



**BANCOMEXT**  
BANCO NACIONAL DE COMERCIO EXTERIOR



**BANCO NACIONAL DE COMERCIO  
EXTERIOR, S.N.C.**

**INSTITUTO DE FORMACION TECNICA PARA  
EL DESARROLLO DEL COMERCIO EXTERIOR**

**EL CONTRATO INTERNACIONAL DE  
COMPRVENTA DE MERCANCIAS Y EL  
ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**

NOTA TECNICA ELABORADA POR:  
**ANDRES ROHDE PONCE**

CE1 - 023  
21 págs.

FEBRERO  
DE 1990

Se autoriza su reproducción citando la fuente

## **CONTENIDO**

### **I ANOTACIONES JURIDICAS BASICAS**

**La obligación jurídica. Las fuentes  
de las obligaciones**

**El convenio y el contrato**

**Clases de contrato**

**El contrato internacional. Criterios  
de clasificación**

**El contrato de compraventa.  
Diferencias con otros contratos**

**Los elementos del contrato**

**El cumplimiento de los contratos**

### **II LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES Y EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**

## I ANOTACIONES JURIDICAS BASICAS

### La obligación jurídica. Las fuentes de las obligaciones

El derecho es un conjunto de normas que regulan la conducta de las gentes que viven en sociedad a fin de hacer posible dicha convivencia, salvaguardando los derechos fundamentales de cada uno de esos sujetos que la componen y de la sociedad misma. Estos derechos jurídicamente tutelados lo constituyen la vida misma de las personas, su integridad física, su libertad y también sus posesiones, papeles y derechos.

Todo sistema jurídico, como conjunto de normas de observancia obligatoria se fundamenta en la institución de la obligación jurídica, coercitiva per se, a fin de aplicar una sanción en caso de incumplimiento a las citadas normas o bien imponer su cumplimiento forzoso aún en contra de la voluntad del obligado.

De este modo, es conveniente señalar que la obligación jurídica es la relación o vínculo por medio del cual una persona llamada "deudor" está constreñida para un hacer, un no hacer o un dar a favor de otra persona llamada "acreedor". De esta definición se deriva que la existencia de toda obligación jurídica implica la presencia también de un derecho correlativo y por lo tanto también de dos sujetos: por una parte el "deudor" de una obligación y por la otra el "acreedor" de

un derecho correlativo. De esta manera, todo sistema de derecho se encauza y se rige por el concepto básico de obligación jurídica, pues de otra manera no podría explicarse un sistema jurídico que no estuviese basado en la obligación de conducirse de cierta manera bajo pena de aplicación de sanciones o cumplimiento aun en contra de la propia voluntad del obligado, garantizando con esta coercitividad el fiel y oportuno cumplimiento de las obligaciones, tanto a favor de los particulares como del Estado.

Ahora bien, las obligaciones pueden surgir a la vida jurídica de diversos modos denominados "las fuentes de las obligaciones", y entre ellas tenemos a las siguientes: la ley, la sentencia, el testamento, el convenio, la prescripción y la ocupación, entre otras.

a) Se dice que la fuente de una obligación a cargo de cierta persona se encuentra en la ley, o que la fuente es la ley, cuando es dicho instrumento legal quien directamente establece la exigencia de cierta conducta (dar-hacer-no hacer) a cargo de dicha persona, sin necesidad de ningún acto o condición, ya sea por parte del deudor o del acreedor.

b) Junto con la ley, también la sentencia emitida por un Organismo Judicial es fuente de obligaciones que deben cumplir las personas, por ejemplo cuando en una sentencia se condena a cierta persona a entregar alguna cosa o suma de dinero, a prestar una cierta conducta o bien abstenerse de algún hecho.

c) Al igual que las fuentes antes comentadas, la prescripción, cuando es posi-

tiva, genera derechos al otorgarse la adquisición de inmuebles por el simple transcurso del tiempo o bien, cuando es negativa, genera derechos y obligaciones al liberar a un deudor del cumplimiento de una obligación por el también simple transcurso del tiempo; en este último caso, porque el acreedor no exigió su derecho ante los tribunales competentes en cierto lapso de tiempo.

d) Desde luego, las fuentes comentadas, y otras como el testamento, constituyen algunos ejemplos prácticos, pues todavía existen otras fuentes ya poco frecuentes, como es la ocupación (ocupatio juris), que consiste en el apoderamiento original de alguna cosa que no ha tenido dueño con anterioridad.

Dado el desarrollo y el tiempo de existencia de la humanidad, son pocas las cosas que en la actualidad no tienen dueño, y por eso esta fuente de obligaciones y también de adquirir derechos, está desactualizada; sin embargo, el desarrollo de la tecnología y las aventuras del hombre en el espacio sideral, quizás podrían en el futuro orillar a un uso más frecuente por los Estados para ejercer o hacer valer esta forma o fuente de adquisición, sobre todo en el caso de planetas no explorados.

Hemos resaltado estas fuentes legales, judiciales o bien originales, para enseguida ubicar al tema que nos ocupa, es decir, los contratos.

e) Efectivamente, el contrato y, en términos más generales, el convenio, es una fuente de obligaciones, pues de su celebración nacen obligaciones y derechos a cargo de los sujetos que intervienen en su concertación; debe resal-

tarse que es el convenio la fuente voluntaria de crear obligaciones, para así distinguirla de otras fuentes cuya causa última no está en la voluntad de los obligados.

Como hemos visto, en la ley la voluntad del sujeto deudor no cuenta, pues inclusive la obligación nace y debe cumplirse aun en contra de su voluntad; en el caso de la prescripción, son la ley y el tiempo la causa de las obligaciones, al igual que en la ocupación, pero en el caso del convenio, la razón de existir de las obligaciones son las voluntades de las partes contratantes, es decir, el consentimiento.

### **El convenio y el contrato**

El convenio es el acuerdo de voluntades por medio del cual se crean, se transmiten, se modifican o se extinguen derechos y obligaciones. Dicho acuerdo de voluntades es la causa motor para que surja a la vida jurídica la obligación, entendida como ha quedado descrita en el número anterior, y de esta manera se constituye en la razón por la cual, jurídicamente, una persona llamada "acreedor" está facultada para exigir de la otra llamada "deudor" la prestación convenida. Generalmente los convenios son bilaterales, lo que quiere decir que en ellos se establecen prestaciones recíprocas y, por lo tanto, las partes reúnen simultáneamente la calidad de "acreedor" y de "deudor"; por ejemplo, podemos observar que en un contrato de compraventa el vendedor es acreedor del precio en tanto que es deudor de entregar la cosa y por el contrario, el comprador es deudor en

cuanto al pago del precio pero es acreedor en cuanto a recibir la propiedad de lo comprado.

El convenio tiene por objeto producir efectos positivos o negativos en cuanto a derechos y obligaciones. Se dice que tiene efectos positivos cuando el convenio crea y/o transmite derechos y obligaciones y efectos negativos cuando por medio del convenio podemos modificar y/o extinguir esas obligaciones y derechos.

La doctrina, y en nuestro caso la legislación también, distingue entre convenio lato sensu y contrato en estricto sentido. De esta suerte, el contrato es el convenio por medio del cual se crean o transmiten derechos y obligaciones, es decir, es el tipo de convenio que tiene los efectos positivos ya mencionados.

