profesionales liberales, funcionarios públicos y otros relacionados con el Comercio Internacional, 20%, y

Educandos en la especialidad, 15%.

CUADRO Y GRÁFICO No.3 (Ingenieros Comerciales)

¿Conoce usted que es un contrato transfronterizo?.



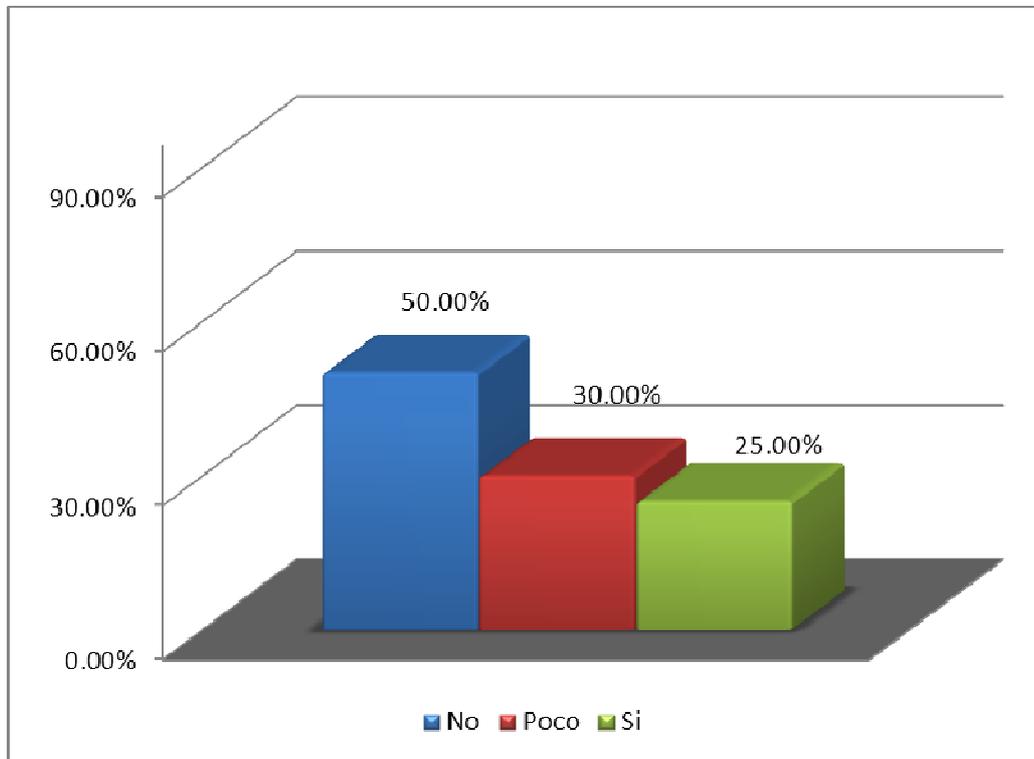
101 encuestados

Interpretación de datos (encuesta).

Análisis e interpretación gráfica No.2: De los Ingenieros comerciales encuestados 17 consideran que conocen que es el contrato internacional, aunque lo confunden comúnmente solo con la CVI. Otros 56 de estos profesionales opinan que no lo conocen. Y 27 consideran que conocen algo del mismo aunque es notoria su confusión sobre los aspectos relevantes. Por lo tanto se puede interpretar, que un alto porcentaje de estos profesionales que deben laborar con dicho instrumento, lo desconocen y esto influye en la efectividad de la negociación internacional mercantil (niveles de competitividad en la gestión de negocios).

GRÁFICA No. 4 (Abogados en Libre Ejercicio de la Profesión).

¿Qué conoce usted sobre los problemas del contrato internacional comercial?



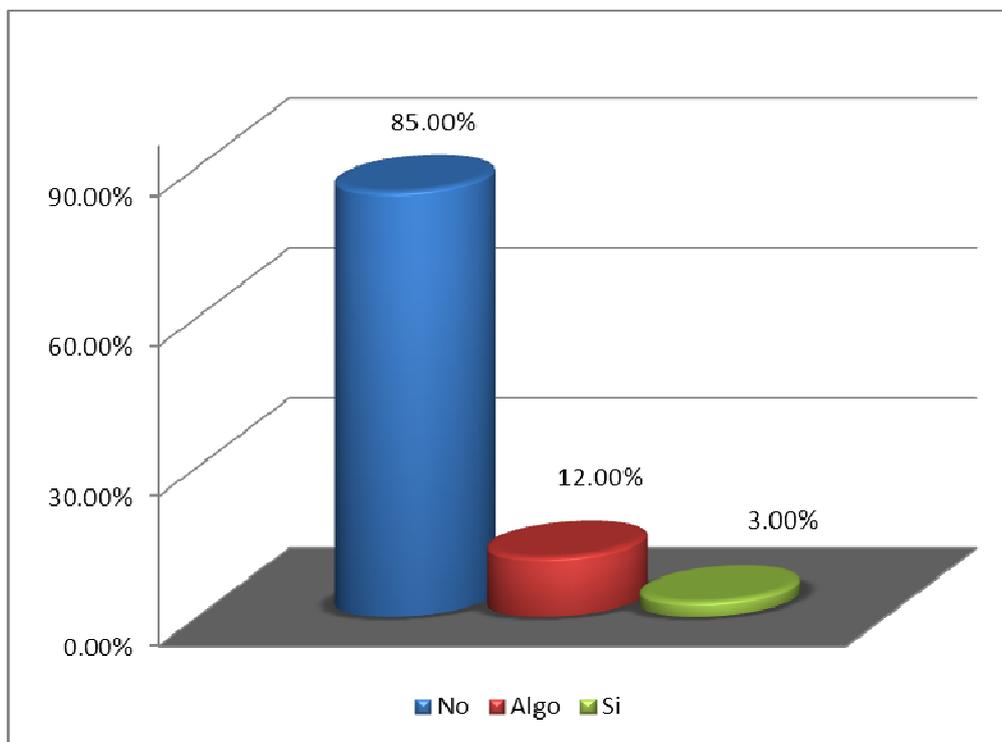
25 encuestados

Interpretación de datos (encuesta).

Análisis e interpretación: De los Abogados en Libre ejercicio de la profesión encuestados 5 opinan que conocen de las problemáticas del contrato internacional, aunque también lo confunden con la CV. Otros 6 opinan que no lo conocen. Y 10 dicen que conocen algo del mismo aunque es notoria su confusión de los aspectos relevantes al calificar los elementos y la internacionalidad del instrumento mercantil. Por lo tanto se puede interpretar, que un alto porcentaje de estos profesionales poco utilizan dicho instrumento, lo desconocen y esto influye en la efectividad de la negociación internacional mercantil contractual.

GRÁFICA No.5 (Agentes Afianzadores en el sistema aduanero nacional-AFA).

¿Que importancia tienen para la negociación contractual los instrumentos internacionales e internos como la *CISG*-1980, el *CSB*-1928, la *UNIDROIT* 1994, la *CIDIP-OEA* 1994, la *CCI*, el *CC* y el *CCo.* y otras dimensiones o fuentes?



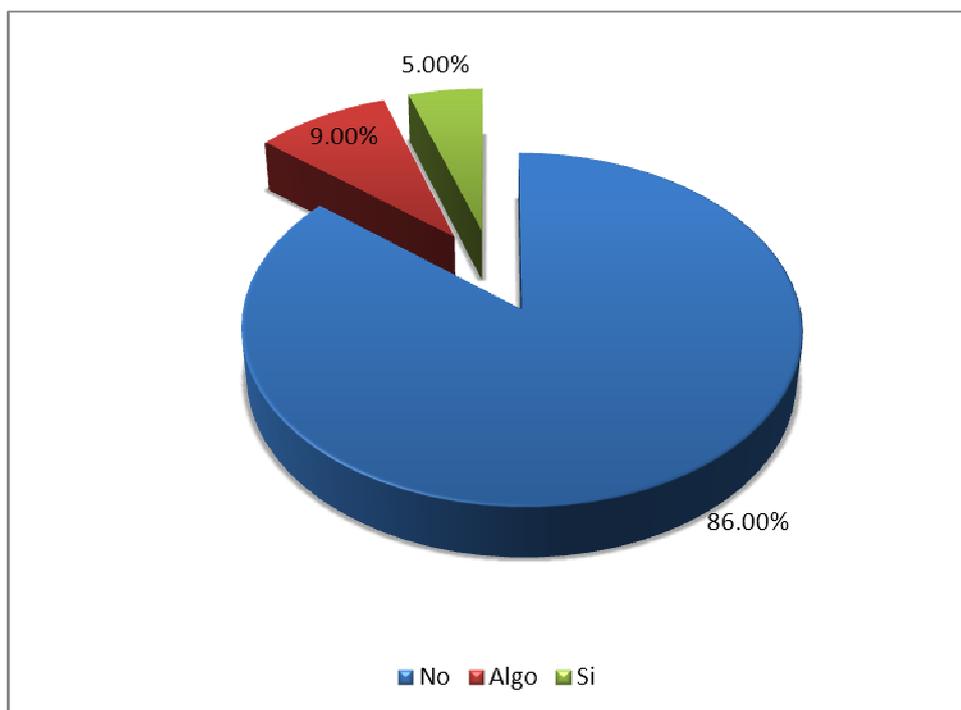
36 AFA (Afianzadores de Aduana)

Interpretación de datos (encuesta).

Análisis e interpretación: De los Agentes afianzadores (Aduaneros) 2 encuestados consideran que conocen algo de la importancia las fuentes directas, indirectas e incluso mixtas aplicables a la negociación internacional contractual mercantil. Solo 4 de los encuestados indicaron conocer algo, aunque sin relación de conocimientos verdaderos de la temática. Y 30 consideran que no conocen nada del tema en comento. Por lo tanto se puede interpretar, que un alto porcentaje de estos profesionales que laboran en la esfera de la CVIM, desconocen y esto influye en la efectividad de la negociación internacional mercantil, concretamente en la Importación-Exportación, por el no uso de las “reglas de oro” de esta esfera como es la Convención de Viena, 1980 (*CISG*), y otros.

GRÁFICA No. 6 (PYMEX exportadores).

¿Conoce usted qué fuentes o dimensiones se aplican en la negociación contractual comercial privada en su mercado (Importación-Exportación, Medios de pagos, créditos documentarios, cobranzas, transporte, garantías, integración, etc.)?.



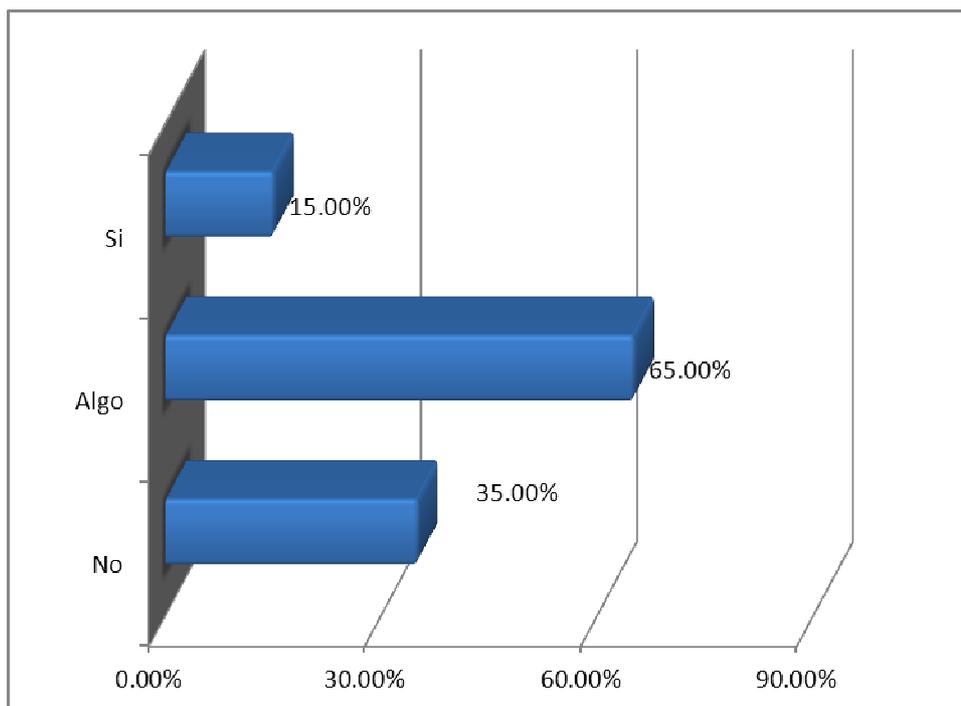
60 p/n.

Interpretación de datos (encuesta).

Análisis e interpretación: De los exportadores en las PYMEX encuestados, 3 consideran conocer qué son las fuentes o dimensiones que se aplican en la negociación contractual comercial. Solo 5 de estos profesionales opinan que algo conocen. Y 52 no saben de estos temas. Por lo tanto se puede interpretar, que alto porcentaje de profesionales que laboran en el mercado internacional, desconocen reglas materiales, abstractas-indirectas, imperativas, o recomendativas, y esto influye en la efectividad de la negociación transfronteriza mercantil que pueda acometer el pequeño comerciante para desarrollar competencias o saberes (conocimientos, habilidades, destrezas, valores), y en definitiva lograr mejoramiento de su competitividad absoluta o relativa en el *commercium*.

GRÁFICA No. 7 (Economistas, Gerentes, docentes, u otros operadores unipersonales o de personas jurídicas activas en Comercio Internacional).

¿ Conoce usted qué es la Negociación en la *praxis* de la formación del Contrato Internacional Mercantil en el mercado de su domicilio principal?.



65 (personas física encuestadas)

Interpretación de datos (encuesta).

Análisis e interpretación: De los diversos profesionales encuestados, 10 consideran que si conocen sobre la negociación contractual comercial. 23 operadores opinan que no la conocen. Y de los mismos 32 señalaron que conocen solo algo de los temas de la negociación internacional. Por lo tanto se puede interpretar, que buen porcentaje de profesionales que en las actividades de enseñanza-aprendizaje de estrategias metodológicas activas para la formación y desarrollo de competencias con enfoque complejo constructivista en el comercio internacional, como la retroalimentación (*feed back*), desconocen esta ciencia y arte, y esto influye en la efectividad de la teoría y práctica de la negociación internacional mercantil.

4.2. Verificación de la hipótesis

<p>Hipótesis General</p>	
<p>Los sistemas normativos modernos receptan el régimen jurídico del contrato internacional en los niveles macro, meso y el micro (Hipótesis afirmativa de Investigación-explicativa).</p>	<p>La hipótesis en general se verificó por medio de las respuestas de los encuestados y las entrevistas que se efectuaron en la investigación de campo acometida y ejecutada y más que todo en el amplio explicativo análisis documental – bibliográfico de constituciones, tratados, código, leyes, casos de jurisprudencia, libros, artículos, internet, etc. sobre el tema seleccionado (tesis).</p>
<p>VERIFICACION – HIPÓTESIS</p>	
<p>La hipótesis se COMPRUEBA puesto que se sustentó y demostró que los sistemas jurídicos romanistas y del <i>Common Law</i>, que son los más generalizados en los países receptan el régimen jurídico del contrato transfronterizo, aunque con las problemáticas (o patologías) en la <i>praxis</i> de negociación y su reglamentación.</p>	
<p>Resultados Obtenidos</p>	
<p>- En la investigación bibliográfica-documental se corroboró que el sistema romanista recepta en el acervo y la <i>praxis</i> de negociación el régimen jurídico del contrato internacional.</p> <p>- Se verificó que ni en las normas plurietaticas de coordinación, ni en las de la <i>lex Mercatoria (The New Merchant Law)</i>, como en dimensiones autónomas - internas, o las constitutivas o de integración han resuelto los disimiles problemas (patologías) más generalizados del contrato internacional.</p> <p>- En países americanos (como Ecuador y Panamá, romanistas) se recepta en sus subsistemas jurídicos vigentes el pre-acuerdo, y el contrato internacional mercantil acorde a su elemento <i>sine qua non</i> denominado DIPr.</p> <p>- Los profesionales usuales operadores del Comercio Exterior y Negocios Internacionales desconocen del régimen jurídico del contrato internacional en el acervo y <i>praxis</i> de la negociación (desde el plan de negocio precontractual).</p>	

En la contrastación de hipótesis y verificación de variables el tipo es de relación necesaria, donde en ella aparecen explícitamente definidas las variables. O sea si X y solo si X, entonces Z; o sea “si se instituye un régimen jurídico irrefutable al contrato internacional, y solo si este estatuto es el adecuado, es posible desarrollar la relación mercantil *iusprivativista* estable y beneficiosa mediante el régimen jurídico eficaz en el acervo y *praxis* de la negociación con esta categoría” (gestión que debe ser segura y pertinente). O sea científicamente con pensamiento complejo la variable independiente es la condición *prima facie* para que genere cambios con enfoque crítico-propositivos en la variable dependiente.

4.3. Contrastación de la hipótesis.

Partiendo de que la hipótesis puede demostrarse (o ser rechazada en las conclusiones de la investigación de tesis³⁴⁰), se sustenta siendo reversibles en la contingencia de la relación necesaria comprobada por el análisis y contrastación de la variable independiente y dependiente correspondiente al objeto de la tesis, que nos permite con los resultados del estudio determinar lo siguiente:

Variable independiente.

El estudio del régimen jurídico del contrato internacional mercantil en negociación *iusprivativista*.

Variable dependiente.

Recepción en el acervo y *praxis* en Ecuador - Panamá.

³⁴⁰. Tesis, investigación científica, en busca de nuevos conocimientos, sistematización de una realidad compleja, problema o la verificación empírica de una teoría. Problema es pregunta de cual respuesta no se conoce en la etapa de la ciencia. Hipótesis, es la respuesta tentativa y de carácter provisional que se plantea antes de realizar la investigación propiamente dicha. Yupanqui, M. (2005). Proyecto de tesis en jurisprudencia. Quito. Ed. JAFER. P.28

Capítulo V: Conclusiones y recomendaciones generales.

5.1.- CONCLUSIONES

Del resultado de la investigación se determina que las características de los contratos internacionales hoy son complejas; y al tenor el estudio de los mismos sobre los problemas del derecho aplicable es uno de los más espinosos de sus tópicos³⁴¹. Por los distintos elementos subjetivos y objetivos el contrato puede estar vinculado a más de un ordenamiento jurídico, con lo cual surge la necesidad de analizar los elementos que de manera relevantes califiquen al contrato como internacional. Por ello, los operadores deben calificar las características más apreciables, para determinar cuál es la regulación aplicable al acuerdo. Es pertinente receptar las reglas que den soluciones adecuadas para el contrato internacional. Los juristas internacionalistas deben estar atentos y a nuevas normativas, ofertadas por sujetos *sui generis* como la *UNIDROIT*³⁴², *CCI*, *CIDIPs*, *UNCITRAL*, *IATA*, *BIMCO* y otros, por lo útil al comercio internacional (en los objetivos de lograr seguridad jurídica, reglas previas, claras y expresas con coordinación de las partes).

Es axiomático que la categoría jurídica contrato en la historia se utilizó y en la sociedad primitiva, según el aforismo en el cual la donación era prueba arcaica milenaria del cambio o trueque (hoy *barter*, *countertrade*). Pero solo en el medioevo, se conceptualizó el contrato como acuerdo de voluntades, para facilitar los negocios y exclusión de formalidades, consagrándose entonces la libertad del sujeto y la *Legis Voluntatis*. Desde el modernismo el contrato es acuerdo de voluntades donde las partes se obligan con su aquiescencia y la libertad contractual³⁴³. Pero la epistemología del DIPr prueba que los avances legislativos o

³⁴¹. Op. cit. p.448.

³⁴². Resumen de los Principios Generales de Contratación (PCCI), Principios de *UNIDROIT* para la contratación mercantil internacional. *Pace Law School Institute of International Commercial Law*-Oviedo Albán, 2002 [en línea], disponible en: www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html

³⁴³. *Ibidem*, p.53.

jurisprudenciales de la categoría son producto de labor académica. El contrato es en el siglo XXI útil vehículo de circulación de bienes, servicios, personas, capitales, y otros derechos internacionalmente, y está vinculado con varios órdenes normativos, por lo que en su régimen jurídico surgen patologías con las disímiles calificaciones de criterios decimonónicos, principios estatutarios-territorialista, nacionalistas internos (en la implementación del imperio de la *lex fori*).

