



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

**INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT
SOBRE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

PAULA ANDREA STANGE KAHLER
CARLA ALEJANDRA QUIROGA MORALES

Profesor Guía: María Teresa Infante Caffi.

Santiago, Chile

2007

AGRADECIMIENTOS

Mediante estas pocas palabras queremos expresar nuestro especial agradecimiento a todos quienes nos apoyaron e hicieron de nuestro trabajo una tarea más sencilla. Especialmente a don Héctor Loyola, quien nos entregó las bases para nuestra investigación, Felipe, por entregarnos un sin número de artículos impresos, Marco, por sus innumerables críticas constructivas, Sandra, por su apoyo, a nuestros padres y hermanas, a Sofía, y especialmente a doña María Teresa Infante, por dedicar parte de su tiempo en nuestra tarea. A todos muchas gracias.

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPITULO I | |
| LEX MERCATORIA | 5 |
| 1.1 La Lex Mercatoria | 5 |
| 1.1.1 Societas Mercatorum | 8 |
| 1.1.2 Lex Mercatoria en la era Moderna | 10 |
| 1.1.3 Lex Mercatoria y Common Law | 14 |
| 1.1.4 Derecho mercantil en época de Liberalismo y Revolución Industrial | 16 |
| 1.1.5 Codificaciones en el Derecho Continental | 18 |
| 1.1.6 Inicios de la Nueva Lex Mercatoria | 19 |
| 1.1.7 Fuentes del Derecho Mercantil Internacional | 21 |
| 1.1.8 Derecho Mercantil Internacional: Derecho Uniforme | 30 |
| 1.2 Unificación Internacional del Derecho Privado | 35 |
| 1.2.1 Unificación en América Latina | 41 |
| 1.3 UNIDROIT | 47 |

| | | |
|--------------------|---|-----------|
| 1.4 | Contenido de los principios | 52 |
| | | |
| CAPITULO II | | |
| | DISPOSICIONES GENERALES | 58 |
| | | |
| 2.1 | Propósito y naturaleza jurídica | |
| 2.1.1 | Características de las normas internacionales | 59 |
| 2.1.2 | Características de las normas comerciales internacionales | 63 |
| 2.1.2.1 | Nuevos sujetos del comercio Internacional | 66 |
| 2.1.2.2 | Aproximaciones a la naturaleza jurídica de los principios | 68 |
| 2.1.2.3 | Soft Law | 73 |
| 2.1.3 | Principios UNIDROIT: Nuevo Digesto | 80 |
| 2.1.4 | Propósitos que guiaron su redacción | 82 |
| | | |
| 2.2 | Ámbito de aplicación | 83 |
| 2.2.1 | Preámbulo | 84 |
| 2.2.2 | Qué se entiende por Contrato | 84 |
| 2.2.3 | Qué se entiende por contratos comerciales | 92 |
| 2.2.4 | Carácter internacional del contrato | 94 |

| | |
|---|-----|
| 2.3 Funciones de los Principios | 98 |
| 2.3.1 Elección expresa de los principios por las partes. | |
| Ley del contrato | 98 |
| 2.3.2 Los principios como lex mercatoria | 99 |
| 2.3.3 Aplicación de los principios en ausencia de cualquier elección de las partes | 102 |
| 2.4 Referencia las disposiciones generales | 105 |
| 2.4.1 Autonomía de la Voluntad (libertad de contratación, libertad de forma, efecto vinculante de los contratos, exclusión o modificación de los principios por las partes) | 105 |
| 2.4.2 Interpretación e integración de los Principios | 120 |
| 2.4.3 Buena fe y lealtad comercial | 122 |
| 2.4.4 Usos y prácticas | 126 |
| | |
| CAPITULO III | |
| INTERPRETACION DE LAS NORMAS CONTENIDAS EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT | 132 |
| | |
| 3.1 Interpretación | 134 |
| 3. 1. 1 Interpretación de los principios frente a la interpretación de los contratos | 139 |
| | |
| 3.2 Sistema interpretativo de UNIDROIT | 143 |

| | |
|--|------------|
| 3.3 Principios informadores de la interpretación de los Principios | 144 |
| 3.3.1 Autonomía interpretativa | 144 |
| 3.3.2 Imperativo de Uniformidad | 149 |
| 3.3.3 Buena fe | 155 |
| 3.3.4 Jurisprudencia internacional (principio de buena fe) | 157 |
| | |
| 3.4 Métodos Interpretativos | 162 |
| 3.4.1 Interpretación teleológica | 163 |
| 3.4.2 Interpretación histórica | 168 |
| 3.4.3 Interpretación gramatical | 170 |
| 3.4.4 Interpretación sistemática | 172 |
| 3.4.5 Interpretación sociológica | 173 |
| 3.4.6 Interpretación económica | 176 |
| 3.4.7 Interpretación jurisprudencial | 185 |
| 3.4.8 Interpretación comparada | 190 |
| 3.4.9 Interpretación conjunta con otros instrumentos de derecho uniforme | 192 |
| 3.4.10 Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías | 193 |
| 3.4.11 Principios de la Central LIST | 196 |
| 3.4.12 Principios de la Unión Europea | 197 |
| 3.4.13 Normas de derecho internacional privado | 198 |
| | |
| CAPITULO IV | |
| INTEGRACIÓN DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT | 200 |
| | |
| 4.1 Integración y lagunas. | 201 |
| 4.2 Sistemas de integración. | 202 |

| | |
|--|-----|
| 4.3 Artículo 1.6 de los Principios de UNIDROIT | 205 |
| 4.3.1 principios generales subyacentes | 208 |
| 4.3.2 derechos locales | 215 |
| 4.4 Buena fe como principio de integración | 215 |
| 4.5 Aplicación de otras normas como criterio de integración | 218 |
| | |
| CONCLUSIÓN | 221 |
| | |
| BIBLIOGRAFIA | 226 |
| | |
| ANEXO I: Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT | 239 |

RESUMEN

El presente trabajo contiene un breve estudio acerca de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, elaborados por UNIDROIT. Específicamente, acerca de las disposiciones generales, con énfasis en la interpretación e integración de los mismos.

El análisis está orientado a revisar el rol que le compete en la actualidad a tal normativa y la importancia de regirse por criterios comunes de interpretación e integración, analizando para ello los diferentes elementos que pueden ser utilizados al efecto.

A través de las páginas que siguen, el lector podrá apreciar el importante papel que posee actualmente la normativa de UNIDROIT, equiparado a la exitosa Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, y cuyo campo de aplicación supera con creces a ésta en tanto comprende a todos aquellos contratos que sean calificados como comerciales internacionales. El carácter de este instrumento internacional ha permitido que su incorporación a los foros especializados esté basada en la autoridad de sus disposiciones, la corrección del comercio global y la necesidad de una regulación en un espacio carente de ella.

INTRODUCCION

El siglo que comienza impone múltiples desafíos, entre ellos la “globalización”¹ la cual pasó de ser un mero concepto para adquirir a pasos agigantados una posición indiscutida en el tráfico económico, jurídico y social. Se han superado las barreras físicas y los habitantes de la Tierra han pasado a formar parte de una “aldea global”².

Entre los desafíos de la integración económica derivada de la globalización, está el problema de resolver un punto clave: la unificación de la legislación aplicable de modo de generar entre los actores del comercio internacional certeza de cómo serán resueltos los conflictos derivados de la formación, cumplimiento y ejecución de los acuerdos.

El profesor Galgano señala: “El espejo del derecho refleja una imagen de la globalización constituida principalmente por los cambios contractuales. La nueva lex mercatoria está dirigida a regular los contratos comerciales internacionales, tal como surge de la compilación cada vez más extendida en el tiempo, de los principios UNIDROIT, obra de juristas que, sin embargo, actúa ad

¹ El Fondo Monetario Internacional ha definido Globalización como una intensificación de las relaciones sociales mundiales que relacionan entre ellos las localidades distantes, haciendo realidad que los eventos locales sean diseñados por los eventos que ocurran a miles de kilómetros de distancia y viceversa. En <http://www.imf.org/external/esl/index.asp>.

² Metáfora inventada por Herbert Marshall McLuhan. En http://es.wikipedia.org/wiki/Marshall_McLuhan.

instar de la ley. Para juzgar los contratos en su validez, interpretación y ejecución, las cláusulas compromisorias en ellos insertas asignan competencia a las cámaras arbitrales internacionales. Los principios de derecho que las gobiernan, y los laudos arbitrales que dirimen las controversias que de ellas derivan no señalan la supremacía de ninguno de los derechos nacionales de nuestro tiempo: del common law sobre el civil law y mucho menos el de occidente sobre el oriente.

Sin duda, los tres grandes modelos del derecho occidental: el modelo romano-francés, el modelo romano-alemán y el modelo inglés, han ofrecido un notable aporte material normativo. Emerge ahora la influencia del derecho codificado de las nuevas potencias económicas del extremo oriente. Sin embargo, la *lex mercatoria* se presenta como un sistema normativo válido por sí mismo, de fuente consuetudinaria, todo lo cual ha sido recogido y reordenado por UNIDROIT, y cuya legitimidad derivada de la *opinio iuris* de quienes actúan en los mercados internacionales sin importar su nacionalidad. Es indudable que en este nuevo sistema de reglas convergen tendencias que ya estaban en los sistemas nacionales, mas es digno de destacar que estas tendencias, con desigual grado de desarrollo en los distintos derechos nacionales, se reencuentran materializadas en la nueva *lex mercatoria* en su grado más alto de perfeccionamiento.

La globalización refleja en el espejo del derecho un nuevo derecho universal. La *lex mercatoria*, al mismo tiempo, refleja una nueva vocación de los derechos

nacionales, que no se mantienen encerrados dentro de los confines políticos de los Estados, sino abiertos a la competencia, como modelos aprovechables para una *lex shopping*³.”

El contrato es el instrumento negociador por excelencia, hoy en día las relaciones internacionales se plasman en él y es posible asegurar que mediante este instrumento jurídico se plasman una serie de operaciones internacionales, no sólo económicas sino que de la más diversa índole. El Instituto UNIDROIT ha trabajado arduamente en la compilación y elaboración de una serie de directrices que facilitan las relaciones de intercambio en el comercio global. Ello en respuesta a la necesidad de una normativa común ante un espacio carente de regulación jurídica, pero cuyos operadores requieren, en tanto les entrega seguridad en el tráfico internacional.

El presente trabajo tiene por objeto dar a conocer nuestra investigación acerca de las normas compiladas por UNIDROIT, sobre los contratos comerciales internacionales, básicamente sobre la importancia en la uniformidad que requiere su interpretación en el tráfico jurídico comercial.

La importancia de esta regulación se hará evidente en las páginas que siguen, pero más relevante aún será interpretar e integrar estas normas de acuerdo a

³ GALGANO, F. “*lex mercatoria, shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales*”, *Revista de Derecho Mercantil* 2003, número 247, pp. 12-13.

unos mismos parámetros, en la medida en ello permita que efectivamente podamos hablar de “un derecho común”, una especie de nueva lex mercatoria, esta vez, más universal y autónoma que la de antaño y capaz de conciliar las exigencias globales con las necesidades de corrección.

CAPITULO I

LEX MERCATORIA

La nueva estructura internacional exige una revisión, Chile no está ajeno a la globalización⁴ y las puertas de nuestra economía se han abierto al mundo y dado paso a la tan ansiada “integración” en los mercados internacionales. En el ámbito del derecho, las relaciones internacionales exigen una regulación, sin duda tal regulación no puede estar dada de manera unilateral y escapar a las tendencias globales, el nacimiento de la nueva lex mercatoria es producto de la evolución de un ordenamiento jurídico, pero no de un derecho nacional específico, sino del ordenamiento jurídico mercantil “anacional”, que perteneciendo a cuatro culturas jurídicas distintas⁵ ha dado vida a la uniformidad internacional en lo que a derecho mercantil se refiere.

1.1 La Lex Mercatoria

⁴ La palabra Globalización nace en la década de los 70,. Marshall Maculan y Bruce R. Powers hacen del concepto “Aldea Global” un término popular para referirse a la influencia de los medios de comunicación de masas en un mundo “globalizado”, posteriormente el término fue extrapolado a otras áreas del conocimiento incluyendo el derecho, de tal modo este concepto ha sido utilizado con distintas acepciones pero todas con un mismo horizonte: un nuevo orden internacional. LIMA TORRADO, JESUS. “Problemas concernientes a la ambigüedad conceptual y terminológica de la globalización y su incidencia ideológica sobre el sistema de derechos humanos”. [Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luís García San Miguel](#), coord. por [Virgilio Zapatero Gómez](#), Volumen 1, 2002.

⁵ Con ello se hace referencia a la tradición jurídica continental, la anglosajona, la oriental y la islámica, sin embargo en lo que respecta a clasificaciones por familias jurídicas existen un sin número de ellas por lo que para estos efectos cada vez que se haga referencia a las familias jurídicas se atiende a esta amplia clasificación.

El derecho mercantil internacional está estrechamente ligado con la lex mercatoria, se entiende por lex mercatoria al conjunto de normas jurídicas que rigen la actividad de los agentes internacionales, o bien se entiende como un orden jurídico distinto al de derechos nacionales, que hoy en día ha mutado a lo que denominamos nueva lex mercatoria o sistema jurídico transnacional.

La lex mercatoria está estrechamente vinculada con el tema que nos convoca, los principios de UNIDROIT han sido denominados como nueva lex mercatoria, pero para ello será necesario analizar qué se entiende por lex mercatoria y si acaso y como ya la mayoría de los lectores avizorará, existió o no una antigua lex mercatoria. En palabras de Gesa Baron: "When looking at the question as to whether the Principles form a new lex mercatoria, the use of the term "new lex mercatoria" suggests that there must be something like an "old" or "ancient lex mercatoria". Indeed, the idea of the lex mercatoria is not a new invention of recent years but dates back to the Middle Ages⁶".

Por tanto, para comenzar a descifrar lo que podemos entender por lex mercatoria debemos remontarnos a lo que se entiende por derecho mercantil, de modo de ligar a ambos conceptos como uno solo, sin perjuicio de que más adelante podamos concluir que ambos no resultan sinónimos.

⁶ BARON G. "Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a New Lex Mercatoria?". *Arbitration International*, 1999, páginas 115-130. En <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>

Para Scmitthoff hablar de derecho mercantil es hablar de derecho en amplio sentido, es decir, está compuesto por la reglamentación del comportamiento humano aceptado por la comunidad como determinante de las relaciones entre sus miembros, incluyendo a los usos, las costumbres generalmente aceptadas y los pactos de cualquier tipo que se observan como vinculantes sin necesidad de que un tribunal sea quien deba forzar a su cumplimiento. Este autor ha sido clave para la sistematización de la nueva *lex mercatoria*, él propone una distinción entre usos comerciales y costumbre comercial. Él llama costumbre internacional, a la costumbre formulada por un organismo internacional⁷ y uso a la que no ha sido así formulada.

⁷ Se entiende por organismo internacional aquella organización sujeta al [derecho público internacional](#), con [personalidad jurídica](#) y plena [capacidad de obrar](#), formada por acuerdo de distintos [Estados](#) para tratar aspectos que les son comunes. Los organismos internacionales pueden ser de muy diversos tipos. Una clasificación sobre los mismos establece las diferencias:

En función de su duración:

- *Permanentes*, que son creados sin fijar un plazo para la finalización de su mandato. ([ONU](#))
- *No permanentes*, que son aquellos a los que se establece un cometido específico para una duración determinada en el tiempo, transcurrido el cual dejan de existir.

Por sus competencias:

- *Plenos*, que son aquellos que tienen plena capacidad de acción sobre las materias delegadas por los Estados que los crearon y que pueden adoptar resoluciones a cuyo cumplimiento están obligadas las partes. ([Unión Europea](#))
- *Semiplenos* que son aquellos que, aún teniendo plena capacidad, requieren para adoptar resoluciones vinculantes, la decisión preceptiva previa a cada acto de los miembros que lo componen. ([OPEP](#))
- *De consulta*, cuyas resoluciones no son vinculantes y que pertenecen al ámbito del estudio reflexión. ([OCDE](#))

Goldman, por su parte, considera que la nueva lex mercatoria es un derecho sustantivo o de fondo, aplicable a una relación internacional sin pasar por el filtro del método conflictual⁸.

Ambos autores coinciden en que la nueva lex mercatoria aún es un derecho incompleto pero en crecimiento constante.

1.1.1 Societas Mercatorum

El nacimiento de la antigua lex mercatoria se encuentra en el medioevo. Ello no implica que con anterioridad no existiera comercio internacional, aunque los altos flujos comerciales en Europa eran hasta entonces desconocidos.

Por razón de la materia, según sean las cuestiones que traten: económicas, culturales, y otras.

Por su composición:

- Puros, los integrados sólo por Estados soberanos. ([Tribunal Penal Internacional](#))
- Mixtos, en los que, además de los Estados, con voz y, en algunos casos voto, se integran otras instituciones públicas (municipios, provincias, Comunidades Autónomas, Estados Federados, etc). ([UNESCO](#))
- Integrados, en los que participan Estados y otros organismos internacionales. ([FMI](#))
- Autónomos, sólo compuestos por organismos internacionales previamente existentes.

En http://es.wikipedia.org/wiki/Organismo_internacional

⁸ BOUTIN, GILBERTO. “Lex mercatoria: Fundamento y apreciación en el derecho internacional panameño”. Avances del dercho internacional privado en América latina. Fundación de cultura universitaria, 2002, pp. 287-300.

Las grandes rutas mercantiles eran dominadas por el imperio bizantino y el Imperio Persa, monopolizando la ruta del Mar Negro y la ruta terrestre hacia el extremo oriente. Las rutas hacia la India desde el Mar Rojo y el golfo Pérsico estaban en manos de los abisinios y de los árabes⁹.

El apogeo del Islam extendió las costumbres por todo el océano Índico al este y a lo largo de todo el Mediterráneo por el oeste, influyendo en los usos que posteriormente darían lugar a la *lex mercatoria* propia de los comerciantes cristianos.

En la Baja edad media, el contexto político marcado por las cruzadas y la Reconquista vino a alterar el predominio comercial bizantino musulmán. En el Mediterráneo las repúblicas Italianas (Venecia) y posteriormente la Corona de Aragón sustituyeron a los Bizantinos.

En Italia, Flandes, Inglaterra y las ciudades hanseáticas con la concentración del artesanado en los Burgos, se desarrolló un enorme crecimiento en la producción, con ello se generaron excedentes y su venta reactivó el comercio, celebrándose numerosas “ferias”, gracias a los comerciantes itinerantes.

⁹ Los árabes desarrollaron por vía consuetudinaria contratos mercantiles como los de intercambio, asociación y de financiación.

El incesante comercio generó en Europa una sociedad de mercaderes, quienes desarrollaron usos diferentes de los de la sociedad feudal dominante, ellos debieron enfrentar con “unidad” a los señores feudales y a la iglesia que dificultaban su desarrollo económico. Producto de lo expuesto, crearon sus propias instituciones: “Las Corporaciones”, éstas se regían por criterios de equidad y conforme a normas propias del comercio, distintas de las del derecho local o a las del ius commune.

Nace de este modo la Lex Mercatoria como derecho consuetudinario interlocal que cubría todas las necesidades nacidas del comercio, iguales en todas las comunidades de comerciantes, que necesitaban la seguridad jurídica que la diversidad de derechos locales no les ofrecía.

El principal factor que contribuyó a la creación de una ley para los mercaderes uniforme en Europa, fue la actividad de las cortes mercantiles adscritas a las corporaciones y las mas estrictas cortes de las ferias que juzgaban con rapidez siguiendo y concretando los usos conforme a los criterios de equidad.

1.1.2 Lex Mercatoria en la era Moderna

La lex mercatoria había sido un derecho creado y directamente aplicado por la clase mercantil, por fuerza de las costumbres mercantiles, de los estatutos de las corporaciones, de la jurisprudencia de sus propios tribunales. Sin embargo Europa atravesaba por cambios, ellos eran políticos, religiosos, culturales, sociales, técnicos y económicos, los cuales afectaron de manera decisiva al comercio y en particular a la *societas mercatorum*, de modo que su universalidad en la aplicación de la lex mercatoria se pierde, dando paso a la estatización del derecho, que irrumpe con el nacimiento de los Estados Nacionales, lo que fue una constante del siglo XIX en Europa.

Lo anterior en ningún caso determinó el cierre de fronteras y el fin del comercio internacional. El comercio marítimo europeo se desarrolló de forma espectacular gracias al tráfico comercial con el Extremo oriente, arrebatando el monopolio de los árabes en el Índico y la colonización de América. Pero este comercio dejó de ser regulado por un derecho de clases y pasó a ser regulado por un derecho de Estado, es decir un derecho que no era auto impuesto por los comerciantes sino que impuesto desde una estructura ajena a la *societas mercatorum*, y como bien se entiende dejó de ser un derecho internacional, transformándose en un derecho nacional o estatal.

Este comercio internacional era controlado por los Estados Modernos que se inspiraron en la doctrina del mercantilismo (restricción de las importaciones y

aumento de las exportaciones). Se realzó la figura del comerciante (antes mal vista) que se convirtió en fuente de riqueza para el país al satisfacer los impuestos que permitían el mantenimiento del ejército, a su vez los ejércitos se encargaban de proteger las rutas comerciales, en especial las que comunicaban con las colonias. Las colonias sólo podrían exportar sus materias primas a la metrópoli.

Gran parte de la población estaba, directa o indirectamente, inmersa en el comercio global: los comerciantes, los banqueros, los marineros, los aseguradores y a través de inversiones en crías, personas que nunca abandonaban su país. No obstante, esta ampliación de la sociedad mercantil no se tradujo en una *lex mercatoria* más universal. El mercantilismo hizo que el comercio entre Estados perdiera peso, con lo que la *societas mercatorum* universal se escindió en múltiples sociedades de comerciantes nacionales, sometidas y protegidas por sus respectivos monarcas.

La nueva estructura política y económica del Estado moderno implicaba una nueva forma de concebir el derecho, en especial el derecho mercantil. La monarquía autoritaria utilizó la ley para conseguir la unificación nacional, acabando con la disgregación jurídica que suponían la infinidad de derechos locales. Sobre todo la ley fue el instrumento jurídico de afirmación del poder normativo estatal sobre la nobleza, el clero y la burguesía comerciante. Por ello,

la actividad de los comerciantes pasó a regularse por leyes dictadas por los soberanos que, si bien incorporaban contenidos de la *lex mercatoria* perdieron su uniformidad internacional.

Las relaciones entre comerciantes de diferentes países pasaron a regularse por las complejas normas de conflicto¹⁰ de derecho estatutario que pasó a formar el derecho internacional privado¹¹. Con todo la *lex mercatoria* como tal no desaparece, ya que se conservaron como fuente los usos de comercio, aunque su importancia pasó a ser secundaria, al convertirse la ley en fuente de primer grado y prohibirse cualquier uso *contra legem*.

Sin embargo y pese a lo expuesto, en palabras de Baron: “Merchant law was not yet dead -- the will for world trade was stronger than the national restrictions and limitations of the commercial law: merchants created internationally legal structures and instruments that had to be recognized by national legal systems in order to reach a common base for international trade relations. Furthermore, non-governmental institutions like the International Chamber of Commerce (ICC)

¹⁰ Las normas de conflicto son aquellas que determinan la legislación aplicable a una relación jurídica de derecho internacional privado. Su función es escoger la legislación, nacional o extranjera, que va a regir la relación jurídica que posee elementos internacionales relevantes. Curso de Derecho Internacional Privado. Mario Ramírez Necochea. LOM Ediciones limitada, Santiago, 1999, pp. 108.

¹¹ Se entiende por derecho internacional privado, el derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales concebidas estas como aquellas relaciones jurídicas donde están presentes elementos extranjeros y que conllevan la aparición de dificultades como la precisión o determinación de los tribunales competentes para solucionar los conflictos, la legislación estatal aplicable y la eficacia de las resoluciones extranjeras. Calvo Caravaca, Alfonso Luis. Carrascosa González, Javier. Derecho internacional privado. Volumen I. Editorial Comares. Granada, 2000.

started in the 1920's to foster international trade law by developing uniform standard rules and procedures. There emerged a trend of rediscovering the international character of the commercial law and to move away from the restrictions of national law to a universal, international conception of international trade law. This trend was driven by the business community. In the 1960's, Berthold Goldman, Clive Schmitthoff and Aleksander Goldstajn were among the first to point at this development, at this "new law merchant" and at its tendency to be autonomous.¹²

1.1.3 Lex Mercatoria y el Common Law

El derecho continental fue recopilador primero, y codificador después, además de diferenciador de lo mercantil respecto de lo civil. El derecho anglosajón en cambio, fue partícipe de la integración total de lo mercantil en el derecho común. Tal diferenciación implicó por tanto, una distinta evolución distinta en relación al contenido de un mismo derecho desarrollado en culturas jurídicas disímiles.

¹² BARON G. "Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a New Lex Mercatoria?". *Arbitration International*, 1999, páginas 115-130. En <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>

En Inglaterra frente al poder de la aristocracia terrateniente y el gran capital burgués, se erigió una opinión pública amparada en la libertad de prensa y un poder judicial independiente, que interpretaba las disposiciones parlamentarias de manera estricta y que se sometía a un sistema de precedentes que pudieron conocerse con facilidad gracias a la recopilación impresa de la jurisprudencia realizada por Blackstone¹³.

En el ámbito mercantil se reconocieron el carácter judicial de las decisiones de los tribunales arbitrales a partir de 1468 y la base legal del arbitraje comercial se plasmó en la Arbitration Act de 1698, donde se reconoció que las decisiones arbitrales no necesitaban de ratificación judicial para su ejecución. La publicación de la recopilación de Gerard Malynes, *consuetudo vel lex mercatoria* en 1670¹⁴, permitió a los árbitros el conocimiento de los precedentes en el ámbito mercantil.

La verdadera revolución jurídica inglesa fue la posterior incorporación del Merchant law al common law realizada gracias a los jueces Sir John Holt y sobre todo a Lord Mansfield, cuando en 1756 se incluyó a comerciantes de la

¹³ Sir William Blackstone. Jurista británico. Catedrático de la Universidad de Oxford. Entre sus obras destaca *Comentarios a las leyes de Inglaterra* (1765-1769), que ejerció gran influencia en el constitucionalismo británico. En <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/b/blackstone.htm>

¹⁴ Gerard Malynes (1586-1641), *Consuetudo, vel, Lex Mercatoria* (1622), que utilizo en facsímil (I-II, 1981) de la tercera edición (London 1686), con añadidos (tomo segundo) de Richard Zouch (*The Jurisdiction of the Admiralty of England Asserted*), G. Mieke (*The Ancient Sea Laws... Rendered into English...*) y Sir John Burough (*The Sovereignty of the British Sea*). En http://www.unia.es/nuevo_inf_academica/visualizar_file_Adjunto.asp?ID=3134

ciudad de Londres en la Cámara de los Lores de Inglaterra, como jurisdicción especial, con lo que las costumbres comerciales ya no tenían que ser probadas en todo caso. Con tal reconocimiento el derecho mercantil dejó de ser un derecho de clases en Inglaterra.

El derecho civil inglés se modernizó al incorporar a éste las novedades del Merchant law, mientras que el derecho mercantil se estancó tanto por la lentitud inherente a los procesos civiles como por la recepción de conceptos jurídicos civiles tales como la “consideration”. Esto hizo que los comerciantes buscaran una solución más rápida en los tribunales de arbitraje, que juzgaban conforme a la equity.

1.1.4 Derecho Mercantil en época de Liberalismo y Revolución Industrial

La revolución burguesa de Francia de 1789 establece un nuevo orden social que se va implementando en Europa y América a lo largo del siglo XIX. Aparecen conceptos nuevos tales como la propiedad privada, la libertad de contratación, el individualismo o la igualdad formal que fueron moldeados en beneficio de una *societas mercatorum* más poderosa.

La propiedad privada y la libertad para emprender una “empresa” dejó de ser un privilegio para transformarse en un derecho de todo ciudadano, como un derecho natural absoluto, las personas adquirieron el pleno dominio de sus tierras, derogándose los derechos feudales que sobre ellas ejercían los antiguos “señores feudales”, lo que pasó a ser la base de la primera revolución industrial y el nacimiento del capitalismo industrial y financiero. Tales acontecimientos de la mano del comerciante se convirtieron en motor del nuevo sistema económico, este nuevo sistema (economía industrial) se desarrolla en un espacio carente de derecho, lo que en caso alguno incomodaba a los agentes de este nuevo escenario sino que muy por el contrario preferían la escasa regulación jurídica, propia del liberalismo económico, partidario del *laissez faire*, de la autorregulación del mercado.

En cuanto al proceso de codificación se pretendía dar seguridad jurídica reuniendo normas de un modo lógico, auto integrado y definitivo, normas generales y abstractas que, sin embargo, en el ámbito internacional lejos de lograr la ansiada unidad y seguridad, provocó el efecto contrario, aumentando la diversidad, Esto no deconcedía con las crecientes exigencias que desde entonces imponía el comercio internacional.

El fracaso de las doctrinas mercantilistas y el apogeo del liberalismo económico permitieron un comercio a gran escala que pasó a ser verdaderamente

internacional. La producción industrial generó tal volumen que ella no era posible de ser consumida en forma íntegra por la localidad o país productor y debió salir en busca de nuevos sectores en donde comercializarse. En lo que se refiere a la regulación de este “espacio abierto” al comercio , se mantuvo el complejo sistema de normas de conflicto, compensado por una parte gracias a la progresiva ampliación de los imperios como el británico y por otra, la influencia que los códigos francés y alemán tendrían en las codificaciones del resto del mundo.

1.1.5 Codificaciones en el derecho continental

Muchos autores ven en las ordenanzas de 1787 el inicio del movimiento codificador (por la necesidad de adaptar la *lex mercatoria* a las nuevas necesidades del comercio), partiendo de ellas se redactó el Code de Commerce de 1807 en cuya elaboración se deja en evidencia la separación del derecho mercantil del derecho común.

En todo caso se objetivizó el criterio de aplicabilidad del derecho mercantil pasando de ser un derecho de los comerciantes para pasar a ser el derecho aplicable a “los actos de comercio”, con lo que formalmente la profesión de comerciante se hizo accesible a cualquier ciudadano. Con los códigos

napoleónicos se consolidó, en el derecho continental, la diferencia entre derecho civil y derecho mercantil, manteniendo como jurisdicción especial la mercantil, que conservó sus privilegios (a diferencia de lo que ocurría en el derecho inglés).

En la segunda mitad del siglo XIX, la segunda revolución industrial y financiera (la del petróleo y de la creación de grandes monopolios comerciales, industriales y financieros), dejó obsoletos los códigos de comercio elaborados en un contexto económico distinto. En lo que toca al ámbito estrictamente jurídico ello se plasmó en un sin número de leyes especiales que regularon distintas materias y las cuales eran ajenas a los originales “códigos”.

Por su parte, el código alemán, con un criterio particular (1897) abandonó el criterio objetivo y el derecho mercantil pasó a ser el derecho de los que por su índole o volumen requerían una organización propia de comerciantes que, además debían inscribirse en un registro, criterio más acorde con la realidad económica y que influiría en las codificaciones posteriores como la japonesa.

1.1.6 Los inicios de la nueva *lex mercatoria*^{15 16}

¹⁵ Según Ferrarese, este es un derecho cosmopolita, que se propone como una forma de comunicación universal que supera las barreras estatales. Ello es así sobre todo si consideramos que los agentes del comercio internacional tratan constantemente de prescindir de su pertenencia a un Estado, coordinando sus

A principios del siglo XX cuando se observa la insuficiencia del sistema de normas de derecho internacional privado para la resolución de conflictos surgidos entre los agentes del creciente comercio internacional (también surge la labor de unificación internacional de las normas de conflicto: solución al problema de seguridad jurídica que enfrentan los conflictos internacionales; pero insuficiente para la complejidad del comercio), surgen dos tendencias en el derecho de la nueva sociedad mercantil, por un lado la tendencia unificadora de los ordenamientos jurídicos internos de los países, ella opera desde los poderes estatales en instituciones internacionales, y por otro, la aparición de la autorregulación de los propios operadores internacionales gracias al reconocimiento universal del principio de libertad de contratación.