### Clases de contrato

Los contratos, como ya se dijo, son aquellos acuerdos de voluntades entre dos o más personas por medio de los cuales se crean o transmiten derechos y obligaciones, pudiendo ser clasificados atendiendo a diversos criterios que enseguida analizaremos.

a) En cuanto a la bilateralidad, los contratos se dividen en onerosos o gratuitos. Son onerosos cuando establecen obligaciones recíprocas para las partes suscriptoras, es decir, cuando se consignan derechos y a la vez obligaciones para cada una de las partes que en él intervienen, lo cual es generalmente el caso de todos los contratos. Los contratos son gratuitos cuando solamente

se desprenden de él obligaciones a cargo de una de las partes y derechos para la otra. Ejemplo de este tipo de contratos pudiera ser la donación.

b) En cuanto a la formalidad que deban observar los contratos se dividen en formales y consensuales. Son formales cuando para su validez jurídica requieren formalidades específicas dispuestas por la ley y, por el contrario son consensuales cuando hasta el simple acuerdo de voluntades para que los contratos nazcan y obliguen a las partes. De conformidad con la ley mexicana la mayoría de los contratos son consensuales porque surten efectos y obligan a las partes desde el momento mismo en que se produce el consentimiento sobre precio y cosa. La regla de ausencia de formalidad en la legislación mexicana tiene sus excepciones que quizás fuese conveniente mencionar rápidamente.

Una excepción la constituyen los contratos que se refieren a bienes inmuebles en cuyo caso se requiere observar la formalidad de la escritura pública. Otro caso quizás conveniente de mencionar es el del matrimonio, ya que éste es un contrato para cuya validez y, aún más, existencia se requiere obligatoriamente el observar ya no una formalidad, sino una solemnidad, como lo es la ceremonia que se realiza ante un juez del Registro Civil.

c) Los contratos pueden clasificarse también atendiendo a su definitividad. De esta manera hay contratos preparatorios y contratos definitivos teniendo los primeros como finalidad preparar, como su nombre lo dice, la celebración de un ulterior contrato el cual se llamará definitivo.

d) Atendiendo a su naturaleza jurídica los contratos pueden clasificarse en contratos civiles y en contratos mercantiles.

Son civiles aquellos que no sean mercantiles dispone la ley, por lo que es necesario buscar y atribuir la naturaleza de mercantil de cada acto. La legislación mexicana nos precisa casuísticamente cuándo estamos en presencia de un acto mercantil y cuándo no (Art. 75 del Código de Comercio); sin embargo es útil fijar la gran regla de cuándo se está en presencia y cuándo no de un acto mercantil. La norma general nos la da el citado código al disponer que los actos de comercio tienen por finalidad la actividad de tráfico con lucro, o sea, la actividad del intermediario que busca comprar lo más barato posible y vender al mejor precio del mercado. Esto puede constituir un buen principio para que, ante la presencia de nuevos actos no clasificados expresamente por la ley mercatoria, pudiésemos analizar la naturaleza jurídica de un contrato en particular.

e) Atendiendo a la característica de la obligación se pudiesen clasificar de la siguiente manera:

1.- Translativos de propiedad. Tenemos: a la compraventa, a la permuta y al mutuo.

2.- Constitutivos de un hacer o de un actuar. Tenemos: el mandato (representación), a la comisión (representación comercial) y a los contratos de prestación de servicios y de trabajo.

3.- Contratos que otorgan la posesión física de alguna cosa. Tene-

mos: al contrato de depósito, al arrendamiento y al comodato.

4.- Contratos de garantía. Se encuentran: la fianza, la prenda y la hipoteca.

5.- Contratos que crean personas morales. Entre ellos se encuentran: la Asociación Civil y la Sociedad Civil.

6.- Contratos que se encuentran reglamentados o no por la ley vigente. Entre ellos están: los nominados (los que la ley se refiere a ellos) y los innominados (los no reglamentados).

Desde ahora es conveniente precisar que el hecho de que un contrato no esté expresamente previsto por el legislador no implica que las partes no lo puedan válidamente celebrar; únicamente supone que para la interpretación y cumplimiento de sus obligaciones se estará a lo pactado y que, en caso de omisión de las partes, se aplicará lo dispuesto por el contrato que más se acerque a la naturaleza de dicho contrato innominado.

7.- Contratos especiales. Podemos citar al contrato de compra de esperanza, a la compraventa con reserva de dominio y ahora a otro nuevo contrato que a últimas fechas está de moda, es decir, el arrendamiento financiero.

f) Los contratos se pueden también clasificar atendiendo a su ámbito y de esta manera podemos hablar de contratos nacionales y, por otra parte, de contratos internacionales, cuya diferencia trataremos de precisar en el siguiente número.

## **El contrato internacional. Criterios de clasificación**

En este aspecto es necesario precisar que aún existen en la doctrina diferencias sustanciales sobre cuándo estamos en presencia y cuándo no de un contrato internacional. En seguida analizaremos brevemente, como corresponde a este sencillo ensayo, los principales criterios que se hacen valer por los diversos autores para considerar cuando estamos en presencia de un contrato internacional.

**a) Atendiendo a la naturaleza de los contratantes.** Así se distingue entre aquellos contratos celebrados entre particulares de aquellos otros celebrados entre Estados soberanos, siendo estos últimos los que algunos consideran contratos internacionales o, mejor dicho, tratados internacionales. Es necesario precisar que el motivo de estas líneas no son los tratados internacionales, sino más bien los contratos celebrados entre los particulares y entre éstos y entidades gubernamentales cuando actúan como cualquier otra entidad privada despojándose de su calidad de autoridad y bajando a su nivel para conseguir de ellos, en términos voluntarios y utilizando la forma contractual, las prestaciones deseadas, desechando el uso del *jus imperium* o facultad o poder de imponer decisiones de autoridad.

**b) El criterio de nacionalidad de las partes.** Este criterio sostiene que estamos en presencia de un contrato internacional cuando la nacionalidad de las partes suscriptoras es diferente. Este criterio no resiste análisis más profun-

dos y serios pues todos sabemos que existen infinidad de contratos donde, si bien las partes pueden tener nacionalidad diferente, los contratos son de índole nacional y no internacional; así sucede por ejemplo en contratos donde alguna parte vende a otra, ambas de nacionalidad diferente, cierta mercancía pero las dos partes son residentes de un mismo país y, por lo mismo, los tribunales y las leyes de ese país son sólo las aplicables.

**c) El criterio de residencia de las partes.** Este criterio, como su nombre lo indica, sostiene que estamos en presencia de un contrato internacional cuando las partes tienen sus establecimientos en dos Estados diferentes que, como veremos más adelante, es el criterio que adopta la Convención de las Naciones Unidas celebrada en Viena en 1980.

**d) Cuando los efectos del contrato se producen en dos o más Estados.** Se sostiene por los defensores de este criterio que estamos en presencia de un contrato internacional cuando el mismo produce efectos en dos o más Estados. Como podremos observar después, este criterio puede presentarse con el anterior, pues en un contrato de compraventa celebrado entre dos residentes de Estados diferentes podemos apreciar como el hecho de que la parte compradora esté en un país y la vendedora en otro produce que en ambos se den efectos, pues si bien la mercancía salió de determinado país, el precio salió de otro diferente.