Aunque el contrato puede someterse a varios ordenamientos por la autonomía de la voluntad de las partes, no basta con esto, pues los conflictos se hacen más complejos en la globalización, por lo que es necesaria la investigación del DIPr con sus metodologías, técnicas o fórmulas aplicables al contrato. Es manifiesta la problemática al elegir la normativa aplicable para la negociación entre ausentes, en la formación del contrato electrónicos o telemáticos (*e-commerce, EDI-Electronic Data Interexchange, Cyber Business, On-line*). O sea, en las negociaciones, se aplican normas del Derecho Privado inadecuadas con negocios de Internet; y la conclusión del acuerdo entre ausentes es más complicada al definir el lugar de celebración. Y en las disímiles negociaciones modernas, es difícil aplicar una sola fórmula del DIPr en la negociación progresiva (*pactum in contrahendo*), y la celebración del contrato se complica. El punto es que se debe reconocer, que cada día, la mayoría de los sujetos eligen aplicar normas directas, armonizadas y unificadas en la negociación contractual; y asegura Arrué Montenegro (2008), que la "...tendencia se dirige a darle más espacio a la autonomía de la voluntad y a reducir sus limitaciones"³⁴⁴.

De hecho el Comercio Internacional no se desarrolla sin regulación jurídica. Por ello se entiende y qué normativas vigentes en un solo territorio, al presente traspasan las fronteras y jurisdicciones del mundo, por la importancia que tiene en las interacciones internacionales de diversas índoles, las categorías jurídicas, de nuevos contratos privados³⁴⁵. Por ello se identifican elementos básicos, criterios

³⁴⁴. Derecho Procesal Internacional. Panamá. *Universal Books*. P.29.

³⁴⁵. En negociación contractual mercantil del DIPr interno los usos de comercio, y las normativas civiles son supletorias y vinculadas; se aplica usualmente el derecho común para calificar el acuerdo y determinar sus efectos, aun cuando muchos contratos comerciales tienen ya tipología propia, hay nuevos, complejos como de: *joint venture, factoring, underwriting, leasing, forfaiting, coaching, barter, time-charter*, contrato de transporte benévolo (*autostop*), incluyendo los del

afines a su negociación para determinar la internacionalidad del contrato, la aplicación del derecho de un Estado en el territorio de otro, pues ellos no pueden legalizar reglas por sus propias normas a relaciones, que dependen del derecho extranjero, dentro del principio de la extraterritorialidad de las leyes.

Hay conflictos en los supuestos fácticos del *iter* negocial del contrato internacional, al aplicar las teorías del DIPr, como la del Centro de Gravedad (*Center of Gravity Theory*), que sustentan conexiones varias: domicilio de las partes, lugar del daño financiero por incumplimiento; o las maniobras aplicables del sistema anglosajón (los "*scape devices*" en la teoría de la *cross fertilization*) como: calificación, el reenvío (*renvoi*) o el *order public*, vigencia de las "*imperative rules*", y otras. Como ejemplo esta el CC italiano, que influyó igual en América, que señala contratos solo con más de dos partes (Art.1321), por lo que los acuerdos societarios son entre más de dos sujetos³⁴⁶; pero de por si se recepta en reconocida práctica mundial y la estrategia corporativa contractual unipersonal³⁴⁷ (*one man company or Hot Company with the International Business Centers Worldwide*).

El explicar las disconformidades patológicas en el régimen jurídico investigado, y las rémoras (atascos) en su negociación, es importante al calificar y determinar el derecho aplicable a un contrato internacional por la eficiencia económica, la seguridad y previsibilidad de los negocios y el equilibrio costos y benéficos. Este instrumento básico es motor del proceso productivo económico-mercantil mundial (Boguslavsky, 1989)³⁴⁸. Pero por el problema de varias nociones y criterios del contrato³⁴⁹, no es fácil calificarlo o darle el concepto de internacional, y resolver con esto sus diversas patologías que siguen siendo receptadas.

International Stream-Of-Commerce, o de los *web-agreements* (telemáticos o del *cyberbusiness*), etc.

³⁴⁶. Señala la Ley de Compañías del Ecuador, 1999, artículo 1; y la Ley 32 de Sociedades Anónimas de 1927 en la República de Panamá, artículo 1.

³⁴⁷. Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada (Ley No. 2005-7). Ecuador. R.O. 196, enero 26, 2006.

³⁴⁸. Boguslavskyi M.M., Ob. cit.. P.186; "Sistemas para la regulación jurídica de los contratos [en línea], disponible: vlex.com/vid/regulacion-juridica-contrato-internacional-50203536;

³⁴⁹. La noción actual de contrato es como instrumento de realización social de intereses patrimoniales, con fuerza vinculante, y esta no es solo derivada de la ley, sino de su razón *plus ultra iuris*. Los criterios o principios de contratación son: Libertad de *conclusio*, de determinar el contenido y de la forma. Un contrato no se celebra sin actuaciones previas, tratos preliminares

Otro efecto problemático y de la actual noción general de contrato, de corte escolástico (pedagógico) es que permite la explotación del débil por el más fuerte, por lo que para su vigencia se deben promulgar normativas imperativas sobre cláusulas básicas contractuales, y de la protección de los sujetos carentes de poder de negociación en los acuerdos dirigidos bajo el signo de orden público social (Cevallos, 2005)³⁵⁰. En este aspecto de ideas, y frente a los supuestos fácticos señalados se plantean otras interrogantes, acorde a relaciones variables dependientes sobre el criterio científico de calificar y determinar el régimen jurídico del contrato mercantil, para su incorporación en los contactos entre países, lo que *per se* es cardinal para su negociación y celebración en la *praxis* en Ecuador y Panamá.

A los efectos dice Fernández Rozas, el "contrato es expresión de la libertad y de la autonomía de los particulares", que permite adaptar, el negocio a las necesidades de las partes; aunque dijo Wolff Martín (1995) "...tiene sus límites"...³⁵¹. Estas normas individualizan el derecho aplicable a las relaciones contractuales, cuyos objetos no son localizables, físicamente en ningún país. Por esto, en la tesis de la elección de una regulación foránea, *Fletcher, Lasok, Stone, Morse* y otros concluyen en que se comprueba el hecho de que "*the basic rule of the EEC convention - the parties will normally have freedom to choose the applicable law,...and, in the absence of choice, ...will be the law of country which the contract is most closely connected*"³⁵².

Hay la problemática en el contrato internacional y por la patología del "hibridismo antagónico" entre la regulación interna y la anacional con el acuerdo, aunque hay ejemplos del armonización como en la CR, 1980 que estipula que el criterio de la "Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales" es si se presentan conflictos de leyes, como criterio para dar la internacionalidad al contrato, más la expresión de la *lex voluntatis* de las partes (Art.3.1, 4). Y la CIDIP, 1994 dice: "se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su

conforme a la buena fe, con responsabilidad precontractual *sui generis* con reglas propias. Diccionario Jurídico ESPASA (2005). Ed. Espasa Calpe, S.A., Madrid, p.408-409.

³⁵⁰. Cevallos Vásquez V. Op. cit., p.56.

³⁵¹. Op. Cit. Pág. 398. López Herrera Fco., Ob. cit. dice "el derecho de libre contratación no es ilimitado...todas las legislaciones le señalan su tope: el orden público y las buenas costumbres (Art. 6 del CC venezolano)", p. s/n.

³⁵². Cit por.: *Cheshire & North's*, Ob. cit., p.504-505.

establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte" (Art.1). E igual los Principios de *UNIDROIT*.

Si bien no es unanime la noción de contrato, acorde a la investigación la doctrina si recepta en la negociación los acuerdos y en la formación (los contratos preparatorios) o el *Pactum in contrahendo*³⁵³. Como ejemplo, las fuentes internas receptan los precontratos, v.gr., el CC de Bolivia, 1976 (el preliminar art.463) para celebrar el definitivo a futuro. El contrato preparatorio (pre-contrato), es el género, y la promesa de celebrar contratos, es la especie (contrato final), ambos deben ser *bona fide*; y el *Restatement (Second) of Contract, USA*, 1981 como fuente interna indica que la promesa en un contrato genera un deber en el promitente y que el beneficiario puede exigir cumplimiento, sea este parte del contrato o sea un tercero al que se ha querido atribuir ese derecho (sec.304)³⁵⁴.

Y las negociaciones obligan (Mesineo, 1952)³⁵⁵ cuando se ha llegado al punto que permita prever que el contrato debería formalizarse y se rompen las mismas por la culpa en el curso de negociaciones (*culpa in contrahendo*) con responsabilidad precontractual, por lo que surge el derecho de resarcimiento del daño, o interés contractual negativo. Esta acciones las recepto la *CISG* (Art. 8.3), los Principios de *UNIDROIT* (Art. 4.3); y la Corte Suprema de Justicia de Colombia (Sentencia de Agosto 12, 2002, Sala de Casación Civil, exp. Núm. 6151, M.P. José Fernando Ramírez Gómez) los llamó "...tratos o conversaciones preliminares llevados a cabo con el fin de perfeccionar el acuerdo de voluntades, ...para ver cuáles fueron las reglas de juego, inclusive jurídicas, a las que se iban a someter..."³⁵⁶.

³⁵³. En negociación: ciencia y arte de procurar un acuerdo entre dos o más interdependientes, que desean maximizar sus propios resultados comprendiendo que ganaran más si trabajan juntos que si se mantienen enfrentados; buscando una salida mejor a través de una decidida acción conjunta en lugar de recurrir a algún otro método. Las fases del contrato son: Negociación, acuerdo y redacción del contrato - Minuta o el *pactum in contrahendo* en la formación, celebración; entrada en Vigor o Ejecución extinción, para otros: preparación - perfección, y la consumación, ver.: Barcelo Rosa J. Comercio Electrónico. Editorial Biblioteca jurídica cuatrecasas, s/a, p.83-84. La Negociación, una capacidad práctica del abogado, Librería Editorial Platense, p. 46 – 47, 49; Opi Juan M. T.N.T. Técnicas de Negociación Transaccional, www.Gestión2000.com; *Kuechle David, Raiffa Howard (1983). "The art and science of negotiation", Harward University Press, 1983, cit. por: Coviano J., Gobbi M., Padilla E. (1983). Op. cit. p.148-149.*

³⁵⁴. Vid.: Arias Varona Javier. Op.cit., p. 124-125.

³⁵⁵. Oviedo, A. (2008). Op. cit. P.10.

³⁵⁶. Oviedo, A. (2008). Ibi. P. 11.

Ante esto, el derecho positivo privado es vital en la regulación del régimen jurídico del contrato internacional, frente a la ya no idónea teoría de la unidad del contrato, o la extemporánea del *perpetuo fori y iuri*, por lo que se difunden nuevas técnicas de negociación. Hay cambios en las normativas de los Estados sobre la autonomía de las partes para el "*electio juris*" (el "*de lege utenda*"), que ofrece seguridad jurídica, o de la elección de la jurisdicción de "*lege ferenda*"³⁵⁷ vs las ya conocidas draconianas técnicas del "*forum shopping*" o "*forum non convinience*", "*picking and choosing law*", "*judge made law*", "el interés del estado", y otras doctrinas de los sistemas internos del DIPr., etc.

El problema descrito *supra* es y en México, donde el CC es confuso e inútil al calificar el convenio como el género y al contrato como la especie (Esperón M., 2009)³⁵⁸, lo que limita a la *legis voluntatis*, y da validez a la tesis de la ilegitimidad de reglas nacionales en derecho privado internacional³⁵⁹. Y dice Sánchez Lorenzo de que un modelo de régimen jurídico de la contratación internacional debe tender a la eficiencia económica, a potenciar los intercambios internacionales y, sobre todo, a dotar de seguridad y previsibilidad a unas relaciones jurídicas, garantía suficiente en la eficacia y ejecutividad de obligaciones asumidas³⁶⁰. Perto, el contrato no es el modelo descrito *supra* (Navarro, 2009)³⁶¹; incluso en el romanista donde se presentan problemas a pesar de tratarse de un mismo sistema normativo, y se ameritan soluciones estratégicas, pues el aforismo de que la ley no vale fuera de su territorio (*lex non valet extra territorium*), y el individualismo totalitario medieval, no son ya procedentes en relaciones contractuales objetivas que traspasan fronteras. Y por otro lado aunque hay leyes solo falta aplicarlas con eficiencia y con alto espíritu de justicia para poder lograr un equilibrio armónico en una sociedad (Saldarreaga: 2011).³⁶²

³⁵⁷. Artículo 66 (numeral 16), 82, y 190 de la Constitución Política del Ecuador.

³⁵⁸. Cit.: Esperón Melgar G. Manual de contratos civiles y mercantiles, México, Ed. Trillas, p.15.

³⁵⁹. Iud D. Carolina. Contrato Internacional...Derecho Comercial y los Negocios Internacionales...y la teoría del paralelismo,... Y en cuanto al derecho aplicable en materia contractual ...en la oportunidad de la negociación por su... [en línea], disponible en: www.alborno-iud.com.ar/publicaciones/006.shtml.

³⁶⁰. Cit por Navarro Pentón G. A. Op. cit. p.334.

³⁶¹. Ibidem.

³⁶². Saldarreaga Bello. "Leyes, ordenanzas y reformas. El país de los experimentos". El Mercurio, Sep. 17, P. 22^a.

Pero si bien los problemas del contrato se regulan³⁶³ en América, esto es en forma general. Y por ello es que en el Internet se escapan de las nociones inexecutable legales clásicas³⁶⁴. Este se regula con normas vetustas, y dice Roja Cruz lleva a "...la aplicación de las cláusulas contractuales, en medio de estipulaciones predispuestas, ambiguas y contradictorias"³⁶⁵. Similar hecho es con el precontrato, y se trata de desconocer que la responsabilidad precontractual entre "conocidos" nace del incumplimiento del deber de buena fe (entendida en sentido objetivo la *diligentia in contrahendo*), pues cuando los sujetos inician relaciones y tratos preliminares, o contacto social, asumen el deber de no abandonar sin justa causa las negociaciones cuando se ha generado la confianza en la celebración del contrato.

Para acotar la investigación, considera que existen bases jurídicas en el acervo del continente para mejorar el libre comercio y negociación en bloques económicos. En definitiva, una buena negociación mercantil de un futuro contrato, se inicia con un acuerdo de intenciones, que no será promesa de celebrar contrato, pero por ser una parte de las tratativas (*due diligence*) en la *praxis* permite delinear la certeza de un futuro contrato. Y desde esta etapa, en un plan de negocios, en la medida de avanzar en la armonización se reducirán la incertidumbre y la inseguridad jurídica sobre los contratos internacionales y se facilitarán las transacciones en beneficio de todos (Oviedo, A.:2008:2). Por esto el objetivo de la variable principal independiente es investigar el régimen de este acuerdo, y determinar la regulación aplicable³⁶⁶. La variable dependiente se conforma de las consecuencias o de los efectos que tiene la recepción de los estatutos de esta invalorable fuente básica de obligaciones (*v.gr.* mercantiles), que es el contrato internacional.

³⁶³. El CC de Panamá (Art. 1113) dice "el consentimiento se manifiesta...sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato", y el artículo 1221 del contrato preliminar de CV. Con asimetrías el precontrato lo receipta el CC del Ecuador (Art.1570); el venezolano (Art.1133); el boliviano (Art.450); el peruano (Art.1351); el chileno (Art. 1438).

³⁶⁴. Canabellas de las Cuevas G., Op. cit., p 16-17.

³⁶⁵.Vid.: Román Sánchez A. Normas generales de contratación mercantil. Cultural Portobelo, Panamá, 2009, p. 12.

³⁶⁶. Identificar los criterios científicos aplicables en la negociación del régimen jurídico del contrato de carácter internacional, de tipo comercial, y de naturaleza privada; analizar científica y con sana crítica diversas doctrinas clásicas, y actuales en DIPr aplicables a la contratación transfronteriza, mercantil, privada; revisar la viabilidad de teorías aplicables en las fases de la negociación contractual (oferta, aceptación o contraoferta), de celebración del contrato comercial: *v.gr.* clásicas (*lex voluntatis*), y las Modernas como *floating proper law (one law shall apply as the proper law in one event, but that another law shall apply in another event)*", y otras.

5.2.- RECOMENDACIONES.

Finalizando la investigación en busca de un régimen del DIPr “previsible y eficiente” aplicable al contrato transfronterizo, se recomienda que:

- 1) Los sujetos activos en la negociación internacional sigan los esfuerzos metodológicos unificadores para crear cláusulas armónicas del régimen jurídico macro del contrato mercantil³⁶⁷. En concreto, los sujetos con aptitud unificadora (ONU- UNCTAD-CNUCYD³⁶⁸, *UNCITRAL-CNUDMI*; OEA-CIDIP, *UNIDROIT*, *CCI* y otros) deben innovar la intervención activa de todos los operadores de los Estados en los esfuerzos para la homogeneidad del DIPr que se legisle e incorpore.
- 2) Las Universidades de América como productores de conocimientos³⁶⁹ en la sociedad del saber, *v.gr.* el Ecuador y Panamá, deben receptar el estudio del DIPr, para desarrollar competencia en la negociación del contrato transfronterizo.
- 3) Los Estados recepten un régimen de prueba del Derecho extranjero en el contrato internacional, mediante colaboración entre operadores en obtención de información sobre vigencia Derecho positivo, por negociación en la Cooperación Jurídica Internacional del sistema de la Autoridad Central (en la rama del comercio).
- 4) Para armonizar la regulación del contrato internacional, en la tendencia de la *cross fertilization* (convergencia de híbridos jurídico- contractuales), sea asequible que en los sistemas romanista y del *Common Law* en América, se admita la autonomía conflictual flexible (*lex voluntatis*), incorporándola en las respectivas normativas nacionales del DIPr, aplicable a la objetiva, aún incipiente integración regional (NAFTA, SICA, CARICOM, CAN, MERCOSUR, UNASUR, etc.).

³⁶⁷. Ejemplo de esta logística o estrategia es la Convención de la Haya de 1961 sobre los poderes (*Apostille*) la cual Ecuador la ha incorporado (Convenio 1, R.O. 29 de Junio 1, 2005); o la de los poderes de Panamá, 1975 (RO-S 153: 25-nov-2005); la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado de Montevideo, 1979 (RO-S 153: 25-nov-2005), etc..

³⁶⁸. *United Nations Conference on Trade and Development*

³⁶⁹. Dr. Mora Medardo S. “La Universidad ecuatoriana si produce conocimientos”, *El Mercurio*, 5 de junio del 2011, p.24^a.

5) Los estados americanos ratifiquen e incorporen en sus aservos normativos internos la Convención de 1994 de la CIDIP-V-OEA, sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales; donde la *legis voluntatis* es aceptada, al igual que las fuentes no legisladas de la *lex mercatoria*³⁷⁰.

6) Es conveniente que los Estados flexibilicen su concepción sobre la autonomía conflictual y reconozcan a los contratantes la posibilidad de elegir conforme a las tendencias progresista modernas, normas privadas del *The New Merchant Law* (Derecho *mercatorio* supraetatico, anacional espontáneo no legislado) en América.

7) Se fomente un mayor estudio de la figura del contrato para uso en el tráfico mercantil externo. A las partes le es de interés la negociación clara del régimen jurídico del contrato internacional, en busca de la figura del acuerdo idóneo (“casi perfecto”), para la relación, efectiva de corto o de largo plazo (*long or short terms*).

8) Se legislen normativas del DIPr interno de los estados americanos, sea como un cuerpo único, integral de derecho para dialogo positivo en relaciones privadas internacionales (se cuenta con varias docenas de normas jurídicas del DIPr dispersadas, pero no tiene un cuerpo unificado, sistematizado o único de las mismas). Para aplicar las normas debemos buscarlas en diversas excertas autónomas internas, en reglamentos y resoluciones administrativas³⁷¹, y en tratados.

9) Se solucione científicamente el problema de no tener noción del contrato, ni del criterio de internacionalidad para su régimen jurídico (con elementos objetivos-*lex rei sitae*, lugar de entrega de la cosa, establecimientos de las partes, etc); o subjetivos-nacionalidad de las partes, que aparecen dispersos bajo el ámbito de distintos órdenes jurídicos.