Aún se mantiene la división en derecho mercantil anglosajón y continental sin embargo comparten un mismo origen y han caminado hacia un derecho mercantil universal. Particular labor es la desarrollada en este campo por

conductas de modo de protagonizar juntos la reglamentación a que quieren ser sometidos. Tanto la Corte de Casación Italiana como Francesa han concluido que la nueva *lex mercatoria* constituye un cuerpo normativo autónomo respecto de los ordenamientos estatales. Las partes lo pueden elegir por oposición a un derecho estatal y su solución se somete a un tribunal arbitral. Gracias a estas concepciones se ha dejado de lado la concepción de estos usos como “contractuales” y han pasado a entenderse como usos del comercio internacional, es decir han pasado a tener una clara naturaleza jurídica normativa. Ferrarese, M., R. (2000), *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 11-158.

¹⁶ Los usos y costumbres mercantiles adquieren gran importancia como consecuencia del poder económico de los agentes del derecho internacional y de la insuficiencia de las legislaciones estatales para regular el tráfico transnacional. El derecho espontáneo tiende naturalmente a alejarse de las regulaciones estatales estableciendo normas sustantivas anacionales de derecho internacional privado. Mario Ramírez Necochea. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Impreso en LOM Ediciones limitada, Santiago, Chile 1999, pp. 41.

UNIDROIT quien utilizó con éxito la técnica de las leyes modelo, las cuales no atentaban contra la soberanía estatal¹⁷ al requerir una norma interna de transposición para su entrada en vigor.

Por otro lado, a partir de finales del siglo XIX, el comercio internacional pasó a estar dominado por grandes sociedades transnacionales norteamericanas y europeas¹⁸, que buscaban la creación de monopolios protegidos por las correspondientes potencias mundiales. En el siglo XX y ante la diversidad de ordenamientos jurídicos, las sociedades comenzaron a generar su propio derecho, amparadas en la libertad contractual: creando un derecho corporativo a nacional.

1.1.7 Fuentes del Derecho Mercantil Internacional

Desde 1950 el comercio internacional ha crecido paulatinamente, las recesiones económicas sólo disminuyeron los porcentajes de aumento de

¹⁷ En tal sentido ha sido importante lo comentado por el Profesor Galgano, en tanto la globalización de los mercados conduce inevitablemente al ocaso del dogma de la estatalidad del derecho. Ello porque antiguamente Estado y derecho nacional eran sinónimos luego el derecho internacional privado surge sólo para aclarar el derecho nacional aplicable a la controversia internacional pero más tarde con el nacimiento de la nueva *lex mercatoria*, no sólo se crea un sistema “supranacional” sino que además los derechos nacionales deben dejar de lado la vieja práctica de dictar leyes destinadas a interferir con el derecho de otros estados o con la misma reglamentación internacional. GALGANO, FRANCESCO. “La globalización en el espejo del derecho”, Rubinzal – Culzoni, 2005, Buenos Aires, Argentina.

¹⁸ La globalización ha transformado al comercio mundial y a sus agentes, en este sentido y en un lugar preferencial encontramos a las empresas “transnacionales”, en general encabezadas por una empresa “holding” o directora y que opera por medio de una pluralidad de sociedades, pluralidad que nace producto de la imaginación empresaria.

intercambio, pero en ningún caso, lograron detenerlo. Tal crecimiento se ha acentuado en la década de los noventa con la aparición de las nuevas técnicas de telecomunicaciones como Internet y la mejora de los medios de comunicación que han hecho realidad el acceso de pequeñas y medianas empresas al mercado internacional.

El mundo se ha globalizado, se ha hecho más pequeño a consecuencia del progreso de la ciencia y de la tecnología. Los intercambios llevan aparejados uno o varios contratos de compraventa, transporte, seguro, agencias, contratos bancarios especiales, etc. La seguridad jurídica se ha buscado a diversos niveles por sectores económicos, por regiones económicas o en el ámbito mundial por medio de, principalmente, dos métodos:

- la creación del derecho uniforme o legislación internacional
- aparición de la autorregulación por parte de la misma comunidad de comerciantes internacionales que como derecho anacional se ha catalogado como nueva *lex mercatoria*¹⁹

El crecimiento de las empresas (particularmente, norteamericanas, inglesas y japonesas) desarrollado en la segunda mitad del siglo XX, ha hecho que muchas de estas empresas transnacionales tengan un poder mayor que el de muchos Estados nacionales. Las empresas dominan los mercados en los que

¹⁹ Las empresas transnacionales poseen un preponderante papel en la formación de este derecho anacional, por su posicionamiento en el mercado global así como por el poder que de ello se deriva.

operan, crean sus propias redes económicas superpuestas a las de los Estados soberanos y se regulan por sus propias normas reconocidas como vinculantes en su mercado e impuestas a las normas dispositivas estatales en virtud del principio de la autonomía de la voluntad a las partes. A estos operadores se les unen los organismos internacionales independientes que pretenden mejorar la seguridad jurídica, la uniformidad y la justicia de las prácticas de comercio internacional así como dirimir disputas entre los operadores del comercio internacional, a través de sus órganos de arbitraje, que actúan como verdaderos órganos jurisdiccionales de este derecho anacional²⁰.

Scmitthoff²¹ anuncia con entusiasmo el nacimiento de esta nueva lex mercatoria²² como ordenamiento jurídico corporativo, producido y aplicado privadamente al margen de cualquier ordenamiento estatal, cuyas fuentes formales principales son las siguientes:

²⁰ Según el profesor Mario Ramírez, las principales manifestaciones de derecho espontáneo se dan en los contratos tipo, en los términos de contratación y su desarrollo se ve favorecido con el arbitraje, que tiende a resolverse con las normas propias del comercio internacional. Ramírez Necochea. Mario. Curso de Derecho Internacional Privado. Impreso en LOM Ediciones limitada, Santiago, Chile 1999, pp. 38-39.

²¹ Hay quienes han preferido hablar en este sentido, de la existencia de un “tercer orden”, entendiendo que el primer orden estaría constituido por los derechos estatales y el segundo por las convenciones internacionales y otros de la misma índole. Este tercer orden vendría a regular las relaciones que se generan en un espacio global entre agentes caracterizados por las mismas cualidades esenciales, cuales son en definitiva propugnar el intercambio, ya no sólo de bienes y servicios sino que adicionalmente de tecnología y otros, propios de la actual aldea global en cual nos desenvolvemos. En http://www.cavelier.com/publicaciones/articulos/JUNIO%202006/Lex%20Mercatoria.htm#_ftnref1

²² Ello lo hace en el Coloquio de Londres sobre las nuevas fuentes del derecho comercial internacional, de 1962. De Sousa Santos define la lex mercatoria como un conjunto de principios y reglas consuetudinarias que son amplia y uniformemente reconocidos y aplicados en las transacciones internacionales. De Sousa Santos, B. La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y de la emancipación. UNC-ILSA. Bogotá 1998, páginas 39 y siguientes, en http://www.tdx.cbuc.es/TESIS_UAB/AVAILABLE/TDX-1104102-180214//maw2de3.pdf.

Formularios estandarizados y contratos tipo.

La Costumbre y los usos del comercio internacional. En este apartado se incluyen las recopilaciones efectuadas por organismos internacionales, y que constituyen más bien verdaderas condiciones generales de contratación que las partes del contrato pueden incorporar de mutuo acuerdo. Según Scmitthoff, la actual costumbre internacional nace de los usos interpretativos, que cuando alcanzan un alto grado de complejidad y de universal difusión son formulados por los organismos internacionales, dejando de ser usos y son entendidos como prácticas sociales espontáneas ya que son los organismos internacionales quienes las recopilan con pretensión de superar la diversidad, reduciéndolos a lo que tienen en común. Con ello evitan conflictos entre usos dispares o la sumisión a un uso local desconocido. Pero su labor llega más allá ya que los organismos internacionales corrigen esas prácticas, buscando en los usos compilados el equilibrio de las partes en ocasiones en sentido contrario a los intereses de los mismos profesionales lo que denota su neutralidad.

Los organismos internacionales no pretenden que sean meros usos de comercio, aplicables en el ordenamiento nacional en defecto de la ley. Se pretende crear cláusulas de estilo que las partes incorporen a los contratos, con lo que se impondrían sobre cualquier ley nacional, al partir directamente de la voluntad de las partes.

Se pretende la aplicación directa de tales usos con preferencia a la norma dispositiva correspondiente sin perjuicio de su posible aplicación como costumbre una vez que haya adquirido opinio iuris generalizada en su respectivo ámbito de comercio internacional. En este caso, serían aplicables aún sin previo pacto contractual, bien como praeter legem, bien como usos secundum legem.

Contratos auto normativos, amparados en la libertad contractual, pretenden que la regulación jurídica del contrato quede fuera del influjo de todo ordenamiento nacional, se consigue tal independencia gracias a su exhaustividad, combinada con un compromiso de arbitraje de equidad o de amigable composición, partiendo de la base de que las partes actúan de buena fe. Con ello entonces, se ha intentado incluir a los abogados como “fuente”, en tanto participan de la redacción de estos complejos acuerdos jurídico-comerciales.

Contratos atípicos, o contratos “globalizados”, la atipicidad es respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales, pero ello no impide que estos contratos sigan modelos contractuales uniformes de un sumo valor puesto que permite el ahorro en los costos de transacción, en este apartado cobra especial relevancia la labor de los jueces nacionales, quienes cuando juzgan la validez de un contrato atípico de gran difusión internacional el juicio de adecuación a los derechos en cuanto a los intereses perseguidos por la legislación interna, está

influenciado por la uniformidad internacional del modelo contractual, va a ser difícil que un juez considere inválido un modelo contractual conforme a su derecho interno si el modelo ha sido reconocido como válido en todo el mundo ya que eventualmente en el extremo puede provocar un aislamiento económico. En este sentido cabe recalcar lo reiterado por el Profesor Galgano, para quien el contrato en el ámbito internacional no debe ser considerado exclusivamente como aplicación del derecho sino como una fuente de derecho de la sociedad post industrial. Los contratos no son sólo instrumentos de circulación de cosas, sino que crean en sí mismos nuevos productos (new properties)²³.

Normas de calidad y códigos de conducta, desarrollados en la época de los noventa en el ámbito de la autorregulación de los operadores del comercio internacional (soft law), pretende la ordenación del mercado internacional por parte de sus operadores²⁴. Ellos crean asociaciones internacionales donde se integran asumiendo tales reglas, de contenido técnico como normas de calidad de productos y servicios que ponen en el mercado o de contenido jurídico o ético, como los códigos de conducta.

Principios generales de la nueva lex mercatoria, son las principales fuentes de solución de conflictos y lagunas legales y contractuales de carácter

²³ GALGANO, FRANCESCO. “La globalización en el espejo del derecho”, Rubinzal – Culzoni, 2005, Buenos Aires pp. 109-123.

²⁴ El sistema de pesos y medidas “métrico”, es un buen ejemplo de autorregulación aunque decimonónico

internacional. Existen dos principales: libertad de contratación y pacta sunt servanda. Hasta hace poco la tendencia jurisprudencial era considerar inválida las cláusulas contractuales que hicieran referencia a una lex mercatoria anacional, actualmente se admiten, tanto por los jueces nacionales como por los árbitros internacionales²⁵. Especial referencia cobra en este plano el trabajo elaborado por UNIDROIT en tanto permite acceder a los principios recopilados de las prácticas comerciales internacionales, existe numerosa jurisprudencia arbitral que se refiere a los principios UNIDROIT y en menor medida a otras compilaciones de carácter regional como es el caso de los Principios de Derecho Contractual Europeo²⁶.

Guías legales, estos son textos redactados por los organismos internacionales preparatorios de futuros textos sobre usos, recopilan un listado de cláusulas incluidas comúnmente en los contratos internacionales por lo que son indicativas de prácticas y se recomiendan unas sobre otras.

La doctrina, como fuente de conocimiento, no es propiamente una fuente (formal) pero sí un gran aporte al proceso armonizador siempre que utilice un

²⁵ La corte de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional los aplica directamente, aunque el contrato no haga referencia a los mismos. Laudo CCI número 8.128 de 1995, en Journal de Droit Intenational, 1996.

²⁶ Principios de Derecho Contractual Europeo. Traducción del texto de los artículos publicados en Lando, Beale, eds., Principles of European Contract Law, Kluwer Law International, La Haya, 2000, págs. 1-93, en http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20spansk/PrincipioslandoI+II.doc

enfoque transnacional de estudio de derecho o bien un enfoque de derecho comparado²⁷, un estudio pormenorizado permite señalar los problemas realmente esenciales en comercio internacional, analizar las diversas soluciones dadas en distintos ordenamientos internos y proponer prácticas aceptables por la jurisprudencia de todos los países.

Jurisprudencia, la jurisprudencia internacional desarrollada por los árbitros, sean designados ah-hoc, bien en el seno de asociaciones vinculadas a sectores productivos, bien adscritas a agencias internacionales. El arbitraje se trata de un procedimiento formal y último de resolución de conflictos entre las partes del contrato. Los otros métodos son la renegociación del contrato y la conciliación. El primer método es usual en relaciones contractuales a largo plazo y el segundo se somete a un procedimiento extrajudicial. La renegociación está siendo usualmente considerada como una fase previa y obligatoria al arbitraje, ya que se interpreta como manifestación del principio de buena fe²⁸. La renegociación se haya pactado expresamente o no, es previo al proceso arbitral o judicial según los principios UNIDROIT.

La conciliación implica un acuerdo amistoso de las disputas entre los contratantes, con la intervención activa de una tercera persona, el conciliador,

²⁷ Uno de los mayores aportes ha sido la elaboración de los conocidos “INCOTERMS”.

²⁸ La Corte Federal de Australia admitió el principio de buena fe consagrado en el 1.7 de los principios UNIDROIT, sentencia de la Federal Court of Australia, número 558 de 30 de junio de 1997, en www.unilex.info

que recomienda una solución a las partes, que se adhieren voluntariamente a la misma²⁹.

En el caso de no existir un clima de resolución amistosa, es más conveniente el arbitraje, donde el árbitro impone su decisión a las partes³⁰. El arbitraje internacional ha llegado a constituirse en una clase profesional, especializada en la resolución de conflictos mercantiles internacionales, en plazas donde existen centros permanentes de arbitraje como Londres, Nueva York, Washington, Estocolmo, El Cairo, etc.

De lo expuesto se desprende que la *lex mercatoria* tiene fuentes de producción originarias ajenas al poder normativo de la comunidad internacional y cuya eficacia y validez no depende de otros sistemas normativos. Es un sistema jurídico anacional, cuyo principal método de solución de conflictos es el arbitraje, se trata de decisiones menos estrictas³¹ en las que la aplicación del derecho, más receptiva a los usos del comercio internacional y que se basan principalmente en el principio de la buena fe en el comercio internacional.

²⁹ Las reglas de arbitraje de la CCI contienen un apartado destinado a una conciliación opcional.

³⁰ Las características básicas de un laudo arbitral son la motivación, la confidencialidad y la revisión judicial de los laudos lo que los hace más atractivos que los procedimientos judiciales, entre las características que además son distintivas de éstos.

³¹ El cumplimiento de los laudos se garantiza por la existencia de otro tipo de sanciones que no requieren del recurso a las autoridades estatales, como la exclusión del ámbito de las relaciones comerciales de la empresa que se niegue a aceptar el laudo en cuestión.

Según el profesor Mario Ramírez, el derecho transnacional posee sus propias formas de coacción como son el boycott o la falta de credibilidad que pueden transformar al infractor en un paria en el mundo del comercio sin perjuicio de que pueda utilizar, según el caso, los mecanismos coercitivos del país en donde se ventile algún asunto relacionado con aquel derecho.

1.1.8 Derecho Mercantil Internacional: Derecho Uniforme

El Derecho Civil pierde universalidad cuando surgen los Estado Nacionales y con ellos reina el principio de la estatalidad del derecho, cada Estado impone su derecho y sus principios a la hora de regular los intercambios. Se produce entonces un choque con el creciente comercio internacional que al contrario de lo que sucede con el derecho, se abre nuevos espacios a la libertad de circulación no sólo de bienes y servicios sino con variadas fórmulas de flujo económico, intelectual, financiero y tecnológico. Pero con la llegada de la economía industrial y la creación de nuevas riquezas, este comercio no podía seguir en un espacio “vacío de derecho”, es por ello que primero de forma espontánea y luego con conciencia del mismo se comienzan a universalizar nuevamente las categorías de derecho civil o más bien en este sentido mercantil, sobre todo con la aparición de la sociedad post-industrial y la globalización de la economía mundial.

Siguiendo el modelo de UNIDROIT juristas de distintos países con diferentes estructuras económicas, descubrieron que las técnicas legales empleadas en el comercio internacional eran las mismas independientemente de la orientación política, ideológica o económica de los países en cuestión. El sistema de normas de conflicto propio del derecho internacional privado se observó como barrera artificial a la conducta de los comerciantes, por lo que buscaron

soluciones a los problemas de una manera práctica. Crearon convenios regionales o internacionales que contienen reglas uniformes aceptables para el mayor número de países. En este sentido la nueva lex mercatoria no sólo se basa en el uso o en la elaboración de organismos internacionales sino que además se integra por la “legislación internacional”, la cual está compuesta por³²:

Convenciones internacionales, Son una forma de unificar el derecho mercantil internacional de una forma respetuosa de la soberanía nacional de los Estados, ya que son ellos quienes las aprueban. La ventaja es que se introducen las disposiciones en los ordenamientos jurídicos internos de los países que las ratifican, y posibilita la introducción de normas de derecho imperativo, por regla general son neutrales y consensuados. Ahora el que no esté en vigor en algún país no impide su aplicación a los contratos, pero en tal caso depende de la voluntad de las partes contratantes, pasando a formar parte de la lex mercatoria.

Leyes modelo, Su ventaja está en el método de elaboración, pero deben ser incorporadas al derecho interno mediante una ley formal o bien incluidas en los contratos como norma, reguladora, de los mismos en virtud de la autonomía de

³² Tal enumeración en ningún caso resulta exhaustiva ya que eventualmente se pueden restringir o ampliar tales categorías.

la voluntad de las partes, por tanto son más flexibles a la hora de su incorporación por parte de los Estados.

La doctrina, Se ha discutido acerca de lo que debe entenderse por nueva lex mercatoria. Conceptualizarla, ya sea definiéndola o bien mediante una referencia a su contenido, es muy difícil. La doctrina ha planteado distintas formas de concepción de la misma y se han marcado tres tendencias diferentes acerca de un concepto que si bien no se discute en cuanto a su existencia e importancia, sí en cuanto a su contenido y significado³³. Quizás, el obstáculo más significativo que ha debido sortear del derecho mercantil internacional para ser considerado como una categoría autónoma³⁴ es el tema de las fuentes,

³³ El Profesor Goldman se enmarca en la concepción amplia, entendiéndola como un verdadero ordenamiento jurídico autónomo creado en forma espontánea por los agentes internacionales, sin embargo, admite la existencia de lagunas en la lex mercatoria e incluso reconoce la supremacía del derecho nacional frente a determinados preceptos de la lex mercatoria. BERTHOLD GOLDMAN. “La Lex Mercatoria dans les contrats et l’arbitrage internationaux: realities et perspectives” en 106 Jourdal Clunet, s.l., 1979, pág. 475. En <http://www.javeriana.edu.co/politicas/publicaciones/documents/5.La.nueva.lex.pdf>. La segunda corriente la entiende como un conjunto de normas suficientes para decidir una controversia y que operan de forma alternativa a una ley nacional que eventualmente abarcaría tal conflicto. El problema que se presenta es que adicionado a ella un conjunto de principios comunes a todas las naciones que participan en el comercio internacional, los cuales de partida son imposibles de verificar en forma absoluta. La tercera corriente es la más estricta y entiende a la lex mercatoria como un cuerpo normativo complementario al derecho nacional y en ningún caso lo entiende como un ordenamiento jurídico autónomo a nacional.

³⁴ Los argumentos que se esgrimen a favor de dicha calificación son en primer lugar que el derecho uniforme tiene una autonomía normativa, es decir, obtiene sus normas de convenciones internacionales y más aún de una elaboración hecha a nivel internacional, con peculiares técnicas y mediante la conciliación de diversos sistemas, es por este motivo que no se puede utilizar el mismo sistema interpretativo que se utiliza a nivel nacional, ya sea en cuanto a las reglas aplicables así como a luz de sus principios. En segundo lugar, el derecho uniforme tiene autonomía sustancial, las relaciones jurídicas que reglamentan no son iguales a las que están en el ámbito del derecho interno, ya que las condiciones socioeconómicas tomadas en cuenta para su reglamentación no responden a exigencias comunes a más países. En tercer lugar, la autonomía legislativa y sustancial confiere al derecho uniforme una autonomía científica, en el sentido de que dicho derecho debe ser objeto de una disciplina distinta y de un particular estudio e investigación. Labariega Villanueva, Pedro Alfonso. El UNIDROIT: Instituto Internacional para la unificación del derecho privado. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM.

entre la doctrina existen criterios pero no una jerarquización de las mismas y por tanto ha debido llevar a analizar caso a caso los principios, usos costumbres, etc.

Así para Profesor Vicent Chuliá³⁵ la *lex mercatoria* debe abarcar con su conceptualización las condiciones generales de contratación y los contratos tipo formulados unilateralmente por empresas o grupos de empresas vendedoras o pactados con las asociaciones de compradores y además las condiciones generales elaboradas por las organizaciones en el plano intergubernamental o privado que intentan refundir y por sobre todo seleccionar las prácticas más justas. En este apartado destaca con fuerza la labor efectuada por UNIDROIT, sobre todo en lo que dice relación con la redacción de los Principios aplicables a los Contratos Comerciales Internacionales. Son los mismos principios quienes han incorporado su legislación al ámbito internacional como una recopilación de prácticas pero mejoradas de acuerdo a las exigencias de justicia y solidaridad que no imperan necesariamente en el mercado internacional pero que son un imperativo en tanto las desigualdades deben minimizarse a la hora de resolver un conflicto, sin atender al poder económico de las empresas en juego. Los mismos principios se han autodenominado “*lex mercatoria*” en tanto resultan aplicables a los contratos con la sola referencia a ésta. Además, el Profesor Vicent Chuliá incluye las

³⁵ Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia. VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, Introducción al derecho mercantil, 13ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 64 y siguientes.

reglas, usos y fórmulas codificadas por instituciones privadas tales como la Cámara de Comercio Internacional. Finalmente se citan a los “verdaderos usos del comercio internacional”, usos no codificados, ya sean regionales o universales y que pese a no plasmarse en algo “tangible” poseen enorme relevancia práctica.

Así mismo otros autores han señalado que las fuentes de la regulación contractual internacional, sin pretender una enumeración taxativa son: las normas de derecho internacional público, los tratados suscritos entre Estados para dotar a los partícipes del tráfico de un derecho uniforme o de normas de conflicto, los usos mercantiles y costumbres comunes, las condiciones generales de los contratos, reglas adoptadas por los gremios mercantiles internacionales, reglas sugeridas por los partícipes del tráfico, principios generales de derecho aplicable a las transacciones internacionales y los precedentes jurisprudenciales. Nuevamente se hace necesario destacar la labor de los principios UNIDROIT referencia obligada en este tema de contratos comerciales internacionales puesto que su finalidad es facilitar las transacciones internacionales, contando con reglas uniformes, que sean a su vez un punto de referencia objetivo para los intervinientes en los negocios³⁶.

³⁶ Su objetivo dice relación con la eliminación de los obstáculos jurídicos en las transacciones internacionales y en definitiva favorecer el comercio internacional.

En todo caso, no es menor la influencia del derecho comunitario, que ha obligado a una revisión de quienes participan del comercio mundial, básicamente en lo que a este tema se refiere la Comunidad Económica Europea ha marcado sus directrices de forma muy clara acercando sus legislaciones internas a una armonización paulatina pero progresiva en lo que se refiere a integración jurídica contractual.

Pero no todo camina a pasos agigantados, existen inconvenientes que entran el proceso de unificación, el principal de ellos dice relación con la “cesión de soberanía” a legislaciones foráneas, ello retrasa la entrada en vigencia de muchas convenciones internacionales a la hora de discutir internamente su entrada en vigencia. En otras ocasiones pasa mucho tiempo entre un proceso y otro (ratificación de la convención y su entrada en vigencia al orden jurídico nacional), y más aún puede considerarse el excesivo “localismo” y con ello las diferencias entre familias jurídicas que entraba el proceso de interpretación de los instrumentos internacionales, en tal sentido es relevante fijar criterios “internacionales” para la interpretación e integración de los mismos ya que el derecho interno no puede entregar las vías para ello puesto que de tal modo no sería uniforme su aplicación.

La labor realizada por UNIDROIT ha merecido la denominación de “Nuevo Digesto” no sólo por el creciente número de sentencias arbitrales

internacionales que resolviendo conforme a la *lex mercatoria* recurren a ellos, sino que además ha sido comentario obligado, constituyendo una reconocida fuente de conocimiento en el derecho comercial internacional³⁷⁻³⁸.

1.2 Unificación internacional del derecho privado

Tal como lo señala el profesor Jorge Oviedo³⁹, hablar de unificación es hablar de dos grados de la misma, por un lado de la unificación interna o bien unificación del derecho privado (civil-comercial) y por otro, unificación internacional. Aun cuando pareciera más ajeno a las realidades locales, están estrechamente ligados. Es esta última la que en definitiva determinará a la

³⁷ M. J. Bonell se refiere a los principios como “una fuente atendible del derecho comercial internacional” en forma explícita, ello en comentario a laudo de la Corte Arbitral Internacional de la Cámara de Comercio Internacional de 28 de julio de 2000, número 9797, publicado en *Revista del Commercio Internazionale*, 2001, pp. 211.

³⁸ Las críticas al nuevo derecho mercantil internacional tienen un marcado acento político, se critica la bondad de la unificación por ser ésta una consecuencia de la doctrina neoliberal, sin distinguir si tal armonización es de derecho público o de derecho privado. Los detractores de la unificación basan sus críticas en la cesión de soberanía nacional que tal unificación supone por parte de los Estados a favor de instituciones de derecho internacional ajenas a todo control democrático. En el ámbito político económico, los movimientos anti globalización destacan las desigualdades que el mercado genera, así Chomsky ha calificado el nuevo orden como “la reglamentación de la piratería internacional”. CHOMSKY, NOAH. *El nuevo orden Mundial*. Trad. Carme Castells. Barcelona. 2002.

La verdad es que lo que sí parece del todo cierto es que se debe buscar una legitimación para este nuevo derecho “no democrático” en el estricto sentido de tal término para avalar su existencia y crecimiento. No se puede dejar su legitimación al libre juego de las fuerzas de mercado y consenso económico.

³⁹ Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en derecho Comercial de la misma Universidad. Profesor de derecho civil y comercial de la facultad de derecho de La Sabana. Investigador del área de derecho privado de dicha facultad. Bogotá D.C.-Colombia. OVIEDO ALBÁN, JORGE. “Los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales” (Su importancia en la armonización y unificación del Derecho Privado). En: *Universitas* Número 100, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, diciembre-2000, Bogotá, Javegraf.

primera y conllevará en un futuro no muy lejano a la revisión de las legislaciones internas, es por ello y por el mismo título de este apartado que en definitiva nos dedicaremos a ver la unificación internacional del derecho privado.

Los negaciones mercantiles desconocen los límites impuestos por los Estados y el creciente flujo económico ha llevado al surgimiento de reglas propias para este tipo de actividades. Ello ha generado además el interés de organismos internacionales de carácter intergubernamental como UNIDROIT⁴⁰ (Instituto para la Unificación del Derecho Privado) por avanzar en este camino de integración jurídica de los mercados elaborando una recopilación de tales usos comerciales y perfeccionamiento de los mismos en pos de una justicia no sólo de “papel” para que se efectúen los intercambios de manera más eficiente y progresiva, mediante la adopción de leyes modelo o recopilaciones de reglas generales, principios y costumbres internacionales, sino que ha permitido abrir paso a la consolidación de este naciente ordenamiento internacional.

A pesar del desarrollo que ha tenido el derecho mercantil internacional privado en su método conflictual, parece la vía más acertada optar por un método

⁴⁰ Otros organismos internacionales encargados de eliminar los obstáculos jurídicos del comercio internacional abundan, con menor o igual éxito que UNIDROIT, destaca en particular La comisión de naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI), la asamblea de general le encomendó la difícil misión de armonización y unificación progresiva del derecho mercantil internacional. La comisión de naciones unidas para el derecho mercantil internacional fue creado en 1996 para responder ante la creciente necesidad de avanzar en el camino hacia un derecho uniforme.

preventivo, básicamente optar por la armonización y unificación⁴¹ de la legislación sustantiva aplicable a las transacciones mercantiles. Tal tarea en todo caso dista mucho de ser sencilla, básicamente porque la diversidad legislativa entre los países del orbe entraba constantemente la integración. A ello se agrega que la normativa internacional se encuentra dispersa en un sin número de leyes modelo y tratados internacionales así como también en la legislación comunitaria, recopilación de usos y costumbres y recomendaciones de principios, tal como sucede con los principios UNIDROIT para la contratación comercial internacional.

El derecho internacional privado tiene vocación de derecho estatal, nació como tal y en caso de conflictos muchas veces no se logra con tal sistema solucionar la disputa, ya que las legislaciones se entrelazan odiosamente para reglar el conflicto desatado y cada Estado defiende celosamente su legislación, mal entendiendo un conflicto por soberanía.

⁴¹ Los conceptos de armonización y unificación son empleados en forma flexible por la gran mayoría de los autores, y de tal manera es entendido en este trabajo, sin embargo tales conceptos tienen un alcance diferente. La unificación implica la adopción de un texto común, que puede ser un tratado o convenciones internacionales, o una ley modelo y su aplicación directa por los tribunales locales o su revisión judicial por un tribunal supranacional. En cambio, el concepto de armonización es más flexible, no implica necesariamente la adopción de un texto uniforme, se refiere más bien a una simple aproximación de criterios jurídicos, apoyándose en bases, leyes modelo o doctrina común, que pueden servir de punto de partida para que los legisladores y jueces nacionales puedan coordinar el enfoque jurídico de un conflicto de intereses determinado. Mónaco, *L'evoluzione attuale del diritto uniforme*, en *Raccolta di scritti in memoria di agostino curti gialdino*, vol. 1, 1990, quien ubica la armonización como una etapa intermedia entre la comparación y la unificación del derecho.

Los Profesores Fernández de la Gandara y Calvo Caravaca⁴² hablan en este caso de derecho mercantil internacional, el cual definen como el conjunto de normas del ordenamiento jurídico que regula los problemas específicos del tráfico económico internacional de las empresas o, si se prefiere una definición más explícita, como un derecho, fundamentalmente, privado, especial por razón de las exigencias del tráfico económico internacional organizado bajo forma de empresa.

La importancia de tal concepto radica en la necesidad de alcanzar un conjunto normativo armónico y sistemático que regule el tráfico comercial a través del orbe.