**e) Dos o más legislaciones aplicables.** Este criterio se apoya en que se estará en presencia de un contrato internacional cuando, por efecto de las

disposiciones legales de dos o más Estados diferentes, se produzca la aplicación inmediata de sus leyes.

**f) Concertación en dos o más Estados.** Se está en presencia de un contrato internacional al amparo de este criterio cuando el contrato es suscrito en dos o más países. Dado el avanzado desarrollo de la tecnología de las comunicaciones, podríamos considerar que el contrato se ha celebrado en dos países simultáneamente cuando se hace por medio de télex, telegrama, teléfono, fax o inclusive hasta por correo.

Desde luego, podríamos considerar que la concertación del contrato en dos o más Estados podría implicar también la presencia de los criterios de legislación de dos o más Estados: de residencia, el de efectos y quizás, por qué no, el de nacionalidad diferente. Ante esta panorámica, la temática a resolver sería dictaminar o decidir sobre cual de los criterios pudiese ser el más adecuado para calificar a un contrato internacional.

Nos convencen en lo personal el criterio de residencia, ya que generalmente implica el de los efectos, el de las legislaciones aplicables y de los lugares de concertación al mismo tiempo. Por lo tanto, creemos que es el criterio de residencia de los contratantes en dos Estados diferentes lo que provoca que el contrato se catalogue de internacional y, por lo mismo, consideramos apropiada la definición de la Comisión de las Naciones Unidas del Derecho Comercial Internacional Privado (UNCITRAL), que recoge en la Convención de Viena de 1980.

## **El contrato de compraventa. Diferencias con otros contratos**

Siendo el contrato el acuerdo de voluntades por medio del cual se crean o transmiten derechos y obligaciones, la compraventa es definida en nuestra legislación como aquel contrato por medio del cual uno de los contratantes, llamado comprador, se obliga a pagar un precio cierto y en dinero a cambio de recibir la propiedad de una cosa. De esta definición podemos observar claramente que el objeto de la compraventa es transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y no simplemente la entrega de la posesión física. La transferencia de la propiedad como un derecho nos obliga a detallar en que consiste la propiedad.

La propiedad es un derecho real que ejerce un individuo sobre una cosa, el cual se compone, a su vez, de tres grandes derechos: por una parte, el derecho de usar la cosa, por la otra, el derecho a gozar de sus productos y, finalmente el derecho a disponer de ella, formando el conjunto de los tres derechos que los romanos llamaban "jus utendi", "fruendi" y "abutendi". Es por eso que el contrato de compraventa generalmente debe transferir esos tres derechos, por lo que el vendedor está obligado no sólo a transferir la propiedad de la cosa, sino también, salvo pacto en contrario, a garantizar la posesión pacífica de ella y a prestar la evicción y el saneamiento. Como dato adicional, basta aclarar que por evicción se entiende cuando se priva al comprador de la cosa por un tercero con mejor derecho anterior a la compraventa y el saneamiento es la obli-

gación del vendedor de reponer el precio, más daños y perjuicios.

Las principales diferencias con otros contratos las podríamos resumir de la siguiente manera:

a) Con los contratos translativos de propiedad, como el mutuo y la permuta, pudiésemos afirmar que la compraventa es la operación por medio de la cual se intercambia una cosa por un precio cierto y en dinero; en tanto que se diferencia de la permuta toda vez que en esta última el intercambio es cosa por cosa. Cuando la operación es cosa por una parte en dinero y otra parte en cosa, nuestra legislación nacional resuelve en términos muy casuísticos, al disponer que, si el valor en dinero es mayor, entonces será compraventa y, por el contrario, si el valor en cosa es mayor, será permuta. En cuanto el contrato de mutuo, si bien transfiere la propiedad, sin embargo no es a título de dueño toda vez que el mutuo es un contrato de préstamo de cosas que, al ser fungibles, desaparecen por su simple uso, y por lo tanto deben transferir necesariamente la propiedad para luego retornar al acreedor otra fungible de la misma calidad y género.

b) Otras diferencias con otros tipos de contratos pueden ser las siguientes. En relación con los contratos de mandato, comisión y servicios, ya hemos dicho que éstos son contratos de un hacer por un precio, en tanto que la compraventa es un dar.

c) En cuanto a sus diferencias con los contratos de depósito, arrendamiento y comodato, podemos decir que estos últimos sólo otorgan el derecho de uso,

en tanto que la compraventa, además de transferir dicho derecho, también otorga el consistente en ser beneficiario de los productos que genere la cosa y, sobre todo, la facultad de disponer de ella, es decir, de manejarla, arrendarla, venderla, destruirla, etcétera.

d) A su vez, los contratos de garantía únicamente establecen la obligación de una de las partes de responder del cumplimiento de otra obligación diversa, ya sea afectando un bien mueble (prenda), inmueble (hipoteca) o a través de una responsabilidad personal de un tercero (fianza); en tanto que la compraventa transfiere la propiedad de una cosa por un precio, más no garantiza terceras obligaciones.

e) Finalmente, la compraventa se diferencia de los contratos de Asociación y Sociedad en que estos últimos crean personas morales en tanto que la compraventa consiste sólo en intercambio de cosa por precio, sin que se genere una tercera persona ajena al comprador y al vendedor.

### Los elementos del contrato

Pasaremos ahora al análisis de los diferentes elementos del contrato ya que son necesarios para su existencia y validez jurídica. Estos elementos los podemos clasificar, por lo tanto, en elementos o requisitos de existencia y en elementos o requisitos de validez.

a) **Elementos de existencia.** Se llaman así porque de su presencia, o no, depende la existencia misma del contrato. Estos elementos son el objeto y el

consentimiento.

Por lo que toca al objeto, podemos distinguir el objeto directo, que es el tipo de prestación o conducta convenida (un dar cierta cosa, un hacer cierta conducta o servicio, una abstención o un no hacer), del objeto indirecto o cosa pactada. Los requisitos legales del objeto son que se encuentre en el comercio y que sea física y jurídicamente posible, entendiendo por estar en el comercio que la cosa convenida puede ser reducida a propiedad de los particulares, en contraposición de los bienes fuera del comercio porque sean propiedad nacional o de otro modo no sean enajenables a los particulares, como es el caso de los bienes patrimoniales del dominio público de la Nación o de los bienes ejidales. La posibilidad física y jurídica del objeto se refiere a que fácticamente sea posible realizar la conducta que las partes se han obligado a ejecutar en cumplimiento del contrato o bien sea jurídicamente probable llevar a cabo dichas prestaciones, ya que en el caso de imposibilidad, el contrato sería inexistente bajo el principio de que "a lo imposible nadie está obligado".

La imposibilidad física está condicionada por las leyes de la naturaleza y por los adelantos de la ciencia y de la técnica en un lugar y momento determinado, en tanto que la imposibilidad jurídica la fija el derecho positivo de cada país.