³⁷⁰. El fallo de Casación: 12-VII-2000 (Exp. 296, Primera Sala, R.O. 163, 14-IX-2000): recepta en las “...garantías, fianzas y cartas de crédito internas y externas, o cualquier otro documento, de acuerdo con las normas y usos internacionales” [en línea] disponible en: Contrato de Garantia ... www.abogadosecuador.com/espanol/articulos_abogados/10.html

³⁷¹. Sobre el mecanismo de incorporar normas internacionales ver detalladamente en: Sistema nacional de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano...[en línea], disponible en: www.revistajuridicaonline.com/index.php?...

10) Se oficialice el estudio de las ciencias del DIPr y la Negociación (como *modus operandi o procedendi* para actuar en un *modus vivendi mediante* un acuerdo³⁷²). La sentencia de Sócrates "conócete a ti mismo" como clave, ciclo-momento se adelanta a cualquier consejo en el terreno de las relaciones, pues esta ciencia y arte tiene afinidad disciplinaria con la contratación en diversos sistemas jurídicos.

11) Se divulgue la importancia del contrato mercantil de intermediación, (que son para alguna representación). Pues el contrato de distribución se diferencia del agenciamiento, y tiene gran vacío en el Derecho Mercantil Internacional, e incluso en la *lex mercatoria* (Manzanares, 2008)³⁷³, lo que dificulta la negociación, con consecuencias de problemas en la diversidad de reglas (Fontaine, M.:1993)³⁷⁴.

12) Se colective a nivel académico y legislativo la variante de la unificación y homogeneidad de la categoría del contrato (DIPr) en la regulación de los mercados con el Derecho programado científicamente por la *UNCITRAL-CNUDMI*.

In summa ante estas recomendaciones, se deben incorporar y sistematizar normativas de principios armonizados en la formación de los actos (contratos, o los llamados negocios jurídicos) y las obligaciones generales de derecho, descartando con ello la dicotomía oficial entre las obligaciones civiles y comerciales, en especial en las contractuales, que esta comprobado llevan a dificultades como:

- a) A la inseguridad jurídica (pues no hay tribunales especializados);
- b) A soluciones jurídicas divergentes para los operadores comerciales en perjuicio del patrimonio de estos y por ende en el desarrollo de los Negocios Mercantiles; y
- c) A estimular el aislamiento jurídico de los sistemas contractuales con relación a las nuevas tendencias en el Derecho Mercantil, por la no modernización del DIPr.

³⁷². MSc. Mislany Hernández Aguiar y MSc. Yineisy Cedré Santos - El uso de *modelos* de contratos impresos, en Comercio *Internacional* [en línea], disponible en: www.gestiopolis.com/.../negociacion-conceptos-conocimientos-y-herramientas.htm

³⁷³. Manzanares Bastida Bruno. Contratos Internacionales Especiales [en línea], disponible en: Web: www.tradelex.com -

³⁷⁴. *Problems created by insufficient legal regulations and to suggest, perhaps, the precautions which must be taken during negotiations. Formation of Contracts and Precontractual Liability.* www.trans-lex-org/114000. *Trans-Lex Principles of Transnational Law.*

CAPITULO VI.- Propuesta: Unificación de normas aplicables al Contrato Internacional Mercantil en la Negociación *iusprivativista* en Ecuador y Panamá.

6.1.- Datos informativos.

El DIPr interno de corte romanista actual, aplica *prima facie* metodología clásica conflictualista, y está estructurado como instrumento dualista civilista-comercial mixto. Mayormente las normas de colisión *iusprivativista*, son en Derecho Comercial (parte del DIPr interno). En este contexto, el DIPr interno ecuatoriano asegura García, F. (2005) cita a Rovira Mola, dice tiene en forma dominante el principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual, regida por normas del Derecho voluntario³⁷⁵. La recepción del método de colisión en América hace extensiva la aplicación de la *legis voluntatis*³⁷⁶, al igual que otras técnicas o fórmulas clásicas y modernas del DIPr³⁷⁷, pero con reglas³⁷⁸ diseminadas, no armonizadas, ni sistematizadas, por apatía legislativa de capitalismo mundial.

En el estudio, con pragmatismo y logística similar a la metodología *soft law* se propone socializar un compendio académico privado (sumario y luego implementar *lobbys* para que se legisle este instructivo-sumario especial por vía de Decreto ejecutivo o ministerial a reglas especiales de DIPr - *hard law* de orden vinculante), pues aunque diseminadas, se receptan normas jurídicas domesticas, precedentes a la propuesta de lograr normas con homogeneidad para el régimen del contrato³⁷⁹.

³⁷⁵. Cuestiones jurídicas. Ecuador. Editorial Edino. P. 71.

³⁷⁶. Todo el sistema ecuatoriano del DIPr es favorable a la *Legis Voluntatis* privada sobre el contrato (Art. 1561 CC), más detalladamente en: Larrea Holguín J. (1998). Op. cit. P.185.

³⁷⁷. En Ecuador, no hay en una recopilación oficial del DIPr y las normas se hayan dispersas en leyes. Y el CSB aunque es ley interna, se considera Tratado Internacional, ver en vid.: Larrea Holguín J. (2006). Enciclopedia Jurídica ecuatoriana. T. X, Quito. P.203 y s.s.; e igual la CISG, las CIDIPs-OEA, como la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, R.O. 235, de Mayo 4, 1982, y otras fuentes comerciales.

³⁷⁸. Valdivieso Bermeo C. opina que en el volumen de los negocios y servicios que marcha acorde al Desarrollo tecnológico y científico requiere para seguridad, de las partes la suscripción de contratos que al amparo de la ley a su vez producen obligaciones. Op. cit. P.6.

³⁷⁹. Ideas similares del académico Ole Lando (1976) de un código de comercio de los principios del derecho europeo de contratos; el *European Group on Tort Law* sobre Código Civil unificado, el proyecto "*common core*". redalyc.uaemex.mx/redalyc/html/720/72001524/72001524.html.

6.2. Resumen Ejecutivo.

En los parámetros de la investigación se demuestra que en el acervo del régimen jurídico del contrato internacional se dan problemas, desfases, o disensiones por los disímiles sistemas normativos para calificar esta categoría y determinar su regulación con lo que, como consecuencia, hay aún *praxis* de su negociación acorde a criterios estatutarios o principios únicos de la legislación interna (autónoma)³⁸⁰. En la práctica del DIPr, es un hecho que aún los Estados regulan el contrato calificándolo transfronterizo con reglas antiguas, contradictorias; aunque día a día, los operadores más eligen aplicar normas directas y unificadas en la negociación, formación y celebración e implementación del régimen jurídico, y receptar más espacio a la autonomía de la voluntad y reducir sus limitaciones.

Considerando que el objetivo desarrollo de las Relaciones Internacionales (y en ellas las económico-mercantiles, e igual la otra parte de su estructura, el Comercio Internacional) no puede desarrollarse sin regulación jurídica, hay que razonar que normativas vigentes en un solo territorio, hoy se expanden a otras fronteras y jurisdicciones en el mundo. En este contexto gran importancia tienen las categorías jurídicas, tal es el caso del tema del contrato mercantil privado.

Los problemas surgen al aplicar estatutos de un Estado en el territorio de otro, pues es de lógica que la relación jurídica debe ser regulada por el mismo derecho en todas partes (teoría del *sitz*); y no se puede rehusar aplicar derecho extranjero; los Estados tienen que inhibirse de regular por sus propias disposiciones, actos que por su naturaleza, dependen de las normas extranjeras, lo que presupone la vigencia del principio de la extraterritorialidad de las leyes. Actualmente al regular casos *jusprivativistas* transfronterizos, o sea los que trascienden fronteras, se debe recurrir al DIPr, para resolver problemas de los sistemas al determinar: Casos de la internacionalidad; las fuentes de origen para sus reglamentaciones en un caso privado concreto; y evitar improcedentes calificaciones del acuerdo, etc.

³⁸⁰. En este contexto es como señalo Galgano, F. (1992) que “las leyes locales nos hacen pensar en el rugido de un ratón, operan tan solo en un minúsculo fragmento de un mercado de dimensión mundial, sobre el cual no pueden incidir eficazmente”. Cit.: Marín, F. (2011). Diapositivas disertación. Medellín. Universidad de Medellín.

6.3.- Descripción de la propuesta.

El punto es que conforme a los estudios y enfoques complejos constructivistas del DIPr, la Negociación y ciencias interdisciplinarias se recomienda la eficaz solución a los problemas del contrato internacional, ante el conflicto entre personalismo y territorialismo estatutario, y de dispersión de reglas. Se requieren competencias en las ciencias del DIPr, la Negociación, para lograr soluciones con fuentes validas en el desarrollo de las relaciones *iusprivativistas* en los mercados, caso contrario la situación a futuro seguirá siendo un avance mínimo y límites al Comercio Internacional. En todo caso estas situaciones llevan a investigar si es receptado científicamente, negociado y regulado el régimen del contrato internacional mercantil privado, acorde a dimensiones-fuentes que le atañen, con la intención de presentar conclusiones y recomendaciones para tratar de disminuir los *casos difíciles (difficult leading case)* a los operadores, e igual propiciar el buen uso de este mecanismo en modelos de relaciones mercantiles³⁸¹ (que aún con evolución, *de fàcto* se regula con normas vetustas para su régimen jurídico, con disensiones o desfases, lagunas, impropias calificaciones, e inseguridad jurídica).

La respuesta más clara a los interrogantes consecuencia de los problemas de la investigación es que el Derecho Contractual debe unificarse acorde a la globalización, lo que presupone la modernización de las normativas mercantiles nacionales, puesto que dentro del acervo y la *praxis* de los mismos subsisten posturas antagónicas que perjudican al mercado en general. La solución del problema abarcado en su conjunto en el nuevo siglo es esencialmente flexibilizar el régimen contractual a través de un sistema de principios y reglas progresivas con el estudio del contrato para tráfico mercantil externo. A los internacionalistas les preocupan los aspectos del régimen jurídico del contrato, al buscar el acuerdo eficaz, para la relación útil y efectiva. Es porque el comercio requiere del elemento normativo (histórico-positivo social) para las relaciones concretas, *ergo* del DIPr.

³⁸¹. Son diversas las esferas de uso del contrato, ejemplo son los negociados por la compañía coreana SK& EC, que a nivel internacional celebró varios de ellos por 260 millones de dólares para estudios de ingeniería conceptual, básica del Complejo Petroquímico en Manabí, Ecuador, vid.: INTRIAGO, M. (2011). “Los Mitos macabros de la refinería”. El Mercurio, 26 de julio. “El buzón del lector”.

El estudio, nos lleva a reconocer que hoy por hoy el DIM, es conocimiento científico básico de la sociedad, y elemento *sine qua non* en la negociación contractual, para calificar y determinar que regulación debe aplicarse a las diversas relaciones jurídicas, y reconocer las facultades legislativas de los demás países. Si este Derecho no se diera como el idóneo al reglamentar la relación contractual, ella no se ejecutaría en orden, y los fines del tráfico internacional se desvirtuarían en sus seguridades jurídicas al aplicar una ordenación inadecuada. El contrato es el instrumento básico del proceso productivo, pero se utiliza no objetivamente con serios problemas ante la técnica de calificar y determinar su régimen jurídico, por lo cual es objetivo *erga omnes* al impulsar nuevas metodologías y fuentes reguladoras (privadas o públicas). En este orden de ideas, lo señalado como causa y efecto dará paz y seguridad jurídica contractual, obteniéndose previsibilidad entre los sujetos, *v.gr.*, en el Comercio Exterior y los Negocios Internacionales; sabiéndose así los contratantes que el régimen en las relaciones internacionales, permite ajustar su negociación y celebración acorde a las tendencias científicas modernas.

La negociación contractual depende de factor-ambientes endógenos, por lo que debe haber conocimientos de normativas aplicables a los diversos contactos, y las facultades legislativas de otros países. Sin calificación apropiada de la relación (técnica de calificar y determinar), ésta no se ejecutará en *stricti juris*, y el tráfico externo pierde previsiones o confianza al aplicarse una solución inadecuada (problemática de los niveles: riesgo país y corrupción); por lo que la regulación científica de los acuerdos, es desde la fase inicial de la negociación (preparación – planificación, plan de negocios), en el compromiso (trato, precontrato) y la formalización final o celebración, para la eficaz o efectiva ejecución (entre los elementos: sujetos con capacidad de goce y ejercicio, su interés y en equilibrio de coste: el beneficio-resultado)³⁸², del seguimiento (trazabilidad) y el posicionamiento (por ejemplo, en el apalancamiento) del negocio, que debe ser regulado y acometido con alianzas estratégicas del Derecho Internacional Privado y otras ciencias afines.

³⁸². Esta tesis diversificada y neutra sobre los elementos de la negociación, contradice al modelo de enfoque Harvard (de *Roger Fisher, Bruce Patton y William Ury* que es de aplicación exclusivista en ventas y que señala que en esta ciencia y arte son: Alternativas, Intereses, Opciones, Criterios, Relaciones, Comunicación, Compromiso (legalidad).

6.4. Análisis Contextual.

Cobertura Espacial: Estados de la OEA-CIDIPs (Sistema Jurídico Interamericano en desarrollo de la “Convención sobre el Derecho Aplicable a los Contratos” en la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, México en 1994)³⁸³.

Localización Geográfica:

1. País: Ecuador, Panamá
2. Región: Americana
3. Dirección: Avenida Circunvalación
4. Instituciones: Centro de Estudios de Postgrado e Investigación, Relaciones y Cooperación Internacional de la Universidad Laica “Eloy Alfaro” de Manabí (CEPIRCI), apoyado por órganos de administración de Justicia, de Relaciones Exteriores, Legislativos, y otros de la sociedad mercantil.

La propuesta se fórmula teóricamente en el marco de la Maestría en DIPr en Manta, Manabí, República del Ecuador en colaboración con docentes y especialistas del ramo del Universitario de Punta del Este de Uruguay, como el centro de estudios e investigaciones nacionales e internacionales. La facultad de postgrado de la ULEAM-CEPIRCI podría ofertar el soporte para la ejecución de la propuesta con instituciones públicas del ramo a objeto de lograr desarrollo de competencias en técnicas jurídicas y fundamentación de la unificación y sistematización (unidad de la recopilación del régimen del contrato internacional mercantil), actividad estratégica (y táctica) que una vez configurada puede ser elevada ante Comisiones de Legislación y Codificación de Órganos Legislativos; e implementarse *ipso facto* por el operador (prácticamente y sin *fraud to the law-or evasión of law*) en maniobra artificiosa, evitando *mecanismos burocraticos*; porque es derecho no legislado, pero constitucional por principio de la libertad de contratación (Art. 8 CCE) en la negociación que permite aplicar estas normas, que señaló Von Savigny es “...el derecho de elegir la ley del contrato con arreglo a sus intereses,...”³⁸⁴ y receptados en la convergencia de la metodología con el *Common Law*.

³⁸³ . Ver I-er anexo a la tesis.

³⁸⁴ . Fresnedo de Aguirre (2004). Op. Cit. p.288.

6.5. Justificación.

Con la globalización de los mercados, el objetivo básico consiste en modernizar los sistemas jurídicos para resolver los problemas y retos que impone el tráfico mercantil (vía homogeneidad, unificación, armonización, sistematización). Es de nuestra inteligencia, de que la normativa interna debe ajustarse con la internacional; investigando metodología jurídica que contenga formulación del mecanismo viable que permita a los operadores actuar en los marcos jurídicos, evitar patologías que afectan el contrato transfronterizo en sistemas socio-económicos y político, como el no erudito subjetivismo en el sistema interno (judicial) que lleva a no aplicar el derecho idóneo en la relación jurídica³⁸⁵, afectando la contratación mercantil.

La patología de los problemas del sistema jurídico trastocan y el régimen del contrato. Por ello es pertinente el presentar la propuesta real con la implementación de mecanismos que permitan regular su régimen jurídico dentro del derecho interno, lo que se justifica y por los problemas con los defectos que contienen las normativas nacionales referentes a esta categoría, y que con pocas excepciones, tienen los sistemas jurídicos del mundo. Aplicar con arbitrariedad el *imperium* de la ley

³⁸⁵. Se receptó patología del subjetivismo (se investigó y probó en la tesis) *v.gr.* en el estudio casuístico del contrato de cuenta corriente bancaria con el Juicio verbal sumario No.13325-2008-0276 “J.B. Ulloa vs Ximena Alarcón de Cedeño y Xavier Cedeño” en el Juzgado XXV de lo Civil, Manabí-Ecuador por cheques con oposición de pago, donde por error subjetivo judicial en sentencia de supuesta improcedencia el Juez temporal en la *litis* señor P. Cortéz A. (actuó en contra de normas expresas, la verdad procesal al calificar y determinar la norma aplicable y otros) en la decisión de la causa luego de tres años, el 13 de julio 2011 se dictaminó así: “...la Compañía CARCESA, quien aparece como giradora del cheque...” (contrario al principio “*societas delinquere non potest*” o de la no imputabilidad de la p/j). El Juez calificó y al que emitió los cheques Ximena Alarcón de Cedeño como ilegítimo contradictor en el pago de los cheques (aunque los títulos valores de la *litis* muestran que es el girador y que los firmó siendo las principales pruebas instrumentales, que las deshecho). Y la norma expresa de la Ley de Cheques dice “...el girador responde por el pago...” (Art.11, R.O. No.898, 26.09.1975). Y en este caso, la Superintendencia de Compañías del Ecuador certificó así: “...no existiendo la denominación unida CARCESA”, e igual lo hizo el Registro Mercantil. Por lo que se configuró engaño con entrega de títulos valores y uso de persona jurídica inexistente (compañía). La inadecuación de justicia y omisiones sobre derechos se sanciona en Ecuador (Art.104 COFJ) por resoluciones *cóntra légem térrae* con vulneración de derechos que genera la responsabilidad civil constitucional del Estado e indemnización de daños y perjuicios al perjudicado y el derecho de repetición (Art. 11, N.9, y 172 de la CP); lo que es un tipo de remedio a los problemas de subjetivismo en la investigación judicial que es causa de inseguridad jurídica, y riesgo país que perjudica a los negocios (como fruto de árbol contaminado al ámbito internacional), que corrobora y la recomendación de la modernizar científicamente el sistema de *lex fori*, en los casos aplicables y al contrato.

nacional en jerarquía de fuentes es anacrónico, y no hay diálogo positivo con la interpretación científica de principios *jus cogens*, y de los que la jurisprudencia señaló que "...constituyen principios universales de Derecho Internacional Privado aplicables por el juzgador, según la regla 7-a del artículo 18 del Código Civil ecuatoriano"³⁸⁶; que deben ser receptados en dichas relaciones, su inobservancia lleva a que el DMI no sea transfronterizo y cosmopolita, como resultado del nacionalismo y del subjetivismo judicial³⁸⁷ que no presta atención al interés público.

Estas tendencias negativas anulan la equidad internacional ante la falta de interés y en regular la negociación precontractual. Por esto los operadores de negocios deben tener conocimientos del contrato, investigar la normativa al negociar, formar y celebrar la figura más idónea (útil o "*casi perfecta*") por el principio "*favor contractus o negotii*", aplicable en el intercambio mercantil cuando se actualizan en el mundo globalizado, conforme al adagio de "lo que bien comienza bien termina".

³⁸⁶. Sentencia: 2-may-96-Sala de lo Civil y Mercantil. Rep. Jur. T. XLI, p184, referencia: ver interpretación, p.58. Igual valor dan los artículos 416, N.9; 425 de la CPE, y la CVT, 80 (Art. 27).