Este derecho mercantil internacional tiene fuentes muy distintas a las de los ordenamientos estatales, ya que se ha ido conformando básicamente por la costumbre, los usos contractuales, las reglas adoptadas por asociaciones gremiales, leyes modelo y recopilaciones efectuadas por organismos internacionales. Ello significa la reafirmación del éxito de un modelo “de mercado”, alejado de las orientaciones políticas. También el éxito del instrumento jurídico por excelencia en nuestros días: el contrato, por medio del cual se ha desenvuelto con éxito este sistema de intercambios internacionales y

⁴² Calvo Caravaca, Alfonso Luis. Carrascosa González, Javier y otros. “Derecho internacional privado”. Editorial Comares. Segunda edición. Granada 2000, páginas 34-47.

que ha ido avanzando a pasos agigantados en el proceso de unificación de las reglas contractuales comunes a todos los ordenamientos jurídicos y económicos. Pero ¿Por qué las reglas contractuales resultan tan relevantes a la hora de hablar de unificación internacional?, esta es una interrogante a la cual se ha dado una respuesta común en el orbe y su núcleo radica en que es el contrato el instrumento jurídico que ha servido para poner en movimiento el comercio internacional; cada día aparecen nuevas fórmulas contractuales, atípicas en muchas ocasiones para el derecho nacional, pero que obedecen a modelos previamente establecidos en el sistema internacional.

La uniformidad de los modelos contractuales es, para los agentes internacionales de sumo valor. Así por ejemplo el Profesor Galgano⁴³ comenta que suele suceder que las matrices, en su afán por simplificar las técnicas contractuales, transmiten a sus filiales las condiciones generales predispuestas para los contratos que han de concluirse, acompañando taxativamente la recomendación de que los textos de los contratos reciban una pura y simple transposición lingüística, sin ninguna adaptación, ni siquiera conceptual, a los derechos nacionales de los Estados, ya que ello podrían comprometer la uniformidad internacional, el mismo profesor ha señalado que el contrato gobierna a la sociedad civil en la actualidad.

⁴³ Galgano, Francesco. La globalización en el espejo del derecho. Editorial Rubinzal – Culzoni, 2005, Buenos Aires, páginas 111-119.

Por ello, se ha señalado que el contrato abre hoy en día fronteras que en el pasado eran impensables, cuando era concebido como un regulador de intereses particulares. En la actualidad pasa a formar una parte relevante de la vida social e incluso en muchos Estados ha pasado a ser una forma habitual de relacionarse con el Estado como ente activo del comercio internacional.

Constituye un desafío para UNIDROIT la unificación universal de las normas y principios que regulan la contratación internacional, el camino que se ha tomado excluye basar el sistema internacional en normas de conflicto. Esto porque tales normas “nacionalizan” el conflicto, determinando un derecho nacional aplicable en contraposición a lo que hoy en día marca las pautas que es, “internacionalizar” el conflicto por medio de la armonización y la unificación.

1.2.1 Unificación en América Latina

La unificación del derecho encuentra su fundamento en las razones precedentemente enunciadas pero en lo que al ámbito regional se refiere se agregan razones de identidad lingüística y geográfica, religión, homogeneidad en costumbres, problemas de orden económico social y fundamentalmente raíces jurídicas comunes.

Los intentos de unificación van desde el Congreso de Panamá de 1826 convocado por Bolívar⁴⁴ hasta las modernas convenciones adoptadas por las conferencias especializadas sobre derecho internacional privado (CIDIPs) que desde 1975 se llevan a cabo en el marco de la O. E. A.

Las CIDIPs⁴⁵ abandonaron la idea de codificación global y se centraron en temas específicos, pero la tendencia es alentadora hacia una progresiva unificación del derecho internacional privado interamericano. Se ha trabajado en el marco de criterios de selección del derecho aplicable y la coordinación de mecanismos de cooperación judicial internacional⁴⁶. Además existe una mayor predisposición política a adoptar textos “locales” que a adherirse a convenciones universales, tendencia que se manifiesta en las diferentes regiones del orbe. Pese a ello, los resultados han sido modestos, los intercambios comerciales entre los países de la región han influido, ya que en general se consideran de menor envergadura al que mantienen cada país de la región con otros países fuera del “bloque”.

⁴⁴ Tal convocatoria representa una anticipación a lo que sería el proceso de armonización del derecho latinoamericano.

⁴⁵ Convenciones Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado.

⁴⁶ La unificación de carácter regional constituye un paso obligado en la aspiración de una unificación global de modo de hacer más sencillas las negociaciones globales en cuanto al mayor poder negociador que representa un “bloque”.

El profesor Alejandro Garro, analizando el tema de la unificación del derecho privado en América Latina, aconseja abandonar la postura regionalista tradicional, a este respecto señala: “Al menos en tanto y en cuanto dicha postura no encuentre justificación en genuinas diferencias jurídicas con aquellos países con quienes las naciones de América Latina, individual y colectivamente, mantienen un nivel significativo de tráfico comercial internacional. La postura asumida propone una participación más activa por parte de los países latinoamericanos en los esfuerzos de unificación que llevan a cabo organismos con vocación unificadora universal como la conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya (Conferencia de la Haya), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, también conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)”⁴⁷

Las diferencias jurídicas entre los países de la región no son tantas, los criterios son semejantes en materia judicial y éstos a su vez similares a los adoptados por la conferencia de la Haya, es por ello que se puede pensar positivamente en que el camino es hacia la unificación universal. Ejemplo de lo anotado se constata en el núcleo común al comparar la Convención sobre Arbitraje

⁴⁷ GARRO, Alejandro. Armonización y Unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero. SAGGI, CONFERENZE E SEMINARI. pag. 1 y 2.

Comercial Internacional elaborada en 1958, bajo el auspicio de las Naciones Unidas con la Convención Interamericana sobre el mismo tema.

Los esfuerzos en América latina comienzan en el siglo pasado, cuando se perseguía una codificación omnicompreensiva del derecho internacional privado. Al congreso de Lima⁴⁸ de 1877-78 concurren representantes de Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Cuba y Venezuela, sin embargo, la idea de unificar los derechos de los países asistentes fue de plano desechada. El paso más significativo dentro de este proceso de unificación fue el primer congreso sudamericano de derecho internacional privado de Montevideo, en 1889⁴⁹, donde se adoptó el primer grupo de nueve tratados multilaterales sobre derecho internacional privado que entró en vigor en el mundo, aún cuando sólo fueron ratificados por Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. Tales tratados fueron revisados por el segundo congreso de derecho internacional privado de 1939-40. El mayor esfuerzo de unificación en América latina está representado por el “Código de Derecho Internacional Privado” o “Código de Bustamante” aprobado por la Sexta Conferencia Panamericana que tuvo lugar en La Habana en 1928.

⁴⁸ La labor del congreso de Lima se centró en concluir un tratado de extradición y otro de derecho internacional privado.

⁴⁹ Se considera que los primeros tratados multilaterales de derecho internacional privado en el mundo son latinoamericanos aunque su inspiración y contenido se deben a doctrinas en boga en Europa. Derecho del Comercio Internacional. Carlos Espulgues Mota, Daniel Hargain. Ed. Reus, Madrid, España, 2005, página 285.

Pese a que el “Código de Bustamante” significó un gran avance en la integración jurídica regional, la apariencia de uniformidad se desvanece cuando se repara en las concesiones excesivas al derecho local y en la cantidad y amplitud de las reservas de que fue objeto⁵⁰. El siguiente paso significativo fue la incorporación de la Organización de los Estados Americanos, al establecerse en las bases de la O. E. A. la creación de un Consejo Interamericano de Jurisconsultos, cuya misión incluía la de fomentar la uniformidad de las legislaciones americanas. En 1967, tales funciones fueron traspasadas al Comité Jurídico Interamericano, al cual se le asigna expresamente la misión de “promover el desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional, y estudiar los problemas jurídicos referentes a los países en desarrollo del continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto aparezca conveniente”. Ya en 1971 la Asamblea General de la O. E. A. decidió convocar a la primera Conferencia Interamericana especializada en derecho privado internacional (CIDIP) que se realizó en Panamá del 14 al 30 de enero de 1975. A partir de entonces las CIDIP se han venido realizando periódicamente y el C. J. I. ha preparado informes que han servido para su trabajo. Con ello se reafirma la tradición “localista” y codificadora del derecho internacional Interamericano.

⁵⁰ Chile, por ejemplo, ratificó tal legislación internacional expresando que “ante el derecho chileno y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho código, en caso de desacuerdo entre unos y otros”. Código de Derecho Internacional Privado, decreto número 374, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 10 de abril de 1934, publicado en el diario oficial el 25 de abril de 1934. artículo 3, en <http://biblioteca.vitanet.cl/colecciones/300/340/internacional.pdf>

Latinoamérica además ha participado en bloque de los esfuerzos por la unificación realizados en foros universales, así la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional cuenta con una representación permanente de seis países de América latina. Paralelamente a las tareas que realiza UNCITRAL, el instituto para la unificación del derecho privado UNIDROIT, cuenta con un enorme número de países latinoamericanos tales como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela. UNIDROIT ha orientado sus esfuerzos de unificación a áreas específicas de alto significado patrimonial e internacional, cabe destacar en este punto que la ratificación de los documentos elaborados por UNIDROIT ha sido recomendada a los miembros de la O. E. A. por la CIDIP-IV. En la actualidad esta institución ha logrado posicionarse en el ámbito mundial sobre todo con la recopilación y reelaboración de los principios aplicables a los contratos comerciales internacionales, que va en su segunda edición, lo que ha significado un enorme avance en el proceso de unificación así como una disminución de los costos de transacción en el mercado internacional, dando seguridad a los agentes internacionales y protección a los más débiles, en tanto se reestructuran tales normas mirando a los principios generales de la contratación que imperan como común denominador en las legislaciones nacionales.

Un tercer grupo de trabajo que no es posible dejar de mencionar son aquellos efectuados en la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, los cuales comienzan en 1893, la incorporación de un grupo de países latinoamericanos⁵¹ se produce recién en 1964 y aunque se perfiló como una institución europea, ha logrado con el correr de los años traspasar las fronteras naturales auto impuestas, superando con creces las expectativas que se tenían en un comienzo. La finalidad de estas convenciones, nacidas fruto de la conferencia han sido básicamente intentar refundir en una sola las culturas jurídicas romana, con sus vertientes y la familia jurídica anglosajona, sobre todo en el ámbito de la cooperación judicial internacional.

Todo el panorama mencionado permite augurar una paulatina integración jurídica de los países del orbe, cuyos esfuerzos están puestos en la unificación universal, sobre todo en lo que a contratación internacional se refiere como principal instrumento de flujo entre los países y por tanto desde ya garantizan el éxito de UNIDROIT en su tarea y alientan a avanzar aún más por la unificación del derecho privado en general.

1.3 UNIDROIT

⁵¹ Argentina, Chile, México y Venezuela

El Instituto para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT, es una organización intergubernamental fundada en 1926, bajo el alero de la Liga de Naciones. Fue reestablecida en 1940, su sede se encuentra en Roma. Chile se incorporó como miembro en el año 1951 y tras interrumpir su participación en 1967 se volvió a incorporar el año 1982. Actualmente el número de miembros es de 61 Estados⁵².

UNIDROIT fue creado con el objetivo de promover la armonización y unificación del derecho privado a nivel mundial, teniendo como punto de partida la “globalización” de los mercados y por ende la necesidad de una integración jurídica frente a la existente integración comercial. UNIDROIT debe preparar gradualmente la adopción por parte de los Estados de una legislación de derecho privado uniforme⁵³. La necesidad de este derecho uniforme es crucial para que se desarrolle plenamente el comercio internacional, pasando hoy en día a convertirse en parte integral del sistema de derecho interno.

⁵² Son miembros de UNIDROIT países de los cinco continentes, los cuales representan toda la gama existente de sistemas legales, políticos y económicos, ellos son: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Colombia, Corea, Croacia, Cuba, Chiprés, Dinamarca, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Santa Sede, Hungría, India, Irán, Iraq, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Latvia, Lituania, Los Países Bajos, Luxemburgo, Malta, México, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Pakistán, Paraguay, Polonia, Portugal, República Checa, Rumania, Rusia, Serbia, San Marino, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Túnez, Turquía, Reino Unido, Irlanda, Uruguay y Venezuela. En <http://www.unidroit.org/english/members/main.htm>

⁵³ Es así como entre los antecedentes de la convención de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías se encuentra el trabajo de UNIDROIT, la comisión del instituto UNIDROIT de 1930 que preparó un proyecto de ley uniforme sobre venta internacional entre otros proyectos por supuesto que vieron nacer a tan exitosa convención.

El Profesor Luigi Ferrari Bravo⁵⁴ nos señala que hace más de cincuenta años, UNIDROIT a través de sus publicaciones, particularmente a través de Uniform Law Review que se ha renovado constantemente pero sobre todo a partir del 2000, ha ofrecido un foro no sólo para debatir las cuestiones actuales en torno al derecho uniforme, sino también para dar a conocer los textos de los instrumentos del mismo, y presentar una selección de sentencias de tribunales nacionales, así como referencias bibliográficas. Hay quienes podrán cuestionar qué relevancia tiene lo recientemente mencionado, pero bastará con recordar la necesidad de explicar el derecho para entender que la labor iniciada por UNIDROIT no es en vano sino que muy por el contrario de un aporte sumo, más aún ello contribuye de forma efectiva a aclarar el carácter internacional de la convención y con mayor fuerza ayuda a aunar los criterios interpretativos, lo cual es necesario para la aplicación de un verdadero derecho uniforme. Especial relevancia en este ámbito cobra la creación por parte de UNIDROIT de un banco de datos sobre derecho uniforme que se denomina UNILAW. Este sistema permite el acceso directo a todos los agentes del comercio internacional, así como también a quienes no lo son a toda la información que hace referencia al derecho uniforme. El banco de datos se propone ser lo más completo posible.

⁵⁴ Juez de la Corte Internacional de Justicia. FERRARI BRAVO, LUIGI. “La tutela dei diritti in Europa”, Europa e diritto privato 2001, p. 37-40.

En cuanto a su competencia material, UNIDROIT ha seguido un criterio sistemático, escogiendo algunos temas bases como compraventa, transporte, etc. y construyendo en torno a ellos una constelación de proyectos sobre materias que se relacionan entre sí. En los distintos escritos relativos a aspectos diversos del comercio internacional, constantemente se menciona a UNIDROIT, ya que lo que esta institución pretende es su aplicación con independencia del sistema jurídico y económico de cada Estado nacional, solucionando el problema de determinar la ley del foro y la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales. María del Pilar Perales señala que, uno de los propósitos que guió a los redactores de los principios, fue precisamente reducir las posibles incertidumbres en torno a la ley aplicable al contrato, unida a la idea de constituir un cuerpo normativo independiente de la procedencia jurídica, económica o política de los contratantes⁵⁵, dado que como nunca antes se percibe la necesidad de un derecho común, universal y subsidiario, sencillo, con respuestas prontas y equitativas y con capacidad de resolver los nuevos problemas jurídicos que surgen producto de las relaciones internacionales comerciales, resultado del mercado planetario.

⁵⁵ Perales Viscosillas, María del Pilar. “El derecho uniforme del comercio internacional: los principios UNIDROIT”. Pace law School Institute of internacional comercial law, en <http://www.cisg.law.pace.edu>.

El Profesor Fernando Hinestrosa⁵⁶ ha señalado a su vez, que una de las características sobresalientes de los principios UNIDROIT es su auctoritas, es decir rigen en razón de ser un sistema racional y lógico que experimenta una aceptación universal y no por su imperio. Es una expresión de usos universalmente reconocidos que producto de un consenso entre equidad y seguridad en el tráfico económico jurídico; incluso permiten el nacimiento de nuevas instituciones que poco a poco se abren paso en los sistemas nacionales o al menos están generando debate, por ejemplo la excesiva onerosidad sobreviviente⁵⁷.

Asimismo se ha establecido a través de laudos que los principios tienen un variado uso; entre ellos, como mecanismo de ayuda a la interpretación de convenciones internacionales, para llenar vacíos de un acuerdo internacional o bien para llenar vacíos en el derecho aplicable. Es más, poco o a poco los principios pasan de ser sólo una fuente de carácter no vinculante elevándose a rango de derecho positivo internacional sobre todo por su incorporación en sentencias y laudos.

⁵⁶ HINESTROSA FORERO, FERNANDO. “Codificación, descodificación y remodelación”. Revista de La Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá, volumen.323, 2003, pp. 63 – 73.

⁵⁷ En virtud de la fuerza obligatoria de un contrato, las partes deben cumplirlo. Ante una excesiva onerosidad sobreviviente, es decir, fuera de la esfera de control de las partes al momento de contratar, una de las alternativas que se presenta es la revisión judicial del contrato, ella consiste en “vulnerar” el principio de intangibilidad de los contratos en curso en pos del principio de justicia que debe imperar en las relaciones contractuales.

UNIDROIT ha sido considerado el vehículo jurídico de las relaciones comerciales internacionales, supliendo los vacíos de este sistema internacional, carente de regulación jurídica, posicionándose no sólo como fuente directa de la “lex mercatoria” sino que además como un ente capaz de traspasar instituciones jurídicas de occidente a oriente y viceversa, de modo de enriquecer la órbita de instituciones llamadas a regir este espacio, que aún sigue en expansión.

1.4 Contenido de los principios UNIDROIT

UNIDROIT ha elaborado una recopilación de la lex mercatoria, en especial, los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales (en adelante los principios). En este apartado no pretendemos enunciar todo el contenido de los mismos, pero sí esbozar en líneas generales los temas que ellos tratan para así tener una visión más completa de su regulación.

UNIDROIT pone a disposición de la comunidad internacional el articulado de los principios en cinco idiomas oficiales: inglés, francés, alemán, italiano y español. Otras versiones se encuentran en chino, coreano, ruso y turco. Sin embargo las disposiciones no sólo contemplan el articulado de los principios, sino que además son parte integrante de los mismos y por tanto vinculantes, los

comentarios que estos textos poseen. La versión en español junto con los comentarios aún no se encuentra disponible, pero se espera que pronto se pudiere acceder a él. Hasta la fecha no ha sucedido, pero tales comentarios ya están agregados a las versiones oficiales del texto disponible en UNIDROIT en otros idiomas.

Los comentarios efectuados a los principios son de gran valor, pues son ilustrativos de sus disposiciones y muchas veces ayudan a aclarar el sentido de los mismos.

El preámbulo contiene los propósitos de los principios. En líneas generales se trata de principios que contienen reglas aplicables a los contratos comerciales⁵⁸ internacionales⁵⁹, ya sea cuando las partes acuerden su aplicación, cuando se haga referencia a la *lex mercatoria*, a los principios generales del derecho o expresiones semejantes. Asimismo serán aplicables cuando las partes no hayan escogido el derecho aplicable a su contrato. Estos principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme así como también respecto al derecho nacional. Se propone

⁵⁸ Por “comerciales” no se entiende contratos opuestos a aquellos del derecho civil como puede desprenderse a primera vista, los comentarios al preámbulo aclaran que el sentido de comerciales ha sido el de excluir de la reglamentación a los contratos efectuados por “consumidores” en tanto por regla general existen legislaciones especiales acerca del tema debido a la particular protección que ellos merecen dentro del tráfico económico jurídico.

⁵⁹ El carácter internacional de los contratos debe entenderse en el sentido más amplio posible, según los propios comentarios de los principios, lo que se pretende en definitiva es solamente excluir aquellos contratos en donde no existe un elemento internacional relevante, es decir, aquellos contratos que sólo están conectados con un país. En todo caso es preciso aclarar que aún estando en presencia de contratos “nacionales”, la convención permite su aplicación siempre que ello no atente contra la regulación nacional pertinente.

por último que sirvan de modelo para las legislaciones nacionales e internacionales⁶⁰. De tal modo se pretende que su aplicación se desarrolle de manera uniforme a través del orbe, por lo que su sistema interpretativo debe reunir los caracteres necesarios para generar tales propósitos facilitando la armonización del derecho.

El capítulo primero trata de las “disposiciones generales”. La utilidad de las mismas queda patente luego de analizar su contenido, lo que será parte de nuestro estudio. Destaca particularmente la libertad de forma, y se acepta que no será necesaria forma particular alguna para celebrar un contrato y éste podrá probarse por cualquier medio, por lo que rige plenamente el consensualismo. Las partes pueden excluir la aplicación de estos principios así como derogar sus disposiciones. Sin embargo ello está limitado puesto que existen disposiciones inderogables como por ejemplo la buena fe y lealtad comercial, también incluida dentro de las disposiciones generales. La buena fe conlleva la obligatoriedad de disposiciones implícitas.

En el capítulo segundo se trata de la formación y apoderamiento de representantes, el capítulo tercero sobre la validez del contrato, el cuarto sobre

⁶⁰ A través de los comentarios se aclara que tales aplicaciones de los principios en ningún caso pretende ser exhaustiva, así por ejemplo se cita que además puede ser una guía útil para la redacción de contratos internacionales siendo utilizada como material para universidades, abogados, árbitros, etc.

Interpretación⁶¹, el quinto acerca del contenido y estipulación a favor de terceros, el capítulo sexto cumplimiento. El capítulo séptimo incumplimiento. El capítulo octavo compensación. El capítulo noveno sobre la cesión de créditos, transferencia de obligaciones y cesión de contratos, y finalmente el capítulo décimo acerca de la prescripción.

En lo sustantivo, se acoge el principio de recepción⁶² en lo que a la formación del contrato se refiere, ello por oposición al principio de expedición o bien el de conocimiento que impera en otros países como Cuba. El error en la declaración está equiparado al error en la causa; sólo es anulable el contrato si era reconocible por el otro contratante⁶³. No se contemplan plazos fatales para hacer valer la anulación del contrato⁶⁴. En lo que a fuerza se refiere, impera el principio favor creditoris, la fuerza mayor libera al deudor ya sea por el incumplimiento derivado de causas extrañas a su esfera de control así como también cuando el riesgo no era previsible por él al momento de asumir la obligación. Dentro de las figuras originales destaca la Gross disparity y el Hardship, cuyas consecuencias son por regla general desconocidas dentro de

⁶¹ Este capítulo está enfocado en la interpretación de los contratos y no de los principios, tema que nos convocará más adelante.

⁶² Así ya ocurría en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y es asimismo reproducido en los Principios de Derecho Contractual Europeo. M^a del Pilar Perales Viscasillas. Capítulo II-Formación. En Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional. Coordinador: David Morán Bovio. Pamplona: Aranzadi, 1999, pp.97-160.

⁶³ En el derecho alemán es anulable por error en la declaración siempre que este error haya sido denunciado inmediatamente y no hayan transcurrido treinta años de la fecha de la declaración de voluntad. En el common law el unilateral mistake era causa de nulidad del contrato por common law, mientras en equity se tendía a hacer excepción en los casos en los cuales el error no hubiese sido reconocible por el otro contrayente.

⁶⁴ Sólo se hace referencia a un tiempo razonable teniendo en cuenta las circunstancias.

los ordenamientos nacionales, al menos en la primera edición de los principios en 1994⁶⁵. Hay Gross disparity cuando la cláusula de un contrato atribuye a una parte una ventaja excesiva sobre la otra, cualquiera sea el factor que la ha provocado⁶⁶, en todo caso el desequilibrio de las prestaciones puede resultar objetivamente injustificado, considerando la naturaleza o la finalidad del contrato, con prescindencia de la existencia de las condiciones subjetivas. La solución ante estas condiciones contractuales no consisten únicamente en la anulación del contrato sino que la parte favorecida en éste pero desfavorecida ante la aplicación de la gross disparity puede evitar su anulación ofreciendo una adaptación del mismo o de sus cláusulas.

En la figura del hardship, el desequilibrio es provocado por circunstancias posteriores a la estipulación y por tanto tales riesgos no han sido asumidos por la parte en desventaja. Este caso es conocido como excesiva onerosidad sobreviniente, institución que autoriza a la parte perjudicada a pedir a la contraparte la renegociación del contrato⁶⁷. Además, el juez puede modificar el contrato a fin de restaurar el equilibrio originario. En este sentido se ha

⁶⁵ El Hardship ha sido incluido dentro de la legislación alemana por reforma del año 2002 que introduce un nuevo párrafo al BGB.

⁶⁶ Entre los factores que se señalan encontramos la dependencia económica, el abuso en el estado de necesidad, la impericia, etc.

⁶⁷ En el ámbito de los derechos nacionales se puede llegar a esta solución a través de la aplicación del principio de la buena fe que rige todo el iter contractual. Según el profesor López Santa María, hay tres posturas equivocadas a favor de la revisión judicial de los contratos ellas son la cláusula rebus sic stantibus, el enriquecimiento sin causa y el abuso del derecho, y tres posturas mejor fundadas a favor de la revisión, entre las cuales están el fundamento de la responsabilidad contractual, la buena fe y el método de la libre investigación científica. Jorge López Santa María. Los contratos Parte General. Tomo I. segunda edición 1998, Santiago, pp. 300-318.

señalado que la *lex mercatoria* y sin perjuicio de que la libertad contractual posea un valor fundamental, cede ante valores como la buena fe y la corrección del tráfico comercial, restableciendo como en este caso la equidad entre las partes.

Como se puede apreciar en líneas generales, los principios recopilan las reglas generales vigentes en los distintos ordenamientos pero además contienen reglas completamente originales, desprovistas de correspondencia en los sistemas estatales.

CAPITULO II

DISPOSICIONES GENERALES

2.1 Propósito y naturaleza jurídica

En la actualidad los Principios UNIDROIT representan fielmente la “cosificación” de un derecho transnacional, de una nueva *lex mercatoria*, dirigida a regular el tráfico económico y jurídico mundial. El amplio campo de aplicación que poseen les permite abarcar relaciones jurídico comerciales desarrolladas tanto en el ámbito del *civil law* como del *common law*, de forma transversal, abarcando sistemas económicos tan disímiles entre sí como son aquellos desarrollados en los países de occidente, socialistas e islámicos, pasando por países desarrollados y tercer mundistas. Con ello se ha avanzado en la armonización del derecho privado aportando la seguridad jurídica reclamada por los agentes del comercio global.

Como ya hemos visto en el capítulo anterior este es un derecho autónomo, pese a que aún genera discusiones. Se proyecta en todo el orbe otorgando una plataforma que garantiza el equilibrio del régimen jurídico aplicable a la contratación internacional e incluso aporta elementos nuevos y armonizadores

dentro de las legislaciones nacionales, lo que se plasma a través del éxito que ha tenido la “codificación de 1998” y su posterior remasterización en 2004, a través de la incorporación de 61 países, representativos de todo el orbe. También, se observa su recepción en laudos arbitrales internacionales, cada vez más frecuentes, e incluso la recepción efectiva en legislaciones internas lo que ha generado cambios legislativos inspirados en tal reglamentación.

Lo expuesto nos lleva a revisar en el presente capítulo su campo de aplicación, así como también los principios que inspiran tal “codificación”, pues ellos se plasman en un sin número de facetas de la contratación internacional. Por supuesto que en ningún caso abarcaremos una completa revisión, no sólo porque excede el tema en cuestión sino porque además ello requiere de un mayor análisis y de trabajos abocados puramente a cada uno de los temas que dejaremos esbozados en las siguientes páginas.

2.1.1 Características de las normas internacionales

Las normas internacionales admiten la ya clásica división entre normas internacionales públicas y normas internacionales privadas. Sin embargo tal distinción, pese a que desde su origen tuvo reparos, hoy en día parece estar más obsoleta en el campo del derecho internacional, ya que los criterios que regulaban la clásica distinción han perdido vigencia, sobre todo con el ingreso

de nuevos agentes, quienes a su vez son fuente de este nuevo orden internacional, así como también porque los Estados han entendido que el papel que hoy les toca se ve enormemente disminuido en comparación a otras épocas y espacios de producción del derecho⁶⁸.

Ya en el capítulo anterior se pudo ver las diversas fuentes de este derecho internacional⁶⁹, pese a que no existe consenso suficiente como para poder enumerarlas taxativamente, si lo existe para señalar con la mayor amplitud posible los distintos espacios en que se está generando “derecho nuevo”.

Para poder caracterizar las normas internacionales es necesario entender que la noción de las normas ha variado a través de los años, así como también han existido distintas posiciones al respecto. Asimismo es necesario tener en consideración que la caracterización dependerá en gran medida de las fuentes que se estimen como integrantes de este derecho, sobre todo atendiendo a la

⁶⁸ Es posible entender que el fenómeno de producción del derecho internacional privado es anterior en cuanto al tiempo que al derecho internacional público, desde ya cabe citar el derecho romano como el antecedente más lejano de un derecho sustantivo capaz de regular las relaciones interpersonales de extranjeros y ciudadanos romanos, derecho fundado en la razón y en la equidad natural, ello sin olvidar instituciones aisladas que se generaron en otras latitudes en tiempos anteriores. Lo anteriormente expuesto en todo caso, no está exento de polémica, sobre todo si consideramos que el “juez romano” era quien resolvía el derecho aplicable y en principio no existía conflicto de soberanía alguno.

⁶⁹ Recapitulando, podemos sintetizar, en una clásica distinción, las fuentes del derecho internacional como Ley positiva (exigua y dispersa), Tratados Internacionales (ya sea que contengan normas sustantivas o bien normas atributivas), Convenciones Internacionales, Costumbre (ya sea Según ley o en silencio de ley, en general nunca contra ley), Jurisprudencia (ya sea de los tribunales nacionales, corte internacional de justicia, tribunales de arbitraje comercial internacional, etc.) y finalmente la Doctrina (ella se puede manifestar no sólo en opiniones de grandes juristas sino que además llegan a generar principios doctrinarios para efectos de regular el orden público internacional, la armonía en las soluciones, el respeto de los derechos, entre otros objetivos).

clasificación entre normas de derecho internacional sustantivas y normas de derecho internacional atributivas.

Las normas atributivas atienden al método de solución de conflictos de normas aplicables llamado de elección de ley (choice of law) o conflicto de leyes que consiste básicamente en elegir a una de las legislaciones en conflicto para que sea ella quien entre a regular la relación jurídica en cuestión. Las normas poseen un claro carácter atributivo ya que no resuelven la materia en disputa, sino que atribuyen competencia para que ello suceda dentro de una legislación nacional⁷⁰.

En cuanto a las normas sustantivas, ellas lo que en definitiva hacen es regular las relaciones jurídicas de derecho internacional, pese a que se ha señalado que este es un sistema prácticamente imposible de lograr debido a la excesiva cantidad de “localismos” jurídicos, el derecho uniforme es cada vez más cercano a la realidad internacional, al menos en lo que se refiere al derecho privado internacional y con mayor fuerza al derecho comercial internacional.

⁷⁰ El gran defecto del cual adolecen estas normas es delegar la responsabilidad de realmente solucionar un enfrentamiento entre legislaciones disímiles, dando lugar a que una de ellas prevalezca sobre la otra y con ello una parte de la relación jurídica cuestionada quede en verdadera desventaja. En segundo lugar se ha citado que los jueces suelen desconocer las leyes extranjeras y por lo mismo para facilitar su trabajo recurren a las aplicación de sus normas, tal reparo en todo caso como se puede apreciar no parece válido en tanto que no apunta a las características de las normas en cuestión, sino más bien a defectos a la práctica judicial y más aún a la constante desconfianza en el poder judicial. En tercer lugar se ha señalado que la norma de conflicto no opera cuando entra a jugar el orden público del Estado que se encuentra en la posición de aplicar una normativa a la relación jurídica disputada, ello sin duda es un reparo relevante pues tal concepto es indeterminado, no sólo en su contenido normativo, sino que además en los límites que varían según las distintas tradiciones jurídicas, legislaciones nacionales, culturas y épocas determinadas.

Atrás quedan las palabras de Rigaux⁷¹, para quien la unificación del derecho privado debía ser general; respecto de todas las materias, y universal; respecto a todos los países, razón por la cual veía imposible tal misión atribuyendo a las normas de conflicto de leyes una tarea siempre fundamental en el derecho internacional privado.