Por cuanto hace al segundo requisito de existencia, el consentimiento, podemos decir que es el acuerdo o conjunción de las voluntades de las partes suscriptoras del contrato. Para que este consentimiento sea suficiente para

generar o hacer nacer el contrato se requiere que se manifieste tanto sobre el precio como sobre la cosa objeto del contrato, que son los datos fundamentales sobre los cuales versan las prestaciones que pactan los contratantes.

Este consentimiento puede manifestarse de dos maneras básicas: expreso o tácito. Es expreso cuando las partes otorgan o manifiestan su voluntad de celebrar el contrato, obligándose verbal o por escrito a la prestación de ciertas conductas a cambio de otras a su favor; es tácito cuando, si bien no manifiestan su voluntad de aceptar derechos y obligaciones, sin embargo realizan ciertos actos de los cuales se puede inferir su consentimiento en cumplir y gozar de obligaciones y derechos respectivamente.

El consentimiento expreso, a su vez, puede ser dividido en verbal y en escrito. El consentimiento es verbal cuando la voluntad se expresa por medio oral, es decir, a través de la palabra o el diálogo; es escrito cuando se manifiesta a través de medios de la escritura, como pueden ser contratos formales, escrituras, telégrafo, etcétera.

Otra manera de clasificar al consentimiento es dividirlo entre presentes y ausentes. El primero es el que se produce cuando las partes se encuentran reunidas físicamente en un lugar y en un momento determinado, y ahí precisamente otorgan su voluntad de aceptar derechos y obligaciones recíprocos, ya sea que lo hagan oral o verbalmente, o bien que en ese mismo momento lleven a alguna forma escrita dicho acuerdo de voluntades. El consentimiento es entre ausentes cuando

las partes no se encuentran físicamente reunidas en un espacio y momento al otorgar su voluntad para celebrar el contrato.

La ley generalmente acepta ambos tipos de consentimiento entre ausentes y presentes, pero fija reglas de cuándo y cómo se produce en ambos casos, por ejemplo, los medios usualmente aceptados como conductos del consentimiento entre ausentes son el télex, el telégrafo, el correo o carta y cualquier otro medio que produzca la tecnología en comunicaciones y que previamente hayan aceptado las partes. Por cuanto al consentimiento entre presentes, la ley reconoce al que se produce con la presencia física y personal de las partes, así como aquel que se da por vía telefónica.

Esta división del consentimiento entre presentes y ausentes es de suma importancia, pues los contratos obligan y las partes deben cumplirlos desde el momento en que se produce el consentimiento sin que sea necesario que observen formalidad alguna.

Así pues, el consentimiento entre presentes debe darse en el momento mismo en que se formula la oferta, por lo que si en ese lugar y momento determinado en que se encuentran físicamente reunidos no se produce la oferta y la aceptación, el consentimiento no se dará posteriormente y no nacerá el contrato. Por el contrario, si la oferta y la aceptación se produce en ese preciso momento el consentimiento se habrá configurado y con él, el nacimiento del contrato y por ende la obligación de las partes de cumplirlo con el otorgamiento de las prestaciones pactadas.

Para determinar el momento en que se produce el consentimiento entre ausentes pueden precisarse cuatro momentos:

- 1) Cuando se produce la aceptación a la oferta.
- 2) Cuando la aceptación se envía al oferente.
- 3) Cuando la aceptación es recibida por el oferente.
- 4) Cuando la aceptación es conocida por el oferente.

Algunas leyes adoptan el momento en que se envía la aceptación en tanto que otras legislaciones aceptan momentos diferentes como aquel en que se recibe la aceptación por el oferente.

En el campo del comercio internacional ya desde ahora podemos notar la gran importancia de estos aspectos técnicos dispuestos por la ley, pues generalmente los contratos de importación y exportación se dan entre empresas que tienen su residencia en diferentes países, o sea, entre ausentes y por ello es trascendental precisar si el contrato ha nacido y cuando lo ha hecho.

**b.- Elementos de validez.** Así como hemos visto que existen elementos de cuya presencia nacen o existen los contratos, también hay elementos de cuya presencia, o no, depende que los contratos sean válidos o no. Estos son los elementos de validez de un contrato, los cuales podemos enunciar de la siguiente manera:

- 1) la formalidad,

- 2) la capacidad,
- 3) el fin o motivo lícito del contrato, y
- 4) la ausencia de vicios del consentimiento.

Con la presencia de todos y cada uno de estos elementos podemos afirmar que el contrato que ya existe también es válido, pero es importante resaltar que ante la ausencia de tan sólo uno de estos elementos el contrato no podrá ser calificado de válido y, por lo tanto, estará afecto ya sea a una nulidad absoluta, o bien a una nulidad relativa, según sea el elemento de validez faltante.

Por su importancia, brevemente haremos un recorrido por estos elementos para precisar su naturaleza, su concepto y sus alcances para la vida jurídica de los contratos en general.

**1) La formalidad.** Consiste, como su nombre lo indica, en la forma en que debe estar plasmado el contrato; dicho de otra manera, la forma que debe revestir el consentimiento o acuerdo de voluntades de las partes. Como desde ahora anotamos, y ya lo decíamos con motivo de la división de los contratos, éstos pueden ser consensuales si para su validez no requieren la observancia de formalidad alguna, sino tan sólo que el consentimiento se produzca, momento a partir del cual el contrato debe ser cumplido, en contraposición a aquellos contratos que al no ser consensuales la ley requiere para su validez y observancia revestir ese consentimiento de alguna formalidad; plasmarlo en la forma expresamente señalada por la ley la cual puede ser escrita, y dentro de la escrita, en escri-

tura pública o privada, etcétera.

Nuestra ley recoge el principio de los contratos consensuales, esto quiere decir que para la validez y observancia de los contratos no se requiere llevarlos a ninguna formalidad expresa. Siendo este el principio general aplicable a todos los contratos también es cierto, sin embargo, que existen algunas excepciones entre las cuales encontramos a aquellos contratos que se refieren a bienes inmuebles en cuyo caso, la ley expresamente señala que sí deben revestir esos contratos una formalidad, la cual consiste expresamente en que se plasmen en escrituras públicas, expedidas por notario público en ejercicio de sus funciones. Otra excepción al principio de consensualidad la constituye el contrato de matrimonio, el cual, por ministerio de ley, debe no sólo reunir una formalidad sino que llega a alcanzar el grado de solemnidad de tal manera que los contratos de matrimonio que no son celebrados ante un juez del Registro Civil y llevando a cabo las solemnidades del caso no se encuentra presente ese elemento de validez, que es este caso concreto del matrimonio, llega a ser no sólo de validez sino de existencia, puesto que el contrato de matrimonio no habrá existido por disposición legal.

Fuera de estas excepciones podemos afirmar que el legislador mexicano ha desechado el elemento de la formalidad como de validez para la generalidad de los contratos manteniéndolo como ya dijimos para los casos de contratos de bienes inmuebles y para el matrimonio así como para el caso de los contratos que celebrados en el extranjero deban surtir efectos en la República Mexicana, pues en este último

caso, por disposición expresa del Código de Comercio Mexicano deben reunir la formalidad que señale la ley del país en el cual fue suscrito. Para ejemplo, bástenos señalar que la mayoría de los contratos de compraventa deben ser formales en la República Federal Alemana, es decir, que deben ser celebrados ante funcionarios estatales previamente autorizados para este efecto, por lo que, en caso de ejecución en México de contratos celebrados en aquel país, la ley mexicana exigiría la misma formalidad.