³⁸⁷. Otro ejemplo en la tesis de la patología de no aplicar bien el derecho, es en el caso No.0039-2011 sorteo 2009-0008 en el Juzgado XI de Garantías Penales de Manabí, por Estafa calificada por la Fiscalía en la I.P. No.02-2008 (Audiencia del 25.03.2011), de acción pública en contra de X. Alarcón (engaño) con cheques que entregó el cónyuge Carlos A. Cedeño, donde pasados 3.5 años de investigar sin diligenciamiento, y con subjetivismo el Agente Fiscal encargado (I.F.No.11-2011) el 11.08.2011 a pesar de haber leyes expresas y excepciones, decidió la desestimación (aunque hay Instrucción Fiscal) por no haber llenado el girador en los cheques la fecha y el nombre del beneficiario así: "...se han desnaturalizado los documentos bancarios..."; y su superior ratificó los errores en derecho, contradiciendo los hechos y el principio constitucional *legis voluntatis* (Art. 66, N.16 y 29 "d" CPE), la "...excepción del girado para efectos de pago...", la de que: "...la acción civil no perjudica la penal..." (Art.57 LCH). Se actuó y contra jurisprudencia de que en los títulos valores el acuerdo de integración o pacto de llenarlo es criterio dispositivo de las partes (G.J. S. XII, No.1, P.65), que el cheque puede ser llenado por otra persona (G.J.S. XIII No.3, p.567); que "...el hecho de postdatar un cheque no implica que se desnaturalice al documento...(R.O. No.103, 7.01.1999). Incluso la Fiscalía determinó que el acto es solo civil, a pesar de que "no corresponde a las partes procesales fijar la vía cuando expresamente el legislador la determina" (R.O. No.8, 2/Febrero/2000, pág. 8). No se aplicó que "el hecho de que el cheque haya sido postdatado no basta para que sea obligatoria la vía ordinaria...; que debe demostrarse adicionalmente que el cheque fue utilizado como instrumento de crédito" (R.O. No.360, 21/Junio/2004, p.29); y que los "...elementos del delito punible que tipifica el Art. 563 del Código Penal, que es la infracción imputada, ...mediante el engaño...resultando del no pago de esos cheques el perjuicio real sufrido..., sin que para el juzgamiento penal por estafa importe que los cheques hayan sido dados garantía..., pues no se trata de enjuiciamiento por delito de giro de cheques sin fondos...[sic] (I-era Sala de lo Penal, No.63-98- OR, Dic. 14, 2000, las 10h00). Fallos estos sustentados en la CPE, LCH y en LCo. (Art.16-17). El problema de la *praxis* con subjetivismo e incuria de jueces y fiscales en el debido proceso, contra la seguridad jurídica (Art.82 CPE) en la *lex fori*, que las ha divulgado el gobierno ecuatoriano (vid: Opinión del señor Presidente de la República en: "Como delito y no como contravenciones". El Mercurio, 8.06.2011, P.17^a) y otros), son frutos del árbol contaminado incluso para la relación internacional.

6.6. Fundamentación teórica (normativas de homogeneidad y unificación).

La base filosófica jurídica de la propuesta es acometer la armonización, unificación o bien sistematización de normas (inicial a nivel micro, desarrollarlo meso y a futuro macro) con base en el Derecho Mercantil Internacional (del DIPr contractual)³⁸⁸, proponiendo como exequible metodológicas y jurídicas para la susodicha homogeneidad y modernización, de las varias normativas vigentes receptadas en excertas de fuentes del acervo interno, como por ejemplo en Ecuador las siguientes:

1. En la Constitución Política del Ecuador, 2008. Que recepta el principio de la territorialidad o estatutario sobre el régimen nacional aplicable a personas extranjeras en el Ecuador (Art. 9). El principio *iura novit curia* (Art.11, N.9); el de reconocimiento de la técnica *legis voluntatis* como “la libertad de contratación, con sujeción a la ley” (Art. 66, N. 16); la libertad de asociación (Ibidem, N.15); el principios *núllum crimen, núlla poéna, sine lége, y non bis in idem* (Art. 76, N. 3, 7 “i”); el principio de no extradición (regla *lex personalis*, Art.79); del MASC-Arbitraje (Art.190); la exclusividad de competencia en el Comercio Exterior y otras esferas (Art.261); remisión al DIPr (Art. 304); la noción del *Jus Gestionis* o Estado-empresario (Art. 307 o teoría funcional, de la no inmunidad de la persona jurídica conceptuada en la Doctrina Calvo); del Título VIII sobre las Relaciones Internacionales, y principios del DIG (Art. 416, N. 9); sobre jurisdicción arbitral internacional (Art.422), de integración, y fortalecimiento de la armonización de las legislaciones nacionales (Art. 423), de la jerarquía de las fuentes (Art.425), y otros.

2. En el Código Civil del Ecuador que recepta el principio de la *legis voluntatis* de las partes, cuando señala que “las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones...”

³⁸⁸. En el problema de la internacionalidad los elementos se califican: objetivos y subjetivos en hechos privados, con la presencia de elementos extranjeros. Fernandez Sanchez, J. & Sánchez, S. (2009). Derecho Internacional Privado. Pamplona: Aranzadi. P.1. Igual es el problema de la competencia internacional en el preacuerdo con las cláusulas de *prorrogatio fori* o prórroga de jurisdicción y de *derogatio fori* o de exclusión de la misma; que no es lo mismo, pues si el pacto es anterior al proceso no existe “*sumisión tácita*” ante jurisdicción del Estado o “*submisión*”, sino que es “*sumisión expresa*” o “*prorogation of Jurisdiction*”. Calvo, A., & Carrascosa, J. (2004). Cit por: Londoño, R., (2011). El riesgo en la contratación internacional: la competencia judicial. Aportes a la Dogmática Jurídica Colombiana Contemporánea. Medellin.Colec. Estudios Jurídicos Progradados en Derecho, No.1. Universidad Pontificia Bolivariana. P.59-60.

(Art.1453). Luego dice que “la venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa...” (Art. 1740). Y el artículo 1747 indica que “el precio de la venta debe ser determinado por los contratantes”. Se señala que “la permuta o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro” (Art.1837). Esta excerta prevé que la: “sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común,...” (Art.1957). Y que la “transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual” (Art. 2348).

El DIPr general ecuatoriano mixto³⁸⁹ en el CC, recepta y fórmulas o técnicas como:

- Art. 8.- A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley³⁹⁰. Es la técnica de la *legis voluntatis* con limitación de la norma imperativa de la ley y el orden público (*order public* aplicable desde el *Pactum in contrahendo*).

- Art. 9.- Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor (se recepta la nulidad absoluta aplicable al precontrato y al contrato *ab Initio*).

- Art. 12.- Cuando una ley contenga disposiciones generales y especiales que estén en oposición, prevalecerán las especiales (principio *lex specialis derogat generali*).

- Art. 13.- La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna (principio estatutario-territorialista *lex terrae o fori*, que es concordante con el artículo 9 de la CPE).

- Art.14.- Los ecuatorianos, aunque residan o se hallen domiciliados en lugar extraño, están sujetos a las leyes de su patria (técnica *Lex personalis* en sus dos manifestaciones: *lex patriae* y *lex nationalis*) en derechos reales y personales.

³⁸⁹. Cruz Bahamonde Armando (1995). Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil Vol. III. Quito. EDINO. P.196 y s.s.

³⁹⁰. La Constitución, 2008 imperativamente dice sobre los derechos de libertad “que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o dejar de hacer algo no prohibido por la ley”(Art. 66, numeral 29 “d”, concs. Art. 11 Ibi., y Art. 8, 9,10, 12, 13, 1485,1699 CC).

- Art. 15.- Los bienes situados en el Ecuador están sujetos a las leyes ecuatorianas, aunque sus dueños sean extranjeros y residan en otra nación (*técnica Lex Rei Sitae*), concordante con el régimen de hipotecas extranjeras, y *la lex contractus* (Art. 2313). Admite esta norma el uso de la técnica del fraccionamiento o del mosaico (frente a la vetusta teoría del DIPr de la unidad del contrato) o sea de la teoría del *dépeçage* o la *picking and choosing* del *Common Law*³⁹¹. Tiene simetría con la técnica del CPC (Art. 29, N.4). Esta norma es mixta, y no limita la negociación de contratos válidos en el extranjero (*la lex contráctus*), aunque los efectos de ellos, que hayan de cumplirse en el Ecuador, se arreglarán a las leyes ecuatorianas; o sea se recepta la ley extranjera y las técnicas clásicas *lex celebrationis* y *las lex executionis o solutionis*³⁹².

- Art. 16.- La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados (*v.gr.* las escrituras públicas de contratos bajo regla clásica del DIPr *lex loci regit actum* donde se realiza el acto)³⁹³.

- Art. 17.- En los casos en que las leyes ecuatorianas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y surtir efecto en el Ecuador no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el lugar en que hubieren sido otorgadas (doctrina imperativa de armonización material del fondo y la forma del instrumento, o la precitada *lex locus regit actum* y *la lex executionis*)³⁹⁴.

- Art. 18.- par. 4º. Interpretación de la ley (principio *iura novit curia* el juez debe conocer el derecho); a falta de ley, se aplicarán los casos análogos. Y si no las hay, se aplican principios del derecho universal (*jus cogens* del DIPr concs con Art. 425

³⁹¹. *Cheshire & North's*. Op. cit., 1987, p. 56.

³⁹². La Ley del cheques del Ecuador sobre Conflicto de leyes (Art. 52) aplica métodos y técnicas del derecho Internacional Privado interno como la *lex solutionis* al señalar “en lo relativo a conflicto de leyes, la Ley del estado en que el cheque debe pagarse, determina:..”, R.O. No.898 Sep. 26, 1975.

³⁹³. Cruz Bahamonde, Op. cit., p. 204; Primera Sala: *Trading Company* – Triviño, CC, Legislación Conexa, Concordancia, Jurisprudencia. T. II, Co. de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009, p. 62.

³⁹⁴. Estas son prueba la aplicación de norma inmediata que las partes no pueden separarse de ella, por ser regla imperativa sobre el régimen probatorio. Y en la práctica es una *súper mandatory law* o una ley de policía que limita la autonomía de las partes y no le son oponibles *foreign law* o *rules*. En el medioevo europeo el aforismo latino *lex locus regit actum* no era norma dispositiva como hoy en día sino imperativa o metodología de *loi de pólíce* sobre las solemnidades de donde se extiende al documento (Art.16 CC).

CPE, 280 CPC y 140 C.O.F.J.)³⁹⁵. Es analogía con los “contratos que la ley declara nulos, no se convalidan por la voluntad contractual” (Art.1485 CC) y la regla *aliud pro alio* (Art. 1607 CC) de que no se obliga al acreedor a recibir pagos parciales.

-Art. 55.- Se podrá en un contrato establecer, de común acuerdo, un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato (*legis voluntatis* y con metodología mixta la *lex domicilii*).

- Art. 564.- Se llama persona jurídica una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente (Teoría de la Ficción, y método *sui generis* de clasificar las personas jurídicas en el DIPr. en dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública).

- Art. 622.- Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no está prohibida por las leyes ecuatorianas, o por derecho internacional (teorías del dualismo, o monismo de normas jurídicas, y la usucapión).

- Art. 627.- Pesca en aguas internacionales y mar territorial ecuatoriano.

- Art. 1453.- Fuentes que originan las obligaciones (contrato o la convención, cuasicontrato, delito, cuasidelito o la ley).

- Art. 1454.- Concepto interno ecuatoriano general del contrato.

- Art. 1455.- Contrato unilateral y el sinalagmático.

- Art. 1461.- Elementos del contrato (interno, aplicable al internacional por *lex fori*).

- Art. 1478.- Objeto ilícito por contravención del *order public* ecuatoriano.

³⁹⁵. Concs, y con las Reglas de la Haya y las Reglas de Hamburgo, convenciones internacionales marítimas que constituyen principios generales del DIPr aplicables, según el apartado 7 del artículo 18 del C.C. vid.: Sentencia: 2-may-96, Sala de lo Civil y Mercantil, Rep. Jur. T. XLI, p. 184. CC legislación conexas, concordancias, Op. cit., p.29.

- Art. 1483.- No puede haber obligación sin una causa real y lícita;...Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato... (técnica *lex causae*).

- Art. 1500.- Las condiciones deben cumplirse literalmente, en la forma convenida (*Pacta Sunt Servanda* originaria en la costumbre o la *opinio juris necessitatis* clásica y que hoy por hoy es norma *jus cogens* de carácter obligatorio en los acuerdos).

- Art. 1505.- En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado (teoría de la imprevisión o cláusula *harship*, contrato de excesiva onerosidad o *rebús sic stantibus* en la negociación del precontrato y del contrato). Acorde a esta norma del DIPr, la Corte Suprema de Justicia señaló que “en los contratos bilaterales o sinalagmáticos, porque los contratantes, en el momento de su formación, se obligaron recíprocamente... se puede demandar conjuntamente el cumplimiento o la resolución del contrato...”³⁹⁶.

- Art.1551.- Cláusula penal es para asegurar cumplir una obligación, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento (contratos de fianza y modalidades de garantías, *Penalthy clause*).

- Art. 1555.- Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal, y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal (es la acción o llamada excepción *Quantis minoris* o de reducir el precio por incumplimiento).

- Art. 1561.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales (aplicación de la técnica o fórmula clásica de la *lex voluntatis* de las partes). Esta norma imperativa (*jus cogens*) es receptada concordantemente en el Código de Derecho Internacional Privado vigente en 10 Estados americanos, y aplicada en la Negociación *iusprivativista* mercantil contractual (Art. 166 CSB).

³⁹⁶. Sala tercera, G.J. XIII, 5, p.108, Fallos similares: Quinta Sala: G.J. XIV, 7, p.1575; Tercera Sala: G.J.XIII, 7, p.1489, Referencia: Ver rescisión p.104, vid.: p.20, Código Civil, Legislación Conexa, Concordancia, jurisprudencia, T.II, Quito, 2009.

- Art. 1562.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre (*buena fe negocial*).

-Art. 1568.- En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempos debidos (principio *Non Adimpleti contractus*, o del contrato no cumplido, o la regla “mora purga la mora”).

-Art. 1570.- La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes:....concurriendo esas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente” (es la recepción del preacuerdo o del “*Pactum in contrahendo*”/precontrato, contrato incompleto o imperfecto, etc.).

-Art. 1580.- Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que más convenga al contrato total (*favor negotii o contractus*).

- Art. 1740. Momento en que se perfecciona el contrato de compraventa (conc. con 1741). Recepta la promesa o del contrato preparatorio de manera tímida (pero la doctrina extranjera, le da diversos nombres a esta relación contractual en la *praxis*³⁹⁷.

-Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le imponga las leyes por el delito o cuasidelito (principio clásico del DIPr “*neminem laedere*” - no se puede dañar a nadie, y se lo daña debe compensarlo).

-Art. 2313.- De contratos hipotecarios celebrados en el extranjero sobre bienes en Ecuador (metodología del DIPr mixta-híbrido jurídico), de fórmulas *Lex Rei Sitae*, *lex celebrationis*, *lex contractus* (y del sistema anglosajón *the proper law theory*).

-Art.2408.- Plazos de prescripción, por residencia en el extranjero (ausentes); y otros.

³⁹⁷ . Precontrato, contrato preliminar, promesa de contrato, contrato de promesa, ante-contrato, etc. Vid: Oviedo, A. (20010). Op. cit. P.21.

3. En el Código de Procedimiento Civil.

- Art. 29.- De la competencia Judicial. *Lex solutionis, Lex celebrationis, executionis, Lex rei sitae* (recepción de un sistema mixto, camaleónico o pluralismo).

- Art. 100.- Excepción de *la litis pendencia (lis alibi pendens)*³⁹⁸ que define la excepción en las doctrinas aplicables del *fórum non conveniens, fórum conveniens* y el foro necesidad ecuatoriano; en donde se ha señalado “que la *litis pendencia* debe alegarse claramente para ser considerada como excepción en juicio”³⁹⁹.

- Art.188.- “Validez de instrumentos, autenticados, otorgados en el extranjero”... harán en el Ecuador tanta fe como en el Estado en que se hubieren otorgado”. Se recepta la aplicación del Derecho extranjero y el principio “*locus regit actum*”⁴⁰⁰ (con sus variables *lex celebrationis*, la *lex executionis*, y además de la *Lex fori*).

- Art. 189.- “Debe autenticarse la ley extranjera que funde el derecho del litigante “por “...la certificación del respectivo agente diplomático sobre la autenticidad de la ley, se considerará prueba fehaciente” (*onus probandi*, DIPr Procesal Internacional).

- Art. 190.- La autenticación o legalización de los instrumentos otorgados en país extranjero, podrían también arreglarse a las leyes y prácticas del Estado en que se hiciere (reconocimiento del derecho extranjero y la *lex loci regit actum*).

- Art. 280 CPC.- Los jueces están obligados a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho (principio *iura novit curia conc. Art.25,140 COFJ*)⁴⁰¹.

- Art. 414 CPC.- Las sentencias extranjeras se ejecutarán si no contravinieren al Derecho Público ecuatoriano o a cualquier ley nacional y si estuvieren arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes (de laudos arbitrales, exhorto, cartas rogatorias, *exequátur* en la cooperación judicial internacional del DIPr).

³⁹⁸.Iud D. Carolina. Asesoramiento en Derecho Comercial y los Negocios Internacionales...[en línea], disponible en: www.albornoz-iud.com.ar/publicaciones/006.shtml-

³⁹⁹. Resolución s/n. CSJ., en el R.O. No.412 de 6-IV-1990.

⁴⁰⁰. VIII-I, 22 vid en: Cruz Bahamonde A. Op. cit. P.204

⁴⁰¹. *Concsc* con art. 129 y 140 COFJ (2010). Editorial Jurídica del Ecuador. P. 55 y 61.

4. El Código de Comercio del Ecuador.

Como cuerpo legal de materia mercantil, en forma general regula la relación de sujetos con bienes “*in commercium*”, y los “*extra commercium*”, que se aceptan como cosas susceptibles de una declaración de voluntad. Parte del criterio mixto de la objetividad y subjetividad del acto mercantil para regir el accionar, aunque sean ejecutados por no comerciantes o labores con ánimo de lucro⁴⁰². Esta excerta recepta el *Pactum in contrahendo* y la *culpa in contrahendo* (Art.144). Se acoge a la *lex celebrationis* indicando que el contrato será perfeccionado con la contestación de la propuesta, y que en caso de residencias distintas de los contratantes será entenderá el mismo celebrado en el lugar de aceptación de la propuesta (Art.145).

Se recepta y las etapas de la negociación: aceptación y la contraoferta (Art. 146). Aplica preceptivamente “el imperio de las leyes ecuatorianas en la ejecución del contrato”. Y señala que “todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos mercantiles celebrados en país extranjero y cumplidos en el Ecuador, se regirán por las leyes ecuatorianas” (Art. 154). Es la *lex executionis* en extensión del monismo estatutario *Lex Loci* del Medioevo. Pero en forma mixta acepta la excepción *legis voluntatis*. O sea el CCo. recepta fórmulas clásicas del DIPr aclarando que “...las responsabilidades que impone la falta de cumplimiento o el cumplimiento imperfecto o tardíos y cualquiera otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, deberán arreglarse a las disposiciones de las leyes de la República, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa” (Ibi.). Y señala que si “...se estipulare que el pago debe hacerse en medidas legales del lugar donde fueren celebrados, estas serán reducidas, por convenio de las partes...” (Art.155). Esta excerta agrega que “no hay compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo; pero si la cosa vendida fuere entregada, se presume que las partes han aceptado el precio corriente...” (*lex voluntatis* y *lex celebrationis*, Art. 184).

El CCo. recepta y metodología de colisión en el Título VIII, Sección 13^a (Art.483-485.) y la doctrina del reenvío (de ordenes sencillos), con relación a la capacidad del

⁴⁰². Zumárraga Aguinaga, J. (2009). Introducción al Derecho Marítimo Ecuatoriano. Lima. Edilex S.A. P. 92.

sujeto que se obliga de acuerdo a su *lex nationalis*, o a la que remita dicha ley. La forma de la obligación en un título valor se determina por el sitio de suscripción de la misma (*lex celebrationis*); mientras que la forma y plazos del recurso del protesto, así como las formas de otros actos para conservación de derechos en la materia (remedios del DIPr), se determinan por la ley del estado donde deba ser levantado el protesto o realizado dicho acto (en la técnica *lex executionis o delictus commissi*).