El Profesor Batiffol⁷² ha clasificado las normas sustantivas en tres grupos: Reglas nacionales, Reglas convencionales y Reglas de derecho espontáneo. Las reglas nacionales poseen la naturaleza jurídica de norma jurídica ya que pertenecen al ordenamiento jurídico interno de cada país sin embargo por lo mismo poseen sólo vocación de internacional pero no alcanzan caracteres de universalidad requeridos en el derecho sustantivo internacional en cuestión. Las reglas convencionales y de derecho espontáneo por su parte, se tornan de especial relevancia para nuestro estudio porque será posible encasillar los principios UNIDROIT en relación a éstas y en definitiva determinar con posterioridad su naturaleza jurídica, si es que pertenecen a tal categoría. El ejemplo más relevante de las reglas convencionales está dado por la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Las reglas espontáneas se componen por el conjunto de usos y costumbres

⁷¹ Rigaux, Francois. Derecho Internacional Privado. Parte General. Traducción al español por Alegría Borrás Rodríguez, 1º edición, editorial Civitas, Madrid 1985, pp. 113.

⁷² BATIFFOL. H., Curso que dictó en la Academia de la Haya de Derecho Internacional, en 1974, en Ramírez Necochea. Mario. Curso de Derecho Internacional Privado. Impreso en LOM Ediciones limitada, Santiago, Chile 1999, página 30.

mercantiles. Por ello, su campo de acción es más reducido y se enmarca en las normas comerciales internacionales, no en el derecho internacional privado en general, que escapa al ámbito meramente mercantil.

2.1.2 Características de las normas comerciales internacionales.

Se ha señalado como características de las normas comerciales internacionales que su fuente es el acuerdo de voluntades, norma originada en la comunicación de las partes más que en las disposiciones estatales. En segundo lugar, que son normas poco formales, ello en contraste con lo que sucede en la generalidad de los ordenamientos jurídicos nacionales, elevando la especialidad de este derecho. En tercer lugar, ya en sus orígenes es un derecho laico; surge de las relaciones comerciales, del intercambio de especies y de la optimización de las ganancias. Finalmente, se ha señalado que estas reglas tienden a ser flexibles y con ello menos generales, pues lo que en definitiva pretenden es solucionar problemas de los agentes de este “espacio abierto” y en ningún caso proponer normas generales y abstractas que determinen conductas homogéneas, pues de lo que se trata en el comercio internacional es precisamente estar abiertos al cambio y adaptarse a las necesidades de la aldea global.

Importante es destacar el origen de las normas de derecho internacional, ya lo veíamos al tocar el tema de las fuentes, precisamente al no ser ellas taxativas caracterizando a éstas como “libres”, en lo que dice relación con su generación y también con los nuevos agentes del comercio internacional que siguen innovando en el tema. Relacionado con este punto, lo cual será abordado con mayor profundidad más adelante, es como se entiende que ha surgido el “soft law”, como categoría intermedia, pero sin perder el carácter jurídico de las normas.

Así el profesor Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo⁷³, atribuyen al derecho del comercio internacional un rasgo distintivo, cual es, la participación cada vez más creciente de las personas jurídicas como agentes relevantes a la hora de enmarcar las relaciones jurídico-comerciales internacionales.

La Asamblea General de Naciones Unidas⁷⁴ ha abordado el tema en diversas oportunidades, y ha establecido la existencia de tres elementos integrantes del derecho del comercio internacional, señalando que su objeto es regular las relaciones comerciales internacionales. Advierte que el carácter de estas relaciones es privado y poseen cierta uniformidad que las hace viables a la hora de regular las relaciones en el orbe.

⁷³ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo. Derecho internacional privado. Editorial: Civitas. 3ª edición 2003, pp. 357.

⁷⁴ <http://www.un.org/spanish/>

Finalmente hay quienes destacan la vinculación entre el derecho comercial y el derecho civil clásico. Tal característica parece ir mucho más allá de ello, ya que el tema de la unificación entre el derecho civil y comercial está dando que hablar hace mucho tiempo en los foros especializados e incluso más aún y como sabemos prácticamente no existe en el derecho anglosajón tal diferencia, lo que anima a una unificación total. La integración del derecho comercial internacional por normas propias del derecho civil está estrechamente relacionada con el desplazamiento de las antiguas normas de conflicto que dan paso al derecho sustantivo internacional, consensuado por los agentes del comercio más que por los mismos Estados, recelosos de su soberanía estatal. Como lo anotábamos con anterioridad, todo esto va configurando la *lex mercatoria*, cada vez más ampliamente recepcionada por los agentes del comercio internacional e incluso por los Estados, puesto que representa en definitiva el conjunto de prácticas que existen en el tráfico mundial así como la mutabilidad que se plasma en las mismas.

Si bien hemos afirmado que los principios UNIDROIT han recogido una serie de prácticas y costumbres mercantiles e incluso han pasado a identificarse con la denominada nueva *lex mercatoria*, *lex mercatoria* y principios UNIDROIT no son sinónimos. La nueva *Lex mercatoria* es mucho más amplia que el contenido de los principios, ello incluso se plasma en la constante revisión que se genera en el seno de UNIDROIT, así como también en las diferentes fuentes de la nueva

lex mercatoria, costumbres, principios generales y las disposiciones generales. Distintos niveles normativos y variadas técnicas legislativas recogen conjuntamente con las convenciones internacionales la nueva lex mercatoria, facilitando el tráfico jurídico económico, lo que ha permitido superar las barreras existentes entre los diversos ordenamientos jurídicos.

2.1.2.1 Nuevos Sujetos del Comercio Internacional

Hablar de los nuevos agentes del comercio internacional no es en vano, como hemos señalado precedentemente; son ellos quienes han venido de un tiempo a esta parte a generar nuevos espacios para el derecho comercial internacional, así como el derecho mismo.

Con el surgimiento de la post modernidad y en definitiva el ocaso del “dogma” de la soberanía estatal, el surgimiento de relaciones de carácter global y el avance de los cambios a veces a velocidades insospechadas, hizo que entidades públicas, empresas transnacionales, organismos internacionales especializados e incluso personas naturales y hasta el propio Estado, coincidieran en la necesidad de contar con reglas claras y con una, al menos relativa, armonización de los sistemas jurídicos de todo el orbe. Con ello se

evita la aplicación, a veces arbitraria, de las normas de un Estado de los contratantes.

Es relevante la figura de las empresas transnacionales, empresas que a veces adquieren mayor importancia que los mismos Estados, no sólo por la cantidad de flujos a través del orbe y su presencia en distintos Estados, sino además porque poseen un enorme poder económico e influyen en el crecimiento de los distintos países del mundo⁷⁵, en especial de los países en desarrollo.

La figura de las empresas transnacionales, tras una empresa holding, ha generado un enorme impacto en las relaciones jurídico comerciales. Ellas elaboran una serie de instrumentos jurídicos estandarizados que se expanden por todo el orbe, conservando sus fórmulas de modo de unificar su aplicación y posterior interpretación, facilitando para sí y para sus copartícipes los costos que implica la negociación internacional de contratos y negocios en general. Pero no sólo de este modo participan, ellas además son capaces de presionar fuertemente los cambios que se materializan en las legislaciones nacionales así como también a través de sus “modelos” influir en el posterior desarrollo de las directivas que van a entrar a regir en ámbitos comunitarios y globales.

⁷⁵ Nueve de las quince mayores empresas del orbe tienen más del 50% de su patrimonio en el exterior y cinco más del 70%, siete tienen en el exterior más del 50% y tres más del 70%, porcentajes que explican como se enriquecen estas empresas y contribuyen a países ajenos a su nacionalidad con el desarrollo y crecimiento ya que utilizan recursos humanos y de otra índole de los países en que radican su producción. Estudio de A. Quadrio Curzio, datos provenientes de UNCTAD, en GALGANO, FRANCESCO. “La globalización en el espejo del derecho”, Rubinzal – Culzoni, 2005, Buenos Aires, Argentina, páginas 33-34.

Asimismo surge la figura de las ONG, organizaciones no gubernamentales y diversas instituciones y entidades no estatales cuyo papel es cada día más significativo en el campo de las relaciones internacionales, ya sea como protagonistas o bien influenciando en los procesos de generación del derecho. Actualmente las ONG tienen asegurado un papel no sólo en el marco del comercio internacional sino que también en el marco de las relaciones internacionales en general, puesto que han sido capaces de actuar como organizaciones institucionalizadas influyendo decisivamente en la “legislación” global.

2.1.2.2 Aproximación a la naturaleza jurídica de los principios

La naturaleza de los principios se debe abordar desde la perspectiva de valores compartidos, que sin perjuicio de ser analizados con posterioridad, se deben tener en consideración antes de comenzar este estudio, entre ellos la necesidad de salvaguardar la seguridad en las relaciones comerciales internacionales, el respeto de la libertad en todas sus facetas y la justicia; como particular forma de regir el comercio del orbe mundial en donde se debe tener consideración especial por la solidaridad que impera en este nuevo orden mundial.

El Profesor Oviedo Albán⁷⁶ ha señalado que los principios poseen un eminente carácter potestativo, las partes acuerdan someterse a ellos e igualmente pueden excluir la aplicación de algunas de sus normas o modificar el efecto de sus disposiciones. El Profesor Oviedo si bien no aclara qué se entiende por “principios”, da por entendido que tal es la naturaleza de las normas UNIDROIT, pero no de todas ellas, en efecto concuerda con que muchas de las disposiciones enunciadas son más bien reglas comunes al tráfico internacional sobre obligaciones y contratos, ya sea que se contengan en “compilaciones” o bien que se manifiesten como costumbres.

Otros autores entienden que la naturaleza de los principios está dada por ser una manifestación de la costumbre internacional, el reflejo de la nueva lex mercatoria. Sin embargo y tal como ya lo veníamos enunciando tal afirmación resulta inconsistente con la visión mucho más omnicompreensiva de la nueva lex mercatoria, que no sólo consta de distintas fuentes sino que además está en constante expansión. Por tanto, tal aseveración, si bien en gran parte es correcta, debe ser tomada con cautela. El profesor Oviedo aclara en este sentido, que si bien muchas de las disposiciones que contienen los principios son manifestaciones de los usos y costumbres mercantiles, también existen otras que son manifestación de los principios generales del derecho y otras incluso, disposiciones derivadas de la técnica jurídica, de modo de asegurar el tráfico mercantil y facilitar la propagación del mismo por todo el orbe. Por tanto,

⁷⁶ OVIEDO ALBÁN, J. “Los Principios de UNIDROIT para los contratos internacionales”. Revista de derecho internacional y del MERCOSUR, 2002, número 5, páginas 11-35.

propone distinguir cada disposición en particular para caracterizar su naturaleza. Tal distinción si bien permite analizar el contexto internacional de la disposición y enmarcarla dentro de los clásicos cánones que conocemos, nos parece que no se explica en el contexto de un derecho nuevo, que escapa de las tradicionales categorías nacionales y que no permite englobar a los principios como un sistema de derecho internacional.

El Maestro Joachim Bonell ha señalado que los principios son algo más que abstractas generalizaciones pero sin duda son algo menos que una ley⁷⁷, según este autorizado profesor los principios reflejan las reglas e instituciones relativas al comercio internacional, comúnmente aplicadas por los comerciantes, quienes entienden estar generando derecho. Los principios parecen asemejarse más a la figura de los *restatement*⁷⁸ norteamericanos que a las codificaciones continentales, con ello además se busca esta ansiada armonización entre dos tradiciones jurídicas occidentales que en principio disímiles logran regirse por el mismo cuerpo normativo en esta área del derecho.

⁷⁷ Bonell, M. Joachim y Sandro Schipani. "Principi per i Contratti Commerciali Internazionali". (ed.), Roma e América. Collana di Studi Latinoamericani, Padua, Cedam, 1996, volumen 9, páginas XIX-359.

⁷⁸ Los *Restatement of law* son recopilaciones jurídicas publicadas por el American Law Institute, los cuales señalan para una determinada rama del derecho los criterios o la forma en que debe ser aplicado el derecho.

Señala Hernany Veytia⁷⁹ que los principios sólo representan la opinión de un selecto grupo de juristas internacionales, cuya autoridad no es otra que la derivada de la antigua Auctoritas, es decir de la sabiduría y conveniencia de las soluciones establecidas. Ellos carecen de obligatoriedad intrínseca. Tal aseveración si bien es del todo correcta, nada agrega a la discusión pues es evidente la falta de fuerza obligatoria de estas normas, dado no sólo por su carácter internacional sino que además por el origen de las mismas.

Al momento de redactar los principios se utilizó la palabra “rules”; en su versión española se proponía su equivalente como “normas”. Sin embargo tal equivalencia en ningún caso era exacta, sino que muy por el contrario podía conducir a entender este sistema como un conjunto de reglas imperativas, lo que condujo a traducir tal concepto como “principios” evitando con ello el marcado acento de obligatoriedad.

Por nuestra parte, pensamos que si bien los principios no constituyen un instrumento per se vinculante para la comunidad internacional, podemos entenderlas como una manifestación de las costumbres del comercio internacional, una especie de restatement internacional de principios generales de derecho de los contratos, remozados por la técnica jurídica y basados en los

⁷⁹ Profesora de derecho del comercio internacional e investigador de tiempo completo del centro de estudios jurídicos del comercio internacional de la Universidad Panamericana. HERNANY VEYTIA, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/138/5.pdf>

principios de solidaridad internacional, libertad en todo el iter contractual y observadores de la buena fe y lealtad negocial. Reflejan conceptos jurídicos de todos los ordenamientos estatales existentes en el orbe, puesto que desde el inicio el objetivo de su elaboración está enmarcado en la necesidad de dar al sistema internacional una coherencia y equilibrio para su utilización, por una parte distintas culturas pero por otra una sola: la comunidad de “comerciantes” internacionales. Los principios tratan de evitar en su elaboración una técnica legislativa particular, ya sea para abarcar el todo, como así también para evitar romper los equilibrios existentes. Se presentan con un terminología ajena a los derechos nacionales y sin referencia a ellos, sobre todo en lo que dice relación al origen de las normas y su posterior recepción dentro del sistema internacional.

Adicionalmente los principios son un instrumento flexible, permeable incluso a lo que sucede en su entorno al mismo tiempo de asegurar la equidad en las relaciones comerciales internacionales, imponiendo criterios de comportamiento aceptados por la generalidad de los agentes, y que en otros casos corrigen las prácticas de los mismos.

Los principios no requieren de la aprobación de los gobiernos para su aplicación, ellos parecen ser el icono de una nueva forma de “legislar” las relaciones internacionales y descansan en su autoridad, en su capacidad de ser

reconocidos por los agentes como una segura vía de anticiparse a los posibles conflictos y como modelo para arribar a la ansiada unificación, por supuesto, entre otros propósitos que serán más adelante analizados.

Es por todo lo antes expuesto, que consideramos que los principios poseen una naturaleza jurídica autónoma, que se enmarcan dentro de lo que se denomina Soft Law, concepción mucho más abierta pero al mismo tiempo compleja, pues aún falta mucho para delimitar con exactitud sus contornos. En la medida en que explica las nuevas perspectivas del derecho internacional engloba de mejor forma el fenómeno que se viene desarrollando, acorde con la globalización.

2.1.2.3 Soft Law

En la actualidad los instrumentos que componen el derecho uniforme han debido adaptarse rápidamente a las necesidades del comercio internacional; ellos poseen permeabilidad, son flexibles y pueden mutar con facilidad. Atrás quedaron las ideas de codificación, de inmutabilidad de las regulaciones universales, aquellas que deseaban petrificar el derecho incluso limitando su interpretación y haciendo de ella una sola y auténtica versión. Este nuevo ius commune está marcado por la globalización y aparece nuevamente ligado a la economía del orbe. Pero tal flexibilidad no es sólo de contenido sino que

adicionalmente, en el caso de los principios, de aplicación, pues permite como veremos ser adoptado por las partes, incluso en defecto de una elección de las mismas, así como también cuando se aluden a criterios difusos o incluso cuando no existen factores de conexión internacionales relevantes.

Con la incorporación de nuevos actores al panorama mundial, el proceso de producción del derecho se ve fuertemente influenciado, si bien se conservan los principios fundamentales. Al integrarse con distintas tradiciones, el derecho debe ceder a favor del equilibrio global. Ya no es sólo occidente quien domina el panorama internacional, muy por el contrario la constante interacción con países orientales ha hecho que la dinámica global se base en la interdependencia de las relaciones y su legislación refleje la comunión. Este es un derecho, como vemos en constante evolución y no parece posible por lo pronto que se logre cerrar el sistema, ya lo anotaba Julio Barberis “el orden internacional actual no constituye un sistema cerrado en el que exista un número determinado y limitado de modos de creación de normas jurídicas. Los miembros de la comunidad internacional pueden acordar nuevas fórmulas para crear el derecho de gentes”⁸⁰.

En este contexto, surge el soft law o weak law o como se ha denominado en español; derecho flexible o derecho blando, pese a que tradicionalmente la discusión del soft law está circunscrito a las fuentes del derecho internacional,

⁸⁰ Barberis, Julio, Formación de derecho internacional, Buenos Aires, Ábaco Rodolfo de Palma, 1994, pp. 257.

nos parece más acertado tratarlo a propósito de la naturaleza jurídica de las normas internacionales, pues otorga a las mismas autonomía, frente a las categorías jurídicas tradicionales y nacionales en que se suelen enmarcar las discusiones al respecto. Pese a ello es evidente su relación con la etapa de producción del derecho, pues al no ser un fenómeno aún acotado es difícil determinar con precisión sus contornos.

La importancia de este fenómeno ha sido enorme. Los autores que se encuentran abiertos a estudiar este fenómeno podrán apreciar que en su amplitud es posible enmarcar gran parte del derecho uniforme, al menos aquella parte no integrada a las legislaciones nacionales y cuya eficacia normativa ha sido cuestionada desde antaño por la supuesta carencia de sanciones ante el incumplimiento de las mismas. Si bien pretendemos sólo esbozar el tema para introducir como propuesta que tal es la naturaleza de los principios UNIDROIT, la verdad es que es necesario aclarar en este punto que hablamos de supuesta “carencia de sanciones” ya que en la realidad no es tal. Debemos entender que nos enmarcamos en nuevos procesos de producción del derecho y en un sistema internacional ajeno a las categorías nacionales, autónomo por completo y que requiere ser analizado desde las bases, es decir de un cambio en las estructuras de los mismos sistemas, aun cuando por ahora entendemos necesario no hacer uso de nociones como norma-sanción, entre

otras, seguiremos usando tales conceptos pues están arraigados en el lenguaje jurídico y al menos entregan cierta base para el inicio de otros estudios.

El Profesor Del Toro Huerta⁸¹ señala que la discusión acerca del nacimiento del soft law no debe ser enmarcada desde la perspectiva dicotómica de soft law/hard law, derecho duro/derecho blando, pues tal perspectiva descarta la reflexión sobre la naturaleza del derecho internacional, en donde se propone un cambio de paradigma en la concepción general del orden jurídico internacional.

Según Del Toro, el origen del término soft law se encuentra en la distinción entre lege lata y lege ferenda que hacía Lord McNair, pero tal como se aprecia el contenido que hoy posee no se relaciona con ello, es decir, con distintos matices en la normativa: una especie de rosa cromática que va desde el no derecho, pasando por normas o principios no vinculantes hasta el derecho duro, configurado por ejemplo por el orden público internacional. Tal contenido del soft law se va configurando con posterioridad y en la actualidad no parece entenderse de otro modo.

La expresión soft law busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por la falta de fuerza vinculante, aun cuando no carentes de efectos jurídicos o al menos de cierta relevancia a la hora de determinar el

⁸¹ Del Toro Huerta, Mauricio Iván. “El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional”. pp. 517, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derint/cont/6/art/art12.pdf>

sistema normativo aplicable a la relación jurídica internacional. Esto genera la discusión respecto a si el sistema internacional es realmente o no autónomo y si su normativa debe ser medida por las estructuras jurídicas tradicionales del derecho nacional.

En el trabajo del profesor del Toro se cita al profesor Prosper Weil⁸², quien considera que una gama tan amplia en la normatividad internacional supondría el propio desconocimiento del mismo, ya que se trata de un derecho de cooperación entre agentes soberanos y los procesos de formación son básicamente voluntad estatal. En relación a las resoluciones adoptadas por organismos internacionales, lo que tradicionalmente es calificado de soft law, el profesor Weil considera que no constituyen “fuentes” formales del derecho internacional, insiste que pese a ello no existe un sistema escalonado de normas internacionales y por tanto no serían una nueva categoría de normas jurídicas, pero no explica el fenómeno, sólo excluye la posibilidad de incluirlo en el “derecho” propiamente tal, entregando su clasificación a consideraciones de lege ferenda , es decir como un conjunto de disposiciones no capaces de generar derecho. A nuestro juicio, lo que en realidad hace es encasillarse en las tradicionales concepciones y desatender a la importancia normativa que alcanzan muchas de las resoluciones adoptadas por estos organismos, ya sea

⁸² Del Toro Huerta, Mauricio Iván. “El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional”. pp. 519, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derint/cont/6/art/art12.pdf>

en forma de recomendaciones, modelos, resoluciones, etc. Señalar que la distinción entre derecho duro/derecho blando puede resultar patológico al atentar contra la naturaleza positiva del derecho internacional, e incluso relativizar los derechos y obligaciones internacionales es no analizar el tema desde las características y efectos de esta nueva producción, sino que pretender detener el progresivo avance de una nueva concepción de sistema que escapa a las certezas que imperan en el orden interno.

Según el Profesor Jan Klabbers⁸³, la clasificación dicotómica de derecho duro/derecho blando no es diferente a la existente en el derecho interno en relación a la existencia de normas más o menos importantes que otras, más o menos precisas, pero en ningún caso más o menos obligatorias que otras, es por ello que el concepto de soft law para este autor, resulta vago, impreciso y confuso, pues en definitiva no existe una constatación en la práctica internacional de la existencia autónoma de dicho fenómeno.

Lo que expone este autor es sin duda nuevamente traspasar categorías que no encajan pues actúan en distintos niveles; el ámbito internacional se caracteriza por la confluencia de diferentes tradiciones y familias jurídicas, pero que en ningún caso se suman. Existen normas más obligatorias que otras desde la

⁸³ Del Toro Huerta, Mauricio Iván. "El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional". pp. 522, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derint/cont/6/art/art12.pdf>

perspectiva de su grado de imposición a los agentes internacionales, a diferencia de lo que sucede en el orden interno, en el derecho internacional la libertad es mucho mayor desde ya porque son las normas en muchos casos auto impuestas por sus actores. Soft law no consiste en un derecho en formación, ni mucho menos en normas de contenido difuso, más bien debe entenderse como una especie de subconjunto dentro del orden jurídico internacional, compuesto por resoluciones consensuadas y que por regla general participan los agentes del comercio internacional de forma muy activa, ya sea en la elaboración o bien en su posterior remoción y recepción. Pese a que esta concepción ha recibido reparos y por cierto, quizás justificados, la existencia de este sistema debe entenderse referido no como opuesto al derecho duro si no más bien dentro de una gama de niveles de vinculación o de obligatoriedad, pero en ningún caso que pierda la capacidad de producir efectos jurídicos y por ende que no pasa a la categoría de instrumentos no vinculantes, puesto que es posible valorar dichas normas dentro de un solo orden internacional.

Es aquí donde situamos a los principios, en una zona algo difusa, ad portas del sistema jurídico pero como parte integrante del mismo. Sin duda constituye derecho y obligan en las prácticas del comercio internacional, dependiendo este grado de obligatoriedad de la extensión que le den las partes, jueces o árbitros

cuando deciden aplicar su normativa. El soft law⁸⁴ y con él los principios, aparecen de la mano de este nuevo orden como respuesta al complejo proceso de producción integrado por los agentes que gravitan hoy en día en el espacio global.

2.1.3 Principios UNIDROIT: Nuevo Digesto

⁸⁴ El fenómeno de soft law dista mucho de ser un tema acabado dada la complejidad del mismo pues es capaz de presentarse en una infinita variedad de formas, la característica más relevante dice relación con ser un documento que refleja la tendencia actual de la sociedad global: interdependencia de las relaciones jurídico económicas y globalización, estos instrumentos no imponen obligaciones internacionales en sentido estricto, pero generan razonables expectativas de comportamiento que los agentes del derecho internacional se sienten en la necesidad jurídica de exigir. Christine Chinkin identifica algunos criterios para determinar la existencia de soft law, ellos son: i) que sean formulados en términos no obligatorios de acuerdo a los procesos tradicionales de creación de derechos ii) que contengan términos vagos e imprecisos iii) procedan de órganos carentes de autoridad para crear normas internacionales (todas estas características dicen relación con los estándares tradicionales, pues hoy en día los sujetos capaces de crear derecho internacional se ha ampliado enormemente y con ello el ámbito de producción de derecho internacional) iv) están dirigidos a actores no estatales, cuya práctica en *principio*, no puede configurar una costumbre internacional v) permanezcan ajenos a cualquier teoría de responsabilidad internacional (lo que parece del todo discutible) y finalmente señala que se basan exclusivamente en la adhesión voluntaria y no existe un mecanismo jurídico para su exigencia (al menos ad initio). Otro modelo de caracterización está relacionado con su correspondencia con el derecho duro, se distingue un derecho blando explicativo o interpretativo del derecho duro, el derecho duro emergente en la forma de derecho blando, el derecho blando como evidencia de la existencia de obligaciones internacionales, el derecho duro paralelo al derecho blando, y el derecho blando como fuente de obligaciones internacionales. A nuestro juicio, el derecho blando representa una categoría autónoma de producción de normas jurídicas que no necesariamente debe derivar en derecho duro, la eficacia normativa del mismo deriva precisamente de su valor como derecho blando, utilizable por los agentes internacionales en convicción de cumplir con las exigencias jurídicas del comercio internacional, pero al mismo tiempo en el entendido de su flexibilidad y falta de coercibilidad tradicional, pese a que es posible que en otras áreas del derecho pueda revestir distintos caracteres. Del Toro Huerta, Mauricio Iván. “El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional”. pp. 539, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derint/cont/6/art/art12.pdf>

Si bien parece muy tentador a primera vista hablar de un nuevo digesto, esta vez integrante de un mundo globalizado, en principio más universal que el mismo digesto, tal aseveración debe hacerse con cautela.

Los principios de UNIDROIT han tenido una creciente difusión y consolidación puesto que consagran valores fundamentales del tráfico jurídico internacional, así como también recogen principios generales del derecho y los usos y costumbres del mismo. Pero con independencia de ello, además han sabido conjugar culturas jurídicas disímiles y sistemas normativos de lo más variados, con énfasis en el progreso mundial de todos los integrantes del orbe. Pareciera que si entendemos la función que tuvo el digesto en el pasado, hoy en día se cumplen por los principios, por lo menos en lo que dice relación a los contratos comerciales internacionales; pero esta vez la integración de los mismos por comentarios autorizados no pretende sino uniformar su aplicación y se encuentran en todo caso abiertos al cambio, a la permeabilidad de sus normas y comentarios así como también en constante proceso de evolución. Sólo a través de este derecho, más informal y dinámico, será posible cumplir con las exigencias del sistema internacional, por medio de la cooperación de los agentes, los Estados (que “ceden” su soberanía) y las organizaciones no gubernamentales, avanzando en la resolución de los problemas que afectan en mayor o menor medida a todos los países del orbe. Este sistema sigue en elaboración.

2.1.4 Propósitos que guiaron su redacción

La redacción de los principios recoge una importante necesidad de los agentes del comercio internacional, que actúan en el tráfico internacional a través de instrumentos jurídicos para alcanzar sus propósitos económicos. Su objetivo, como ya lo veníamos indicando está enfocado a la creación de un conjunto de reglas equilibradas para ser utilizadas en todo el orbe con independencia de las tradiciones jurídicas y de las ideologías imperantes. Poseen un marcado carácter internacional y una tendencia a la uniformidad de las legislaciones nacionales, con introducción de criterios de comportamiento razonable, equidad y solidaridad.

Si bien su finalidad esencial es entregar un marco jurídico a los contratos mercantiles internacionales ello no es posible si no logramos encontrar un sistema interpretativo que brinde seguridad a los agentes en relación a que su aplicación también será uniforme a través del mundo, es por ello que el presente trabajo intenta entregar una aproximación para la interpretación de los principios, con especial énfasis en el contexto general de los mismos y sus disposiciones generales, ya que de este modo se podrá apreciar de mejor forma la correcta manera para arribar a la verdadera unificación.

Los principios siguen ciertos criterios adoptados por la Convención de Naciones Unidas para la Compraventa Internacional de Mercaderías, lo que es relevante pues la CISG ha sido paradigma de éxito al aplicar el método sustantivo de producción de normas jurídicas. Pese a que ha necesitado de la aprobación de los Estados, cada vez son más quienes los introducen como derecho vinculante dentro de sus sistemas nacionales lo que permite regular de manera uniforme este importante contrato de intercambio de bienes.

Por su parte, los principios poseen un indiscutible grado de autoridad, toda vez que los juristas que han participado en su elaboración son destacados en sus áreas de trabajo, además de confluir en UNIDROIT juristas provenientes de todas las latitudes.

Además de sus propósitos, el preámbulo de los principios aclara⁸⁵ su ámbito de aplicación, es por ello que a continuación serán analizados en forma más exhaustiva.

2.2 Ambito de aplicación

⁸⁵ Es importante aclarar que no encontramos todos los propósitos en el preámbulo, para ello es necesario analizar todo su articulado, pero como tal estudio excede las posibilidades de este trabajo y particular relevancia poseen en este sentido las disposiciones generales junto al carácter internacional de los principios, sólo estos temas serán tratados.

2.2.1 Preámbulo

“Estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos comerciales internacionales.

Estos principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos.

Estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por lo “principios generales del derecho”, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes.

Estos principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Estos principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Estos principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.

Estos principios pueden servir como modelo para la legislación a nivel nacional e internacional”⁸⁶

2.2.2 Qué se entiende por contrato

⁸⁶ www.unidroit.org

Los contratos son el instrumento jurídico por excelencia a través del cual se verifica el intercambio comercial. Hablar de contratos engloba una serie de operaciones mercantiles que incluso no sólo no se encuentran tipificados sino que además son el paradigma de una categoría abierta, es decir compuesta por un numeros apertus del mismo ya que en definitiva existirán tantas nuevas fórmulas como sean las necesidades del tráfico mercantil internacional.

El concepto de contrato parece relevante a la hora de discriminar qué actos jurídicos y cuales no, serán regidos por los principios. Pese a ello, los principios no contienen una definición de lo que entienden por contratos⁸⁷, ni aún en sus comentarios, ello se puede explicar básicamente porque no existe consenso en qué es lo que abarcan, a nivel internacional. Aun cuando todos los sistemas jurídicos entienden qué se alude por contratos, ellos no siempre tienen el mismo contenido, tanto a nivel de las mismas tradiciones jurídicas, como entre ordenamientos nacionales pertenecientes a distintas tradiciones.

⁸⁷ La omisión no ha sido en ningún caso producto del descuido de la comisión, asimismo se puede apreciar en los principios de derecho contractual europeo, en donde tampoco se define lo que se entiende por contrato, la explicación se encuentra en la necesidad de encontrar el contenido de contrato dentro de su articulado y en mayor medida producto de la práctica comercial, noción que debe ser acorde con todos los sistemas jurídicos contemporáneos y flexible para eventuales exclusiones del mismo en determinados escenarios internacionales, sin perder de vista la necesidad de interpretar de acuerdo con miras al carácter internacional y en este sentido lo más amplio posible, pero también apegado a la buena fe y propósitos generales que se ha tenido a la vista en su elaboración.