**2) La capacidad.** Este elemento quiere decir que los contratos solamente pueden ser celebrados por aquellas personas que tengan capacidad jurídica para obligarse, lo cual nos lleva a analizar qué es en Derecho la capacidad jurídica. Esta es la cualidad de ser sujeto de derechos y obligaciones y de ejercerlos en su beneficio, de tal manera que podemos distinguir entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Por lo que se puede a simple vista apreciar, todos los sujetos, por el simple hecho de nacer, tenemos capacidad de goce, mas, para celebrar contratos, requerimos la capacidad de ejercicio para lo cual no todas las personas tienen. Para definir quienes tienen y quienes no tienen capacidad jurídica de ejercicio tendríamos que recurrir a las soluciones que en cada caso nos da la legislación positiva de cada país en particular.

En el caso de la Legislación Mexicana, para ella son capaces aquellas personas que no están afectadas por disposición legal de su capacidad jurídica. Entre las personas privadas de su capacidad jurídica tenemos a los menores de 18 años; a los ebrios consuetu-

dinarios; a los idiotas e imbeciles; a las personas sujetas a estado de interdicción y cualquier otra que esté privada o afectado de sus facultades mentales. Esta disposición es aplicable para las personas físicas, sin embargo tenemos que distinguir cuando estamos en el caso de personas morales, es decir, de sociedades o asociaciones, tanto civiles como mercantiles. En este último caso la ley dispone que las personas morales actuarán por conducto de sus representantes por lo que, para saber si cierta persona física tiene capacidad jurídica para actuar en nombre y cuenta de una persona moral, tendremos que recurrir a determinar previamente si dicha persona física es o no legalmente su representante.

De esta manera tendremos que estudiar cuál es el régimen jurídico de cada sociedad en particular, ya sea Derecho Privado o Derecho Público, y analizar lo dispuesto en sus estatutos sobre composición e integración de sus cuerpos de representación, así como los instrumentos legales en los cuales se hallan las designaciones de las personas físicas para ocupar esos cargos de representación; hasta entonces podremos estar en condiciones de resolver si quien se ostenta como representante de una persona moral tiene o no capacidad jurídica para obligarla, es decir, para celebrar un contrato en donde dicha persona jurídica adquiera derechos y acepte obligaciones a su cargo.

**3) Fin o motivo lícito del contrato.** De conformidad con nuestros principios legales, toda convención contractual, para que sea válida, requiere tener un fin lícito de tal suerte que si el objeto de dicha convención es un fin, objeto o motivo ilícito, será por esa razón causa

de nulidad, de tal manera que al no reunir ese elemento de validez, el contrato estará afectado de invalidez o nulidad. Tenemos que distinguir entre la licitud en el objeto como elemento de existencia refiriéndose al objeto directo que ya antes comentamos que son las prestaciones o las conductas pactadas entre las partes del fin lícito como elemento de validez, porque puede ser que la conducta, el hacer pactado, sea lícito aunque el motivo final que se busca de la conducta sea ilícito y, en ese caso, debemos precisar con toda claridad que el elemento de validez lo constituye el fin lícito en tanto que la actividad misma cuando es ilícita no sólo afecta la validez sino la existencia misma del contrato.

**4) Ausencia de vicios del consentimiento.** Para que el consentimiento sea la causa directa de las obligaciones de las partes requiere que se manifieste libre y plenamente, por lo que en caso de presencia de vicios de dicho consentimiento, el mismo no podría ser válidamente la causa directa de esas obligaciones. Enseguida veremos algunos de los vicios fundamentales del consentimiento.

**4.1) El error.** El error consiste en la falsa concepción de la realidad, siendo éste de diversas clases, como puede ser el error de hecho y el error de derecho; en el primer caso sobre la realidad fáctica, en tanto que el error de derecho supone una mala concepción de lo que realmente dispone la ley.

El error se puede producir ya sea por dolo o bien por mala fe. En el primer caso, el dolo, una de las partes induce a otra a tener esa falsa concepción de la realidad, es decir, se provoca que el

otro caiga en el error mientras que en la mala fe el afectado ya estaba, por él mismo o por otra circunstancia, con esa falsa concepción de la realidad, ya había incurrido en el error, sin embargo, el otro contratante se percata de ello y no lo saca de esa equivocada concepción fáctica sino que sencillamente omite hacerla ver a su contratante y se aprovecha de ella. Tanto el error constituye un vicio que afecta el sentido del consentimiento, puesto que de haberse evitado seguramente hubiese provocado que la parte afectada no celebrase el contrato.

**4.2) La violencia.** Puede ser física o moral; la primera, cuando se ejerce presión física sobre la integridad de la persona afectada con el objeto de obtener por la fuerza su "consentimiento" para acceder al cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo; en tanto que es moral cuando se ejerce presión psicológica, afectiva o bien de amenazas en terceras personas o en bienes que pueden causar una aflicción en el ánimo y en el espíritu de la persona afectada que la orilla a suscribir dicho contrato.

En todos estos casos no se da la presencia del elemento de validez llamado ausencia de vicios del consentimiento y, por ende, el contrato estará afectado de una causa de nulidad.

En la mayoría de los casos en que no se presenta algún elemento de validez, la afectación es de una nulidad relativa por cuanto que puede ser subsanado por las partes el elemento del cual se carezca. Así, ante la falta de formalidad, el contrato puede ser convalidado si es llevado a la forma que la ley exige; en cuanto a la falta de capacidad, el con-

trato podrá ser convalidado y por lo tanto suprimida la nulidad si posteriormente es suscrito y convalidado por quienes si tienen capacidad jurídica para celebrarlo o bien en el caso de menores, si es posteriormente suscrito por sus tutores o representantes legales; en el caso de los vicios del consentimiento los contratos podrán ser convalidados y reunir el requisito de validez correspondiente, si posteriormente al momento en que ha sido suprimida la violencia física o moral el afectado espontáneamente y ya libre de presiones convalida el contrato cumpliendo voluntariamente las prestaciones a las cuales se obligó cuando estaba sujeto a la violencia, o bien cuando se da cuenta del error más sin embargo decide voluntariamente cumplir con el contrato.

Solamente en un caso la falta del elemento de validez no produce nulidad relativa que pueda ser convalidada, y este caso es el del fin o motivo lícito, pues ya que es ilícito el contrato porque va en contra de disposiciones de orden público no podrá ser nunca después convalidado, pues el contrato será afectado de nulidad absoluta. Aún en el supuesto de que posteriormente fuese derogada la ley que consideraba la ilicitud del motivo, no nos da argumentos ni nos autoriza para sostener que posteriormente a la derogación de la ley que consideraba cierta conducta como ilícita por ese simple hecho de derogación de la ley el contrato ya pudiese ser convalidado. Lo correcto es considerar que el contrato será nulo siempre que, posteriormente a la fecha de derogación de la disposición legal que consideraba ilícito cierto fin o motivo, los particulares ya pueden celebrar contratos de esa naturaleza los

cuales no sean considerados como ilícitos; ésta, creemos, es la interpretación debida, pues nos lleva a concluir que los contratos afectados de nulidad absoluta no pueden, ni aún en el caso de cambio legislativo, ser convalidados.