El Título III sobre el Comercio Marítimo ecuatoriano en dicha codificación trata del contrato de fletamento en general, sin darle noción; solo da los requisitos, formas modales, documentos, responsabilidades, daños y perjuicios, sobre el modo de fletar las naves respecto al tiempo, y establece la regla *free will*, cuando señala que “las naves pueden ser fletadas por viaje, por mes o de cualquier otra manera en que convengan los contratantes” (Art.763, 766). Recepta esta excerta comercial las técnicas del DIPr señalando los documentos necesarios para el transporte de la carga y la obligación de entregarlos acorde a la ley con la excepción de: “...a menos que haya convenio en contrario” (Art.778). E igual limita y señala que “...del conocimiento se harán los ejemplares que exija el cargador, y que deben ser cuatro por lo menos” (Art. 817). Es receptado el *Bill of Lading* (B/L) que debe firmar el Capitán del Buque⁴⁰³ (madre o *Master Bill of Lading*). Se critica que no se defina el concepto de este tipo de contrato, aunque varios artículos tácitamente se atañen a esta negociación internacional (Art.792, 811). Y tiene normas de Derecho Marítimo Mercantil Internacional privado sobre sucesos riesgosos, y lo recepta así: “...interdicción de comercio con el país a que se dirija la nave...” (Art. 813).

5. La Ley de Compañías del Ecuador sobre el contrato recepta la *lex societatis*, que se regula “...por los convenios de las partes...” (Art. 1). Establece que “el domicilio de la compañía estará en el lugar que se determine en el contrato constitutivo de la misma” (Art. 4). Esta técnica se recepta y en el artículo 150, No.2 que indica que “las compañías se disuelven “... por acuerdo de los socios, de acuerdo con la ley y el

⁴⁰³. Sobre el contrato de TIC, mediante los B/L (del NVOCC - *Non-Vessel Operating Common Carrier*, o conocimiento hijo - *House Bill of Lading*, el *electronic SWB-See Way Bill of Lading*). Es menester indagar si hay sinergia con la corriente de la “ *Convención Internacional de Bruselas para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque* o *Reglas de La Haya y sus Protocolos ...*”, 2005. www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=884

contrato social” (Art. 361 N. 4); o sea este acervo jurídico contractual societario recepta la *legis voluntatis* privada⁴⁰⁴, la “nacionalidad”, y la responsabilidad precontractual, contractual y extracontractual societaria (Art. 11, 16,17 y otros).

6. La Ley de Arbitraje y mediación del Ecuador⁴⁰⁵ recepta la *legis voluntatis*, y establece que este MASC “...es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual” (Art.5). Acoge el *pactum in contrahendo* diciendo: “se entenderá que existe un Convenio Arbitral no solo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de las partes de someterse al arbitraje” (Art.6), es el carácter internacional con la *lex domicilii* en la tesis arbitral *the most relevant relationship*⁴⁰⁶.

7. La Ley de Bancos⁴⁰⁷ del Ecuador recepta la técnica de *legis voluntatis* de las partes por remisión y establece que “las instituciones del sistema financiero ecuatoriano, previa autorización de la Superintendencia, podrán adquirir acciones y participaciones en el capital de instituciones financieras del exterior, constituidas o por constituirse, y abrir oficinas fuera del país, con sujeción a los procedimientos que determine esta ley y la Superintendencia (Art.23). Además recepta la *lex mercatoria*, y se señaló en Fallo de Casación: 12-VII-2000 así: “...El artículo 51 de la Ley del Sistema Financiero dice: “Los bancos podrán efectuar...otorgamiento de garantías, fianza, cartas de crédito internas y externas, o cualquier otro documento, de acuerdo con las normas y usos internacionales”⁴⁰⁸; con lo que se incorporó a los contratos de garantía bancaria el derecho no legislado del *the New Merchant Law*.

⁴⁰⁴. Coello García H. (2004). Derecho Internacional Privado. Fun. C. Peñaherrera. Universidad del Azuay (UDA), pág. 267; DS-RO 181:15-feb-1964 de 1999; vid.: Art. 13, Ley No.2005-27 Ecuador.

⁴⁰⁵. R.O. 145, 4 de Sep. 1997, www. Lexis.ec./última cod.: Cod.2006-014.RO 417:14-dic-2006.

⁴⁰⁶. Art. 41 Ley de Arbitraje y Mediación, s/n, R.O. 145, del 4 de septiembre de 1997 recepta varias técnicas del DIPr, además del régimen del contrato arbitral (o cláusula compromisoria) se regula por instrumentos de derecho internacional...” (Art. 42 califica el arbitraje como internacional).

⁴⁰⁷. Ley reformativa a la Ley General de Bancos (DS-1485 .RO 185:11-nov-1966), y esta derogada por el artículo 223, numeral 3 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (L.52- PCL.RO- S 439: 12-may-1994), publicación en el RO 250, En. 23, 2001.

⁴⁰⁸. I-era Sala, Exp. 296, R.O. 163, 14-IX-2000, y vid.: en Ortiz Herbener A., Op. cit. (en línea).

8. La Ley de Comercio Electrónico⁴⁰⁹ del Ecuador 2002 en la CV general en el contrato (oferta-aceptación) aplica la técnica⁴¹⁰ de *legis voluntatis*, y dice que “...el perfeccionamiento de los contratos electrónicos se someterá a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes y se tendrá como lugar de perfeccionamiento el que acordaren las partes...” y que “la recepción, confirmación de recepción, o apertura del mensaje de datos, no implica aceptación del contrato electrónico, salvo acuerdo de las partes” (Art. 46). Y se aclara “...en caso de controversias las partes se someterán a la jurisdicción estipulada en el contrato; a falta de ésta, se sujetarán a las normas del CPC Ecuatoriano y esta Ley, siempre que no se trate de un contrato sometido a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en cuyo caso se determinará como domicilio el del consumidor o usuario” (Art. 47, es la regla *favor debilis* en el contrato). Es el DIPr mixto ecuatoriano, que dice Barzallo (2000) es aplicable para el caso de regímenes de los contratos internacionales a negocios en la aldea global⁴¹¹.

9. El Código Sánchez Bustamante⁴¹² (CSB) receipta normas del DIP y del DIPr, en lo relativo a la interpretación de los contratos contiene posible discusión sobre “...la voluntad tácita de las partes,... (Art.184), y en el artículo 185 anota reglas especiales de acuerdos de adhesión que “...se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita...”. Y hace referencia a que “lo relativo a la constitución y manera de funcionar de las sociedades mercantiles y a la responsabilidad de sus órganos está sujeta al contrato social y en su caso a la ley que lo rija” (Art.249).

10. La Ley Notarial⁴¹³ del acervo ecuatoriano de 1966 (Art. 26, párrafo 2-do) establece que “se otorgarán por escritura pública los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la ley o acordados por voluntad de los interesados” (*legis voluntatis*); pero en la *praxis* nacional vemos que el sistema del derecho notarial es básicamente receptor del sistema de celebración contractual de la *lex fori*.

⁴⁰⁹. R.O. 557 del 17 de abril de 2002, Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, su reglamento se publicó el 31 de diciembre de 2002, vid.: Riofrio, J. (2004). Op. Cit. P.10.

⁴¹⁰. Torres Chaves E. (2002). Op. cit. P.5.

⁴¹¹. Barzallo José. Ley Ecuatoriana se compone de tres Títulos,...por el Código de Procedimiento Civil para el caso de los contratos internacionales....Edita: Alfa-Redi, No.019 – Febrero del 2000, [en línea]. Disponible en: [www.alfa-redi.org\(rdi-articulo.shtml?x=\)](http://www.alfa-redi.org(rdi-articulo.shtml?x=))

⁴¹². Tratado –Ley (público y privado). R.O.-S. No.1202 del 20.08.1960; RO-S 153.25-nov-2005.

⁴¹³. R.O.No.158 de 11.11.1966.

11. La Ley de Facilitación de las Exportaciones y del Transporte Acuático⁴¹⁴ sobre la *legis voluntatis* dice: "Se establece la libertad de tráfico para los armadores o empresas navieras nacionales que operen en los tráficos de cabotaje e internacional de carga o pasajeros, los que podrán utilizar naves de bandera extranjera bajo cualquier sistema de arrendamiento o fletamento, ...". Y "los armadores o empresas navieras nacionales de tráfico internacional pueden celebrar con empresas navieras extranjeras, convenios de distribución de carga de importación o exportación, de división de utilidades o de otra naturaleza,...." (Art. 17,18). Se recepta la técnica Ley de la bandera (o pabellón) en contratos de uso con el principio del lugar del registro de la nave o la *lex libri*, y la *lex voluntatis*, y señala la *lex executionis* del acto⁴¹⁵.

12. La Ley de Cheques⁴¹⁶ con metodología de conflicto de leyes, aplica el *renvoi* del DIPr (o la Técnica de la raqueta, *ping pong*) de primer grado, y nos remite a "...la Ley del Estado en que el cheque debe pagarse,..." (Art.52), que también se identifica como la técnica *fórum solutionis*. Es método imperativo en Derecho Cartular del cheque que (acuerdo de mandato) es medio de pago inmediato (Art.1) aunque en materia cambiaria, las causas sean *solvendi, credendi, donandi, favorendi*; y que "el girador responde por el pago" (Art.11); Y que el cheque es pagadero *at sight*. Toda mención contraria se reputa no escrita" (Art.24)⁴¹⁷. Que el cheque sin indicar el beneficiario, vale como al portador (Art.5).Que le es aplicable el "acuerdo de integración o pacto de llenarla", dispositivo por voluntad de las partes⁴¹⁸.

13. Como fuente convencional, el Tratado sobre DIPr entre el Ecuador y Colombia⁴¹⁹ del 18/06/1903 recepta el régimen del contrato internacional con la *legis voluntatis*,

⁴¹⁴. No. 147, Registro Oficial 901 de 25 de Marzo de 1992.

⁴¹⁵. Más detalladamente sobre las normas portuarias ecuatorianas vid.: Zumárraga Aguinaga José. Op. cit., 102 y s.s.

⁴¹⁶. R.O. No.898 de 26 de sept. De 1975 que se inspira en la Convención de Ginebra de 1931. El Ecuador ratificó por el DS.No.562 en el R.O. 847 de 16.07.1975, la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de cheque, vid.: Andrade Ubidia S. (2004). Los Títulos Valores en el Derecho Ecuatoriano. Colección profesional ecuatoriana. P. s/n.

⁴¹⁷. En el Código Penal vigente se determina esta acción punible en los Artículos 326, 368, 563.

⁴¹⁸. Criterios jurisprudenciales en G.J. S. XII, No.1, p. 65; G.J. S. XII, No.9, p.1939; G J. S. XII, No.5, p. 997; G.J. S. XIV, No.8, p.174 que receptan el principio jurídico de la *legis voluntatis*. Y el acto fraudulento con este medio de engañar al sujeto pasivo "...esta... previsto en el Art. 563 del Código Penal" (Juicio No.709-2009, contra Vega Noboa Aida y otra, II-da Sala de lo Penal, Corte Nacional de Justicia, Quito, 24 de diciembre de 2009).

⁴¹⁹. Suplemento-R.O. No.153-Viernes 25 de Noviembre del 2005, p.6.

en forma mixta, y señala que “los bienes existentes en la República se registrarán por las leyes nacionales, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en ella,... Esta disposición no limita el celebrar con tales bienes, contratos válidos en el otro país; pero los efectos de estos contratos, cuando hayan de cumplirse en la República, se arreglarán a sus leyes” (Art.III). Y con patético pluralismo metodológico establece que “los contratos celebrados en el otro país contratante serán juzgados en cuando a su validez y efectos jurídicos de sus estipulaciones por la ley del lugar de su celebración...el modo de ejecutarlos se regirá por las leyes nacionales” (Art. IV).

14. Ley de Gestión Ambiental (Art.26)⁴²⁰ sobre estudios ambiental en los actos precontractuales que originen responsabilidad objetiva de las partes recepta la *lex voluntatis* (libertad contractual), sujetos a restricciones, y dispone nulidad de lo hecho contra leyes prohibitivas en la metodología imperativa del DIPr, que es de jerarquía preferente a la regla privada supletoria o dispositivas en los negocios.

15. Se receptan reglas del DIPr en el Ecuador, diseminados sin sistematización y en: el Código de la Producción, Comercio e Inversiones 2010 (Art. 25- 27); CP (Art. 6 y 7); Art. 5 del CPP (concs con el principio *non bis in idem* del art.76 N.7 “i”, 77 No.5, 79 CPE), L.F.Ab. (Art. 48) aplicables en la técnica *lex contractus* (*la lex fori*, incluyendo los MASC de arbitraje, mediación); en la LOGJCC (Art.107-112)⁴²¹; el COFJ (Art.143 sobre sentencias extranjeras, Art.144, 146 exhortos internacionales, deprecatorios, comisiones, y reconocimiento de documentos electrónicos, Art. 193, 332), y otras normativas contenidas en leyes, tratados o convenciones.

16. Entre otras normas adicionales están las aplicables a negociaciones de orden imperativas, a veces no consideradas al celebrar el contrato⁴²², ejemplos contractuales societarios de la tutela de socios, de terceros o de intereses generales⁴²³.

⁴²⁰. Ley 08, R. O. 27, 16-IX-92, Ley No.99-37, R. O. 245, 30-VII-99.

⁴²¹. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, R.O. 2-S. No.52 de 22-X-2009, Capítulo V Control de los tratados internacionales (*mutatis mutandis* del DIPr).

⁴²². En negociaciones en el transporte marítimos, la Ley General de Puertos de metodología imperativa establece que “todas las instalaciones portuarias del Ecuador, marítimas y fluviales, así como las actividades relacionadas con sus operaciones que realicen organismos, entidades y personas naturales o jurídicas se registrarán por las disposiciones contenidas en ésta Ley” (Art.1 técnica de la *lex fori*).

Aunque es utópico negociar o celebrar el contrato “perfecto”, que prevea todas las alternativas de comportamiento (*Kemelmajer De Carlucci*, 2008)⁴²⁴, acorde a las reglas de la negociación de buena fe negocial, y la de que si las palabras de las partes son claras no necesitan interpretación” (*in claris non fit intepretatio*), es muy viable el lograr celebrar de buena fe el acuerdo, que es principio de la negociación entre “conocidos” o “conectados” por existir un deber previo, con aceptada responsabilidad precontractual (internacional privada) en el *commercium*.

Por estos fundamentos es que se debe armonizar y sistematizar el Derecho de los contratos, pero considerando los conflictos, la realidad jurídica económica-mercantil. No es posible subestimar la resistencia a la homogeneidad [americana] que se alegue en algunos ordenamientos jurídicos, pues consideran que la coexistencia de una pluralidad de legislaciones nacionales sobre obligaciones y contratos no es, en si misma, perjudicial para el negocio del mercado doméstico. Pero no es prudente en el tráfico moderno, ni de lógica jurídica ampararse solo en el orden interno en la negociación contractual, pues tiene contradicciones, efecto de la incompresión de nociones básicas y, no clara política legislativa, ejemplo en la formación del contrato arraigada a ideas autarquicas y con desidia respecto del *pactum in contrahendo* (Mantilla, F.)⁴²⁵, bajo el no procedente apotécma *núda páctio obligatióne non párit*.

Se requiere un régimen jurídico contractual moderno con análisis crítico e investigación científica de nuevos conceptos, para lograr los grandes preceptos humanos de equidad, igualdad, justicia y solidaridad (Yupanqui, M.:2005). Y con analogía a los principios europeos de los contratos y los *restatements* que no se imponen *ratione imperio* (obligatorio), pero por cuidada confección y calidad técnica se imponen *imperio rationis*, como una especie de *ratio scripta* (Martín, C.: 2002).

⁴²³. La precitada Ley de Compañías del Ecuador 1999, establece la no limitación del derecho de negociación de las acciones (Art. 191) y el trámite de la fiscalización de derechos de aplicación inmediata de los socios minoritarios (Art.286). En negociación la cláusula *Hard Ship* (rebús sic stantibus) en G.J. XIII, 5, p.1008; nulidad absoluta del acto o contrato en Rep. Jur. T. XLIX, p.31, ref.: p.71,72; la cláusula la *forcé majeure* (Caso fortuito-Acto de Dios o *Act of God*) en el contrato, 5-Sala, G.J. XIV, 5, p.1018; Artículo 48, 61, febrero 20, 1974 ALFA, R.O. No.507; de tratados (*v.gr.* el ámbito TLC) en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009 (Art.107, 110), R.O., 2-suplemento, oct. 22,2009.

⁴²⁴. Op. cit., p. 52.

⁴²⁵. Cit.: Oviedo, A. (2008). Op. cit. p.IX)

6.7. Finalidad de la Propuesta.

“PROMOVER LA UNIFORMIDAD DEL CONTRATO“ (Art. IV CIDIP-V, concs art. 304 N.2 y el 423 de la CPE-2008)⁴²⁶, que es diálogo positivo entre fuentes o dimensiones autónomas y convencionales que lo consideran “...un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social...” (Preámbulo de la Carta de la ONU). Este mecanismo entre otros y el contrato internacional.

Pero, lamentablemente hoy el enfoque estatutario, nacionalista, clásico de este instrumento es obsoleto, pues los contratos evolucionan, y no deben ser rígidos modelos conceptuales prefabricados por la fuente legislativa. Una sola noción para el contrato internacional se prueba en la investigación es problema, pues los conceptos no abarcan holísticamente todas las instituciones jurídicas, y tienen patologías en la evolución de los negocios que siempre es más expedita que la actualización de la normativa; y hasta son maquillajes políticos a la realidad objetiva, por lo que es imperativo flexibilizar el régimen jurídico de la figura con un sistema de principios y normas positivas privadas útiles al negocio mercantil. De tales reflexiones, la propuesta esbozada *supra* debe contener los fines siguientes:

- Formar competencias con actores activos internacionalistas en la calificación del elemento *sine qua non* de la negociación el DIPr, motivando la etapa de adhesión y mejoramiento de la “Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos”, 1994 (fuente del contrato)⁴²⁷. Logrando aplicar científicamente técnicas al acuerdo transfronterizo con la metodología idónea a la relación *iusprivativista* del Comercio Exterior y Negocios Internacionales interamericanos, y en concreto del Ecuador - Panamá acorde al derecho y a la seguridad jurídica con la existencia de normas jurídicas previas, claras aplicadas por la autoridad competente.

⁴²⁶. Como objetivo: “Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales” (Art. 423, N.3).

⁴²⁷. Ya hay varios precedentes al tenor. El mecanismo de la CPE, 2008 (Título VIII, Capítulo II) es que una vez promulgada en el R.O. formarán parte del orden jurídico nacional y los tratados prevalecerán sobre leyes y otras normas. Así, Ecuador suscribió la Convención Internacional para la unificación de ciertas Reglas en materia de *Bill of Lading* (B/L) y el I-er Protocolo modificado (R.O. 518, 1. Feb. 1978. R.O. 881, 9.02.1996. Recopilación del DIPr No.2005.012, Suplemento al R.O. No.153, 25.11.2005. Velasco, J. (2008). Rev. Judicial, agosto 9.2011. Derecho Ecuador: com La Hora. Htt:www.derechoecuador.com/index.php?. Sistema de recepción o incorporación de normas extranjeras” que se nacionalizan, y al incorporarse se cambian en norma de derecho material, bajo el poder de la propia soberanía estatal del mismo *fórum*.

6.8.- Objetivos.

Objetivo general: La propuesta en si de la investigación es para modernizar el derecho contractual aplicable en las relaciones internacionales comerciales privadas (en Ecuador, Panamá y otros países)⁴²⁸ desde la etapa de la formación con homogeneidad de normas para el contrato internacional mercantil. Por ejemplo, mediante metodología de sistematización de un compendio de derecho privado con excertas flexibles. A nuestro juicio, la categorización en el ámbito local o regional se puede efectuar con la adopción de principios y normas aceptados por los operadores, sin la difícil reforma legislativa al régimen actual de los contratos internacionales.

Objetivos específicos.

- 1).- Lograr un modelo de régimen jurídico internacional flexible, único y científico del pre-acuerdo y del contrato definitivo, de pertinencia en América.
- 2).- Obtener reglas vinculantes micro que remedien las problemáticas del DIPr contractual en la gestión de negocios nacionales e internacionales;
- 3).- Alcanzar la homogeneidad de normas jurídicas armonizadas materiales para todo el proceso de la negociación en la contratación mercantil privada.