Pese a lo expuesto y gracias al trabajo de los agentes internacionales en general y a UNIDROIT, UNCITRAL⁸⁸ y la Cámara Internacional de Comercio, se avanza hacia un concepto internacional de contrato.

Partir analizando el concepto de “contrato” en las legislaciones internacionales puede entregar un marco comparativo, indispensable a la hora de interpretar con caracteres de internacionalidad, No podemos concluir con un concepto propio básicamente porque a nuestro parecer entrar a definir el contrato limitaría el campo en que eventualmente se pueden desenvolver los principios, así como también puede llevar a cometer errores. Lo importante es lograr espacios de debate y permitir el conocimiento de variadas nociones para que, en el caso concreto, se pueda resolver o no según tales criterios.

Para el Código Civil Francés (artículo 1101), contrato es el acuerdo de voluntades que obliga a una o varias personas respecto de otra u otras a dar, hacer o no hacer algo. El contrato en esta concepción es una convención que crea obligaciones y que a diferencia del Código Civil Chileno permite el efecto real del contrato, es decir a través de su celebración se transfieren los derechos nacidos en él y no es necesaria por ejemplo, la tradición como modo de adquirir, sistema que ha preferido nuestro Código, fiel al clásico modelo romano.

⁸⁸ <http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html>. Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional.

El Código Civil Alemán (artículo 305 y siguientes), referente obligado dentro de nuestra tradición, sin definir contrato ha señalado su finalidad: constituir o modificar una obligación. Dentro de su articulado se ha desarrollado la teoría del negocio jurídico, concepto más amplio que contrato pero siempre unido a la voluntad de su autor o de las partes a la hora de determinar los efectos jurídicos que genera.

El Código Civil Italiano (artículo 1321) ha indicado que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial. Con ello el objeto del contrato ya no es la prestación, sino que la relación jurídica, que excluye las relaciones de familia, que en el caso de nuestro estudio son irrelevantes ya que intentamos determinar el concepto de contrato mercantil internacional.

En el Restatement of the Law, Contracts, compilación estadounidense que en síntesis es derecho elaborado por jueces, dirigida por Williston, se define el contrato como una promesa o conjunto de promesas por cuyo incumplimiento el derecho otorga una reparación o cuyo cumplimiento el derecho reconoce como obligatorio⁸⁹. En la segunda edición del Restatement se distingue el contrato del acuerdo de voluntades (agreement) y éste del negocio jurídico (bargain) al que

⁸⁹ “A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of the which the law in some way recognizes as a duty”.

define como un acuerdo para intercambiar promesas o intercambiar una promesa por una prestación efectiva o intercambiar prestaciones efectivas. Como se desprende de lo expuesto, no son propiamente contratos aquellos negocios en los que se da un intercambio de prestaciones efectivas, como podría ser una compraventa al contado, ya que en aquellos no hay promesa de dar o hacer algo, adicionalmente en los comentarios se señala que la palabra contrato puede ser utilizada para designar la obligación resultante del acto de hacer una o un conjunto de promesas jurídicamente válidas. En el Uniform Commercial Code se define contrato como la obligación que resulta del consentimiento de las partes.

A simple vista notamos las diferencias, y si el estudio es realmente pormenorizado o se extiende a otras latitudes, podremos verificar que las diferencias en el contenido de la palabra contrato van aumentando. Ello no es menor considerando los efectos prácticos que acarrea tal barrera, así por ejemplo en Francia la cesión de créditos o la remisión de una deuda no son contratos si producen efectos inmediatos, pero sí lo serían en el evento de generar obligaciones tales como ceder el crédito o remitir la deuda. Más radical aún, las promesas unilaterales no son, por regla general, contrato en el marco de la tradición civilística, sin embargo si lo son en Estados Unidos, pues lo son todas las promesas que obliguen.

En el ámbito internacional poco es lo que se ha intentado para esbozar un contenido común para determinar cuando nos encontramos frente a un contrato, nuevamente recordamos que las razones radicarían en la necesidad de ampliar lo más posible su contenido y analizar caso a caso la relación jurídica dada puesto que en definitiva su carácter de internacional va a marcar tal difuso contenido.

A continuación revisaremos algunas disposiciones dentro de los principios que implican la noción de contrato y que en definitiva nos ayudarán a dar cierto contenido al mismo⁹⁰.

En primer lugar se señala que el contrato aparece como algo convenido por las partes, el artículo 1.1 parece entender al contrato como resultado de la voluntad de las partes, las partes son libres para determinar si contratan o no, determinar con quién así como el contenido del mismo, pero tal libertad se ve “limitada” ya que si bien es cierto que las partes determinan asimismo las reglas aplicables a la relación jurídica constituida, una vez que deciden regirse por los principios o ellos resultan aplicables según la legislación internacional, ciertas normas poseen el carácter imperativo y por tanto aparece el primer límite a la libertad.

⁹⁰ Para estos efectos se sigue de cerca el análisis propuesto por el Profesor Jorge Adame, este autor concluye que el concepto consagrado en los principios UNIDROIT se asemeja al concepto romano de Juliano señalando que el contrato es *ultra citroque obligatio*, es decir, obligación recíproca. Si bien tal aproximación posee sus ventajas, seguimos considerando que lo mejor es dejar sólo entrabada la discusión y no adherir a posición alguna al respecto puesto requiere de un mayor análisis, con menor abstracción de las normas establecidas. ADAME GODDARD, JORGE. “Hacia un concepto internacional de contrato”. *Contratación Internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Panamericana. 1998, pp. 21.

En el capítulo segundo, que trata de la formación del contrato se puede reafirmar esta idea en tanto la manera en que se da vida al contrato: oferta y aceptación. Adicionalmente a lo expuesto, el que el contrato se interprete conforme a la intención de ambas partes indicaría que es el consentimiento conjunto el que da vida a la relación.

En segundo lugar, el contrato aparece como algo que se perfecciona por el mero consentimiento informal, no es requisito la forma del contrato, por tanto se excluye la necesidad de una consideration como en el common law. Tampoco es necesaria la existencia de causa lícita, aun cuando para gran parte de la doctrina civilística en este caso no estamos ante formalidad alguna sino más bien ante un requisito de existencia del mismo, sin lo cual no puede nacer a la vida jurídica. No será necesario dejar constancia escrita alguna, si bien las partes pueden convenir en que ello así sea.

En tercer lugar, el contrato se entiende como un acto que genera obligaciones, ello al señalar el artículo 1.3 “es obligatorio para las partes”, consiste básicamente en que ante el incumplimiento de una parte nace el derecho de la otra para exigir el cumplimiento o bien la obligación de la parte incumplidora de reparar el daño causado ante el incumplimiento, tratado en la sección cuarta e incluso el derecho (limitado) de dar por terminado el contrato si se cumplen determinados supuestos establecidos en los principios. Pese al efecto

obligatorio que posee el contrato en el marco de la regulación internacional, se ha introducido nuevas figuras como la excesiva onerosidad sobreviviente que atenúan el principio clásico del pacta sunt servanda.

Finalmente, el contrato es una relación objetiva con un régimen propio, ello porque no obstante existir amplia libertad en el ámbito contractual, es posible encontrar normas imperativas para las partes, así como el deber de comportarse de buena fe y actuar conforme a la lealtad negocial (artículo 1.7⁹¹) o bien las reglas relativas a la invalidez del contrato por dolo (artículo 3.8), intimidación (artículo 3.9) o excesiva desproporción (artículo 3.10). La misma idea se encuentra en el artículo 2.1.20 de los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, ya que las cláusulas sorpresivas no tienen eficacia, pese a estar aparentemente acordadas por las partes, salvo aceptación expresa de la contraparte, entre otras disposiciones.

Se concluye que el contrato es un acto jurídico bilateral, consensual, que no es puro consentimiento; genera obligaciones para las partes y su estatuto contiene reglas imperativas para efectos de proteger la libertad contractual que impera en el orden internacional básicamente a través de la buena fe y lealtad negocial, ya que es por esta vía que se elaboran deberes explícitos como son los de cooperación y de remedios ante pérdidas de la otra parte o bien frente a

⁹¹ Articulado de los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales, en www.unidroit.org

incumplimientos. También establece deberes implícitos, como el de no impedir beneficios de la otra parte del contrato, derivados de la buena fe o bien como no tolerar exigencias desmedidas, entre otros.

El profesor Adame Goddard⁹² ante los argumentos arriba expuestos, excluye de su concepto a los contratos unilaterales, es decir, aquellos contratos que sólo generan obligaciones para una de las partes. Además, argumenta a favor de su interpretación un criterio cuantitativo de los ejemplos que utilizan los principios para ilustrar sus disposiciones. Tal argumento no parece decidir a la hora de excluir tal categoría de la esfera de regulación internacional adoptada, porque igualmente se citan contratos unilaterales y porque en definitiva lo que pretenden los principios es ampliar la órbita de vigencia, así por ejemplo en lo que respecta a cómo debemos entender su carácter comercial.

2.2.3 Qué se entiende por contratos comerciales⁹³

⁹² Según este autor la interpretación de la palabra contrato como obligación recíproca contribuye a crear un régimen uniforme de contratación internacional restringiendo su significado a lo que efectivamente es “sensato”, básicamente argumentando en la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación ante la variedad de tradiciones jurídicas existentes en el orbe, el acento por tanto no estaría en el consentimiento sino que en la obligación recíproca, en tal sentido sólo nos parece rescatable que tal concepción al menos puede servir de común denominador entre el civil law y el common law. ADAME GODDARD, JORGE. “Hacia un concepto internacional de contrato”. Contratación Internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Panamericana. 1998, pp.21-22.

⁹³ El carácter comercial del cual se habla en los principios nada tiene que ver con el criterio objetivo o subjetivo para la determinación de la naturaleza comercial de los actos, pese a ello deja aún latente, al menos en lo que a nuestra tradición jurídica respecta, la tradicional discusión acerca de la interrogante de cuando nos encontramos frente a un acto de comercio puesto que no quiso atacar directamente estructuras

Los principios limitan su ámbito de aplicación a los contratos comerciales; para ser más precisos, la traducción al idioma español entendió que parecía más acorde con el contenido de esa palabra el término “mercantiles” con ello se deja constancia, en los comentarios de los principios, que no se trata de la clásica distinción entre contratos civiles y comerciales sino más bien se pretenden excluir las operaciones de consumo, ya que por regla general tales operaciones están reguladas específicamente dentro de las legislaciones internas como un mecanismo de corrección del tráfico y que requieren un análisis más detallado del mercado local, sin posibilidad de universalizar tales normas, al menos por ahora. Pese a lo expuesto, se deja constancia que el concepto de mercantilidad debe ser entendido lo más amplio posible, incluyendo no sólo operaciones comerciales para abastecimiento o intercambio de mercaderías o servicios, sino también otros tipos de operaciones económicas como de inversión, concesiones, contratos de prestación de servicios profesionales, etc.

Ello sin duda resulta problemático, en gran medida porque en la tradición jurídica a la cual pertenecemos existen muchas naciones que poseen una doble regulación; para contratos civiles y a su vez para contratos mercantiles. Así por ejemplo, se encuentran en tal situación nuestra legislación chilena, la española, francesa, alemana y austriaca, mientras que en otras el tratamiento se ha

jurídicas clásicas de derecho interno y unificar con claridad los actos civiles y comerciales si es que en realidad se pretendía abarcar a todas las operaciones económicas en general.

unificado, como en Italia y Suiza por ejemplo. El problema en todo caso debería ser resuelto en distintos niveles ya que la legislación internacional en principio no debería afectar las categorías nacionales aún cuando puede ser un interesante tema pensar en su unificación, quizás más cuidadosa de lo habitualmente planteado por sus partidarios pero que incluya una serie de operaciones tradicionalmente excluidas y que hoy no se justifica.

2.2.4 Carácter Internacional de los Contratos Mercantiles⁹⁴

Mucho se ha discutido acerca del factor que en definitiva otorga el carácter de internacional a un contrato. Batiffol⁹⁵ en su antiguo trabajo “Los conflictos de leyes relativos a los contratos”, publicado por primera vez en Francia en 1938, había esbozado lo que se entiende por contrato internacional señalando en su criterio que debían considerarse factores tanto económicos como jurídicos, es decir, éste debía poner en juego los intereses del comercio internacional así como también contener elementos de conexión del contrato repartidos en distintos estados. Tal concepto fue acogido por la jurisprudencia francesa y por

⁹⁴ El Profesor C. Espulgues Mota indica que el carácter de internacional del contrato está estrechamente vinculado con la posibilidad que tienen las partes de determinar el ordenamiento que regulará la relación contractual, según este autor el elemento clave está dado por la vinculación del contrato con dos o más ordenamientos jurídicos, estableciendo la posibilidad de describirlo y en suma de analizar caso a caso cuando presenciemos un contrato internacional.

⁹⁵ BATIFFOL. HENRI ET LAGARDE. PAUL. Droit International Prive. Editorial Dalloz, Paris, 1980, tomo II, pp. 276, en: MALUENDA PARRAGUEZ, RODRIGO. Contratos internacionales. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1998, pp. 8.

el código de procedimiento civil al señalar que el contrato internacional es aquel que afecta el interés del comercio internacional o bien la operación que sobrepasa el marco de una economía interna, creando flujo de bienes, divisas o servicios a través de las fronteras.

El Jurista Ole Lando, integrante de la comisión encargada de elaborar la Convención de Roma de 1980 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales e integrante de la Comisión Redactora de los Principios de Derecho Contractual Europeo, entre otras destacadas labores, ha señalado que para definir un contrato como internacional es necesario que se reúnan dos factores a saber: cuando las partes tienen el lugar de sus negocios en diferentes estados y asimismo cuando los bienes, servicios y/o dinero, objeto de las obligaciones que se contienen cruzan una frontera para que el contrato sea ejecutado⁹⁶.

El profesor William Reese, autor norteamericano, señala que los contratos internacionales son aquellos que contienen elementos económicos o jurídicos en dos o más estados nacionales. Tales contratos pueden tener como partes a los Estados, a un Estado versus un particular, o exclusivamente particulares⁹⁷.

⁹⁶ LANDO. OLE. The Conflict of Law Contracts. General Principles. Recueil des Cours de la Academie de Droit International de la Haya. 1980, tomo 184, pp. 286, en: MALUENDA PARRAGUEZ, RODRIGO. Contratos internacionales. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1998, pp. 9-10.

⁹⁷ REESE. WILLIAM. En: Internacional Contracts. Parker School of Foreign and Comparative Law. 1981, pp. 4 en: MALUENDA PARRAGUEZ, RODRIGO. Contratos internacionales. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1998, pp. 10.

Virgos Soriano⁹⁸, profesor español, señala a su vez que un contrato internacional requiere un movimiento de personas, bienes, cosas, servicios o pagos a través de las fronteras internacionales, sin embargo puntualiza que es necesario analizar caso a caso y no es posible obtener una fórmula estándar en la cual encasillar a los contratos.

Quintín Alfonsín⁹⁹, jurista uruguayo, habla de contratos extranacionales para referirse al tema, señalando que es aquel que no tiene todos sus elementos nacionales ni afecta exclusivamente a una sociedad nacional.

Goldschmidt¹⁰⁰, profesor argentino, ha puntualizado que un contrato es internacional si su lugar de celebración o su lugar de cumplimiento o el domicilio de una de las partes en el momento de la celebración se halla en el extranjero.

Otros han intentado entregar nociones sobre lo que debemos entender por contrato internacional, no obstante, ¿Será posible descartar la internacionalidad

⁹⁸ VIRGOS. M. en: González Campos. Julio y otros. Derecho Internacional Privado. Editorial Tecnos, Madrid, 1983, pp. 208-210. en: MALUENDA PARRAGUEZ, RODRIGO. Contratos internacionales. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1998, pp. 12.

⁹⁹ ALFONSIN, QUINTÍN. Régimen Internacional de los Contratos. Biblioteca de Publicaciones oficiales de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1950, pp. 7. En: MALUENDA PARRAGUEZ, RODRIGO. Contratos internacionales. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1998, pp. 13.

¹⁰⁰ Goldschmidt. Werner. Derecho Internacional Privado. Quinta edición. Desalma, Buenos Aires. 1985, pp. 393. en: MALUENDA PARRAGUEZ, RODRIGO. Contratos internacionales. Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1998, pp. 14.

de un contrato cuando éste no afecte “los intereses del comercio global? y si así fuese ¿Cuándo en realidad lo estamos afectando? ¿Qué factores de conexión son más relevantes que otros para determinar si prima la nacionalidad o la internacionalidad? Y si ello es así ¿Por qué razón esos factores son más relevantes?

Es por estas razones, entre otras, que los principios han decidido interpretar el carácter internacional lo más ampliamente posible¹⁰¹, Estos señalan en forma expresa en sus comentarios, que si bien el carácter de internacional puede definirse de acuerdo al lugar del establecimiento de las partes, la residencia habitual de las partes, los “vínculos más estrechos con un Estado o la carencia de los mismos”, etc. lo cierto es que la respuesta no es unívoca y por tanto debemos a priori establecer que son internacionales aquellos contratos que poseen al menos un elemento de conexión internacional, lo cual nos permite obtener la posición dicotómica y al menos excluir la aplicación de los principios a aquellos contratos en los cuales todos sus elementos poseen puntos de conexión con una sola legislación nacional¹⁰².

¹⁰¹ En la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías se señala que la internacionalidad dice relación con contratos celebrados entre partes que tienen sus establecimientos en estados diferentes, sin tomar en cuenta la nacionalidad de las partes. Por su parte la convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (convención de México) establece que el contrato es internacional si las partes tienen su residencia habitual o su establecimiento en estados diferentes o si el contrato tiene vínculos de conexión más estrechos con más de un estado.

¹⁰² La afirmación expuesta no es del todo verdadera, ya que los principios expresamente permiten y recomiendan su aplicación en caso de contratos nacionales, ello mediante la técnica de la autonomía de la

2.3 Función de los Principios

Los principios cumplen diversas finalidades, tanto es así que los mismos dejan abierta la posibilidad de encontrar nuevas aplicaciones para ellos, en tanto otras se enuncian como las más relevantes o usadas en el tráfico mundial. Entre ellas encontramos su aplicación como ley del contrato, es decir como un sistema de reglas internacionales capaces de regir las relaciones de los agentes internacionales a la hora de contratar, la aplicación de los principios como *lex mercatoria* y su aplicación en ausencia de cualquier elección de las partes, asimismo como manera de interpretar o complementar instrumentos internacionales o bien como modelo para las legislaciones nacionales o internacionales.

2.3.1 Elección expresa de los principios por las partes¹⁰³

voluntad son las partes quienes en definitiva determinarán las normas que regulen su relación jurídica siempre y cuando se los permita la legislación interna y no atenten contra el orden público nacional.

C. Esplugues Mota nos habla en este caso de la posibilidad de las partes de internacionalizar el contrato, su calificación como interno imposibilita el juego de la autonomía conflictual en tanto no se podría permitir la aplicación de otro ordenamiento nacional, tal es una enorme traba en el ejercicio de la autonomía contractual y limita las posibilidades de armonizar las técnicas contractuales en el orbe. ESPULGUES MOTA, CARLOS. HARGAIN DANIEL. Derecho del Comercio Internacional. Editorial Reus, 2005, pp. 281-284 y 352-353.

¹⁰³ Ejemplo de elección expresa por las partes lo encontramos en *Arbitral Award. National and International Arbitral Tribunal of Milan (Italy)*, I. XII. 1996. UNIDROIT. (<http://www.unidroit.org>) . Selected case law relating to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

Los principios señalan que las partes pueden acordar que sus contratos se rijan por ellos. Tal elección es positiva para la contratación internacional, ya que los principios constituyen un conjunto de reglas adaptadas a las necesidades del comercio internacional, y representan un núcleo común de derecho en relación a las legislaciones existentes en el orbe.

La elección de los principios idealmente debe ir acompañada de un acuerdo de arbitraje ya que los árbitros, por regla general, no se encuentran obligados por un ordenamiento jurídico nacional y no dudan a la hora de aplicar un derecho especializado en contraposición a los jueces, quienes en general están limitados por sus propios ordenamientos y podrían aplicar los principios, ley escogida por las partes, sólo en el evento de no afectar las disposiciones locales. En todo caso, pese a que la elección se encuentre asociada a un arbitraje, éstos deberán aplicar los principios sin violentar las normas imperativas del derecho nacional aplicable al contrato. Por otra parte, en la resolución de controversias contempladas en la convención ICSID, los principios podrán aplicarse incluso con exclusión de todo derecho nacional.

2.3.2 Los principios como *lex mercatoria*

En este caso a diferencia del anterior, la aplicación de los principios es eventual, ello pese a que puede resultar conveniente su masificación como lengua franca en lo que respecta a la contratación internacional. Esto se desprende a simple vista del párrafo tercero del preámbulo puesto que a diferencia del anterior se señala “Estos principios pueden aplicarse...”, ello está relacionado con el supuesto de que las partes no han podido acordar el derecho aplicable a su contrato y por tanto al momento de afinar el negocio sujeten su efectividad a conceptos jurídicamente indeterminados como “principios generales del derecho”, “lex mercatoria” o expresiones análogas. Entendemos que lex mercatoria y principios UNIDROIT no son sinónimos, más bien parecen identificarse; pero la lex mercatoria es mucho más amplia y eventualmente está conformada por otras fuentes. Por esta ambigüedad en la formulación de conceptos jurídicos indeterminados es aconsejable recurrir directamente a los principios pues entregan a los agentes la seguridad jurídica anhelada.

La Profesora María del Pilar Perales¹⁰⁴, aclara que la utilización de los principios como lex mercatoria es de muy difícil aplicación por parte de los jueces nacionales, en primer lugar porque tal concepto se identifica, por regla general, con el de fuente de derecho no escrita y en segundo lugar, porque la realidad es que los principios no representan la nueva lex mercatoria, por tanto plantea

¹⁰⁴ PERALES VISCASILLAS, MARIA DEL PILAR. El derecho uniforme del comercio internacional: Los principios de UNIDROIT. Pace Law School Institute of international comercial law, en <http://www.cisg.law.pace.edu>.

que los principios no resultan aplicables, o al menos no de forma automática ante tales expresiones. Pese a que reconocemos que la aplicación no debe ser automática, pensamos que ello se debe a que los principios no son la única vía de configurar la *lex mercatoria*, pero sí la más autorizada y que en lo que respecta a la contratación internacional son un fiel reflejo de esta nueva lengua franca entre los agentes del comercio mundial.

Por supuesto que existen muchos casos resueltos por tribunales arbitrales conforme a los principios en tanto aplicación de la *lex mercatoria*, ello relacionado estrechamente con la facultad de los árbitros para resolver las contiendas con mayor desapego a sus legislaciones locales. Se ha llegado a la conclusión de que efectivamente los principios se identifican con los usos y costumbres generados por los agentes internacionales¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Ejemplo de este caso es el laudo 7110 de la Cámara de Comercio Internacional, 1995. El Profesor Oviedo cita este caso indicando las razones por las cuales el tribunal consideró a los principios como el sistema regulador de las obligaciones contractuales internacionales, estas razones son: i) Los principios UNIDROIT son una recopilación de principios aplicables a los contratos comerciales internacionales hechos por un distinguido grupo de expertos internacionales provenientes de los sistemas prevalentes en el mundo, sin la intervención de los estados o gobiernos, ambas circunstancias redundan a la alta calidad y neutralidad de su producto y esta aptitud se refleja en el presente escenario de consenso sobre las reglas legales internacionales y los principios que gobiernan las obligaciones contractuales en el mundo, principalmente sobre las bases de su imparcialidad y adecuación a las transacciones internacionales que quepan dentro de su perspectiva, ii) al mismo tiempo los principios se han inspirado en textos de leyes uniformes internacionales alrededor de las cuales disfrutaban de amplio reconocimiento internacional y generalmente son consideradas como el reflejo de los usos y prácticas del comercio internacional en el campo de la compraventa internacional de mercaderías, la cual ya han ratificado (en ese momento) alrededor de 40 países, iii) los principios han sido concebidos para ser aplicados a los contratos comerciales internacionales en instancias en las cuales, como en el caso que acontece, en que las partes han acordado que sus transacciones serán gobernadas por reglas generales y principios... iv) Los principios deben considerarse el componente central de las reglas legales generales con respecto a los contratos internacionales disfrutando de un acuerdo internacional generalizado. Otro caso citado por Oviedo hace alusión a la resolución de un árbitro colombiano, Doctor Guillermo Gamba, laudo 9797, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 28 de julio de 2000, en este caso

El profesor Garro¹⁰⁶ ha indicado tres razones para aplicar a los principios como *lex mercatoria*: a) el deseo de las partes de someter su contrato a algún tipo de regulación que no esté conectada con un determinado derecho nacional; b) los principios establecen un conjunto de reglas bien definidas, por lo que se reducen las incertidumbres e incoherencias típicas de la antigua *lex mercatoria* y, c) porque las reglas de los principios están especialmente diseñadas para las disputas que surgen en el comercio internacional.

Ante lo expuesto podemos concluir que no será difícil la aplicación de los principios como *lex mercatoria*, así ya está lográndose en el ámbito de arbitrajes y sin duda será posible en un futuro no muy lejano verlo en jueces nacionales, como ha ocurrido con la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, cuyos principios recogen el derecho generado de forma espontánea pero corregido de acuerdo a las exigencias del tráfico internacional.

el tribunal señaló que los principios son fuente fidedigna del derecho comercial internacional en el arbitraje internacional por contener ellos en esencia una compilación de aquellos “principes directurs” que disfrutaban de aceptación universal y además son el núcleo de aquellas nociones fundamentales que son aplicadas en la práctica arbitral. OVIEDO ALBÁN, JORGE. “La unificación del derecho privado: UNIDROIT y los principios para los contratos comerciales internacionales”, en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html>

¹⁰⁶ GARRO, ALEJANDRO. The Contribution of the UNIDROIT Principles, 1994, pp. 104, en: MATUTE, CLAUDIA. “La *lex mercatoria* y los principios jurisprudenciales de la corte de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional”, <http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/idc27/27-4.pdf>

2.3.3 Aplicación de los principios en ausencia de cualquier elección de las partes

Ya que los principios tienen como función contribuir a la formación del derecho uniforme, ante la ausencia de elección de las partes, los tribunales arbitrales han aplicado los principios de UNIDROIT. Tal ha sido asimismo la intención de sus redactores. Así por ejemplo podemos citar el laudo 7375 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional¹⁰⁷, de fecha 5 de junio de 1996, donde la corte consideró que la ausencia de referencia de las partes a una “ley del contrato” indicaba la intención de las mismas de excluir la aplicación de una ley nacional de su contraparte, es decir, estaba implícita una cláusula negativa de elección de ley, lo que conllevaba a aplicar una regulación neutral, capaz de mantener el equilibrio entre las partes y de servir de manera objetiva a la solución de la controversia, tal función asumida por los principios UNIDROIT.

Adicionalmente y en relación a su aplicación como *lex mercatoria*, los principios han sumado a sus funciones otras menos usuales pero no por ello irrelevantes como la de integrar o bien ayudar a interpretar otros textos internacionales de derecho uniforme, lo cual está siendo muy utilizado sobre todo en el ámbito del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías. Ambos instrumentos

¹⁰⁷ www.unilex.info

poseen factores de conexión que conllevan a una mutua interacción haciendo de este derecho, un derecho dinámico y cada vez más universal, que contribuye además al entendimiento cada vez más generalizado de que los instrumentos de derecho uniforme, ya sea que se encuentren en el plano del soft law, o bien que hayan pasado a formar parte de la legislación interna, conservan su carácter de internacional y su integración e interpretación escapa a los tradicionales métodos locales. Incluso más, los principios han sido considerados relevantes a la hora de interactuar con el derecho nacional¹⁰⁸, sobre todo considerando que ellos pueden ser útiles cuando el contrato se sujete a una regulación nacional y sea en extremo difícil determinar la regla aplicable al caso específico. Sin embargo, los mismos comentarios aclaran que tal recurso debe ser el último, básicamente por la dificultad que pudiera presentarse de evitar con ello la aplicación de normas imperativas del foro así como también justificar tal labor que escapa de la hermenéutica tradicional. La labor de los principios en este campo se orienta a la modernización de las legislaciones, ya que cada vez es más aceptado que el derecho privado requiere de cambios de acuerdo a las exigencias de los nuevos modelos de negocios.

¹⁰⁸ En este sentido se pueden consultar los fallos Arbitral award, Arbitral Court of the economic Chamber and the Agrarian Chamber of the Czech Republic. 17 II 1996. Arbitral Award. International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce. ICC. 4. IX. 1996. Arbitral award. ICC arbitration, 1998. 8223. UNIDROIT. <http://www.unidroit.org>. Selected case law relating to the Unidroit Principles of International Commercial Contracts.

Como ya lo enunciábamos precedentemente, otras posibles aplicaciones¹⁰⁹ de los principios se orientan a ser utilizados como una base de comparación legislativa, como guía para la elaboración de contratos, sobre todo por su redacción en distintos idiomas o bien como material del curso para universidades, colegios de abogado, etc. Tal enumeración, en todo caso, no es exhaustiva y sus aplicaciones estarán dadas por la práctica de los agentes internacionales.

2.4 Referencia a las disposiciones generales

2.4.1 Autonomía de la Voluntad¹¹⁰⁻¹¹¹

¹⁰⁹ El Profesor Bonell, señala que adicionalmente los principios pueden ser utilizados por las partes de un contrato de cuatro formas diferentes i) para incorporar directamente al contrato determinadas reglas que no se encuentran en los derechos internos ii) como un recordatorio de los diferentes problemas que deberán ser discutidos iii) las soluciones de los principios al ser neutrales y equilibradas, pueden servir como modelo de equidad entre las partes contratantes iv) los principios pueden servir como un ejemplo para los abogados que tienen que redactar el contrato en una lengua diferente a la propia ya que se encuentran redactados en distintos idiomas, incluso señala el profesor Bonell que los principios pueden tener una función pedagógica para las partes contratantes pues están redactados en forma simple y clara, permitiendo que personas no letradas puedan comprenderlos y sobre todo ser útiles en situaciones de urgencia en donde no es posible una investigación detallada del derecho comparado. MICHAEL JOACHIM BONELL, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why?, What? How?+. Tulane Law Review, April 1995, vol.69, n° 2, cit., p.1127, en PERALES, MARIA DEL PILAR. “El derecho uniforme del comercio internacional: Los Principios de UNIDROIT”, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/pcci.html>

¹¹⁰ Algunos autores suelen confrontar el principio de la autonomía de la voluntad con los principios imperantes en derecho público, tales principios dicotómicos serían: la legalidad y la tipicidad en la actuación. En el derecho privado se regulan una serie de negocios típicos, pero tal tipicidad no implica un numerus clausus de tipos contractuales, más bien permite la combinación de los mismos e incluso más, la creación de nuevos modelos, económicos primero, contractuales luego. Otros autores entienden que el principio dicotómico, imperante en el derecho público, es el principio de heteronimia; los Estados regulan las relaciones de derecho público coactivamente, así Max Weber señala que el Estado se caracteriza por detentar el monopolio de la violencia legítima, y es el acto administrativo y no el contrato la herramienta

El principio de la autonomía de la voluntad impera en la gran mayoría de las legislaciones mundiales en lo que dice relación con la contratación. Según tal doctrina toda obligación reposa sobre la voluntad de las partes, los derechos y obligaciones nacen del contrato producto de un acuerdo.