### **El cumplimiento de los contratos**

Desde los romanos, creadores del Derecho que lleva su nombre y hasta el día de hoy las principales instituciones jurídicas han sido inspirados en él, existían los grandes principios contractuales, y uno de ellos es el que enunciaban de la siguiente manera: "pacta sunt servanda" que, llevado al castellano, quiere decir "los contratos deben cumplirse".

Este gran principio, nos indica la obligatoriedad de los contratos una vez que han sido legalmente suscritos y que por lo tanto las partes deben acatar y cumplirlos en todos sus términos y estrictas condiciones ya sea, tanto lo referente al lugar de cumplimiento, a la fecha de su cumplimiento, y a las demás condiciones de cumplimiento.

Técnicamente, al cumplimiento se le llama "pago", por lo que podemos percatarnos de que el concepto que generalmente usa la gente de pago no debe entenderse, en términos legales, únicamente con la aceptación de entrega de dinero, sino que pago es el cumplimiento en términos generales de cualquier obligación contractual, ya sea que este cumplimiento consista en la entrega de una suma de dinero, de otra cosa diferente al dinero, de un

servicio o bien, por qué no, hasta de una abstención de hacer cierta conducta. En cuanto a los requisitos y condiciones que debe observar el pago brevemente nos referiremos a las principales.

Los elementos básicos o esenciales del pago los podemos precisar de la siguiente manera:

- Lugar de pago.
- Fecha de pago.
- Plazos.
- Demás condiciones, tales como la calidad.

Respecto al modo exacto de cumplimiento de pago y en particular los elementos antes mencionados, podemos enunciar las reglas fundamentales que dispone la legislación para tener por legal y fielmente efectuado el pago.

**a) La regla general.** La regla general dispone que el pago debe hacerse en el lugar, en la fecha, en los plazos y bajo las condiciones que expresamente hayan estipulado o pactado las partes (arts. 78 y 372 del Código de Comercio de México, así como los artículos 2255, 2291 y 2293 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable supletoriamente en materia de comercio, que es una materia federal).

Siendo la regla general que las prestaciones que ambas partes se han comprometido a otorgarse deben cumplirse precisamente en el lugar convenido, en los plazos estipulados, en la fecha señalada expresamente en el contrato y en las condiciones que las

partes acuerdan, cualquier pretensión de alguna, o de ambas partes, de cumplir apartándose de lo estrictamente convenido, nos llevará irremediablemente a considerar que se está incumpliendo el contrato, ya sea que pretenda ejecutarse el pago en un lugar, fecha, plazos o condiciones diferentes a las convenidas.

**b) Reglas especiales para el cumplimiento en caso de que las partes hayan omitido estipulaciones al respecto.** Así como la regla general es que los contratos se cumplan en los términos estrictamente estipulados, cuando las partes omiten dichas estipulaciones, entonces la regla de cómo deben cumplirse los contratos será señalada por la legislación que sea aplicable al contrato. En este caso, será la disposición legal la que nos indique en qué lugar y en qué fecha, en qué plazos y bajo cuáles condiciones deben cumplirse o aceptarse las convenciones contractuales.

Si la omisión se presentase en el lugar en que debe de ejecutarse el contrato, existen dos diferencias en la legislación mexicana, ya sea que trate de contratos civiles o bien de contratos mercantiles. En el primer caso, en los supuestos de contratos civiles, dispone el art. 2291 del Código Civil citado que la entrega de la cosa vendida debe hacerse en el lugar en el que se encontraba la misma en la época en la que se vendió, en tanto que si el contrato es de naturaleza comercial, mercantil, entonces la cosa deberá entregarse o bien el contrato deberá ejecutarse en aquel lugar que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado, o en su defecto el señalado por consentimiento de

aquellas o bien por arbitrio judicial.

Como vemos, las soluciones son distintas, pues en un mismo caso, si aplicásemos la legislación civil el lugar en el que la cosa se hallaba cuando se celebró el contrato puede ser muy diferente a aquel en el que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes se considere adecuado y más aún muy diferente al lugar que señale una decisión judicial.

Por otra parte, si fue la fecha de cumplimiento del contrato en la que fueron omisas las partes contratantes, la legislación nos dispone dos clases de fechas: a saber, la fecha de entrega de la cosa y la fecha del pago del precio. En cuanto a los contratos comerciales, el Código de Comercio (arts. 379-375 y 380) nos dispone que, si se hubiese omitido plazo fijo para la entrega de la cosa, la misma debe ponerse a disposición del comprador dentro del plazo de 24 horas siguientes a la firma del contrato, en tanto que el Art. 380 nos señala que ante la falta de disposición expresa, el plazo o la fecha para la entrega del precio debe ser al contado. Por su parte el Art. 375 nos habla que si se estipuló plazo fijo para la entrega de la cosa, el comprador no está obligado a recibirla fuera de él.

La solución sobre las fechas de cumplimiento que da la legislación civil no está muy apartada de la que ofrece la legislación mercantil ya comentada. En efecto, el Art. 2255 del Código Civil ya mencionado, dispone que a falta de convenio, el precio deberá pagarse al contado, y que el vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no ha pagado el precio, disposición contenida en el Art. 2286

que junto con el 2294, que dispone que si no se ha fijado tiempo, el pago se hará en el tiempo en que se entregue la cosa, pudiésemos válidamente considerar que la legislación civil, a diferencia de las 24 horas que para entrega de la cosa señala la legislación mercantil, también señala la entrega casi inmediata pero entregándose junto con el precio. Esta idea la confirma el Art. siguiente, el 2295, que señala que en caso de dudas sobre cual de los contratantes debe hacer primero la entrega, uno y otro harán el depósito en manos de un tercero, con lo que confirmamos nuestra postura en el sentido de que, a falta de disposición, la fecha de cumplimiento en los contratos debe ser al contado, tanto para la entrega del precio como para la entrega de la cosa, que ya vimos en materia de comercio para la entrega de esta última la legislación mercantil otorga 24 horas siguientes de la celebración del contrato.

Por lo que hace a las demás condiciones del contrato que deban ser cumplidas por las partes, básicamente la legislación hace referencia a la calidad de los productos o mercancía que se compra. De esta manera, si las partes omiten la calidad de los productos contratados, el legislador -supliendo su voluntad- señalará cómo deben cumplirse los contratos estableciendo reglas específicas para este fin.

Así, la legislación comercial nos da diversas soluciones (Arts. 87-373 y 383). De esta suerte, empieza distinguiendo si los productos pactados o las cosas convenidas tienen o no una calidad específica y determinada en el comercio pues, en el caso de que así fuese, los contratos deben cumplirse estrictamente, otorgando la clase y la calidad

de dichos productos pero, en caso de que no tuviesen una calidad determinada en el comercio, deberán entregarse de calidad media. En el caso de productos de calidad bien conocida y determinada en el comercio es válido que las partes convengan sobre muestras, en cuyo caso deberá cumplirse estrictamente, enviando la calidad que corresponda a la muestra; en caso de desavenencia o inconformidad entre las muestras y los productos o mercancías enviadas, dispone tanto la legislación civil como mercantil, que dos comerciantes o peritos resuelvan sobre dicha inconformidad y, en caso de discordia, un tercero que señalen para tal fin.