Estos objetivos son vitales en relaciones complejas, que se perfeccionan luego de dilatadas negociaciones. No es prudente insistir en la vetusta metodología del casuismo legal, sino que, por el contrario, los problemas de los contratos en el S. XXI no deben resolverse con principios generales, si no con normas directas autónomamente del sistema socio-económico y jurídico. Esto es tarea impostergable de lo contrario, se petrifica la patología jurisprudencial sin progreso. Se requieren normas y técnicas idóneas del DIPr para negociar, formar y celebrar el acuerdo cuando es internacional de utilidad para la sociedad en desarrollo.

⁴²⁸. Como ejemplo sinérgico es la acción gubernamental anunciada: “para acuerdos comerciales con el mundo Ecuador diseño un texto ‘molde’” que se utilizará en las futuras negociaciones comerciales, con tres ejes: comercio, diálogo político y cooperación; explicando: “habrá que respetar las leyes y constituciones de los diferentes países...”(DIPr). El Mercurio. 6 de sept. 2011, p. 19^a.

6.9. Metas.

Fortalecer los conocimientos y normativas del DIPr en la calificación y determinación de un régimen jurídico del contrato internacional, desde el marco interno con la viabilidad de reforzar la Convención Interamericana CIDIP-V, de México, 1994, que en su preámbulo se expresa así: “REITERANDO la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional”. Al estudiar las problemáticas que tiene el sistema jurídico romanista en América se comprueba que la regulación del régimen del contrato internacional por el derecho nacional no tiene *sine die* soluciones satisfactorias. El sistema general al negociar el precontrato no se desarrolla, y sigue entre otros, bajo la tesis romanista estatutaria de que la sola promesa obligaciones no genera.

Las normativas internas no han sido concebidas para el ámbito internacional, y ante un caso concreto con la metodología del *conflictum legum*, son incomprensibles a la seguridad jurídica, y por ello hay casos en que con galimatías (caos) la jurisprudencia nacional ha “negado” aceptar el precontrato; pero igual ha dicho que: “el objeto de la promesa de compraventa es la realización del contrato prometido, es decir, su incumplimiento no perseguirá...sino la celebración del contrato de compraventa”⁴²⁹. La promesa es un contrato preparatorio como un medio de garantizar que se llegue a celebrar la CV, que es el acuerdo que las partes quieren celebrar. El contrato de promesa asevera la doctrina universal es un instrumento para efectuar otro negocio distinto, es convención provisional y transitoria⁴³⁰.

Hay y doctrina que recepta positivamente los precontratos, con su finalidad económico-jurídica peculiar, como un medio para efectuar otro acuerdo; y ello prueba que las fuentes del DIPr en sus soluciones de colisión presentan dificultades, incertidumbre e inseguridad. Y solucionar la colisión vigente por medio de la unificación de derechos nacionales o internos, es tema pertinente, aunque complejo.

⁴²⁹. I-era Sala de lo Civil y Mercantil. Proceso: 324. Sentencia: 31-ago-2000, R.O.201:10-nov-2000. Rep.Jur.T. XLIX., p.-61

⁴³⁰. Juego semántico de teorías del contrato incompleto, el imperfecto o el preacuerdo (precontrato) en Sentencia 1 de julio, 2004. I-era Sala de lo Civil y Mercantil, Corte Suprema de Justicia Ecuador. Juicio ordinario No.287-2003, Romero-Medina. R.O. 552 de 28 de marzo de 2005; Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sept. 25, 1979. G.J., t. CLIX, 1ª parte, n.2400, p.274, detalles en Oviedo, A. (2010). Op. cit. p.43.

6.10. Descripción de los beneficiarios.

6.10.1. Directos:

* Los operadores de Comercio Exterior y Negocios Internacionales, y *per se* de las Relaciones Internacionales modernas (juristas, profesores, consultores o *Negotiórurum géstor, ingenieros, árbitros, estudiantes, etc.*) en la coexistencia pacífica de los Estados, en igualdad de sistemas socio-económicos y políticos (o sus mercados)⁴³¹.

6.10.2. Indirectos:

* Los funcionarios de la administración de justicia en el Sistema Jurídico Interamericano, llamados a la aplicación del derecho extranjero en los casos con elementos foráneos relevantes de naturaleza privada. Los Estados que ratifiquen la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, 1994, negociada, suscrita, socializada con el mecanismo del Depositario en el Derecho Internacional Público (Secretaría General de la Organización de Estados Americanos-OEA), al implementar la labor científica de la Comisión Interamericana para el Derecho Internacional Privado-CIDIP, en el ámbito de relaciones internacionales contractuales *iusprivativistas* (ramo mercantil).

6.11. Producto.

- Un moderno régimen jurídico, armonizado, sistematizado, unificado en compendio (aplicable al contrato, como mecanismo alternativo adecuado de negociación transfronteriza - MAAN), para el sistema positivo como fuente autónoma en el territorio ecuatoriano, viable de ampliar a futuro al panameño y eventualmente a otros Estados del sistema regional. Esto será útil en el desarrollo de la filosofía de receptor el derecho extranjero para obligaciones acorde a la Convención Interamericana o CIDIP V, aplicable a la Negociación Internacional Contractual.

⁴³¹. Al cumplir "...las obligaciones emanadas de los tratados y otras fuentes del derecho internacional...mantenimiento de la paz y la seguridad internacional...emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos," (del Preámbulo de Estatuto de la ONU, ref.: principios de la negociación, concretizados en artículos 1, 33 y 59).

6.12. Matriz del Marco Lógico (Por: José B. Ulloa)

Proyecto: Modelo de Régimen jurídico del contrato internacional			
RESUMEN NARRATIVO DE OBJETIVOS	INDICADORES VERIFICABLES OBJETIVAMENTE	MEDIOS DE VERIFICACION	SUPUESTOS
<p>FINALIDAD</p> <p>Potencializar la aplicación de un régimen jurídico científico al contrato internacional con la modernización de sus dimensiones o fuentes.</p>	<p>Unificación, homogeneización, sistematización y armonización de las diversas normativas sobre el régimen jurídico aplicable al contrato internacional.</p>	<p>Elaboración de un instrumento privado sistematizado de reglas positivas aplicables al contrato internacional mercantil romanista, similar a los <i>Restatement of Contract</i> del sistema anglosajón, los Principios de los contratos de <i>UNIDROIT</i>, las <i>Rules for the regulations of contractual relations</i>, 1979 (CCI); y o otros.</p>	<p>Que el instrumento de elaboración <i>iusprivativista</i> propuesto para el régimen jurídico del contrato internacional sea receptado <i>ipso facto</i> por las legislaciones internas, con aplicación del DIPr.</p>
<p>PROPOSITO</p> <p>Ampliar en el ámbito del sistema interamericano principios de armonización y aplicación del derecho extranjero, favoreciendo los mecanismos de la cooperación y asistencia judicial internacional en lo referente a las normativas sobre el contrato calificado de internacional mercantil.</p>	<p>Implementación de negociaciones sobre <i>praxis</i> en casos con recepción del régimen jurídico científico del contrato internacional, concretamente si se aplica el Derecho extranjero.</p>	<p>Constatar mediante las resoluciones de negocios contractuales internacionales, casos donde se soliciten por medio de la cooperación judicial internacional prueba del Derecho extranjero ante la Autoridad Central nacional.</p>	<p>Que en las relaciones internacionales (en el ámbito de los negocios) donde se requiera el contrato como instrumento con régimen jurídico científico se garantice su utilización mediante la aplicación de los principios contractuales científicos receptados por la doctrina mas reconocida (fuente-dimensión).</p>

Proyecto: Modelo de Régimen jurídico del contrato internacional

RESUMEN NARRATIVO DE OBJETIVOS	INDICADORES VERIFICABLES OBJETIVAMENTE	MEDIOS DE VERIFICACION	SUPUESTOS
<u>COMPONENTES</u>			
A. Aplicación de normativas uniformes en la <i>praxis</i> de la negociación del régimen jurídico del contrato internacional.	Diseñar un Compendio (con glosario sumarial) de normativas positivas para la materialización del proceso de negociación del contrato internacional mercantil en los países miembros del sistema interamericano romanista.	Informe de negociaciones. Publicación de normativas. Unificación de normativas. Sistematización y modernización de normas jurídicas contractuales.	Que se apliquen holísticamente en las negociaciones normativas sistematizadas, armonizadas y uniformes sobre el contrato internacional mercantil.
B. Cabildear que en la negociación del régimen jurídico del contrato internacional se recepte la aplicación de normativas uniformes, sistematizadas y modernizadas	Reglamentaciones jurídicas que recepten y den eficacia al régimen jurídico uniforme, sistematizado del contrato internacional sustentados en la <i>legis voluntatis</i> constitucional (Art. 66, N. 16) que garanticen la seguridad jurídica (Art. 82 CPE, 2008).	Resolución de casos contractuales Recepción de fuentes clásicas del Derecho Extranjero aplicables al contrato internacional mercantil.	Que las normativas que se apliquen al contrato internacional mercantil sean sustentadas en las fuentes directas, materiales, uniformes del derecho foral y del Derecho Extranjero.

Proyecto: Modelo de Régimen jurídico del contrato internacional

RESUMEN NARRATIVO DE OBJETIVOS	INDICADORES VERIFICABLES OBJETIVAMENTE	MEDIOS DE VERIFICACION	SUPUESTOS
<p><u>ACTIVIDADES DEL COMPONENTE I-er</u></p> <p>*Rounds de labores de profesionales para la elaboración del compendio de reglas sobre el régimen uniforme del contrato internacional.</p> <p>**Divulgación del compendio sobre normativas del contrato internacional mercantil.</p> <p>***Cabildear (lobby) ante sujetos activos y pasivos de la negociación mercantil internacional dentro de la etapa del plan de negocio (el tema de financiación).</p>	<p>Impresión del no oficial <i>restatement (iusprivativista)</i> para orientación de la negociación del régimen jurídico del contrato internacional \$10,000.</p> <p>Labores de expertos en técnicas jurídicas y mercantiles en la guía para el contrato internacional \$20,000.</p> <p>Evaluación por sujetos independientes expertos en contratos sobre beneficios del proyecto \$2,000.</p>	<p>Costos de movilización. Resúmenes de labores. Convocatorias escritas. Documentos de colaboración Facturación.</p> <p>Costos de movilización. Resúmenes de labores. Convocatorias escritas. Documentos de colaboración Facturación.</p> <p>Evaluación de organismos internacionales. Crítica-propositivas de doctrinarios y publicaciones relacionadas con el tema.</p>	<p>Que las instituciones comprendidas en la propuesta autoricen sufragar costos del proyecto.</p> <p>Que las instituciones comprendidas en la propuesta que son de los países interesados colaboren en la ejecución del proyecto.</p> <p>Cooperación y actuación activa de los organismos para el desarrollo de la unificación del Derecho Internacional Privado (contractual).</p>

Proyecto: Modelo de Régimen jurídico del contrato internacional

RESUMEN NARRATIVO DE OBJETIVOS	INDICADORES VERIFICABLES OBJETIVAMENTE	MEDIOS DE VERIFICACION	SUPUESTOS
<p><u>DILIGENCIAS II-do COMPONENTE</u></p> <p>Celebración de faenas laborales convenidas con internacionalistas privatistas y en la negociación contractual internacional.</p> <p>Instrucción a los operadores directos de comercio y de justicia sobre las fuentes o dimensiones aplicables al régimen jurídico del contrato internacional mercantil.</p>	<p>Instrumentos sobre instrucciones en temas del DIPr \$5,000.-</p> <p>Seminarios de entrenamiento llevadas a cabo por expertos técnicos de Organismos Internacionales en la Negociación contractual Transfronteriza mercantil \$45,000.</p>	<p>Agenda de trabajo Fotografía para proyectores (<i>slides</i>). Invitaciones. Contratos de entrenamiento. Facturación (<i>Invoices</i>).</p> <p>Facturas (<i>Invoices</i>) Acuso de recibo de convocatorias Publicaciones de medios de comunicación social. Costos de viajes. Facturas.</p>	<p>Contribución e intervención activa de los educandos.</p> <p>Aportación activa de los actores considerados en el propósito (materialización de la propuesta).</p>
TOTAL	USD\$50.000		

6.13. Operacionalización de la Propuesta.

FASES	ACTIVIDADES
PLAN DE GESTION	Celebración de reuniones y conversatorio con las Autoridades Universitarias de la ULEAM.
	Presentación del proyecto ante la Institución de Investigaciones Jurídicas de la Universidad.
	Gestionar ante los órganos Estatales internos pertinentes del Ejecutivo y el Legislativo.
EJECUCION	<i>Rounds</i> de labores de implementación con representantes de autoridades receptoras del proyecto.
	Contratación de profesionales idóneos de los organismos receptores del proyecto para la sistematización, unificación y homogeneización de normativas <i>iusprivativistas</i> internas vigentes del DIPr.
	Socialización ante los diversos operadores de Relaciones Internacionales sobre el proyecto de unificación, armonización y sistematización de Derecho Aplicable al contrato internacional ramo mercantil de fuente autónoma.
	Coordinar con los funcionarios competentes para la legislación inicial de la compilación de normativas (etaticas y no etaticas vigentes) aplicables a la categoría del contrato internacional mercantil.
	Negociación de soporte apoyado en cooperación internacional (aplicación del derecho extranjero) con organizaciones <i>sui generis</i> de coordinación estatal, y privadas como: ONU, OEA, <i>UNIDROIT</i> , CCI para la recepción macro del proyecto.
EVALUACION	Resultados de los elementos de ambas etapas, <i>ergo</i> de la planeación (fase endógena de la negociación) y de la ejecución del proyecto.

6.14. Metodología.

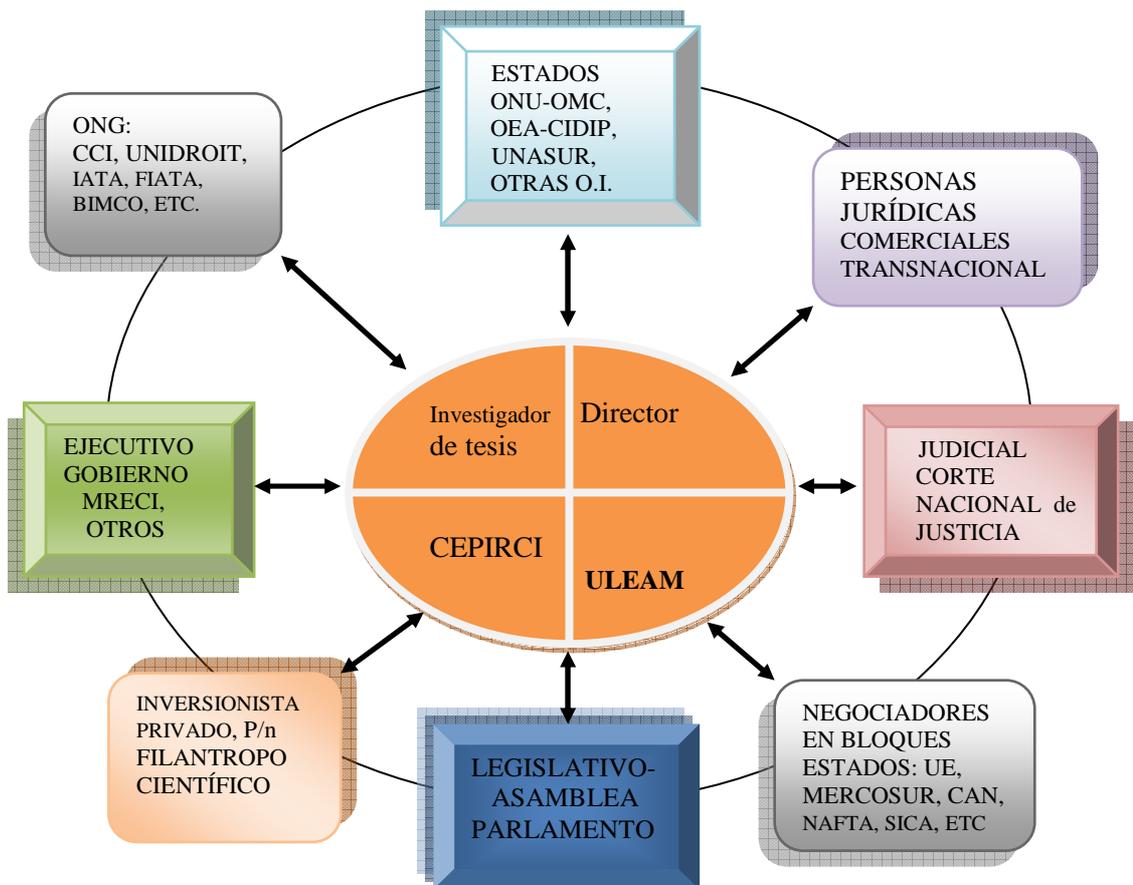
Métodos: Análisis descriptivo, lógico-deductivo, explicativo, histórico-materialista, dialéctico, crítico-propositivo.

TECNICAS (estrategias metodológicas activas): Discusión de casos, encuestas o muestreo de campo, entrevistas, coloquios o seminarios sobre el tema propuesto, ficheros bibliográficos, consultas técnicas, evaluación de la propuesta.

*De carácter diagnóstico: Conocimiento de las problemáticas de negociaciones del régimen jurídico del contrato internacional mercantil (Análisis FODA)⁴³².

*De resolución: Propuesta viable, con metodologías activas en problemas puntuales.

6.15. Estructura de la Gestión de la Propuesta (Lobby)



⁴³² . Fortalezas, Oportunidades, Desventajas y Amenazas del plan del negocio propuesto (jurídico).

6.16. Presupuesto.

PLAN DE PROYECTO DE UNIFICACION NORMAS APLICABLES AL CONTRATO INTERNACIONAL DE FUENTES AUTONOMAS	COSTOS
Desarrollo del modelo de plan del proyecto <i>iusprivativista (restatement)</i>	25,000
Logística de promoción, socialización (Marketing del plan)	10,000
Gestión de oficialización ante Órganos Ejecutivo y Legislativo en el ambito americano (Lobbys – Cabildeo)	10,000
Sustentaciones jurídicas: dogmático, casuístico y pragmático	10,000
Informes estadísticos	5,000
TOTAL	60,000.00

6.17. Recursos.

La propuesta en comento puede sustentarse con la financiación material y de recursos humanos básicamente de instituciones públicas y personas jurídicas como:

- Universidad Laica “Eloy Alfaro” de Manabí,
- Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador,
- Ministerio de Relaciones Exteriores Comercio e Integración
- Asamblea Nacional del Ecuador,
- Cámaras de Industrias y comercio (internacional),
- Representaciones de Organizaciones Internacionales de los Estados (CNUDMI-*UNCITRAL*, CIDIP-OEA, UNASUR, MERCOSUR, CAN, UE, OMC, etc.)
- ONG de asistencia internacional al comercio (*UNIDROIT*, CCI, ASADIP⁴³³),
- Inversionistas privados sujetos activos en Relaciones Económicas Internacionales interesados en el desarrollo positivo del *International Mercantile Business Law*.

⁴³³. Asociación Americana de Derecho Internacional Privado.

6.18. Monitoreo y Evaluación.

La etapa de monitorear la propuesta se encaminará a la dirección de los representantes de los sujetos activos que facilitarán financiación económica (y *know-how*) para implementar la misma, como igual por los operadores destacados en derecho de la provincia de Manabí, y del Ecuador, llevándose a efecto de conformidad con el diagrama o configuración del mecanismo de tramitación de adecuaciones y la recepción a la legislación positiva *iusprivativista* nacional.

Primer Nivel de Evaluación - Diagnóstico:

- Evaluación parcial de la línea de base en cuanto al cumplimiento de lo recomendado, acorde a la recepción y reconocimiento del derecho extranjero, y los preceptos constitucionales estatales, que establecen por ejemplo que “los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución” (Art.417, 418), y que solo cuando “contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley “ (Art. 419, N.3) para la ratificación se requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional, con respecto al beneficiario interesado, o motivo de la investigación. Esto procederá en función de la teoría receptada en la implementación de los acuerdos internacionales, mediante incorporación, o bien la transformación de la norma de derecho.