Según algunos autores, la autonomía de la voluntad tiene una dimensión individual y otra social. La primera permite a los particulares establecer, modificar o extinguir relaciones jurídicas entre ellos, tal ámbito de aplicación de la autonomía de la voluntad es muy vasto, abarca la determinación del ordenamiento aplicable, la jurisdicción encargada de resolver los eventuales conflictos producto de la relación, la determinación del tipo negocial que las partes creen más apropiado para conseguir los efectos que se pretenden así como también para establecer los elementos esenciales, naturales y accidentales que se incluyen en él y finalmente implica la posibilidad de celebrar o no un determinado negocio, sin embargo, la doctrina dominante en lo que a

primordial en este campo, aún cuando el contrato ha tomado revancha en estos últimos años. Curso de Derecho Civil, Universidad de Chile, Profesor Andrés Jana, apuntes no revisados, año 2001.

¹¹¹ El principio de la autonomía de la voluntad posee variados fundamentos, en grandes líneas podemos trazar un fundamento filosófico y otro económico, en el primero de ellos encontramos nociones referidas a la libertad del hombre y su capacidad para organizarse social y jurídicamente, es válida esta regulación de sus propios intereses en la medida en que no se afecten los derechos y facultades de regulación de otros hombres. En el otro extremo, el fundamento económico descansa en el liberalismo, el contrato garantiza la justicia y la utilidad social porque el libre juego de las iniciativas privadas asegura una suma de resultados económicos positivos. Tal aseveración si bien no es del todo cierta, al menos debería garantizar que trasladan las riquezas a manos de quienes las valoran más y en definitiva, pagan más por determinados bienes o servicios. Curso de Derecho Civil, Universidad de Chile, Profesor Andrés Jana, apuntes no revisados, año 2001.

esta última facultad se refiere sólo exige que tal posibilidad sea al menos formal, ya que muchos contratos deben ser celebrados casi impositivamente, si se pretende vivir en una determinada sociedad. Ejemplo de ello es lo que sucede con algunos servicios públicos básicos que se encuentran bajo el monopolio de una determinada empresa, privada o estatal, lo que en definitiva restringe la posibilidad de celebrar el contrato y más aún el determinar con quien.

En lo que respecta a la dimensión social de la autonomía de la voluntad, ella está orientada a las posibles externalidades positivas que genera un contrato, ya que muchas veces la regulación de una determinada relación jurídica es beneficiosa para los agentes económicos, ya sea empresas o consumidores, e incluso contribuye al desarrollo del derecho privado, por ejemplo con la creación de nuevos tipos contractuales¹¹².

El principio de la autonomía de la voluntad es el pilar fundamental sobre el cual descansa el derecho privado patrimonial de hoy, y más particularmente el

¹¹² Se ha entendido que al generarse nuevas fórmulas contractuales, tal tipo contractual deberá ser reglamentado, si las partes nada señalan, con las reglas más adecuadas de acuerdo a su finalidad y especialmente según los efectos que han pretendido lograr las partes, el Profesor Luis Díez Picazo anticipa ciertos principios que deberán considerarse a la hora de efectuar tal calificación, ellos son: i) Absorción, los contratos mixtos se regulan por las normas del tipo dominante ii) Combinación, se aplican las reglas de los tipos que contribuyen a la formación del nuevo y mixto iii) Analogía, se regla según las reglas del tipo más similar iv) Creación, la jurisprudencia debería acoger nuevas reglas, más apropiadas al nuevo tipo y finalmente el principio de Superposición, según el cual las regulaciones de los distintos tipos de contratos se aplican conjunta e íntegramente a los pactos de las partes. DÍEZ-PICAZO, LUIS. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato. 2º ed., Madrid, Civitas, 1996, I, pp. 365.

derecho de la contratación, tal principio engloba otros pero no por ello de menor entidad, tales principios dependientes de la autonomía de la voluntad son: el consensualismo, la libertad contractual, fuerza obligatoria, el efecto relativo e incluso hay quienes entienden que comprendería el principio de la buena fe.

El Profesor López Santa María¹¹³ señala que el consensualismo y la libertad contractual dicen relación con la formación, génesis o nacimiento del contrato; o sea, con el acto de constitución de la relación jurídica contractual. La fuerza obligatoria y el efecto relativo conciernen, en cambio, a los efectos del contrato, es decir, que regulan la relación jurídica contractual ya formada. El principio de la buena fe se proyecta sobre todo el íter contractual y se exige a las partes que se comporten leal y correctamente desde los tratos o negociaciones preliminares hasta el entero cumplimiento de las obligaciones e incluso de las post contractuales si las hubiere.

Según Hernany Veytia¹¹⁴, la libertad contractual se manifiesta bajo dos aspectos, uno positivo y uno negativo, el negativo consiste en que nadie puede ser privado de sus bienes o ser obligado a una prestación en contra de su voluntad. En su aspecto positivo, se manifiesta como la intención de crear,

¹¹³ LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. Los contratos Parte General. Tomo I. 2º edición, Santiago, 1998, pp 234-235.

¹¹⁴ VEYTIA H. "El capítulo uno de los Principios del UNIDROIT: Disposiciones generales", en Contratación internacional, Comentarios a los principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT. Universidad Nacional Autónoma de México - Universidad Panamericana (ed.) 1998, pp. 33-52.

transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, ello siempre que se respete el orden público y no se contravengan las normas imperativas. De tal contenido se desprende que las partes, mediante la manifestación de su voluntad podrán modificar los efectos de los contratos en la medida en que exista un concierto de voluntades para lograr aquello.

En materia de derecho comparado, las legislaciones de Brasil, Paraguay y Uruguay rechazan el principio de la autonomía de la voluntad en lo que dice relación con la elección de ley aplicable, así como para determinar la jurisdicción competente. Por tanto, puede existir un problema a la hora de aplicar los principios UNIDROIT en la medida de que reflejen reglas incompatibles con las nacionales.

En el Uniform Commercial Code, de Estados Unidos, se limita la libertad para determinar la elección del derecho aplicable a los ordenamientos que tengan una “relación razonable” con el negocio de que se trata.

Los principios¹¹⁵ comienzan enunciando la libertad contractual. El artículo 1.1 señala:

¹¹⁵ Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, en www.unidroit.org

“Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido”¹¹⁶

No podía ser de otro modo, la libertad contractual es fundamental en el comercio internacional, sobre todo hoy en día en que los sujetos de derecho internacional, primordialmente las empresas, actúan con la más entera libertad a la hora de concertar sus negocios. Sin embargo, pese a la formulación de este principio en términos aparentemente absolutos ello no es tan así y es posible encontrar limitaciones.

Los mismos principios en sus comentarios señalan que es posible limitar la libertad contractual cuando existen sectores en la economía en donde no cabe la competencia, ello puede resultar conveniente por razones de orden público o bien porque “naturalmente” no es posible que existan más proveedores de un mismo bien o servicio. Asimismo y relacionado con lo anterior, es posible que existan normas de orden público que limiten la autonomía de la voluntad, así los mismos principios establecen disposiciones inderogables y que pueden considerarse sin duda algunas limitaciones. Relevante en este sentido es el artículo 1.5 que establece el principio general en materia de modificación por las partes del contenido normativo de su contrato, tal artículo nos señala:

¹¹⁶ www.unidroit.org

“Las partes pueden excluir la aplicación de estos principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente”¹¹⁷

Ello porque si bien los principios son eminentemente dispositivos, serán aplicados conjuntamente con las disposiciones generales. Eventualmente, una vez determinada su aplicación van a existir ciertas normas mínimas que las partes deberán cumplir para efectos de actuar acorde con el tráfico internacional y que los principios recogen como disposiciones inderogables.

Conjuntamente con lo anterior existen normas de orden público, ya sean de naturaleza administrativa o privada que determinan también ciertos límites a la autonomía de la voluntad, si bien puede entenderse que los principios representan una legislación internacional que opera en un plano distinto a los ordenamientos nacionales, es relevante que ellos no sirvan para eludir normas de los ordenamientos internos que resulten aplicables. Pese a que el escenario internacional genera una especie de supraordenación, también dichos contratos se desenvuelven en el ámbito nacional.

Relevante es destacar que en el mismo orden de normas se encuentra la buena fe y la lealtad negocial, ello cobra especial relevancia a la hora de limitar la

¹¹⁷ www.unidroit.org

autonomía de la voluntad como norma imperativa del tráfico jurídico internacional¹¹⁸⁻¹¹⁹.

El principio de la libertad contractual, se une al principio del consensualismo, los principios establecen en el artículo 1.2 lo siguiente:

“Nada de lo expresado en estos principios requiere que un contrato sea celebrado o probado por escrito. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos”

Los contratos se perfeccionan por la sola manifestación de voluntad, en la traducción efectuada por el profesor Garro, este artículo señala que ninguno de estos contratos requiere de forma escrita, sin embargo en los comentarios

¹¹⁸ En nuestro ordenamiento el principio de la libertad contractual no se encuentra expresamente formulado, a diferencia de lo que sucede en muchas legislaciones comparadas, sin embargo se ha entendido que el artículo 1545 de nuestro Código Civil plasma indirectamente tal principio al señalar que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, tal regla ha sido considerada ley potestativa por antonomasia, paradigma de la autonomía de la voluntad en nuestro ordenamiento unido al rol de efecto obligatorio de los contratos, asigna un derecho subjetivo que no contiene un deber correlativo, sin perjuicio de englobar los derechos y obligaciones pactados por las partes conjuntamente con deberes implícitos en una relación contractual moderna. El artículo 1546 a continuación ya demuestra la existencia de algunos de los límites que se plasman en nuestro ordenamiento, así señala: “Los contratos deben ser ejecutados de buena fe y por consiguiente obligan no sólo 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 pertenecen a ella”, tal regla demuestra la existencia de una relación obligatoria de carácter orgánica y que en suma la voluntad no se expresa en el vacío. Curso de Derecho Civil, Universidad de Chile, Profesor Andrés Jana, apuntes no revisados, año 2001.

¹¹⁹ El principio de libertad contractual ha sufrido deterioros, si bien las partes son libres de concluir un contrato y de determinar con quien así como además su contenido, la ley, el orden público y las buenas costumbres marcan ciertos límites, adicionalmente ciertas categorías contractuales aminoran sus efectos, así por ejemplo sucede con el contrato dirigido; por razones de orden público, económico o social, se determinan imperativamente las cláusulas más relevantes de ciertos contratos por lo que dejan de estar entregados a la voluntad de los contratantes. Más enérgicamente, los contratos forzosos representan un verdadero límite a la libertad de contratación en tanto en el caso de los llamados heterodoxos el legislador constituye “de un solo golpe” el contrato sin mediar el concurso de voluntades de las partes del mismo.

aclara que tal referencia es a cualquier requisito de forma. Asimismo, tal artículo se extiende a supuestos de modificación y resolución del contrato por acuerdo de las partes. La voluntad aparece entonces, como autosuficiente, capaz de generar derechos y obligaciones exigibles a las partes.

El principio del consensualismo surge en los tiempos modernos¹²⁰, como manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, básicamente consiste en la existencia de “pactos desnudos”, carentes de toda forma y que cada vez cobran mayor importancia en el tráfico comercial internacional, ello sobretodo por que permiten agilizar la conclusión de acuerdos a través de las nuevas formas de comunicación entre los agentes internacionales.

La contratación post moderna está caracterizada por la carencia de un soporte material, la “firma del contrato” pasa a un segundo plano y la agilidad de los negocios cobra especial relevancia a la hora de generar relaciones interestatales, básicamente, entre particulares.

¹²⁰ Con anterioridad para estar ante un contrato válido era indispensable alguna forma, no necesariamente la escrituración, éstas formalidades podían revestir el carácter de frases sacramentales, o en entregar determinados objetos o bien la circunstancia objetiva de la bilateralidad de los efectos, entre otras. En el derecho comparado, sobre todo en lo que respecta al common law, los contratos son muy formales como ya lo hemos señalado.

Pese a que a primera vista tal principio parece reinar sin contrapeso, ello no es así¹²¹. En lo que al derecho interno se refiere muchos de los contratos que siendo consensuales en su definición, pasan a revestir el carácter de solemnes en la práctica, ya que las ventajas de contar con una prueba anticipada así como también establecer con claridad los términos del contrato parecen no ser menores para los agentes¹²². Pese a ello, el comercio internacional es más flexible y las exigencias de rapidez en la conclusión de los negocios parece, por ahora, ser más relevante, sobre todo cuando imperan principios como la buena fe y la confianza en tal ámbito del comercio global.

En todo caso, el principio de libertad de conclusión puede ser dejado de lado por las partes contratantes en lo que a los principios se refiere, porque si bien no es necesario el cumplimiento de determinados requisitos para su conclusión, las partes pueden asignar a una determinada forma la capacidad de dar inicio, modificar o extinguir el contrato. Asimismo, en virtud del derecho aplicable, como es de suponer, se pueden eventualmente imponer mayores o distintos requisitos para considerar constituida la relación jurídica entre las partes.

¹²¹ En lo que a nuestro derecho se refiere, las excepciones al principio del consensualismo están dadas, formalmente, por: los contratos solemnes y contratos reales, son los primeros son aquellos contratos en que es imprescindible al celebrarlos, que las partes respeten las fórmulas exigidas por el legislador en atención a la naturaleza del acto jurídico, las que varían según el contrato de que se trate. Los segundos son los que necesariamente deben ir acompañados de la entrega de la cosa sobre la cual recaen, datio, que debe producirse en el instante mismo en que nace o se concluye el contrato.

¹²² Ya lo decía Ihering ...”la forma es hermana gemela de la libertad”. El formalismo en definitiva protege a las partes de sí mismas, en tanto permite una mayor reflexión, así como también de maniobras ajenas.

En el artículo 1.2 de los principios¹²³, adicionalmente se plasma el principio de libertad de prueba. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluso los testigos, lo cual es del todo coherente con la no exigencia de requisitos de forma. De plasmarse una teoría de la prueba más compleja en definitiva se estaría colocando trabas para el libre desarrollo del comercio internacional y más aún rompiendo con el principio de libertad de forma.

Tal principio es además coherente con lo que se plasma en otros instrumentos de derecho uniforme, aplicar tal regla a las legislaciones nacionales no es nada fácil, sobre todo si consideramos el respeto que generan las formas procesales al interior de los ordenamientos locales, sin perjuicio de que cada día es más fácil encontrar reformas que tienden a ampliar el campo de la prueba así como más específicamente a proclamar la libertad de prueba de modo de dejar a las partes litigantes en pie de igualdad, así como a los jueces y árbitros en la posibilidad de generar convicciones más cercanas a la certeza¹²⁴.

¹²³ En adelante, cada vez que nos referimos a los “principios” se entenderá los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto UNIDROIT, www.unidroit.org

¹²⁴ Cabe citar en este punto la institución del common law denominado statute of frauds. Tal institución consiste en que no se ejercerá acción para hacer valer un contrato a menos que conste por escrito, con el fin de cerrar la puerta a numerosos fraudes y perjuicios. En Chile el artículo 1709 señala: “deberán costar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias. No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aun cuando en algunas de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance la suma referida. No se incluirán en esta suma los frutos, intereses u otros accesorios de la especie o cantidad debida”.

En cuanto al carácter vinculante de los contratos, también denominado fuerza obligatoria o *pacta sunt servanda*, el artículo 1.3 de los principios señala:

“Todo contrato validamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos principios”

Este principio, también derivado de la autonomía de la voluntad es fundamental en derecho de los contratos; los pactos deben cumplirse, la voluntad obliga¹²⁵. Respecto al fundamento de este principio, como de la mayoría de las veces ocurre en las instituciones jurídicas, han existido muchas corrientes. Según ellas, la fuerza obligatoria del contrato tendría su fundamento en el querer de las partes, al pensar de la concepción voluntarista o bien el contrato obliga porque es contrato ya que como manifestación de la voluntad que es posee el derecho a ser protegido por el derecho, tal derecho no derivaría de la voluntad individual sino que del bien común del cual él es el instrumento, pero tales contratos deben ser libremente concertados y contener prestaciones justas y equilibradas, ello según la concepción idealista. Según Kelsen¹²⁶, la fuerza obligatoria del contrato es delegada por la ley, es obligatorio en la medida de que el ordenamiento jurídico le atribuye la capacidad de fuente de obligaciones,

¹²⁵ El artículo 1545 del Código Civil chileno, ya citado, es clave en este punto, todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes.

¹²⁶ En: LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. Los contratos. Parte general. Tomo I. Pp. 271-273.

en definitiva, es obligatorio por la misma razón que el resto de normas que integran un ordenamiento estatal, pese a que en este caso hablamos de un supra ordenamiento, algo más bien global.

En el ámbito de los principios para que el contrato obligue debe ser válidamente formado, es decir, debe estar acorde con las normas del capítulo dos así como también con las disposiciones del tercer capítulo, sin embargo es posible encontrar en los mismos principios ciertos límites a tal efecto¹²⁷ como puede desprenderse de las reglas relativas a las cláusulas sorprendivas, excesiva desproporción, interpretación contra proferentem, excesiva onerosidad (hardship), fuerza mayor, entre otras.

Si bien los principios no lo señalan con claridad en el artículo recientemente anotado, de él también se desprende que los efectos de los contratos son relativos, es decir, por regla general el contrato sólo afecta a las partes que lo celebran, pese a que eventualmente pueden afectar a terceros. En principio los terceros son res inter alios acta, pues el contrato no les empece, no se pueden ver ni perjudicados ni beneficiados por el contrato.

¹²⁷ Tales límites al efecto obligatorio de los contratos se relacionan estrechamente con el principio de intangibilidad de los mismos, básicamente tal principio consiste en que ni el juez ni el legislador están facultados para modificar los términos de un contrato, tal principio deja de imperar en el ámbito internacional e ingresan con fuerzas figuras provenientes de la práctica global así como de otras tradiciones jurídicas para atemperar los efectos que apreciamos aún en muchas legislaciones locales en donde reiteradamente se ata de manos a quienes por distintas vías pretenden corregir los inicuos efectos que se pueden derivar, en determinados casos, de ciertos contratos.

Tal principio también es consecuencia lógica y necesaria del principio de la autonomía de la voluntad, ello porque la voluntad de estos terceros no ha sido partícipe al momento de determinar los efectos de los contratos en curso. La autonomía, propia del derecho civil, no puede pasar a su principio dicotómico; la heteronomía, como ya veíamos que puede ocurrir en derecho público.

Pese a lo expuesto, es posible que en determinadas circunstancias el contrato afecte a terceros, además de ello se aclara en los comentarios a los principios que ellos no regulan los efectos que pueden generar la anulación y resolución del contrato sobre los derechos de terceros, así como tampoco pretende chocar con las regulaciones nacionales en lo que a este principio se refiere¹²⁸.

Finalmente, como manifestación del principio de autonomía de la voluntad dentro de las disposiciones generales encontramos el artículo 1.5, precedentemente citado, según el cual las partes pueden descartar la aplicación o dar curso a una aplicación restringida de los principios. Es por ello que se ha señalado que la naturaleza de los principios es básicamente dispositiva, sin perjuicio de existir ciertas reglas básicas de carácter imperativo y que por tanto

¹²⁸ En Chile se ha señalado que hoy proliferan las excepciones al efecto relativo de los contratos, lo cual radicaría en casos en que los contratos crean derechos u obligaciones para un tercero absoluto, así como también el llamado efecto absoluto o expansivo de los contratos, conforme al cual los contratos pueden beneficiar o perjudicar a muchas personas que no revisten el carácter de partes. Así por ejemplo se cita la estipulación a favor de un tercero del artículo 1449 del Código Civil chileno, el cual señala: “Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla, pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable (por tanto el derecho aún antes de su aceptación ha nacido) el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él. Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato”.

al resultar aplicables a un determinado contrato deben regir la relación jurídica en curso.

En el derecho interno tal manifestación de la autonomía de la voluntad se ha plasmado en el carácter dispositivo de la mayoría de las normas que rigen el íter contractual. Las partes cuentan con reglas que si bien en principio rigen los contratos, ellas pueden excluirlos en el evento de no estar conformes con su aplicación, así como también regular autónomamente toda la fase contractual, en la medida de no violar normas de orden público o eludir reglas de carácter imperativo.

En todo caso, aún cuando se limite la aplicación de los principios, ellos siempre deberán aplicarse, conjuntamente con las normas de carácter imperativo, en conformidad a las disposiciones generales así como de acuerdo a lo enunciado en los propósitos.

Se ha señalado que los principios no contienen sanciones por lo que sería imposible otorgarles el carácter imperativo. Tal afirmación no se condice con la estructura del derecho internacional puesto que a diferencia del derecho interno, muchas de sus reglas descansan en sanciones jurídicas menos leves e incluso en sanciones de naturaleza meta jurídica. Es por esta razón que pensamos que sí se contienen normas imperativas dentro de las reglas de los principios y entendemos que ellas reflejan criterios básicos para el comercio

mundial así como parámetros mínimos en el tráfico jurídico global, se citan como ejemplos las relativas a la buena fe y lealtad negocial, las disposiciones del capítulo tres relativo a la validez del contrato o bien las cláusulas de exoneración, entre otras.

2.4.2 Interpretación e Integración de los principios

El artículo 1.6 de los Principios señala:

“En la interpretación de estos principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes”

Este apartado de los principios es crucial en nuestro estudio. En éste tratamos de explicar las reglas de interpretación aplicables a los principios UNIDROIT, como sistema normativo independiente, sobre todo considerando que tales reglas deben apartarse de las de hermenéutica nacionales. Tal tema será

tratado en un capítulo independiente, sin embargo enunciaremos algunos aspectos.

Hernany Veytia¹²⁹, indica en primer lugar que debemos reparar en la diferencia que implica la interpretación de los contratos y la interpretación de los principios, las reglas aplicables a la interpretación de los contratos son tratadas en el capítulo cuarto de los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, y no constituyen objeto de nuestro estudio. En cuanto a la interpretación de los principios se debe poner especial énfasis en su finalidad, no debe atenderse al sentido estricto y literal de las palabras, sino que a su significado a la luz de los propósitos que inspiran cada disposición y los principios en su conjunto. Tal norma, pese a parecer clara debe tomarse con cautela, sobre todo si consideramos que en las distintas partes del orbe se debe arribar a iguales conclusiones respecto a esta materia ya que resulta crucial para estar realmente frente a un derecho uniforme. Los comentarios de los principios, si bien prima facie deben ser interpretados, no pueden ser objeto de tanta amplitud como se acostumbra en el common law, en donde el principio del stare decisis ha logrado ribetes insospechados.

¹²⁹ VEYTIA H. "El capítulo uno de los Principios del UNIDROIT: Disposiciones generales", en Contratación internacional, Comentarios a los principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT. Universidad Nacional Autónoma de México - Universidad Panamericana (ed.) 1998, pp. 33-52.

Por su parte la Profesora María del Pilar Perales¹³⁰ destaca la importancia que en este ámbito cabe a los términos “internacionalidad” y “uniformidad”, así como además la función que cabe a los principios subyacentes a la hora de llenar lagunas.

En todo caso, podemos enunciar que el sistema que se propone para la interpretación e integración de los principios es del todo independiente de las reglas nacionales, pero acorde a la tendencia que se está generando en el derecho uniforme. Términos que ya han sido utilizados por otras normativas internacionales y desarrolladas por muchos autores ha colaborado para enfrentarnos a este tema con bastante más información de la que prima facie podemos desprender de su tenor literal.

2.4.3 Buena fe y lealtad negocial

El artículo 1.7 de los Principios señala expresamente que:

“Las partes deben actuar con buen fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

Las partes no pueden excluir ni limitar este deber”

¹³⁰ Perales, María del Pilar. “Los Principios de UNIDROIT y CISG: su mutua interacción”. En <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/138/12.pdf>

La buena fe juega un rol fundamental en el comercio internacional, es uno de los principios más relevantes y ello se plasma en el carácter imperativo que fue dado por UNIDROIT. En un comienzo la buena fe fue entendida como un principio interpretativo, hoy, la buena fe se aplica durante todo el iter contractual, en toda la vida del contrato. Debemos anotar que esta disposición establece a la buena fe como principio fundamental, pero se complementa con otras reglas contempladas dentro de los principios UNIDROIT, entre estas otras disposiciones encontramos las normas relativas a negociaciones con mala fe, deberes de confidencialidad, entre otras¹³¹.

En nuestra familia jurídica se entiende que la buena fe es un principio general de derecho, heredado del derecho romano. Se distingue entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva. La primera se ha definido como “la creencia que, por efecto de un error excusable, tiene la persona de que su conducta no peca contra derecho”¹³². Ello implica que la buena fe subjetiva está estrechamente relacionada con un estado mental, con la convicción de estar actuando conforme a derecho y que por tanto es capaz de justificar el error. La buena fe en sentido objetivo es la que más interesa al derecho contractual, ella está

¹³¹ Ver artículos 2.1.15, 2.1.16, 4.1, 4.2, 5.1.2, 6.2.3, 7.1.6, 7.4.13, de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, en www.unidroit.org

¹³² Andreas Von Thur; La buena fe en el derecho romano y en el derecho actual, Revista de derecho privado, N° 146, Madrid, 1925. en www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=3129&cat=biografiasuelta - 34k -

referida a un estándar de conducta, tal regla impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones, desde el inicio de las negociaciones (etapa precontractual) hasta más allá de la entera ejecución del contrato en algunos casos. El artículo 1546 de nuestro Código Civil hace alusión a este concepto al señalar que los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, es decir existen deberes implícitos, directamente relacionados con el rol de la buena fe en materia contractual. La buena objetiva a diferencia de la subjetiva se aprecia en abstracto, el juez no está encargado de averiguar la convicción íntima de cada contratante sino más bien de analizar su conducta comparándola con la conducta socialmente exigible, basado en la equidad y los usos del tráfico jurídico comercial, es decir, atendiendo al modelo de hombre razonable¹³³.

En la tradición anglosajona, el principio de la buena fe contractual se presenta como un correlato indispensable al principio de la autonomía de la voluntad, junto con las figuras del unconscionability¹³⁴ y la fuerza, pues autorizan a los

¹³³ El Juez español Jaime Santos Briz, citado por el profesor chileno Jorge López Santa María, inspirado en la doctrina alemana, ha propuestos los siguientes postulados a efectos de frenar la indeterminación del estándar de buena fe. Ellos son: i) La buena fe debe ser considerada como un módulo de carácter objetivo, ii) Su determinación se llevará a efecto por medio de los usos del tráfico y del fondo medio de cultura de la sociedad, iii) La objetividad del principio no debe ser exagerada y han de atenderse, en primer lugar, las circunstancias del caso concreto, iv) Ha de inspirarse en un justo equilibrio de los intereses de las partes y v) No debe llegar a eludirse la voluntad del legislador expuesta en preceptos coactivos o en fórmulas rígidas, por ejemplo, al señalar los plazos de prescripción. Al decir de Giorgio del Vecchio el principio de buena fe representa la victoria del espíritu sobre la letra. LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. Los contratos. Parte general. Tomo II. Pp. 389-407.

¹³⁴ misrepresentation, false representation, etcétera. El Segundo Restatement de Contratos de EUA contemplan el deber de la buena fe, en la ejecución y en el cumplimiento del contrato; además, ese país

tribunales para que en nombre de la justicia revisen los acuerdos contractuales o incluso los anulen.

El profesor Charles Fried¹³⁵ señala que existen ciertos deberes implícitos en un contrato que deben ser asumidos por las partes cuando así lo impone la buena fe. En este sentido intenta rebatir la tesis de que las relaciones contractuales así estructuradas no dependen de la voluntad de las partes sino que de deberes impuestos “desde fuera” de la relación jurídica consensuada. Sin embargo el hecho de que existan deberes y derechos que no han sido voluntariamente asumidos por las partes opera en otro plano. Las decisiones de los tribunales de justicia pueden establecer ciertos estándares de cómo deben interactuar las personas entre sí al regular ciertas esferas de su vida privada, sobre todo en lo que dice relación con la contratación. Los valores protegidos a través de la buena fe tienen más bien que ver con el logro de un equilibrio en los beneficios esperados por los contratantes.

El Uniform Commercial Code, define a la buena fe como honestidad de hecho. Conforme a tal definición, la esencia del comportamiento acorde a la buena fe está dado no sólo por la importancia de mantener la palabra empeñada sino además por otros deberes que implican obligaciones de corrección en el tráfico

cuenta con una serie de herramientas jurídicas para enfrentar una conducta abusiva en la etapa de la formación del contrato. Y una tendencia semejante se encuentra en Australia, Nueva Zelanda y Canadá.

¹³⁵ Fried, Charles. La obligación contractual. El contrato como promesa. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 142.

jurídico, como no mentir en las negociaciones, y en general aquellos que permiten desarrollar un contrato como un aspecto dinámico del derecho, que se expresa en un entorno predeterminado, pero de contenido variable y difuso.

En síntesis, podemos decir que el principio de buena fe es del todo complejo, sobre todo porque su alcance es aún indeterminado y las distintas tradiciones jurídicas le otorgan variadas funciones¹³⁶.

2.4.4 Usos y prácticas

El artículo 1.8 de los principios señala:

“Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

¹³⁶ Un claro ejemplo que refleja las distintas concepciones que puede recibir la buena fe está recogido por Hernany Veytia y que citamos a continuación: El profesor Roy Goode en cierta ocasión cuando él era abogado litigante en Inglaterra, se vio en la necesidad de consultar un abogado en Medio Oriente, para representar en juicio al actor, un cliente inglés. Al paso de un año, Roy Goode se enteró que el mismo abogado era el representante legal del demandado. Lo que en Inglaterra y en casi todos los países occidentales se considera prevaricato. Roy Goode escribió una carta al abogado del medio oriente manifestando su inconformidad y dando por terminado el contrato de prestación de servicios profesionales, sin embargo el abogado de medio oriente contestó: “Muy estimado señor Goode: En atención a su carta le comento que lo que sucede es que sólo existe un excelente abogado en el medio oriente que atiende asuntos internacionales y ese soy yo. Por lo que su cliente será muy bien representado por mí”. Roy Goode confió en ese abogado de medio oriente y para su sorpresa todo salió muy bien. Goode, Roy, “The concept of good faith in english law”, en Saggi, Conferenze e Seminari del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 1992. en VEYTIA, HERNANY. “Capítulo I de los Principios del UNIDROIT: Disposiciones Generales”, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/138/5.pdf>.

Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable”

La importancia de los usos y costumbres se relaciona con la formulación de la nueva *lex mercatoria*, es decir, cumple una importante función normativa al configurar nuevas normas que operan en el tráfico internacional, pero adicionalmente cumple un importante rol a la hora de interpretar las prácticas y reglas internacionales así como también al llenar vacíos legislativos, es decir, una función interpretativa e integradora de las lagunas que se puedan presentar.

La conformación de un “mercado común”, de un mercado global, ha llevado a la necesidad de uniformar o al menos armonizar las prácticas y derechos locales, tal armonización no se produce de forma controlada, al menos directamente, por las clásicas fuentes de producción del derecho, más bien responde a la necesidad de adecuar las prácticas a los tiempos post modernos y nuevos desarrollos así como también al rápido crecimiento de las transacciones comerciales internacionales, que por un lado demandan seguridad y por otro celeridad, en donde participan nuevos agentes del tráfico mercantil¹³⁷. Los

¹³⁷ CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS. CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER Y OTROS. Derecho internacional privado, Granada 2000, volumen I. estos autores señalan: “Cierta parte de la doctrina y de la práctica internacional han apostado recientemente por una des-estatización del derecho

principios recogen la necesidad de otorgar cada vez más atribuciones en lo que a la regulación internacional se refiere a los usos y prácticas establecidos por los agentes, en tanto representan fielmente las posibilidades de autoregulación de los mismos así como permiten que la evolución y crecimiento de este nuevo sistema normativo adquiera caracteres de estabilidad y renovación constantes de acuerdo a las exigencias internacionales.