Nótese, sin embargo, que es diferente resolver cuando las mercancías enviadas no corresponden a la muestra pactada, pues en este caso la solución es que se dirima la diferencia por un tercer perito en la materia, pero es materia totalmente diferente cuando no se da cumplimiento al contrato, pero ya no por discrepancias de la muestra con los productos, sino a la falta de calidad o de continuidad de dichos productos, caso en el cual la legislación mercantil otorga solamente cinco días para hacer las reclamaciones procedentes. Para el caso de los defectos o de los vicios ocultos, la legislación comercial amplía esos cinco a treinta días, en tanto que la legislación civil la amplía aún más, a seis meses, por lo que será siempre importante considerar la naturaleza del contrato para determinar con certeza el plazo ya sea de 30 días o de seis meses para hacer valer los defectos ocultos.

Estas reglas son aplicables a la generalidad de los compradores, sin embargo es importante resaltar que en los términos del Art. 2143 del Código Civil apli-

cable a los contratos civiles y supletoriamente a los comerciales, por disposición expresa del Código de Comercio, estas reglas no serán aplicables a ese comprador perito, puesto que el propio precepto que hemos citado nos dice que el enajenante no es responsable de los defectos tanto manifiestos, que estén a la vista, ni tampoco de los que no lo están si el adquirente es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debe fácilmente conocerlos y, por lo mismo, en términos concretos, siempre es importante conocer si el adquirente es un perito, porque su oficio o profesión nos conduzca a deducir que debe fácilmente conocerlos, pues en este caso no nace la acción de defectos ocultos.

Finalmente, pudiésemos agregar que siempre, para determinar si un contrato está pretendiendo ser cumplido fiel y enteramente conforme a lo pactado, debemos recurrir a su clausulado y, en caso de omisión de alguna circunstancia de dicho cumplimiento o pago, remitirnos a la legislación aplicable al contrato.

Las reglas sobre la omisión del lugar, fecha y principales condiciones las acabamos de anotar, sin embargo debemos decir que, cuando no se hace el cumplimiento en los términos acordados o señalados por la ley de conformidad con las dos grandes reglas consignadas en los incisos a) y b) anteriores, se presentará entonces el incumplimiento, ya sea total o parcial, del contrato de referencia, incumplimiento que técnicamente se llama "mora" y que da derecho a las partes afectadas a exigir el cumplimiento forzoso en los términos pactados, o bien su rescisión más el pago de daños y perjuicios.

La rescisión es el rompimiento jurídico de ese vínculo que unía al acreedor y al deudor y tiene por consecuencia la extinción del contrato a través de desligar a las partes de sus obligaciones pero, desde luego, reponiendo a la parte inocente de los daños y perjuicios sufridos en tanto que obligando a la culpable a reparar dichos daños y a ambos a devolverse lo que ya se hubiesen otorgado. Debe tenerse presente que la rescisión siempre es secundaria, es decir, que procederá en la medida en que el cumplimiento forzoso no sea posible o bien no sea aceptado por la parte inocente.

Antes de estas medidas, debemos además dejar en este momento bien claro que en caso de incumplimiento también existe el derecho de retención que consiste precisamente en que nadie está obligado a cumplir mientras tanto no le cumplan a él. Llevado este principio por ejemplo, a un contrato de compraventa, implica que el vendedor no está obligado a entregar la cosa hasta en tanto no se le entregue el precio, salvo pacto en contrario, que haya estipulado plazo a favor del comprador. Siendo de esta manera, el derecho de retención se convierte en un instrumento jurídico que previene eficientemente los incumplimientos de las partes, sin embargo, en la práctica también es posible que se produzcan dichos incumplimientos cuando alguna de las partes, en estricta buena fe y en cumplimiento del contrato, ya había otorgado lo que él, a su vez, se había obligado. En este caso es procedente obtener la devolución de lo que ya había dado, más la reposición o reparo de sus daños y perjuicios, entendiéndolo a los primeros como las afectaciones patrimoniales que haya provocado ese incum-

plimiento contractual y por perjuicios a las faltas de ingresos o ganancias que se hayan dejado de percibir por el incumplimiento de referencia.

## II LA SOLUCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES Y EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Acorde con un principio jurídico propio del surgimiento del Estado de Derecho que consiste en que nadie puede hacerse justicia por su propia mano, ante la presencia de que alguna persona se vea afectada porque le incumplan un contrato que previamente había suscrito y celebrado, para poder resolver esta controversia sea de incumplimiento total o parcial, el afectado no puede forzar directamente al incumplido, sino que tiene que agotar a los tribunales competentes para que por conducto de ellos se lleve a cabo la ejecución forzosa del compromiso contractual o bien declaren rescindido el contrato de referencia, condenen al infractor a reparar daños y perjuicios y, en dado caso, ejecuten aun en contra de su voluntad sobre los bienes propios por darle total satisfacción a la persona afectada, tan ampliamente como sea procedente en términos del contrato y del derecho.

Por esta razón, los medios lógicos y naturales para solucionar controversias contractuales, son cumplimientos forzosos, rescisiones, daños y perjuicios, o bien la interpretación de cláusulas

las o estipulaciones confusas, son las soluciones jurisdiccionales estatales o, dicho de otro modo, los juicios que se ventilan ante los poderes judiciales de las entidades soberanas de los Estados. En la aplicación del Derecho al caso concreto, en la solución de estos juicios contractuales será importante que la legislación aplicable a dichos contratos determine cuáles son los tribunales y las leyes aplicables al caso, así como los procedimientos judiciales que las partes tienen que reconocer todo lo cual nos lo señalan las distintas legislaciones nacionales que existen sobre contratos y controversias contractuales.

Por estas razones, las disposiciones sobre los tribunales competentes, así como las leyes procesales y las leyes sustantivas aplicables, son generalmente instrumentos manejables por los expertos abogados en estas materias y, en caso de incumplimiento, son ellos los que requieren conocer y llevar el manejo de estos litigios, transcurridos los cuales, y con sentencia dictada en el caso, ordenarán que se despache la ejecución forzosa del contrato o bien su rescisión, condenando a la parte culpable a lo que ya hemos visto en los números anteriores: el cumplimiento forzoso o bien el otorgamiento de prestaciones por concepto de daños y perjuicios, independientemente de los intereses moratorios pactados y también de la devolución de lo que las partes se hayan dado.

Además de las soluciones judiciales, existen las soluciones arbitrales, es decir, aquellas que dirimen terceros que no son jueces, que no forman parte del poder público, sino que son particulares elegidos por las partes mismas en

conflicto, ya sea por sus cualidades técnicas en la materia del contrato, por la confianza común que en su imparcialidad las partes tengan, o por cualquier otro tipo de consideración en que se apoyen las partes al hacer su elección.