Evaluación Procesal:

- Revisar y superar dificultades y limitaciones a través de grupos concéntricos en la implementación de la propuesta (sinergias en gestión).
- Corregir debilidades a través de reformas o enmiendas en la propuesta.
- Retroalimentación (*Feed Back*) con diferentes grupos de expertos.
- Acompañamiento, asesoría a los beneficiarios principales.
- Talleres y campañas masivas por prensa escrita y hablada (coloquios).

Evaluación Final:

- Aplicación de guías de Observación para identificar los alcances de la propuesta en la realidad objetiva del ámbito segmentado.

- Implementación de entrevistas a los actores beneficiarios de la Investigación.
- Celebración Evaluativa y Rendición de Cuentas (evaluación).

6.19. – Cronograma.

N°	ACTIVIDADES	2011									
		OCTUBRE				NOVIEMBRE					
		1	2	3	4	1	2	3	4		
1	Fortalecimiento de la propuesta y socialización.			X							
2	Reunión preliminar, presentación de la Propuesta.			X							
3	Convenio de responsabilidades por secciones (<i>bona fide</i>).			X							
4	Visita a la prensa, radio, Tv.				X						
5	Elaboración y difusión del periódico mural y entrega de trípticos.					X					
6	Celebración Evaluativa y Rendición de Cuentas.						X				

6.20. Bibliografía.

Documentos textos oficiales (entre ellos):

Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, San Francisco, CA, EUA, 26 de junio de 1945 (Ed. de la ONU).

Convención de la ONU sobre los Tratados Internacionales, Viena 1969 (CVT).

Convención de las Naciones Unidas sobre la Compra Venta Internacional de Mercadería, Viena, 1980 (R.O. 39,2.10.1992, Ecuador).

CIDIPs, V-1994, OEA-Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado aplicable al Contrato Internacional (al 2006 Ecuador y Panamá: no ratificado o Adherido).

Constitución Política de la República de Panamá (1972).

Constitución Política de la República del Ecuador (2008).

Código de Derecho Internacional Privado – CSB (Suplemento del R.O. 1202, 20.8.1960 de la República del Ecuador. G.O. 5.428 de 7 de enero de 1929 de la República de Panamá).

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (RO 875: 14-02-1992).

Código Civil de la República de Panamá (Ley 2 de 1916, Ley 44 de 1917).

Código Civil de la República del Ecuador (R.O.-S. No. 46: 24-VI-2005-010).

Código de Comercio de la República del Ecuador (RO-S 1202:20-ago-1960).

Código de Comercio de la República de Panamá (G.O. No.2339, Junio 4, 1917).

Código Judicial de la República de Panamá (Resolución No.1, agosto 30, 2001).

Código de Procedimiento Civil del Ecuador (R.O.-S. No.58 12-VII- 2005).

Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador (L. s/n-PCL. Ro 145:4-sep-1997).

Ley de Comercio Electrónico del Ecuador del 10 de abril del 2002

Ley de Comercio Exterior del Ecuador No.12 (22.05.1997); y otras.

Trabajos de la Doctrina del DIPr más reconocida (*Responsa Prudentum*):

- ADAIR, D. (1993) "*The Hague Trust Convention and its importance for Panama*". El Fideicomiso en el Derecho Comparado, CED, Panamá, Universidad Nacional.

- OVIEDO ALBAN, J. (2005). Derecho Mercantil Contemporáneo. Colección de Derecho Privado y Globalización. Bogotá. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.

- OVIEDO ALBAN, J. (2006) "Aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercancías como *lex mercatoria*", en la Nueva *Lex Mercatoria* y contratos internacionales. Bogotá, Colec. Derecho Privado y Globalización, Ed. Ibáñez.

- OVIEDO ALBAN, J. (2008). Derecho Mercantil Contemporáneo. Colección de Derecho Privado y Globalización. Contratos, Tomo 3, Director Oviedo Albán J. Bogotá. Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez.

- OVIEDO ALBAN, J. (2008). La formación del contrato. Bogotá. Universidad de la Sabana.

- ANDRADE VALLEJO, R. (2006) Legislación económica del Ecuador, 8-ed., Ecuador. Editorial Abya- Yala.

-ANDRADE UBIDIA, S. (2004). Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano. Ecuador. Colección profesional ecuatoriana.

- ARIAS VARAHONA. J. (2006). Manipulación portuaria y daños a las mercancías. La responsabilidad extracontractual del operador portuario. Granada. Editorial Comares.

- ARRUE MONTENEGRO, C. (2008). Derecho Procesal Internacional. Panamá. *Universal Books*.
- BALESTRA, R. (1993). Derecho Internacional Privado. Parte Especial. Argentina. Ed. Abeledo Perrot.
- BARRETO ARDILA, R. (2002). Negociación Directa-MASC. Colombia. , Edit. Doctrina y Ley Ltda.
- BARROS MEZA, R. (2007). Manual de derecho civil. De las obligaciones. Santiago 10-ed., Editorial Jurídica de Chile.
- BIOCCA-CARDENAS-BASZ (1990). Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General. Buenos Aires. Editorial Universitaria.
- BOGGIANO, A. (s.a.). Contratos Internacionales ----- *International Contracts*. Argentina. Editorial Depalma.
- BOGGIANO, A. (1983). Derecho Internacional privado. T. II. Argentina. Ed. Depalma.
- BOUTIN, G. (2000). Del objeto del Derecho Internacional privado. Panamá. Editorial Imprenta Universitaria.
- BOUTIN, G. (2006). Derecho Internacional Privado. Panamá. 2-edition. Edition Maître Boutin.
- BOUTIN, G. (1984). Principios Prácticos del Derecho Internacional Privado Panameño. Panamá. Editorial Renovación, S.A.
- BOUTIN, G. (1998). Del Contrato de Factoraje Internacional. Panamá. *Ed. Etude Maître boutin*.
- BOUTIN, G. (2002). *La Lex Mercatoria* en el Derecho Internacional Privado. Panamá. Ed. CED Universidad Nacional.
- BOUTIN, G. y otros, (1993). El Fideicomiso en el Derecho Comparado. Panamá. CED, Universidad Nacional de Panamá.
- BOUTIN, G. (1998). Del reconocimiento de la *Lex Mercatoria* en la Jurisprudencia Panameña. Panamá. Impresora Panamá.
- BOUTIN, G. (1993). El Contrato de *Leasing* Internacional. Colombia. Editorial Mizrachi & Pujol, S.A., Impr. Lerner Ltda.
- BULLO, E. (1998). El derecho de seguros y de otros negocios vinculados. T.1. Buenos Aires. Editorial Abaco.
- CALVO, C. – CARRASCOSA, G. (2004). Derecho Internacional Privado. Granada.
- COVIANO R. y otros, (1997). Negociación y Mediación. Argentina. Ed. Ad- Hoc.
- CEVALLOS VASQUEZ, V. (2005). Contratos Civiles y Mercantiles, T.I. Ecuador. Ed. Jurídica del Ecuador.
- CLARO SOLAR, (1979). Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado. T. I.
- COELLO GARCIA, H. (2004). Derecho Internacional Privado. UDA- CUENCA. Fundación C. Peñaherrera.
- CONTRERAS VACA, F.J. (2004). Derecho Internacional Privado. Parte especial. México, *Oxford University Press*.
- CUEVA CARRION, L. (2004). Convenio, Contrato y Tratado. Ecuador. Ed. Cueva Carrión.
- DANIELS, J. y otros, (2004). Negocios Internacionales – Ambientes y operaciones, México. *Editorial Pearson Education*.
- CANABELLA DE LAS CUERVAS, G. (2004). Derecho de Internet. Argentina. Ed. Heliasta.
- DEGRACIA, M. (1999). La Negociación, una capacidad práctica del abogado. Buenos Aires. Librería Editorial Platense.
- DE LA TORRE, M. (2004). Principios de Derecho Comercial. 9-ed. Colombia. Ed. TEMIS.
- HANSE VOELKEL, G. (1971). El Fideicomiso en Panamá. Panamá

- ENRIQUEZ ROSAS, J. (1999). Transporte Internacional de mercancías. México. Ed. Porrúa.
- ENRIQUE YANEZ, J. (1998). Tratados de Derecho Internacional Privado. Quito. Ed. P-Gráfica.
- ESPERON, M. (2009). Manual de contratos civiles y mercantiles. México. Edit. Trillas.
- ESTRADA HEREDIA L. (2006). Como hacer exportaciones. Quito, Editorial Abya-Yala.
- FERREL, O.- HIRT, G. (2004). Introducción a los Negocios. México. Ed. McGrawHill.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, C. (2004). Curso de Derecho Internacional Privado. Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria.
- FERNANDEZ DE CORDOVA, P. (1997). Estudios de Derecho Comparado. Universidad de Cuenca. Ecuador. Editorial Pudelco S.A..
- GOMES, C. – MARTINEZ, G. (2003). Negociación Internacional. Madrid. ESIC Ed.
- GABALDON GARCÍA, J. – RUIZ SOROA, J. (2002). Manual de Derecho de la Navegación Marítima, 2- edición. España. Ed. Marcial Pons.
- GOLDSCHMIDT, W. (1985). Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, 5-ed.. Buenos Aires. Depalma.
- GONZALES, C. – FERNANDEZ, R. (1995). Derecho Internacional Privado. Madrid. Ed. Eurolex.
- GUZMAN ESCOBAR, J. (2007). El contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque. Colombia. Ed. Universidad Externado de Colombia.
- HARGAIN, D. – MIHALI, G. (1998). Circulación de Bienes en el MERCOSUR. Argentina.
- HANNA MUSSE, A. (1990). Lecturas de Derecho Económico. Quito. Banco Central del Ecuador.
- HERDEGEN, M. (2005). Derecho Internacional Público. México. UNAM, *Konrad Adenauer Stiftung*.
- HIDALGO, C. (1997). Introducción a los Negocios Internacionales. México. Ed. Limusa Noriega.
- JOVANE LISSY, N. (2001). Problemas jurídicos del Comercio Electrónico. Panamá. Ed. Mizrachi & Pujol, S.A.
- LANDERO, M. (1999). El contrato de franquicia, delimitaciones y configuraciones. Panamá. Universidad Nacional de Panamá.
- LARREA HOLGUIN, J. (1998). Manuel de Derecho Internacional Privado ecuatoriano. 5-ed., Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- LARREA HOLGUIN, J. (2006). Quito. Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. T. II, XI.
- LOMBANA, E. (1987). Derecho Internacional Privado. Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Panamá.
- LOMBARDO, J. (1990). Derecho Civil III. "Contratos". Panamá. Ed. Centro de Estudiantes de Derecho, Universidad de Panamá.
- LONDOÑO, N.R. (2011). "El riesgo en la contratación internacional: La competencia judicial" en Aportes a la Dogmática Jurídica Colombiana Contemporánea. Medellín. Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.
- MACÍAS HURTADO, M. (1988). Instituciones de Derecho Mercantil Ecuatoriano. Quito. Banco Central.
- MADRIÑAN, de la T. (2004). Principios de Derecho Mercantil. Colombia. Ed. TEMIS.
- MARTIN CASAL, M. (2002). Reflexión sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil. Proyecto de investigación "*European Principles on Tort Law*" (EPTL). Ministerio de Ciencia y Tecnología, Programa I+D 2003-2005.

- MATERNO VASQUEZ, J. (1988). Fundamentos del Derecho Internacional Privado Panameño. Aplicación del Derecho Extranjero. Panamá. Editorial Olga Elena.
- MESSINEO, F. (2003). Manual de Derecho Civil y Comercial. Vol. 4, Derecho de Obligaciones. México. *Oxford University Press*.
- MEZA, D. (2000). Lecciones de Derecho Civil y Comercial Comparado. Manta.
- MEZA, D. (2007). Surgimiento y Desarrollo del Derecho Internacional Público, libro 2. Ecuador.
- MONROY CABRA, G. (1999). Tratado de Derecho Internacional Privado. Colombia. Ed. TEMIS S.A.
- MORALES ALVAREZ, J. (1995). Teoría General de las Obligaciones, Universidad de Cuenca.
- NAVARRO PENTON, G. (2009). Régimen Jurídico de la Compraventa Internacional de Mercancías en Europa y América Latina: ¿Un sistema eficiente? Tesis Doctoral. Granada.
- ORANGEL, R. (1917). Derecho Internacional Privado. Venezuela. T.I. Tip. Vargas.
- ORTIZ MONSALVE, A. (2000). Manual de obligaciones (Civiles y Mercantiles). Colombia. Ed. Temis, S.A.
- OVEJERO BERNAL, A. (2004). Técnicas de Negociación. España. McGraw Hill.
- QUINTIN, A. (1982). Teoría del Derecho Privado Internacional. Montevideo. E. IDEA.
- QUINTERO DE PRIETO, B. (2000). Teoría Básica de la Indemnización. Colombia. E. Leyer.
- PICO MANTILLA, G. (2006). Jurisprudencia ecuatoriana de casación civil. Quito. Ed. Artes Gráficas señal, Impresora Cía Ltda
- PONTONTY ZUMARRAGA, A. (2009). Introducción al Derecho Marítimo Ecuatoriano. Perú. Edilex S.A.
- PARRA PARRA, J. (2005). Sociedades Extranjeras y Negocios Internacionales. Colombia. Editorial Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- PARRAGUEZ RUIZ, L. (1986). Manual de Derecho Civil ecuatoriano. Teoría general de las Obligaciones. Quito. Ed. Gráficas Mediavilla.
- RAVASSA MORENO, G. (2002). Derecho Mercantil Internacional. Colombia. Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- RIOFRIO, C. (2004). La prueba electrónica. Colombia. Temis.
- RIVAS CADENA, L. (1989). Derecho Civil. Quito. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- ROMAN SANCHEZ, A. (2009). Normas generales de contratación mercantil. Panamá. Editorial Portobelo.
- RODRÍGUEZ CARRION, J. (1992). Estudios de seguro marítimo. España. Ed. José María Bosch.
- SALCEDO, V. (2001). El Arbitraje: La Justicia Alternativa. Ecuador. Editorial ONI.
- SANCHEZ ZURATY, M. (2011). Obligaciones y Contrato. Quito. Editorial Jurídica del Ecuador.
- SANTOS BELANDRO, R. (2000). Arbitraje Comercial Internacional. 3-ed., México. *Oxford University Press*.
- SANTOS BELANDRO, R. (2002). Bases Fundamentales–La Haya-UNCITRAL-UNIDROIT. Uruguay. Asociación de Escribanos de Uruguay.
- SANTOS BELANDRO, R. (s/a). El Derecho aplicable a los Contratos Internacionales. Uruguay. Fundación de Cultura Universitaria.
- SANTOS BELANDRO, R. (2008). Derecho Comercial Internacional. Uruguay. Asociación de escribanos del Uruguay.
- SARIÑANA, E. (2009). Derecho Mercantil. México. Editorial Trillas.
- TORRES CHAVES, E. (2002). Breves comentarios a la Ley de Comercio Electrónico firmas electrónicas y mensajes de datos. Ecuador. Ed. Corp. De Estudios y Publicaciones.

- Torres Vásquez A. (2001). *Introducción al Derecho*. Lima. TEMIS.
- VALDEZ SANCHEZ, R. (1997). *La transacción. Solución alternativa de conflictos*. Colombia. Editorial Legis.
- VALENCIA RESTREPO, H. (2003). *El Derecho Internacional como orden jurídico y como Disciplina científica*. Colombia. Ed. Biblioteca jurídica.
- VALDIVIESO BERMEJO, C. (2005). *Tratado de las obligaciones y contratos libro IV del Código Civil*. Loja. Grafimundo.
- VESCOVI, E. (2000). *Derecho Procesal Civil Internacional*. Montevideo. Ed. Idea.
- WRAY, A. y otros, (1994). *Medios alternativos de solución de conflictos legales*. Quito. Serie Estudios Jurídico.
- YUPANQUI, MARIN (2005). *¿Cómo hacer la tesis?*. Quito. Universidad Central.
- WOLFF, M. (1958). *Derecho Internacional Privado*. Barcelona. Ed. BOSCH. *Urgel 51*.
- ZAPATA DE ARBELAEZ, A. (2003). *Derecho Internacional de los Negocios, Alcances*. Colombia. Universidad Externado de Colombia.

BIBLIOGRAFIA EN IDIOMAS EXTRANJEROS (Orden alfabético, inglés y ruso):

- ANSON'S (1979). *Law of Contract*. Moscow. Russian translation, 1984, Oxford University Press.
- BOGATARIOV, A. (1992). *Derecho de Inversión*. Moscú. Rosiskoie Pravo.
- BOGUSLAVSKY, M. (1989). *Derecho Internacional Privado*. Moscú. Ed. Relaciones Internacionales.
- BUIKOV, A.- POPOVICH, D. (1986). *Fundamentos del Derecho del Transporte automovilístico*. Moscú. Lit. Jurídica.
- CHESHIRE & NORTH'S (1987). *Private International Law*, 8- ed. London., Butterworths.
- CHESHIRE & NORTH'S (1979). *Private International Law*. Moscow. Traducing by Andrianova S. H. (1982).
- HOLMES, O. (1963). *The Common Law*. England.
- KAMAROV, A. (1991). *Responsabilidad en el Intercambio Mercantil*. Moscú. Liter. Jurídica.
- KORESTKYI, V. (1989). *International Private Law. T. I y II*. Kiev. Ed. Naukova Duma.
- KRILOV, C.- PERETERSKYI, I. (1959). *Derecho Internacional*. Moskwa. Edición 2, Gosyurisdat.
- LIZOVSKYI, B. (1979). *Derecho Comercial Internacional*. Ed. Relaciones Internacionales.
- LUNZK, L. (1973). *Curso de Derecho Internacional Privado*. Moskwa, Editorial Literatura Jurídica.
- MORGAN & MORGAN (1989). *The Corporation under Panamanian Law. Legislation*. Panama.
- POPOV, A. (1980). *Pagos Internacionales y Financiación del Comercio Internacional*. Moscú. Editora Relaciones Internacionales.
- POSNIAKOV, V.- SADIKOV, O. (1985). *Regulación jurídica de las relaciones de Comercio Exterior de la URSS, Rusia*. Ed. Relaciones Internacionales.
- PUCHISKOVO, V.- KYULAGINA, M. (1986). *Derecho Civil, Comercial y de Familia de los Estados Capitalistas*. Moskwa. Ed. Universidad de la Amistad de los Pueblos.
- ROSEMBERG, M. (1991). *Celebración del Contrato Internacional de Compraventa de mercancías*. Moscow. Centro económico-exterior-COBININTERIUR-.
- SADIKOV, O. (1984). *Derecho Internacional Privado*. Moscow. Ministerio de Educación Media y Superior de la URSS. Literatura Jurídica.

- SCHMITTHOFF 'S, C. (1990). *The Law and practice of International Trade*, 9-
edition. London, Stevens & Sons.
- TREITEL, G. (1991). *The Law of Contract*, 8-edition. London. Sweet &
Maxwell/Stevens.
- ULLOA, J. (1981). Régimen Jurídico del Canal de Panamá. Tesis de grado de
PhD, Kiev. Ed. Ministerio Educación de Ucrania, Universidad T.G.Shevchenko.