El profesor Rocco, define el término uso como un concepto amplio que comprende desde la simple habitualidad individual hasta la verdadera y propia costumbre jurídica¹³⁸. La costumbre se puede conceptualizar como una conducta general y obligatoria, conformada por hechos que revisten los caracteres de uniformidad, publicidad y son generalmente ejecutados y reiterados por un largo espacio de tiempo. De acuerdo con el profesor Barbero la costumbre es una forma de producción de normas jurídicas que consiste en

que regula el comercio internacional. Esta tesis se basa en: i) existe una sociedad internacional de comerciantes, los operadores del comercio internacional, la *societas mercatorum* (F. Galgano), auténtica protagonista del comercio internacional ii) dicha sociedad de comerciantes operaría como un legislador privado internacional al margen de los legisladores nacionales o estatales, porque crea normas jurídicas que regulan el comercio internacional, usos mercantiles internacionales, cláusulas y prácticas comerciales comunes en el comercio internacional, iii) estas reglas prescinden por completo de los derechos estatales, que los comerciantes consideran inadaptados para regular el comercio internacional. Tales reglas de la nueva *lex mercatoria* aparecen acompañadas de un sistema sancionatorio propio, al margen de los derechos internacionales privados de los estados. Si en la baja edad media se hablaba de una *lex mercatoria*, derecho aplicable a los comerciantes con independencia de los derechos locales, hoy se habla de una nueva *lex mercatoria*.

¹³⁸ ROCCO, ALFREDO. Principios de derecho mercantil, Revista de derecho privado, Madrid, 1931, pp. 119. En OVIEDO ALBAN, JORGE. “Los usos y costumbres en el Derecho Privado Contemporáneo”, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html#2>

la repetición general, constante y uniforme, de un determinado comportamiento en determinadas circunstancias¹³⁹.

En principio, el concepto de usos excluye los caracteres de publicidad y de uniformidad que se presentan en la costumbre. Los usos serían más bien referencias a las conductas que las partes presentan en sus contratos, ya que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad pueden servir a objeto de interpretar o complementar la voluntad de las partes o del autor de un acto jurídico.

Otros autores estiman que el concepto de costumbre debe entenderse en un sentido amplio, es decir, debe comprender todo el derecho no escrito, o como se suele denominar el derecho consuetudinario; aquel que tiene como fuente productora de la norma jurídica cualquier otra fuente distinta de la ley.

Pese a que podría eventualmente ser considerado este último concepto como explicativo de lo que sucede en el tráfico mercantil, su amplitud no permite definir los contornos de la costumbre e incluiría dentro de sus manifestaciones una extensa producción de derecho que aclaran el tema en cuestión.

¹³⁹ BARBERO, DOMÉNICO. Sistema del derecho privado, I. Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1967, pp. 92. En OVIEDO ALBAN, JORGE. “Los usos y costumbres en el Derecho Privado Contemporáneo”, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html#2>

Para nosotras, el uso constituye una exteriorización de la conducta de un particular o bien de un agente del tráfico comercial internacional, que en ejercicio de un derecho subjetivo practica una determinada conducta que debe ser considerada con posterioridad para efectos de normar las relaciones jurídicas que resulten de la interacción con otros agentes. Ya hemos señalado, que el derecho mercantil precisamente nace como un conjunto de usos y se convierte con el paso del tiempo y con la publicidad y uniformidad de los mismos en *lex mercatoria*, en *costumbre mercantil*¹⁴⁰.

Este derecho mercantil nace con vocación de internacional, nace para regir las relaciones entre comerciantes de distintas latitudes del orbe y que si bien pueden en principio estar regulados por ordenamientos jurídicos muy disímiles, deben encontrar una lengua común para efectos de “negociar”. Estos agentes del comercio internacional poseen similares intereses y necesidades y la recepción de esta nueva formulación de derecho no sólo se produce en nuestra tradición jurídica continental si no que también en el derecho anglosajón e incluso por tradiciones no occidentales. La importancia de la costumbre se plasma así, pese a las codificaciones, como un derecho de los negocios acorde

¹⁴⁰ NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO. Derecho mercantil colombiano, parte general, octava edición, Legis, 1997, pp. 31, en OVIEDO ALBAN, JORGE. “Los usos y costumbres en el Derecho Privado Contemporáneo”, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html#2> . Este autor señala que las compilaciones de los usos comerciales y de las decisiones de la jurisdicción consular o tribunales de comercio constituyeron el principio de la elaboración consuetudinaria del derecho mercantil. En efecto dichos usos adquirieron contornos concretos, y sobre todo certeza. La compilación de esos precedentes y costumbres fue una contribución decisiva de las corporaciones en la evolución de las instituciones jurídico-mercantiles”.

al mundo moderno llamada a jugar un importante rol de desarrollo del derecho uniforme capaz de dar seguridad y celeridad en las relaciones globales.

En el contexto de los principios, los usos y costumbres revelan este rol decisivo a la hora de normar el comercio global, cuando cumplen con los requisitos enunciados en el artículo 1.8 ellos obligan a las partes que contratan e incluso en tanto usos acordados van más allá del principio de autonomía de la voluntad pues al ser ampliamente conocidos y regularmente observados constituyen deberes implícitos, integrantes de la ley del contrato que incluso prevalecen por sobre los principios, con excepción de las normas de carácter imperativo.

CAPITULO III: INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS CONTENIDAS EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

"El texto más nítido no habría podido prever todas las dificultades que se presentan en la práctica. La vida es más ingeniosa que el legislador y que el mejor de los juristas" (Josserand).

Uno de los objetivos de los principios es lograr establecer un conjunto de reglas equilibradas, destinadas a la utilización de ellos por todos los agentes del comercio global independientemente de las tradiciones jurídicas a las que pertenecen, a las condiciones económicas y factores políticos. Tal fin se vería completamente frustrado si el texto se interpretara libremente. Con ello la *societas mercatorium* perdería la seguridad alcanzada en los intercambios internacionales pues tal normativa deja de poseer los caracteres de internacionalidad y uniformidad.

La interpretación del texto uniforme debe ser lo más "estándar" posible, la sociedad a la cual se dirige es la sociedad internacional y los jueces, árbitros, empresas, abogados, mediadores, conciliadores, y en definitiva aquellos encargados de su aplicabilidad y eficacia deben mantener ciertos parámetros de entendimiento común considerando sus objetivos y propósitos, así como

también enmarcados en una interpretación autónoma ajena a las peculiaridades de los derechos nacionales de los agentes implicados.

En el presente capítulo intentaremos esbozar un sistema autónomo de interpretación acorde con los imperativos de internacionalidad, uniformidad y buena fe en la observancia de la normativa internacional. En ningún caso pretendemos establecer la exhaustividad de este sistema, muy por el contrario encontrar vías adecuadas para en un caso concreto interpretar los Principios lo más acorde posible con los sistemas de derecho uniforme.

La terminología utilizada en los principios intenta ser lo más ajena posible a los derechos nacionales, sin referencia a ordenamientos locales sobre todo en lo que dice relación al origen y motivo de las soluciones acogidas. Es más, expresa referencia se hace en forma exclusiva a la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), universalmente aceptada.

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de los principios que acordamos en el capítulo anterior, para enmarcarlos en lo que entendemos por soft law, debemos tener presente que influye directamente interpretación, la cual se hace además en conciencia de los continuos cambios de las necesidades mundiales de regulación, en tanto la flexibilidad que los acompañan no sólo permite una constante revisión sino que adicionalmente la interpretación, de modo de lograr

equidad en el tráfico jurídico internacional de acuerdo a criterios de razonabilidad.

3.1. Interpretación

El objetivo global de encontrar un “common core” escapa a la influencia romanística, pero en todo caso es de reconocer que su influencia es la más extensa del orbe, ya desde los tiempos del imperio hasta la actualidad.

Como señala el profesor Orduña Moreno¹⁴¹, la “recodificación” hoy en día sigue representando ante todo un serio y comprometido intento de racionalización del mundo jurídico encaminado a un específico modo de formular el derecho a través de la abstracción y conceptualización de las claves comunes que hagan posible tanto su comprensión sistemática como una mayor transparencia, simplicidad y seguridad en la aplicación del ordenamiento jurídico.

¹⁴¹ ORDUÑA MORENO. “La codificación como técnica de unificación del derecho privado europeo”, en AA. VV. Derecho Patrimonial Europeo. Thompson/Aranzadi, Navarra, 2003. pp. 267-270 en ESPINOSA, LEONARDO. “Hacia un sistema contractual uniforme: modelos comparados” en http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA_SISTEMA_CONTRACTUAL_UNIFORME_MODELO_COMPARADO.pdf

Leonardo Espinoza Quintero¹⁴² nos señala que los presupuestos e instrumentos en que se ha fundado el “derecho privado comunitario”, en vías de consolidación, constituye un escenario favorable con aspiraciones concretas de insertar su sistema mercantil contractual en esa gran corriente global que persigue deliberada e incansablemente la armonización, unificación e integración jurídicas en torno a un “derecho privado global”, por lo menos en el campo de las obligaciones y contratos.

Para los Estados no resulta fácil la renuncia al estatalismo nacionalista y lograr un panorama de uniformidad de todo el derecho privado, al menos en la fase comercial y, que en lo jurídico se plasma en la contratación internacional.

Si bien es cierto que muchos autores señalan que el mundo empieza a ser uno, así en este sentido el profesor Salvador Giner, nosotros pensamos que el mundo siempre ha sido uno, es sólo que hoy vuelve a ser plano, como nos relata Friedman, y por lo mismo es necesario una mirada retrospectiva, redescubrir el pasado común, ir a la fuente del derecho comunitario y llevarlo a las necesidades del presente.

¹⁴² ESPINOZA QUINTERO, LEONARDO. “Hacia un sistema contractual uniforme: modelos comparados” en http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA_SISTEMA_CONTRACTUAL_UNIFORME_MODELO_COMPARADO.pdf

Como sabemos, la aspiración a un derecho de los contratos uniforme no es nueva, han existido ambiciosas propuestas como son los “Restatements of Law” del American Law Institute, los Principios de Derecho Contractual Europeo y sobre todo y en análisis, los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales del Instituto de Derecho Privado, UNIDROIT, que puede considerarse poseen un carácter universal.

Se ha logrado conseguir una conciliación de principios entre dos tradiciones jurídicas, las más relevantes en el mundo occidental y del mundo de los negocios en general. Principios como los de buena fe y lealtad negocial, libertad de contratación y libertad de forma, equilibrio contractual, son conciliables con sus paralelos del common law.

El profesor Reinhard Zimmermann¹⁴³ señala que no es posible una verdadera reunificación jurídica si no se realiza previamente una compilación de las diversas variedades jurídicas nacionales basadas en un núcleo común, es decir, se deben buscar los fundamentos ideológicos, sistemáticos y conceptuales comunes a los distintos derechos privados nacionales para arribar al ansiado derecho común.

¹⁴³ Traducción al español del profesor Vaquer Aloy, Antoni, “Estudios de Derecho Privado Europeo”, Madrid, Civitas, 2000, pp. 11-12. En ESPINOSA, LEONARDO. “Hacia un sistema contractual uniforme: modelos comparados”, http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA_SISTEMA_CONTRACTUAL_UNIFORME_MODELO_COMPARADO.pdf

El profesor Zimmermann, al estudiar las diferencias entre el common law y el civil law, sostiene que bajo la apariencia de contraposición y diversidad, existe una pluralidad de puntos de contacto y de soluciones comunes a unos mismos problemas. Ha señalado acertadamente que no importa la diversidad de idiomas y la multiplicidad de nacionalidades, en los negocios no se habla.

Ya lo proponía Savigny¹⁴⁴ con su afán por construir un sistema lógico y coherente de conceptos, reglas y principios que se fundamentaba en el más importante cuerpo normativo de la historia del derecho occidental: el DIGESTO. Es necesario volver a las bases para edificar el presente, aunque bien es posible también entender este “núcleo común” como una especie “derecho natural” pero no en el sentido axiológico, pese al fuerte contenido que evoca dicho término, sino en el sentido de razonamientos e instituciones que comparten los ordenamientos jurídicos de los estados mundiales.

El mercado único exige un derecho uniforme, y para que exista un derecho uniforme la interpretación de tales normas debe ser la misma en todo el orbe. La construcción del edificio jurídico común depende en gran medida de ello.

¹⁴⁴ En Espinosa, Leonardo. “Hacia un sistema contractual uniforme: modelos comparados”, http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/revista9/HACIA_SISTEMA_CONTRACTUAL_UNIFORME_MODELO_COMPARADO.pdf

Como todos sabemos, interpretar implica determinar el significado, el alcance, sentido o valor en general de las normas jurídicas aplicadas en concreto. No sólo se interpretan las normas oscuras o ambiguas, sino que también las claras, la interpretación no presupone una dificultad en la inteligencia de las normas, sino dar eficacia a las normas permitiendo su actuar en la vida jurídica¹⁴⁵.

Los principios UNIDROIT consagran un sistema de interpretación autónomo, que obedece a ciertos parámetros usuales en derecho uniforme. En el marco de estos principios es posible entender una interpretación judicial (o arbitral en mayor medida), a la cual en definitiva se dirigen las reglas más rígidas, y que es hacia a donde enfocamos nuestra búsqueda y sin duda una interpretación auténtica, la cual está adosada a los principios a través de los comentarios que llevan aparejados como adicionalmente encontramos una interpretación privada, que realizan las partes y que se relaciona asimismo con el artículo 1.8.

Tradicionalmente se ha entendido que es posible clasificar la interpretación de los instrumentos internacionales en interpretación restrictiva; sin embargo tal no es el caso del tipo de interpretación que se propone en el presente estudio,

¹⁴⁵ Conviene puntualizar en este sentido la estrecha relación de los criterios de interpretación con el relativismo jurídico, ello pese a que con motivo de la internacionalización del derecho y las prácticas trans y supranacionales parece existir un estatuto de derecho con caracteres de estabilidad en tanto ciertos conceptos poseen una vocación universal, ello en realidad no es así, tales conceptos deben ser tomados con beneficio de inventario y adquirir materialidad producto del entorno internacional y universal, y desprenderse de los contenidos locales. En todo caso, los sistemas de derechos nacionales siguen siendo necesarios como intermediarios y los conceptos “universales” están de a poco integrando sus ordenamientos.

porque la tendencia actual es a entender que tal interpretación es sólo válida para instrumentos de derecho internacional público. En tanto, aquéllos que pertenecen al derecho internacional privado y sobre todo en lo que respecta a los instrumentos de “nueva generación” en derecho uniforme la interpretación es amplia, siguiendo el principio *in dubio pro conventione* acorde con la internacionalidad y uniformidad de la interpretación, propia del *soft law*.

3.1.1 Interpretación de los principios frente a la interpretación de los contratos

Como todo texto de naturaleza jurídica, es posible que los principios admitan diferentes modos de apreciar su verdadero contenido. Sin embargo, tal labor de fijar el verdadero sentido y alcance del texto normativo difiere de otra operación lógica muy similar; la interpretación de los contratos que se rigen por estos principios.

Los principios deben ser interpretados de diferente forma que las cláusulas que componen cada contrato, los principios sólo obligan a las partes en la medida en que se incorporen como ley del contrato.

La interpretación de los principios es siempre la atribución de sentido y alcance a una norma cuya formulación está efectuada en abstracto, a diferencia de ello, la interpretación de un contrato es la interpretación de un hecho concreto, de un “contrato” como manifestación de la conducta de las partes en juego. En la interpretación del contrato de lo que se trata es de reconstruir el pensamiento y la voluntad de las partes, atribuyendo un determinado sentido a las declaraciones por ellas realizadas¹⁴⁶.

Pese a que se reconocen las diferencias, algunos autores propugnan una teoría unitaria de interpretación.

Schereier¹⁴⁷, autor citado por Luís Díez Picazo, ha sostenido que el problema de la interpretación es uno solo. Este autor afirma la existencia de una teoría unitaria para tratar, tanto la interpretación de las normas, como la interpretación de los contratos. Asimismo, señala que el problema de las lagunas de la ley puede equipararse con el de la valoración de la voluntad contractual hipotética. En igual sentido se han manifestado autores como Pacchioni y Allara¹⁴⁸.

¹⁴⁶ La doctrina suele distinguir entre sistema subjetivo de interpretación y sistema objetivo, el primero se caracteriza por la búsqueda de la voluntad psicológica de las partes en cambio, en la segunda, rehúye de las intenciones que tuvieron o habrían tenido las partes contratantes, preguntándose qué es lo socialmente más útil o lo que la justicia indica como lo más acertado. La interpretación del contrato determina los efectos jurídicos, es decir, de este proceso depende el alcance de la convención.

¹⁴⁷ En: DIEZ-PICAZO, LUIS. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría del contrato. Volumen I. Cuarta edición. Madrid, Editorial Civitas, 1993, pp. 367-388.

¹⁴⁸ En: DIEZ-PICAZO, LUIS. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría del contrato. Volumen I. Cuarta edición. Madrid, Editorial Civitas, 1993, pp. 367-388.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia de intereses¹⁴⁹, se ha afirmado la construcción unitaria del problema de la interpretación. Toda la interpretación del contrato, según Heck¹⁵⁰, debe estar dominada por el mismo método de valoración de los intereses que es el principio básico en materia de interpretación de la ley.

A juicio del Profesor Luís Diez Picazo, es posible y útil una teoría general de la interpretación. Debe propugnarse una aproximación de la interpretación del contrato a la interpretación de la ley. Pero no puede llegarse a una absoluta equiparación. El contrato y la ley son reglas jurídicas, pero mientras la ley es una regla abstracta y general, el contrato es un precepto concreto; y mientras la ley es un precepto heterónimo, el contrato es un precepto de autonomía privada. En tema de interpretación, ello lleva a la conclusión de que mientras la interpretación de la ley debe estar orientada en orden a su ratio general, la interpretación de la regla contractual debe hacerse en una conexión mayor con el propósito de sus autores, entre quienes va a surtir su efecto obligatorio.”¹⁵¹

¹⁴⁹ El nombre “jurisprudencia de intereses” fue acuñado por Phillip Heck, Profesor en Tubinga. Al lado de Heck se cuenta entre los representantes de la Escuela de Tubinga a Max Rümelin, Heinrich Stoll y Eugen Locher. Los inicios de la teoría se encuentran ya en la conferencia pronunciada por Oskar Bülow en 1885 en ocasión de asumir el cargo de Rector de la Universidad de Tubinga: “La ley y el ejercicio de la magistratura”. Otros representantes de la jurisprudencia de intereses fueron Rudolf Müller-Erbach (Munich) y Paul Oertmann (Gotinga), por citar algunos.

¹⁵⁰ En: DIEZ-PICAZO, LUIS. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría del contrato. Volumen I. Cuarta edición. Madrid, Editorial Civitas, 1993, pp. 367-388.

¹⁵¹ DIEZ-PICAZO, LUIS. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría del contrato. Volumen I. Cuarta edición. Madrid, Editorial Civitas, 1993, pp. 367-388.

En palabras de la profesora María del Pilar Perales, “Los principios de UNIDROIT son más precisos que otros textos de derecho uniforme, como la Convención de Viena de 1980, al separar las reglas de interpretación de los principios (1.6) de las reglas de interpretación del contrato (capítulo 4). No obstante creemos que la separación no debe ser radical, ya que los principios de UNIDROIT pueden también servir para interpretar el contrato.”¹⁵²

La interpretación de los contratos está tratada en el capítulo cuarto de los principios UNIDROIT, el principio rector está basado en la intención de las partes, pero esta intención no se expresa en el vacío, sino que debe ser conocida o la contraparte no podría haberla ignorado, pese a que de no poder establecerse se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes. Los principios establecen una serie de circunstancias relevantes a la hora de tomar en consideración para interpretar el contrato, adicionalmente se entregan reglas que permiten lograr esta finalidad, que en este trabajo no será tema de nuestro estudio.

¹⁵² PERALES VISCOSILLAS, MARÍA DEL PILAR. UNIDROIT principles of international commercial contracts: Sphere of application and general provisions. The Arizona journal of international and comparative law, November 1996, vol. 13, número 2, pp. 380-441.

3.2 Sistema interpretativo de los principios UNIDROIT¹⁵³

Artículo 1.6 de los principios UNIDROIT

“En la interpretación de estos principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes”

Asimismo integran el sistema interpretativo los artículos 1.7, ya que la buena fe y lealtad negocial son fundamentales a la hora de aplicar la normativa universal, el artículo 1.8, relativo a los usos y prácticas ya que ellos incluso pueden prevalecer sobre la normativa de los principios en casos enunciados en tal norma, el preámbulo de los mismos y por supuesto incluyendo los comentarios oficiales a los artículos, pero teniendo en especial consideración todas las

¹⁵³ Los principios de UNIDROIT han sido interpretados como la manifestación de la *lex mercatoria*, en este sentido se ha aplicado directamente a los principios de UNIDROIT por la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, con fecha 5 de noviembre de 2002, así como también por la Cámara de Comercio Internacional en 1995. Los principios también han sido interpretados como “internacional practices” en laudo número 10114, de la Cámara de Comercio Internacional en agosto de 2000. Asimismo se han interpretado como “Common understanding of all civilization jurisprudente” en laudo número 9651 de la Cámara de Comercio Internacional, de agosto de 2000, entre otras interpretaciones globales.

normas de las disposiciones generales y el contexto del articulado de los principios en su integridad.

3.3 Principios informadores de la interpretación de los Principios

3.3.1 Autonomía Interpretativa.

Según el profesor Diego Ricardo Galán Barrera¹⁵⁴, el carácter internacional desde la perspectiva hermenéutica le impide al intérprete aplicar técnicas o conceptos provenientes de los derechos internos puesto que encaminarían su labor a la ineficacia. Más aún, sería inocuo utilizar términos o conceptos de los ordenamientos jurídicos nacionales en la tarea interpretativa, puesto que ellos podrían no tener el mismo significado o alcance que usualmente tienen al ser extrapolados a la instancia internacional y viceversa. La idea es que los conceptos utilizados en derecho uniforme sean lo más neutrales posibles, llenos de nociones pero carentes de un límite infranqueable, sobre todo si consideramos que son el resultado de un dificultoso proceso de negociación y que muchas veces al ser traducidos a distintos idiomas, no siempre existe un equivalente lingüístico.

¹⁵⁴ Galán Barrera, Ricardo. “Los principios de interpretación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/galanbarrera1.html>

Interpretar teniendo en cuenta el carácter internacional, significa para este autor buscar la solución a los problemas planteados dentro de un contexto, bajo una perspectiva y con un criterio netamente “internacional”.

Es importante tener en consideración que el principio de internacionalidad que defienden los Principios de UNIDROIT, dentro de su sistema jurídico autónomo, es de suma relevancia, de no existir las reglas de interpretación aplicables serían las de cada uno de los derechos nacionales en sus respectivos ámbitos territoriales con el consiguiente riesgo de resolver de manera diferente supuestos de hecho similares.

La autonomía interpretativa que contiene el mandato de internacionalidad, potencia los métodos hermenéuticos sistemático, histórico y teleológico, frente al literal, al impedir que interpretaciones domésticas de términos empleados en derecho nacional puedan utilizarse, aunque no existan soluciones claras en el seno del derecho uniforme.

Los principios de UNIDROIT han adoptado un “sistema autónomo” de interpretación, pero ello ¿Qué quiere decir?, pese a que la doctrina parece estar conteste en las respuestas a tal interrogante, la cuestión se tiende a volver más polémica a medida que avanzamos en la profundización de dicho contenido.

Para nosotras, ello significa que la labor interpretativa debe ser abordada según los objetivos y propósitos y sobre todo de acuerdo a los “principios generales” de las reglas contenidas en UNIDROIT, así como también considerando la experiencia previa en torno a la interpretación de una de las convenciones internacionales más exitosas, relacionadas con esta materia: la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

El primer aspecto que se ha discutido en torno a esta materia y su ámbito interpretativo dice relación con la aplicabilidad o no de los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Según algunos autores como Roth y Happ¹⁵⁵ los principios deben ser interpretados conforme a estas normas puesto que constituyen un instrumento de derecho uniforme importantísimo, si no el más importante en materia de contratación internacional, no siendo ello contrario al principio de interpretación autónoma de los mismos. Según esta postura el mandato de “internacionalidad” constituye una remisión expresa a los artículos mencionados e incluso en virtud del artículo 1.8 puede estimarse su aplicabilidad ya que como costumbre internacional exige a los tribunales tener en cuenta acuerdos implícitos derivados de la práctica que promueven la interpretación uniforme. En tal sentido también se pronuncia el profesor Diego Galán, señalando que en virtud de tales normas existen cuatro tipos de interpretación y tres criterios

¹⁵⁵ Roth, Marianne y Happ, Richard. “Interpretation of Uniform Law Instruments According to Principles of International Law” en *Uniform Law Review*, 1997-4, pp. 704-705.

interpretativos. En primer término se atiende a una interpretación gramatical basada en un criterio objetivo en donde prima el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado o instrumento de derecho uniforme, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objetivo y su fin, es decir, fundado en un criterio teleológico. Asimismo, se visualiza una interpretación contextual en la que el contexto se toma en un sentido amplio, comprendiendo más allá del texto, preámbulo y anexos, todo acuerdo concertado entre las partes que se refiera al instrumento de derecho uniforme y todo instrumento formulado por alguna de las partes con ocasión de la celebración del instrumento. También se contempla una interpretación auténtica que comprende las declaraciones de las partes, como el acuerdo ulterior acerca de la interpretación del instrumento o de la aplicación de sus disposiciones y una interpretación cuasi auténtica reflejada en toda práctica seguida con posterioridad en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes, si resulta que a un término preciso hay que darle un sentido especial como expresión de un criterio subjetivo. Los medios complementarios de interpretación dicen relación con opciones adicionales que pueden ser empleadas en la labor interpretativa, particularmente, la consulta a los acuerdos preparatorios o historia legislativa correspondiente y las circunstancias específicas de celebración de los tratados. Por último la interpretación de instrumentos autenticados en dos o más idiomas es un criterio también aplicable a los principios UNIDROIT, lo que equivale a decir que el texto hace fe en todos los idiomas oficiales en que es redactado.

Una segunda postura, plantea que la Convención sobre el Derecho de los Tratados no es aplicable. En primer lugar, porque el contenido normativo de la palabra “internacionalidad” es muy distinto de aquel utilizado en los instrumentos de derecho uniforme, particularmente en los principios UNIDROIT. En segundo lugar se ha esgrimido por parte de la doctrina que los artículos 31 a 33 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 son de naturaleza declarativa¹⁵⁶. En tercer lugar, porque siguiendo los criterios consagrados en el artículo 31 según su contexto y teniendo en cuenta su objetivo y fin se concluye que se dirige a regular aquellas relaciones jurídicas reguladas por el derecho internacional público, es decir, opera en una esfera distinta, en un plano jurídico paralelo al que comentamos en este capítulo y que como tal no se superpone al plano del derecho privado internacional, por tanto, en ningún caso existe referencia al derecho entre particulares, no es objeto de su regulación aquel que es preocupación del instituto UNIDROIT. Y finalmente se agrega que aún en el evento de entenderse que no actúan estas normas en ámbitos de aplicación disímiles, se puede entender la norma del artículo 1.6 de los principios como especial y que prima por sobre la Convención sobre el derecho de los tratados.

¹⁵⁶ En este sentido Remiro Brotons, Antonio. “Derecho Internacional Público”. Volumen 2. Derecho de los Tratados. Madrid, 1987)

Se ha señalado por parte de la doctrina, que en atención a este principio es incorrecta la interpretación jurisprudencial que se apoya en argumentos de derecho comparado. Con ello se incumple el mandato de interpretación autónoma, puesto que de ser así se corre el riesgo de incluir una serie de interpretaciones nacionales, siendo limitado su ámbito internacional y en definitiva el carácter de “universal”.

Con todo, el carácter internacional a que atienden los principios guarda estrecha relación con un importante principio que exige un derecho uniforme, ya enunciado precedentemente cual es la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación, lo que garantiza su eficacia y seguridad.

3.3.2 Imperativo de uniformidad

La necesidad de promover la uniformidad en la aplicación de los principios UNIDROIT es acorde con lo consagrado en su preámbulo y responde a la lógica jurídica considerando sobre todo su carácter internacional.

El imperativo de uniformidad consiste en que existiendo varias posibles soluciones que ofrece la interpretación autónoma internacional para un mismo supuesto, se opte por la más conforme con la aplicación generalizada de los

principios, para lo cual no se faculta sino que constituye un deber el que se tome en consideración la jurisprudencia de otros países y de los arbitrajes.

La única vía para lograr el influjo armonizador deseado y hacer de este derecho un “derecho plano”¹⁵⁷, parafraseando las últimas adquisiciones lingüísticas en materia de globalización, es garantizando que su aplicación será invariable en cualquier escenario, es decir, que este derecho será verdaderamente “uniforme”.

La necesidad de promover la uniformidad, permite que los jueces que integran el orbe estén enterados de la necesidad de hacer de este derecho, un derecho dinámico y con pretensiones de universalidad.

Los redactores de los principios han tenido la intención de que la interpretación de éstos sea uniforme e internacional, autónoma respecto de los derechos locales y con expresa referencia a un derecho universal, en especial a un sistema mayor, dotado de coherencia gracias a unos principios comunes que deben emplear los intérpretes para deliberar y desentrañar los demás principios reguladores de las reglas de UNIDROIT.

¹⁵⁷ FIEDMAN, THOMAS. *The World is Flat: A Brief History of the Twenty-first Century*, editorial Farrar Straus & Giroux, 2005.

Esto se plasma en la redacción de los artículos que componen los principios, lo más neutral posible, descartando términos que pueden implicar interpretaciones especiales en determinados sistemas jurídicos nacionales. No se trata de limitar el texto de los principios al tratar de salvaguardar tales posibles contradicciones, sino que más bien, su eficacia se limita a puntos de encuentros entre las distintas legislaciones mundiales.

La interpretación uniforme se debe lograr a través de la interrelación de tres mecanismos independientes que cumplen el mismo cometido. El primero de ellos es la jurisprudencia elaborada por los tribunales, nacionales e internacionales. El segundo mecanismo es la producción doctrinaria generada por los estudiosos del tema y en tercer lugar, son un importante mecanismo los comentarios adosados a los principios. La historia legislativa tiene relación con este fenómeno, pero por expresa instrucción de los juristas redactores de UNIDROIT, no será necesario remitirse a ella, puesto que las discusiones para arribar a su texto precisamente podrían contribuir más a confusión, en tanto cada norma es producto de una negociación entre los distintos principios jurídicos que rigen el orbe, o bien otras veces, resultan de la depurada técnica legislativa que ansía una corrección del tráfico jurídico comercial.

Por tanto, para efectos de interpretación de los principios será necesario tener en cuenta: la doctrina y jurisprudencia de otros países, revisar otras “leyes”¹⁵⁸ uniformes que admiten distintos elementos para la hermenéutica, la finalidad de equilibrar las expectativas de las partes, evitar la imposición de la más poderosa, promover la igualdad y el interés común y disminuir los obstáculos en el comercio internacional. Los principios generales contenidos en las reglas UNIDROIT también deben ser tenidos en consideración pero éstos no se aplican directamente como criterios interpretativos, sino que deben ser filtrados de acuerdo a los criterios de autonomía interpretativa, internacionalidad, uniformidad y buena fe.

En relación a la jurisprudencia y el principio de uniformidad, si los tribunales y actores del comercio global prescindieren de una interrelación entre ellos es posible que no se logre el imperativo de interpretación autónoma de los principios, puesto que en aquellos casos llamados difíciles (hard cases) o bien de laboratorio, existe una alta probabilidad de que resulten con sentencias contradictorias o bien que se llegue a materializar el “forum shopping” que el derecho uniforme tanto teme¹⁵⁹. El principio de uniformidad es independiente del de internacionalidad, pero debe ser unido a él y ambos se complementan ya que de lo contrario el fenómeno aludido se presentaría acabando con las

¹⁵⁸ Leyes tomado en el sentido más amplio que se le puede dar a esta palabra.