El arbitraje constituye una solución de controversias que escapa al conocimiento judicial porque así lo han decidido las partes. Pero ciertamente, como excepción al principio de que la justicia la aplica el Estado actuando a través de los tribunales competentes, generalmente la legislación permite el arbitraje, siempre y cuando no se refiera a materias para las cuales disponga expresamente que está prohibido pactarlo, como por ejemplo, los problemas del estado civil y, particularmente, del patrimonio y la familia.

En México, existe un caudal de doctrina que, generalmente, no define lo que es el arbitraje, sino más bien, y sobre todo en materia comercial, promueve el uso de estos instrumentos arbitrales respecto a controversias de contratos que se usan o se celebran con motivo de operaciones de comercio internacional. Para alentar, promover o bien difundir el uso del arbitraje, generalmente se argumentan los siguientes beneficios:

**a.- Economía de tiempos.** Se afirma que, a través del arbitraje, los tiempos para resolver las controversias son mucho más breves que los plazos que se lleva agotar procedimientos de tribunales judiciales.

**b.- Procedimientos sencillos y sin formalidades.** Se argumenta por los promotores del arbitraje que éste se lleva a cabo a través de procedimientos

que están alejados de formalidades y de muchos pasos, y que generalmente atienden al fondo del asunto, puesto que lo importante es llegar, entre comerciantes, a una solución a la brevedad posible.

**c.- Resolución por un perito.** Se propugna que uno de los elementos favorables que aconsejan el uso del arbitraje es que la controversia será resuelta por un verdadero perito que, conocedor de las materias sobre las que versa el contrato y su conflicto, emitirá no sólo una resolución justa, sino además, teóricamente adecuada.

**d.- Aplicación de la justicia en la solución del conflicto.** Se afirma que el arbitraje es un instrumento que puede apartarse, al resolver el caso dictando el laudo que corresponda, del estricto rigor del derecho y que, por lo mismo, puede existir el arbitraje dictado en conciencia, es decir, dando amplias facultades al árbitro, o al colegio o grupo de árbitros, para que, si bien no aplicando el derecho, encuentre una solución justa y equitativa, al margen de llegar a determinar cuál es la verdad legal en la controversia sometida a su conocimiento.

Si bien es cierto que un arbitraje emitido rápidamente, con base en un procedimiento sencillo, llevado a cabo por un conocedor en la materia y que, además de aplicar la ley, tenga en cuenta la justicia y la equidad, es un procedimiento sano y recomendable. Yo también lo recomiendo, sin embargo, en la práctica presenta diversos inconvenientes por los que, si las partes no están debidamente asesoradas y forman parte de un gremio que, además, conozca peritos y frecuente el uso de este instru-

mento, podrá dar dolores de cabeza y convertirse en un instrumento que provoque que la controversia no sólo no sea resuelta rápida y oportunamente, sino que, o no exista la solución, o bien sea, desde todos los puntos de vista, injusta o ilegal.

En efecto, el arbitraje es un medio de solucionar controversias, como hemos dicho antes, en donde las partes voluntariamente aceptan no someter su caso al Estado por medio de sus tribunales, sino que libremente están de acuerdo en que un tercero, por ellos designado, sea quien resuelva el conflicto o aclare las dudas o interpretaciones que el instrumento contractual requiera. De estos conceptos se desprende indubitablemente que, para que el arbitraje proceda, se requiere el consentimiento de todas las partes en la controversia, requisito sine qua non, puesto que basta con que una de las partes no otorgue su consentimiento para que el proceso arbitral sea improcedente.

El arbitraje puede pactarse antes o después de surgida la controversia. Generalmente, se prevé el arbitraje para futuras controversias desde el momento mismo en que se celebra el contrato, caso en el cual los contratantes reservan una o más cláusulas para estipular que, en caso de controversia futura que se origine con motivo del cumplimiento, ejecución o interpretación de dicho contrato, están de acuerdo en someterse al arbitraje. A esta cláusula se le llama, doctrinariamente, cláusula compromisoria. Sin embargo, también las partes pueden someterse al arbitraje una vez que la controversia ha surgido, caso en el cual al instrumento en donde se acordase someter la controversia al arbitraje, se le da el nombre o denomi-

nación de compromiso de árbitros.

Decíamos antes que el arbitraje puede convertirse en un serio obstáculo a solucionar las controversias o bien hacerlo en los términos menos recomendables en cuanto a rapidez, oportunidad, sencillez, justicia o aplicación justa y correcta de la ley y el derecho. Así pues, no en todos los casos las cláusulas compromisorias son elaboradas correctamente y, en muchos casos, incluirla en términos defectuosos resulta contraproducente a no incluirla. Expliquémonos.

En efecto, el estipular que las partes se someterán al arbitraje sin señalar el árbitro, las leyes que aplicará este último, los procedimientos que seguirán él y las partes para llegar al fin del proceso, implica la mayoría de las veces que por una parte no se pueda acudir a los tribunales judiciales por estar pactado el arbitraje y, por la otra, que el arbitraje no se instrumente en virtud del desacuerdo posterior de las partes en cuanto a quién será el árbitro, cuáles las leyes, cuáles los procedimientos y cuáles otras circunstancias fundamentales del proceso arbitral, tales como términos, plazos, etcétera.

No se piense que la estipulación de cláusula compromisoria sin la descripción de estos elementos fundamentales es el caso excepcional, pues resulta sumamente frecuente toparse con cláusulas compromisorias que, ante la falta de estipulación y ante la presencia de mala fe de alguna de las partes en solucionar el caso, provoquen un estado de indefensión de alguna de las partes, puesto que la otra tendrá el interés oculto de no llevar a la práctica el arbitraje y, por lo tanto, hará

valer diferencia en cuanto a la elección del árbitro, de las leyes, de los procedimientos, etcétera.

Por esta razón, el arbitraje se constituye, como todo en la vida, en un instrumento de cualidades valiosísimas pero que, si se usa indebidamente, incorrectamente, por quien no está acostumbrado a usarlo, por quien no tiene medios arbitrales, como es el contar previamente con el conocimiento de árbitros conocidos, bajo los procedimientos arbitrales ya usados antaño, en la sede donde está radicada la empresa y sobre todo con la facultad de nombrar al árbitro, los procedimientos, etcétera, se convierte en un instrumento peligrosísimo, en el cual no existan soluciones o se produzcan éstas en términos incorrectos o injustos.

También existen casos donde estos arbitrajes institucionales han llevado a la práctica verdaderas soluciones rápidas, eficientes, justas y legales, sin embargo, la advertencia, la precaución, debe ser la misma: no usar el arbitraje, a menos que ya se conozca previamente al árbitro, que las leyes aplicables las hayamos elegido y sean las que constantemente usamos, que las partes interesadas sean las que realmente diseñen esos sencillos procedimientos y, finalmente, que no se le otorguen facultades amplias y arbitrarias al árbitro, es decir, que si bien debe ser justo, antes debe ser legal; con esto último, se quiere decir que se condene a las partes en los términos en que aparezca en el contrato que quiso obligarse y no más allá ni menos de eso.

Ante todo lo anterior, resaltan las virtudes y la ausencia de estos defectos en una gran institución arbitral que te-

nemos el orgullo de tener en México desde el año de 1956, que es la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (COMPROMEX), órgano al cual pueden acudir los exportadores e importadores mexicanos.