LINKOGRAFÍA:

1. La regulación jurídica del contrato internacional [en línea], disponible en:
vlex.com/regulacion-juridica-contrato-internacional.50203536.-
2. Castillo Saborío Sarita (2003). El Contrato Internacional. Universidad de Costa Rica.
Facultad de Derecho [en línea], disponible en:
www.ij.derecho.ucr.ac.cr/phps/documentacion/derecho.
3. Perales Viscasillas P. "Tratamiento jurídico de las cartas de confirmación en la
Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías", [en
línea], disponible en: www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/confirma.html.-
4. Fabiola Romero: La nueva regulación del derecho internacional privado en Australia,
Italia, Yemen y Venezuela. Ley Italiana de Derecho Internacional Privado [en línea],
disponible en: www.zur2.com/objetivos/leyextran/italia.htm
5. Martínez de Carrasquero, González Gutiérrez, Rojas de Mavaréz. Negociación y
Transferencia tecnológica en el proceso de vinculación universidad- sector productivo,
[en línea], disponible en: www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci...
6. *Tazans Kalvis The mirror rule* (en línea), disponible en:
www.juridicalinternational.eu/latvian-contract-law-and-the-eu-
7. Loredó Alejandro. "Contratos informáticos y telemáticos, comercio electrónico, y
su regulación en la Ley Mexicana, 10.05.2006, Colaboraciones, General, Nuevas
Tecnologías, derecho por Pedro J. Canut". [en línea], disponible en: Principales
Contratos; ...es.wikipedia.org/wiki/Contrato.
8. Principios de UNIDROIT, etc. Oré Chávez I. [en línea], disponible en:
derechogeneral.blogspot.com.../los-principios-de-los-contratos.html.-
9. Principios de los Contratos Comerciales Internacionales,...[en línea], disponible en:
www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/confirma.html.
10. "Contratos informáticos y telemáticos y regulación en la Ley Mexicana en el
entorno del comercio electrónico", [en línea], disponible en:
http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art_216.
11. De Alba Enrique. "Régimen de las reclamaciones por daños con motivo de la
navegación por El Canal de Panamá, conforme a la Ley de la Autoridad del Canal, año
2001, Editorial Mizrahi & Pujol, S.A., p. 50; web page de la Comisión del Canal de
Panamá: www.pancanal.com.
12. Jenkins Alma del Carmen. Panamá y CISG: ¿Facilitador del Comercio
Internacional? en línea, disponible en: www.legalinfo-panama.com/.../articulos_58.htm-
13. Compraventa. Internacional de Mercaderías de Pilar Perales Viscasillas... Piraes
Viscosillas. María del Pilar. La formación del contrato en la... (en línea), Disponible
en: biblioteca.unisabana.edu.co/ojs/index.php/dikaion/article/download/.../1365 -
14. Barzallo José. Ley Ecuatoriana se compone de tres Títulos,...por el Código de
Procedimiento Civil para el caso de los contratos internacionales....Edita: Alfa- Redi,
No.019 – Febrero del 2000, [en línea]. Disponible en: [www.alfa-redi.org\(rdi-
articulo.shtml?x=](http://www.alfa-redi.org(rdi-articulo.shtml?x=)
15. Aida Noblia, Las fuentes del Derecho Informático [en línea], disponible en:
[www.alfa-redi.org\(rdi-articulo.shtml?x=1391\)](http://www.alfa-redi.org(rdi-articulo.shtml?x=1391))).

16. Resumen de los Principios Generales de Contratación (PCCI), Principios de UNIDROIT para la contratación mercantil internacional. *Pace Law School Institute of International Commercial Law*- Oviedo Alban, 2002 [en línea], disponible en: www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html -
17. “Sistemas para la regulación jurídica de los contratos [en línea], disponible en: vlex.com/vid/regulacion-juridica-contrato-internacional-50203536.
18. Sistema nacional de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano...[en línea], disponible en: www.revistajuridicaonline.com/index.php?...
19. Mislany Hernández Aguiar y MSc. Yineisy Cedré Santos - El uso de *modelos* de Contratos impresos, ... en Comercio *Internacional* [en línea], disponible en: www.gestiopolis.com/.../negociacion-conceptos-conocimientos-y-herramientas.htm-
20. Manzanares Bastida Bruno. Contratos Internacionales Especiales [en línea], disponible en: Web:www.tradelex.com –
21. Pérez Vera E., Goddar Adame J. , El derecho de los contratos internacionales. <http://www.bibliotejuridica.org/libros/6/27776/5.pdf>
22. Oviedo Alban Jorge, vid.: Aproximación al sistema de fuentes del contrato de compraventa internacional de mercancías, [en línea], disponible en: [www.javeriana.edu.co/.../pub.../internacional.../cap% 205.PDF](http://www.javeriana.edu.co/.../pub.../internacional.../cap%205.PDF).
23. “Las normas de Derecho Internacional Privado,...materiales como [en línea], Disponible en: las....www.notariosyregistradores.com/PINCELADAS.htm.
24. *The spirit of Roman law [en línea]*, disponible en: ... Rudolph von Ihering. *The spirit of Roman law in the ...*www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552000002200020&script=sci_arttext-
25. Vivien Matteo T. La Contratación Mercantil y la Añoranza del "*Jus Commune*". ... en el ámbito interamericano y en... [en línea], disponible en: www.Derecho.comercial.edu.uy/PonenciaMatteo.htm.
26. Cordobera Lidia Garrido, El poder en la negociación contractual y las desigualdades negociales", [www.acaderc.org.ar/...Poder _en la negociación contractual.../](http://www.acaderc.org.ar/...Poder_en_la_negociacion_contractual.../), file PDF.
27. Ruy Pereira C. "El Código Civil Brasileño de 2002, La empresa y la Autonomía Del Derecho Comercial". www.iaba.org/.../camilo_Ruy_El_Cod_Civ_Bras_sp.htm-
28. asiapacifico.bcn.cl/.../sistema-legal-chino-tlc-china. Art. 126.: ver en Solis Riera C. Información [en línea], disponible en: <http://www.rebollo-abogados.com>. 28 Jul 2009; Ley de Contratación de 1999, www.laticounsel.com/esp/noticiaampliada.php?...; Abogado, LL.M, University of Sydney.
29. "...a ley China será universalmente aceptada en el context internacional...[en Línea], disponible en: asiapacifico.bcn.cl/.../sistema-legal-chino-tlc-china).
30. "La regulación jurídica del contrato internacional [en línea], disponible: vlex.com/vid/regulacion-juridica-contrato-internacional-50203536.
31. El Derecho Internacional Privado es un derecho local y no un derecho suplantación [en línea], disponible en: [http://www.marisolqueiruga.comar/derecho internacional privado.htm](http://www.marisolqueiruga.comar/derecho-internacional-privado.htm).
32. Zamora Cabot F. "*On International Comity in the Private International Law System of The USA.*"[en línea], disponible en: http://www.reei.org/reei19/doc/nota_zamora_francisco_avier.pdf
33. “Los usos y costumbres en el derecho mercantil contemporáneo. Referencia al Derecho colombiano, comparado y la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercancías” [en línea],en: <http://cisg.tij.uia.mx/oviedo1.html>.
34. Martínez, González, Rojas, "El proceso de Negociación consta de varias etapas..." [en línea], disponible en www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci...-

35. DALLANEGRA PEDRAZA Luis, PROCESOS, METODOS Y MODELOS DE NEGOCIACION, Negociación Internacional [en línea], disponible:"Geosur"...
<http://luisdallanegra.bravehost.com/Negointe/negoint6.htm>.
36. González Alcántara Luís J. "La contratación comercial en el Derecho comparado Del Profesor Boris Kozolchyk [en línea], en:
www.uscubalegalforum.org/.../gonzalezbookreview -
37. Zartman W. Negociación: Teoría y Realidad (en línea), disponible en:
<http://www.salvador.edu.ar/negociac.htm>.
38. Ortiz Herbener A. Contratos autónomos de Garantía a primera demanda [en línea], disponible en: ...Sentencia Corte Suprema de Justicia (Ecuador),
www.revistajuridicaonline.com/index.php?...
39. *Contrato del cheque: acuerdo de Voluntades (contrato)*...(en línea), disponible en:
www.galeon.com/abmagana/amerc5.htm.
40. La regulación jurídica del contrato internacional, [en línea], disponible en:
vlex.com/vid/regulaciòn-jurídica-contrato-internacional-50203536.
41. Manzanares Bastidas B., Contratos Internacionales Especiales. 2008, [en línea], disponible en: www.tradexlex.com.
42. Gonzales Jorge. Que componen el sistema jurídico foral, en la estructura de la... verbigracias, el lugar de la celebración o del cumplimiento del contrato. Del Arbitraje Internacional en Panamá [en línea], disponible en:
Jorgonzalezv.blogspot.com/2009/03/la-regla-de-conflicto-su-composiciòn.htm
43. Felemegas, J., "Comparison between provisions of the CISG (Article 24) and the counterpart provisions of the UNIDROIT Principles (Art. 1.9)".
<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/principles/uni24.html#ed>.
44. Oviedo Alban, J. "Los principios del derecho europeo de contratos:..." [en línea], cit.: redalyc.uaemex.mx/redalyc/html/720/720001524/72001524.html.

Hemerografía (de revistas, periódicos y otras publicaciones):

1. **López Herrera.** El Contrato en el Derecho Internacional Privado. Universidad Central de Venezuela. Revista Facultad de Derecho. Nov. No.1, 1954.
2. **Fueyo Laneri (1963).** "Contratos preparatorios". Imprenta y Lit. Universo, Santiago de Chile, citado por: Revista de Derecho, Quito, Julio - Sep.1964, Corp. de Estudios y Publicaciones. P. 196-197.
3. **Bucheli Mera Rodrigo.** El orden jurídico internacional, el orden jurídico interno y el Derecho Internacional Privado. Boletín del Instituto de Derecho Comparado. UCE. No.19, 1972, p. 130-133.
4. **Ulloa Almanza José Bonarge.** "Problemas y necesidad del canal a nivel del mar para el comercio internacional en los años 80". "Importancia del Canal de Panamá para la navegación marítima internacional". El Sol. 4, 5, 7, 9 de enero 1980. Ecuador-Manta (Serie de publicaciones matutinas).
5. **Boutin G. I.** "El reenvío en el Derecho Internacional Privado Panameño", Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Centro de Investigaciones Jurídicas. Anuario de Derecho. Año XIV. 1985. No.14. Pág. 64.
6. Auto del 6 de diciembre de 1994. Primer Tribunal Superior. Proceso de Liquidación Forzosa del Banco Interoceánico de Panamá, S.A.). Revista *Juris*, Año 3, No.23. Pág. 103.
7. **Lorenzetti Ricardo,** "Abuso del Derecho, contratos de duración y distribución de bienes. Rev. De Derecho Privado y Comunitario. N.16, Rubinzal - Culzoni Ed., Argentina, 1998, p.101.
8. **Arosemena Samudio,** "El Crédito Documentario Irrevocable", Rev. Lex del

- Colegio Nacional de Abogados, Panamá, Abril- agosto, 1993, Littho Imprint. Panamá, p.97.
9. "Contratos Modernos". Revista de Derecho Privado y Comunitario. Dirección: Alegría Héctor. Argentina, Sta Fe, 1997, Editores Rubinzal-Culzoni, p. 487.
 10. **Boutín Gilberto**. "Análisis de la Convención de México sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Anuario de Derecho, Panamá, No.27, 1998.
 11. Proceso Ordinario María E., Palomo A. y Ana Alcázar de Palomo vs Dorado Mac, S.A. R.J. junio 1998, pág. 226 en el Código Civil de la República de Panamá, Ed. 2004, Sistemas Jurídicos, S.A., p.150, 152 y 154.
 12. **Romero-Pérez Jorge E.** "Underwriting: contrato financiero moderno". Revista de Ciencias jurídicas. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Colegio de Abogados, En.- Abril 2006, p.95.
 13. **De Cores Carlos**. "La reforma francesa del derecho de las garantías mobiliarias: una perspectiva latinoamericana", Revista de Derecho 2007, Universidad Católica, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007, p.78.
 14. **Reyes de Vásquez M.** "El convenio de Montreal de 1999 y sus innovaciones en el transporte aéreo internacional. Revista Lex, Panamá, 2007.
 15. Ley 32 de 01 de Agosto de 2006, denominada "Cláusulas arbitrales en Contratos de consumo en el extranjero" (Art.1421-C). Revista del Colegio Nacional de Abogados, 2007, p. 193-195.
 16. **Hernández Arosemena J.** "Autonomía conflictual en el Derecho Internacional Privado". Rev. Lex 2007, Colegio nacional de Abogados de Panamá, p. 86.
 17. El Crucero "*Oasis of the Seas*" con estrategias societaria de la *Royal Caribbean Cruises* y de Finlandia a costos de \$1,500 millones de Dólares EUA ", Diario Manabita, 1.11.2009, p. 18ª.
 18. "Se cambiarán los contratos por prestación de servicios...", El Mercurio, Ecuador, Oct. 13, 2009, pág. 17ª.
 19. "China y Rusia: estrechan lazos y firman contratos multimillonarios". Mercurio, Oct. 14, 2009, p.12ª.
 20. "Contratos por un monto superior a 4,000 millones de dólares...en la Ampliación del Canal de Panamá". Económicas. Mercurio. 15.8.2010, p.2ª.
 21. **Mora Medardo**. "La Universidad ecuatoriana si produce conocimientos". El Mercurio, 5 de junio del 2011, p.24ª.
 22. **Intriago M.** (2011). "Los Mitos macabros de la refinería". El Mercurio, Julio 26. "El buzón del lector".
 23. "Fiscales y jueces en la mira. La Marea. Manta, Viernes 5 de Agosto, 2011.7 P.7
 24. "Como delito y no como contravención. Las personas víctimas de asaltos deben presentar la denuncia". El Mercurio. Lunes 8 de Agosto del 2011. P.17ª.
 25. "Ecuador firma contrato por USD 215 millones". El Mercurio. Sábado 15 de Octubre del 2011. Manta. P. 18ª.

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))

Los Estados Partes de esta Convención, REAFIRMANDO su voluntad de continuar el desarrollo progresivo y la **codificación del derecho internacional privado** entre Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos;

REITERANDO la conveniencia de **armonizar las soluciones** de las cuestiones relativas al comercio internacional;

CONSIDERANDO que la interdependencia económica de los Estados ha propiciado la integración regional y continental, y que para estimular este proceso es necesario **facilitar la contratación internacional** removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico,

HAN CONVENIDO aprobar la siguiente Convención:

CAPITULO PRIMERO. 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.

Esta Convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente. Sin embargo, cualquier Estado Parte podrá declarar en el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención que ella no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte.

Cualquier Estado Parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherir a la presente Convención, declarar a qué clase de contratos no se aplicará la misma.

Artículo 2. El derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte.

Artículo 3. Las normas de esta Convención se aplicarán, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las **nuevas modalidades de contratación** utilizadas como consecuencia del **desarrollo comercial internacional**.

Artículo 4. Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación.

Artículo 5. Esta Convención no determina el derecho aplicable a:

- a) las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes;
- b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia;
- c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito;
- d) las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores;
- e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro;
- f) las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general.

Artículo 6. Las normas de esta Convención no se aplicarán a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes de esta Convención.

CAPITULO SEGUNDO. Determinación del derecho aplicable

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.

Artículo 8. **En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente,** haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.

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.

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.

Artículo 10. Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, **las costumbres y los principios del derecho comercial internacional,** así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

Artículo 11. No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan **carácter imperativo**.

Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

CAPITULO TERCERO. Existencia y validez del contrato.

Artículo 12. La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo.

Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la **residencia habitual o el establecimiento de dicha parte**.

Artículo 13. Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución.

Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta Convención en cuanto al fondo o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecución.

CAPITULO CUARTO. Ámbito del derecho aplicable

Artículo 14. El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención regulará principalmente:

- a) su interpretación;
- b) los derechos y las obligaciones de las partes;
- c) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria;
- d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones;
- e) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato.

Artículo 15. Lo dispuesto en el artículo 10 se tomará en cuenta para decidir la cuestión acerca de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica.

Artículo 16. El derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos.

Artículo 17. Para los efectos de esta Convención se entenderá por "derecho" el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.

Artículo 18. El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.

CAPITULO QUINTO. Disposiciones generales

Artículo 19. Las disposiciones de esta Convención se aplicarán en un Estado Parte a los contratos concluidos después de su entrada en vigor en ese Estado Parte.

Artículo 20. Esta Convención no afectará la aplicación de otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte de esta Convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración.

Artículo 21. En el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención, los Estados podrán formular reservas que versen sobre una o más disposiciones específicas y que no sean incompatibles con el objeto y fin de esta Convención.

Un Estado Parte podrá retirar en cualquier momento la reserva que haya formulado. El efecto de la reserva cesará el primer día del tercer mes calendario siguiente a la fecha de notificación del retiro.

Artículo 22. Respecto a un Estado que tenga en cuestiones tratadas en la presente Convención dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes: a) cualquier referencia al derecho del Estado contempla el derecho en la correspondiente unidad territorial; b) cualquier referencia a la residencia habitual o al establecimiento en el Estado se entenderá referida a la residencia habitual o al establecimiento en una unidad territorial del Estado.

Artículo 23. Un Estado compuesto de diferentes unidades territoriales que tengan sus propios sistemas jurídicos en cuestiones tratadas en la presente Convención no estará obligado a aplicar las normas de esta Convención a los conflictos que surjan entre los sistemas jurídicos vigentes en dichas unidades territoriales.

Artículo 24. Los Estados que tengan dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto noventa días después de recibidas.

CAPITULO SEXTO. Cláusulas finales

Artículo 25. Esta Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 26. Esta Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 27. Esta Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado después que haya entrado en vigencia. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 28. Esta Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique esta Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 29. Esta Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante.

Artículo 30. El instrumento original de esta Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiera y el retiro de las últimas.

EN FE DE LO CUAL los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, firman esta Convención.

HECHO EN LA CIUDAD DE MÉXICO, D.F., MÉXICO, el día diecisiete de marzo de **mil novecientos noventa y cuatro**.

Estado de firmas y ratificaciones al año 2006. RA: ratificado o adherido / F: firmado.

Estados Miembros de la OEA y otros Estados	CIDIP-V / 1994 MEXICO	
	Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales	
1.- Antigua y Barbuda		
2.- Argentina		
3.- Bahamas		
4.- Barbados		
5.- Belice		
6.- Bolivia	F	
7.- Brasil	F	
8.- Canadá		
9.- Chile		
10.- Colombia		
11.- Costa Rica		
12.- Dominica		
13.- Ecuador		
14.- El Salvador		
16.- España		
17.- Estados Unidos de América		
18.- Granada		
19.- Guatemala		
20.- Guyana		
21.- Haití		
22.- Honduras		
23.- Jamaica		
24.- México	RA	
25.- Nicaragua		
26.- Panamá		
27.- Paraguay		
28.- Perú		
29.- República Dominicana		
30.- Santa Lucía		
31.- S. Vincent y Grenada		
32.- S. Kitts y Nevis		
33.- Suriname		
34.- Trinidad y Tobago		
35.- Uruguay	F	RA
36.- Venezuela	RA	F

Investigación de Campo

Sobre los puntos de estudio, se realizó una encuesta a operadores de Negocios (con la asistencia de estudiantes del V año de Negociación Internacional), cuyo Cuestionario y muestreo de respuestas se adjuntan (mínimo 6 con descripción y Análisis de los resultados: Comentarios, tablas y gráficos)

ENCUESTA

1). Diga si su labor se relaciona a Negociación Internacional Contractual Mercantil.

Si. _____ No _____

2). ¿En su gestión conoce usted que es un **Contrato Transfronterizo** mercantil y los criterios de calificar su internacionalidad? (**Explique su respuesta**).

3). ¿Qué es para usted la **Negociación** en la formación del Contrato Internacional Mercantil en el mercado de su domicilio? (**Explique**).

4). ¿**Qué conoce** usted sobre los problemas del contrato internacional comercial en países con logística mixta que aplica las técnicas: *lex personalis (patriae o nationalis, locus regit actum*, y otras clásicas? (**Explique**).

5). ¿Qué utilidad tienen los MASC en la Negociación Internacional Contractual (**Cláusula compromisoria**) en el precontrato?. (Explique su respuesta).

6). ¿Qué fuentes se aplican en la *praxis* de Negociación Internacional Contractual

Comercial Privada en su mercado? (*Import-Export*, Medios de pagos, créditos documentarios, transporte, Garantías, integración, etc.) **Explique**.

7). Qué importancia tienen en negociación contractual para el mercado del Ecuador: Convención de Viena de CVI, 1980 (CISG/ONU), el CSB -1928, *UNIDROIT* 1994, la CIDIP - OEA, 1994 México, CCI - ICC, el Código Civil (CCE); y el Código de Comercio (CCo.) decimonónicos? (**Explique**).

8). ¿**Considera** usted que en los mercados hay reglas previas, claras, actualizadas de negociación internacional del precontrato o el *Pactum in contrahendo*? (Explique).

9). ¿**Conoce usted** qué es el contrato internacional mercantil en el sistema del *Common Law* (EUA), y en el romano-germánico? (Ecuador y Panamá - Explique).

10). ¿**Conoce usted** qué sistemas recepta su mercado la formación del precontrato y el régimen de celebración del contrato internacional?.(**Explique**).