¹⁵⁹ Pese a lo expuesto si revisamos la jurisprudencia de los países anglosajones y continentales la jurisprudencia no es del todo disímil, y en general se conceden en ambos casos salidas parecidas para conflictos tipo.

pretensiones originales ya anotadas. Asimismo, se debe evitar el llamado “homeward trend” o tendencia de los jueces a interpretar los textos uniformes de acuerdo a los conceptos de su propio ordenamiento jurídico, ello porque de producirse tal fenómeno, no podemos contar con que los Principios adquieran la ansiada uniformidad.

Se ha señalado además, que no resulta factible la constitución de un tribunal internacional con competencia internacional para interpretar unitariamente o, llegado el caso, para unificar las diversas interpretaciones del texto de los principios. Es relevante no obstante, tener presente el esfuerzo realizado por distintos organismos como la recopilación jurisprudencial efectuada por el Institute of International Commercial Law o bien por el Institut für ausländisches und internationales privatrecht, Abteilung I, Universität Freiburg. En el último tiempo UNIDROIT ha efectuado innumerables esfuerzos por lograr una recopilación de la jurisprudencia a fin de ponerla a disposición de todas las personas interesadas en conocerla, no sólo a aquellos operadores que acceden a costosas fuentes de datos sino que a través de Internet permitir una gran difusión en todo el orbe.

Respecto de la doctrina, ella se remonta no sólo a lo que se ha escrito profusamente respecto de los principios de UNIDROIT. Existe gran cantidad de

material relacionado con el tema, desde la época de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.

En el caso de los principios, la doctrina, entendida como el conjunto de opiniones efectuadas en la interpretación de las normas por los conocedores del derecho no dista mucho de lo que son los principios, ya que como se señaló en capítulos precedentes, al ser redactados por juristas y no ser el resultado de una “negociación entre Estados”, se acercan a este concepto y por lo mismo si bien resultan ser una fuente secundaria del derecho internacional, sus opiniones son relevantes a la hora de determinar el significado, siempre por cierto con cautela, pues cada jurista puede tener posiciones encontradas respecto de temas y esto no puede dar lugar a diferencias entre las distintas versiones oficiales sobre un texto.

Finalmente es necesario hacer patente que en este sentido es importante tener en cuenta otros instrumentos de derecho uniforme como la ya mencionada Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, así como los Principios de Derecho Contractual Europeo, entre otros.

3.3.3 Buena fe¹⁶⁰

En derecho internacional privado, el principio de la buena fe y lealtad negocial constituye un pilar fundamental sobre el cual se asienta la *lex mercatoria*¹⁶¹. Es un principio universalmente reconocido, su inclusión como norma expresa dentro de los principios garantiza un “deber moral” y según algunos favorece el desarrollo del comercio global con especial referencia a los países en vías de desarrollo, lo que en todo caso nosotros reponemos en tanto muchas veces son los países “ya desarrollados” quienes mediante prácticas desleales suelen mal utilizar la normativa a su favor, así como también porque cada vez es más difícil encontrar fronteras entre los países en tanto las empresas han extendido sus redes a través del orbe, principales actores del comercio mundial. Por otro lado, se ha criticado su inclusión dentro de la normativa puesto que tal reiteración de un imperativo moral no posee sanciones, sin embargo tal crítica nos parece

¹⁶⁰ Según Oliver Wendell Colmes, este es un concepto calificado como “inevitable” ya que constituye una certidumbre indemostrable, es indiscutible e indudable para la comunidad, y es previo a las premisas en que se basan los argumentos lógico-jurídicos.

¹⁶¹ Originalmente existía una pugna entre los países socialistas y los países de Europa continental, éstos a favor del reconocimiento del principio de buena fe como principio rector de las relaciones de los contratantes y los países anglosajones por evitar toda referencia al mismo. La tendencia más recalcitrante pretendía que este principio dotara a las partes y al juez de la capacidad de encontrar derechos y obligaciones no contenidos expresamente en él, posición que hoy en día entendemos prima entre los actores del orbe. Una segunda tendencia, anglosajona, pretendía que dando paso a este principio, en un comienzo rechazado del todo, sólo se tuviera como criterio de interpretación, sin permitir crear derechos y deberes implícitos en los contratos celebrados por las partes en “juego”.

El concepto débil de buena fe sólo permitió que la norma se dirigiera a jueces y árbitros muy por el contrario de lo que sucede en los principios de UNIDROIT en donde la normativa hace expresa referencia a la imperatividad que debe existir respecto de las partes y la aplicabilidad de este principio sin excluir por eso el enfoque a los jueces y árbitros.

débil, en tanto si bien es posible incluir sanciones, ellas no resultan apropiadas, atendida a la naturaleza jurídica de las normas uniformes.

El concepto de buena fe, es un concepto ampliamente reconocido. Si bien no es expresamente mencionado en el artículo 1.6 de los principios, se encuentra implícito en la interpretación de ellos. Adicionalmente existe un artículo que hace expresamente referencia a él, el artículo 1.7, señalando que las partes deben actuar conforme a la buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional, y ellas no pueden excluir ni limitar este deber.

La ubicación de este imperativo de buena fe en las disposiciones generales de los principios, exige que el mismo inspire todas sus disposiciones con sus exigencias; que la precisión de su contenido y su alcance en el ámbito internacional sea lo más extenso que se pueda desarrollar por los agentes del comercio internacional. Así por ejemplo en el caso de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, pese a intentar relegar a la buena fe a la categoría de elemento interpretativo, ha recibido por la doctrina y la jurisprudencia un enorme papel a la hora de contribuir en el desarrollo del comercio global. Por otra parte la inclusión dentro de este apartado ha permitido que se dirija a todos los agentes del comercio internacional, no sólo a jueces y árbitros sino que en especial referencia a los operadores, a las partes de un contrato y en general a los actores que conocemos integran esta comunidad.

El mandato de interpretación autónoma, internacional y uniforme obliga a generar el contenido de este principio de forma disímil a como se entiende en cada ordenamiento nacional. Es un concepto independiente que no puede tomar particularismos, aún cuando estos sean generalmente aceptados en el derecho comparado.

Sin embargo y pese a lo expuesto se debe tener presente que la aceptación de este principio no puede implicar deberes adicionales para las partes, lo que en la especie no se da, ya que quienes contratan conocen el espacio jurídico en el que desenvuelven y no pueden ignorar la existencia de deberes implícitos, que los principios hacen patente.

Esta evolución del concepto de buena fe en el comercio internacional ha permitido que incluso en contratos particulares como la compraventa internacional de mercaderías, en donde la buena fe estaba restringida en su expresión haya evolucionado a pasos agigantados. Se ha admitido la existencia de deberes y derechos no manifestados expresamente por la Convención que regula esta materia, o por el contrato.

3.3.4 Jurisprudencia internacional (principio de buena fe)

La jurisprudencia internacional juega un rol crucial en lo que al principio de buena fe se refiere. En un comienzo este principio fue aceptado con reticencia y sólo para efectos de interpretación en un sentido lo más restringido posible, pero mediante fallos arbitrales y jurisprudenciales se ha permitido una evolución que en un principio fue impensada debido a los bloques negociadores un tanto infranqueables.

La jurisprudencia, ha permitido reconocer la existencia de derechos y obligaciones, más bien concretados por la costumbre internacional, a consecuencia de un estudio de los derechos nacionales de uno o varios países. En los supuestos en que no exista un concepto de buena fe reconocido por los usos del comercio internacional, la jurisprudencia solía reducir su alcance a lo meramente interpretativo, ello en el ámbito de los contratos comerciales internacionales, aún sin la entrada en “vigencia” de los Principios de UNIDROIT.

Ejemplos en este último sentido los encontramos en la sentencia de la Court of Appeal of New Zealand, número NZCA 348, de 3 de octubre de 2001, caso Bobux Markeing Ltd. V. Raynor Marketing Ltd. En este caso, el tribunal decide sobre la resolución por incumplimiento de un contrato de distribución. El solicitante solicita la aplicación del principio de buena fe al contrato, aunque no exista una cláusula escrita que así lo establezca, sin embargo el tribunal

entendió que no era aplicable, señalando que este principio no puede dar lugar a responsabilidades, al no estar contenido expresamente en el contrato. La sentencia de la Federal Court of Australia, de 3 de noviembre de 2000, caso *South Sydney District Rugby League Football Club Ltd. V. News Ltd.*, afirma el principio de la buena fe y lealtad comercial aun cuando en los argumentos a favor se invoca la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y se utiliza un concepto amplio de buena fe, pese que dicha convención pareciera no consagrarlo con tal amplitud. El Fallo indica que los principios han ayudado a plasmar con un contenido disímil al originalmente deseado por quienes alcanzaron dicho acuerdo, logrando de esta forma el comercio internacional aquella autonomía propia de un ordenamiento autónomo con base en el soft law.

En otras ocasiones la jurisprudencia no ha efectuado una expresa referencia a la buena fe, como principio creador de deberes implícitos, sino más bien hace referencia a aparentes conductas de mala fe. En este sentido la sentencia de la Court d'Appel de Grenoble, de 22 de febrero de 1995, en el caso *S. A. R. L. Bri Production "Bonaventure" versus Société Pan Africa Export*, reconoce una compensación económica a favor de la empresa que ha sufrido la actuación de mala fe de la contraparte. En este caso, se trata de un incumplimiento de mala fe de la cláusula de distribución restringida a una zona determinada.

A veces, la jurisprudencia se ha esforzado por interpretar autónomamente, es decir cumpliendo con las exigencias del comercio global, aún cuando la interpretación resulte incorrecta. La mala fe, no debería ser sancionada pecuniariamente de forma directa, lo que sí puede resultar factible, es incluir tal conducta en la esfera de previsibilidad y por tanto influyendo en la esfera del incumplimiento.

Un buen ejemplo de la labor de la jurisprudencia, se encuentra en el fallo de la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México, de 30 de noviembre de 1998, sobre el caso Dulces Luisa S. A. de CV contra Seoul International CO. Ltda. Y Seolia Confectionery CO. Tras un enorme esfuerzo de aplicación de las normas del comercio internacional se logra entender la diferencia de contenido de este principio en el derecho interno versus el comercio global y se aplica este último contenido a la buena fe y lealtad negocial. En este caso los compradores, valiéndose de engaños hicieron caer en error al vendedor, pues no eran ciertos algunos hechos que hicieron valer para que la empresa vendedora enviara las mercancías, a sabiendas de que no era posible hacer efectivas las cartas de crédito con que se instrumentaron los pagos. Se trata además de un incumplimiento de una obligación con dolo, es decir a sabiendas de que el pago no se podría efectuar así como deseando dicho resultado. En este caso se dio lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

En la sentencia de la Federal Court of Australia, de 30 de junio de 1997, caso Hughes Aircraft Systems Internacional versus Airservices Australia, pleito sobre el trato desigual de dos licitantes en una subasta, se cita el artículo 1.7 de los Principios de UNIDROIT de 1994, junto con jurisprudencia australiana que reconoce la aplicabilidad del principio de buena fe como implícito en los contratos.

En sentencia de la Supreme Court of New South Wales, de 1 de octubre de 1999, caso Aiton versus Transfield, se reconoce la obligación de negociar los contratos conforme al principio de buena fe, citando el artículo 1.7 de los principios de UNIDROIT de 1994. Es un ejemplo de doctrina y jurisprudencia australiana sobre un caso de incumplimiento de una cláusula de mediación contenida en varios contratos de prestación de servicios, en el marco de un proyecto de construcción.

En todo caso, la falta de un contenido normativo bien definido sobre la buena fe, no es casual. Constituye un concepto denominado jurídicamente indeterminado, es decir, su contenido está en constante tránsito, no necesariamente evolutivo, y atendidas las necesidades del comercio global y de sus actores, se llena de contenido en un determinado caso y luego vuelve a perder sus contornos para nuevamente tomar una forma en el siguiente caso.

3.4 Métodos Interpretativos

La categoría de Soft Law del derecho uniforme del comercio global, no excluye en su interpretación ciertas directrices generales que se enmarcan en la teoría general del derecho. Es decir, seguimos teniendo en consideración elementos clásicos de interpretación pero para que verdaderamente se sigan sus directrices es necesario desde ya entender que la importancia de cada elemento es diferente a lo que conocemos en el derecho interno, así como adicionalmente se agregan ciertos criterios desconocidos o bien subsidiariamente utilizados en el ámbito nacional.

Debemos descartar en la interpretación de los principios los trabajos preparatorios, no sólo porque esa parece ser la intención de sus redactores, sino porque no logra encontrar la esencia de las normas propuestas ya que en definitiva cada jurista ha querido plasmar al final de este texto un common core tan potente de modo de ser capaz de olvidar las referencias nacionales.

La doctrina desde hace mucho ha venido discutiendo cuales son los criterios hermenéuticos en derecho uniforme. En un comienzo se permitía por la doctrina una expresa referencia a los criterios nacionales, hoy esto ha cambiado. La doctrina moderna o post moderna está conteste en señalar que la intención de un derecho uniforme y universalmente reconocido se basa en la necesidad de

contar con un sistema autónomo de interpretación así como evitar en lo posible la “contaminación” de este derecho por fuentes nacionales, a veces tan disímiles, a veces incluso contradictorias pero que no siempre en todo caso llegan a soluciones encontradas, evitando de este modo el forum shopping.

En los principios y como ya lo habíamos mencionado, no se establecen reglas de interpretación pero si las directrices generales, con las cuales se debe actuar y que ya han sido señaladas: internacionalidad, uniformidad y buena fe todo ello enmarcado en la autonomía interpretativa del derecho uniforme.

Desde ya, rechazamos la aplicación de los métodos tradicionales del derecho nacional y la doctrina internacional está conteste en ello. Se ha señalado por otra parte, que es discutible revisar los métodos tradicionales de interpretación de derecho internacional público, ya que ellos básicamente se refieren a la interpretación de los tratados internacionales. Por tanto, sólo queda analizar los criterios interpretativos ya conocidos pero adaptándolos a las necesidades globales así como hacer la inclusión de métodos no tradicionales de interpretación generalmente excluidos en derechos locales.

3.4.1 Interpretación teleológica

“La voluntad de la ley es el único criterio rector que debe presidir la tarea interpretativa; pues todos los demás elementos: el gramatical, el histórico, el sistemático, son sólo medios para buscar la voluntad de la ley y que, en una palabra, constituye lo que denominamos interpretación teleológica, en cuanto busca el fin (telos) para el cual fue creada la ley, o sea, su razón de ser la ratio legis. Esta interpretación puede ser restrictiva o extensiva según se deduzca de la voluntad de la ley”¹⁶²

Por tanto, toda ley contiene una ratio legis, un principio regulador que da a la norma una coherencia interna obligando al intérprete a adoptar un criterio valorativo determinado.

Hemos visto que para alcanzar una mayor seguridad en el tráfico jurídico comercial internacional se ha exigido a los textos de derecho uniforme permitir a los agentes contar con un instrumento caracterizado por su internacionalidad, uniformidad y autonomía interpretativa, todo ello sumado al principio de buena fe que impera actualmente en el comercio global sin contrapeso alguno, pese a las originales reticencias de aplicarlo. Favorecer el intercambio comercial es un pilar básico que está de trasfondo en toda este “nuevo” derecho que estamos analizando. Para lograr esto, se debe recurrir al preámbulo de los principios.

¹⁶² Anales de la Facultad de Derecho Cuarta Época - Vol. III - Años 1961 a 1963 - N° 3.
<http://www.analesderecho.uchile.cl>

El preámbulo de los principios posee un claro carácter vinculante, no puede ser considerado como en el caso de otros textos de derecho uniforme como una mera declaración de principios.

De lo expuesto desprendemos que para efectos de interpretar el texto en cuestión, los Principios que rigen los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por UNIDROIT, deben considerar:

- Los objetivos del nuevo orden económico internacional¹⁶³.
- Fomentar los intercambios comerciales y las relaciones entre todos los agentes del comercio global.
- Permitir el desarrollo del comercio internacional sobre la base de la igualdad y de la recíproca capacidad de ganancias de las partes partiendo de la premisa de que existe igual poder negociador así como expectativas comunes de generar riquezas.
- Tener en consideración los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos de los países a los cuales pertenecen los actores en juego.
- Permitir la supresión de los obstáculos jurídicos, es decir de las barreras que se imponen a los agentes del comercio global.

¹⁶³ Se ha señalado por los detractores de este nuevo orden que "Las estrategias fatales del neoliberalismo resultan de su pecado original: su gula infinita e incontrolable, que pretende someter a todos los órdenes del ser a los dictados de una racionalidad globalizante y homogeneizante, preparando las condiciones ideológicas para la capitalización de la naturaleza y la reducción del ambiente a la razón económica" http://mx.geocities.com/gunnm_dream/onu_yel_nuevo_orden_mundial.html

En relación al nuevo orden económico internacional¹⁶⁴, concepto que presenta rasgos de ideología, para efectos prácticos significa plasmar en un solo concepto el reconocimiento de un reordenamiento del orbe en torno a las necesidades económicas contemporáneas. Desaparecen los imperios y surgen una multitud de países soberanos así como casi con igual potencia e incluso a veces más empresas transnacionales que avanzan por el comercio global a grandes pasos.

Según Noah Chomsky en su libro “El nuevo orden mundial”, el nuevo orden económico consiste en un doble lenguaje económico de las elites de los países desarrollados que a la vez que propugnan el liberalismo económico pretenden proteger sus mercados internos a través de medidas de fuerza amparadas en la seguridad nacional, que muchas veces responden a un intento de asegurar a las empresas de los países desarrollados, que tienen un gran ascendiente en las políticas exteriores de los mismos, bien la libertad para maniobrar a placer en la economía internacional, bien la creación de nuevos mercados, haciendo

¹⁶⁴ La expresión dominante es lo económico y esta visión expansiva significa el inicio de la expresión planetaria de la globalización. Sin embargo el concepto ha mantenido un sesgo ideológico y encubre las relaciones económicas y financieras del sistema capitalista y la dinámica de acumulación capitalista. Este enfoque economicista debe sufrir reconsideraciones importantes. La pobreza debe ser encarada como una situación extrema para la humanidad, y tiene que ser resuelta para continuar la aplicación del modelo de crecimiento económico. El desarrollo es algo más que ajuste, más que presupuestos equilibrados, gestión fiscal y salud. De esta manera, cada vez es más usual referirse a "la globalización" para explicar el acontecer económico, político, y cultural internacional. La afirmación sobre el imperialismo sustituido por la globalización no es aventurada, y lo comprueban el puñado de estados que dirigen de manera abierta y directa la mayor parte del mundo.

uso de las “ayudas” o incluso de la fuerza militar, si ello es necesario. En otras ocasiones se consiguen situaciones de ventaja en el mercado a través de subvenciones públicas dirigidas a “proteger los puestos de trabajo”, fomento de proyectos de I+D con altas desgravaciones fiscales, financiación de préstamos a la exportación por financieras estatales, que luego no se cobran, actuaciones colusorias de la competencia realizadas por los mismos operadores de los mercados internacionales, exigencias de requisitos de envasado y etiquetado para la protección de los consumidores, medidas restrictivas a las importaciones por razones fitosanitarias, medidas de bloqueo por razones políticas o directamente estableciendo barreras arancelarias.

En todo caso, la base del nuevo sistema económico imperante en todo el orbe es esencialmente el capitalismo, ejemplo clave de ello es que incluso países como la República Popular China, han iniciado una denominada “tercera vía”, sistema a través del cual se permite la existencia de capitalismo en un sistema político comunista.

En este sentido, al interpretar los principios de UNIDROIT de acuerdo a un orden económico global, se debe considerar sus beneficios y desventajas así como las diferentes posiciones de los agentes globales pero sin perder de vista el dinamismo propio de este derecho enmarcado en un orden económico

imperfecto, garantizando de esta forma el buen funcionamiento de las garantías que quiere implicar la concreción de este nuevo sistema.

En todo caso, muchos fallos han considerado que este concepto se enmarca dentro del principio de buena fe o bien han entendido que el criterio de razonabilidad engloba este nuevo orden.

3.4.2 Interpretación histórica

Creemos que este tipo de interpretación debe ser utilizado con precaución en el caso de los Principios. Se debe considerar particularmente para efectos de registrar cada una de las modificaciones a los principios así como también tener presente la evolución jurisprudencial que ha experimentado y aplicación, evitando la inclusión de derechos nacionales al recurrir a trabajos preparatorios, lo que desde ya y antes también señalado, creemos proscrito para efectos de utilizar en nuestro examen de cómo interpretar.

La interpretación histórica nos debe permitir conocer la dinámica en que se desenvuelve el derecho uniforme, particularmente relacionado con las constantes nuevas exigencias del comercio internacional.

Finalmente, hay quienes relacionan esta interpretación histórica con la necesidad que existe de reformular la normativa aplicable a los contratos comerciales internacionales, particularmente con la necesidad de generar un nuevo derecho que implique un common core para los agentes internacionales¹⁶⁵. En este sentido, se debe tener presente que la necesidad de “codificar” este derecho nuevo, esta nueva lex mercatoria, ya no sólo para los comerciantes sino que ampliando el círculo de actores ha sido una exigencia de países tan disímiles como Francia e Inglaterra, Estados Unidos y Alemania, incluso para países que fueron de la órbita comunista así como también aquellos que codifican de “tercer mundistas”.

Pese a lo expuesto, hay quienes sostienen que debe hacerse una revisión de los trabajos preparatorios¹⁶⁶, para efectos de conocer el sentido de los términos del derecho uniforme. Este método habría sido “pretendido” por el supuesto “legislador” internacional, aunque para nosotras no tiene validez como lo enunciábamos antes.

¹⁶⁵ La ICC International Court of Arbitration (Second Partial Award), ha señalado siguiendo esta línea que en caso de que las partes pese a no hacer expresa referencia al derecho aplicable se deben regir por los principios UNIDROIT, interpretando las cláusulas por ellas anotadas como una remisión tácita a los mismos, ello en sentencia número 7110 del año 1998. <http://www.unilex.info>

¹⁶⁶ En todo caso, pese a que insisten en el recurso a los elementos históricos señalan algunas restricciones para ello, la validez de los trabajos preparatorios debe evitarse en el caso de que conduzca a interpretaciones contrarias a los principios de uniformidad, internacionalidad y buena fe mercantil internacional. Las opiniones no siempre son las definitivas y no reflejan las verdaderas razones del establecimiento de una norma (¿Y Cómo discriminar? Nos preguntamos nosotros). Asimismo reparamos en este apartado que adicionalmente si se acepta la revisión de estos trabajos, se debe prima facie desconfiar del verdadero sentido pues tales trabajos son inmutables y no permite que este derecho uniforme adquiera sus verdaderos caracteres de dinamismo y energía propios de un derecho global.

Por otro lado, se ha hecho referencia a que los trabajos internos en tanto emanen de un agente del comercio global si bien no son oponibles a los demás actores, sí pueden implicar un estándar exigible a los mismos, en este sentido podemos citar un fallo por un tribunal Arbitral ad-hoc en Costa Rica de fecha 30 de abril de 2001, (<http://www.unilex.info>).

Cabe señalar que, esto no excluye la colaboración que puede implicar para efectos de interpretación, la consideración de otros textos de derecho uniforme, en tanto ellos reflejan también la evolución del derecho global.

3.4.3 Interpretación gramatical

El método de interpretación gramatical se conoce como aquél que permite al intérprete dilucidar el sentido de un texto sólo atendido su tenor literal. Sin embargo ello no es así, especialmente cuando a derecho uniforme se refiere, porque adicionalmente implica considerar los principios tantas veces enunciados de internacionalidad, autonomía, uniformidad y buena fe, así como considerar en el contenido gramatical el dinamismo de las normas globales.

La redacción de los principios adoptando términos lo más descriptivos posibles de forma de no contaminar con derechos locales ha sido una clara

manifestación de la necesidad de interpretar considerando factores como la uniformidad.

La interpretación gramatical, debe considerar la redacción de los principios en distintos idiomas oficiales, facilitando de este modo su conocimiento global y el acceso a una adecuada interpretación, permitiendo de tal modo un mejor manejo del texto por los operadores internacionales.

En todo caso, no se debe abandonar el método comparativo entre estas versiones oficiales pues ante aparentes divergencias el intérprete puede indagar el verdadero sentido de la disposición.

La existencia de diferentes versiones no exime de problemas. Al contrario puede generar varios otros¹⁶⁷, pero dentro de los beneficios que ello genera la balanza termina inclinándose a favor de estos últimos.

Finalmente cabe señalar que todas las versiones oficiales poseen el mismo peso específico unas respecto de otras, por tanto, ante divergencias imposibles de subsanar comparando los distintos cuerpos, será necesario recurrir a otros métodos de interpretación.

¹⁶⁷ Dentro de los posibles problemas que se generan está la posibilidad de encontrar errores dentro de las versiones oficiales así como dificultades en la traducción en tanto existen palabras de difícil traducción o que pueden encontrar símiles en su derecho nacional de modo de contaminar los conceptos.

Por último, es importante señalar que el elemento gramatical trae aparejado el riesgo de la petrificación del derecho, es decir, frenar la constante evolución de un texto jurídico. Crítica que en todo caso puede ser fácilmente superada y ello queda demostrado ante la labor jurisprudencial ya realizada.

3.4.4 Interpretación sistemática

La interpretación sistemática consiste en considerar el contexto del derecho uniforme en el cual se desenvuelve la disposición que se pretende interpretar. Es posible determinar el contenido de un concepto jurídico no definido dentro de las disposiciones de los principios a través de su contexto, de la conexión que existe entre términos relacionados con el tema, pero tratados en otro apartado de los principios.

La interpretación sistemática tiene la ventaja de permitir al intérprete seleccionar entre las diferentes posibilidades de sentidos que se le pueden atribuir a un texto complementando la labor ya realizada de acuerdo a otros elementos. Es posible entender que existen varias posibles interpretaciones de las cuales se escoge la más lógica según la conexión de significados y teniendo en consideración la finalidad de la ley, es decir, una interpretación teleológica,

siempre en relación al sistema interno que pretenden generar los principios, considerando la autonomía interpretativa que impera en ellos.

Es posible incluso en este sentido, considerar el recurso a otros instrumentos de derecho uniforme, como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías o bien los Principios Contractuales Europeos, entre otros instrumentos.

3.4.5 Interpretación sociológica

Los Principios UNIDROIT no pretenden en ningún caso abarcar todo un sistema lógico y acabado de regulación de los Contratos Comerciales Internacionales. Los factores meta jurídicos también deben ser analizados a la hora de interpretar un texto tan cambiante y dinámico como son los Principios de UNIDROIT.

La sociología jurídica puede interpretar la norma, permitiendo que se descubran las razones de determinadas mutaciones en el contenido de ciertos conceptos jurídicos, aquellos factores que influyen en la formación de otros y aportar datos que contribuyen al mejoramiento de las relaciones jurídicas de modo de que éstas sean más justas, permitiendo que aquellos juristas que han dedicado

extensos trabajos para la recopilación de las normas que regulan el comercio global puedan asimismo corregirlo cuando se presenten imperfecciones, propias de todo sistema nacional o internacional.

La sociología está unida a una pretensión de justicia. En el caso en particular de los principios, el reenvío a factores meta jurídicos obliga al intérprete a buscar información acerca de las reales necesidades de los actores del comercio global, de los recursos que tienen a su disposición, de las implicancias de las políticas en sus asuntos y de las regulaciones internas que pueden eventualmente limitarlos, de los intercambios más utilizados y las formas de solucionar las externalidades.

Así por ejemplo, puede ser relevante el tipo de mercado en que se desenvuelven los actores del comercio global, porque si son mercados de materias primas versus mercados de productos manufacturados la reacción de sus agentes puede ser distinta y eventualmente el concepto de usos y prácticas, por ejemplo, adquiere otro contenido.

Otro ejemplo deriva de la necesidad de cumplir con ciertos formalismos; es necesario determinar mediante factores extra jurídicos si es posible exigir la forma escrita o no.

Otras veces será necesario tomar en consideración factores políticos y religiosos a la hora de determinar por ejemplo, quienes deben juzgar las causas del comercio internacional, las circunstancias que permiten alterar los contenidos tradicionales de ciertas obligaciones como la lealtad entre las partes, concepto que puede tomar ribetes distintos en países de extremo oriente o países de occidente.

Finalmente puede resultar útil, pero no excluye la consideración de otros factores, la revisión de las estructuras económicas en que se desenvuelven los agentes globales. Estas estructuras incluyen la búsqueda de sistemas de transferencia de datos lo que ha permitido nuevos sistemas de contratación global o bien generar intercambios fluidos de tecnologías entre otras cuestiones anexas y que pese a escapar a los tradicionales parámetros de intercambio, han de regularse con principios contractuales modernos.

La atención a estos parámetros sociales, económicos, políticos, etc., explica muchas veces que el derecho uniforme se base en decisiones contradictorias en algunos casos, y en otros logre encontrar un common core¹⁶⁸ que era impensado con la sola base jurídica.

¹⁶⁸ Base común.

Los principios de igualdad, beneficio mutuo, eliminación de obstáculos jurídicos, buena fe y lealtad negocial, comercio global, nuevo orden económico mundial, entre otros aspectos a considerar, exigen que el intérprete pondere las opciones al momento de llenar de contenido normativo las disposiciones adoptadas en el orden mundial. En este orden de ideas, la perspectiva sociológica permite al intérprete traspolar datos meta jurídicos a la esfera jurídica para efectos de lograr una fusión de caracteres resolviendo los problemas concretos del sistema planetario. En todo caso se debe tener cuidado con no exceder los niveles de interconexión entre esferas tan disímiles como las ya nombradas, pues en definitiva tras la interpretación sociológica no se pretenden esconder intentos de reformar el orden global haciendo de este sistema un sistema más benigno para aquellos que se sienten excluidos de él.

3.4.6 Interpretación económica

El análisis económico del derecho, pretende comprender los fenómenos jurídicos ocurridos tanto en el common law como en el civil law, así como, adicionalmente, servir de directriz para indicar los cambios necesarios en países en vías de desarrollo. De otro lado, el papel que jugaría en el derecho uniforme, será dotar al derecho de argumentos objetivos para que el empleo de

la dogmática jurídica llegue a conclusiones realmente justas y necesarias en el comercio del orbe.

El análisis económico del derecho tiene aspectos heurísticos, descriptivos y normativos¹⁶⁹. El primero, busca mostrar coherencias subyacentes a las doctrinas e instituciones legales. En su modo descriptivo, busca identificar la lógica económica y los efectos de las doctrinas e instituciones y las causas económicas del cambio legal. En su aspecto normativo, sirve a jueces y a otros operadores jurídicos en lo relativo a métodos más eficientes de regular las conductas a través del derecho.

El espectro que abarca se ha vuelto amplio. El aspecto teórico más ambicioso del enfoque económico del derecho ha sido la propuesta de una teoría económica del derecho unificada. En esta teoría, se entiende que la función del derecho es facilitar la operación de los mercados libres y, en áreas en donde los costos de transacción en el mercado son prohibitivos, “imitar al mercado”, estableciendo el resultado que podría esperarse si las transacciones en él fueran factibles.

Como corolario de esta proposición, encontramos la teoría económica positiva del common law, que pretende una asignación eficiente de recursos.

¹⁶⁹ Es requisito sine qua non revisar en la literatura a Richard A. Posner, *Economic Analysis Law*. Sexta edición, 2003.

La teoría positiva se construye sobre el famoso escrito de Ronald Coase, a principios de 1960 respecto al costo social. En su teorema sostiene que, cuando los costos de transacción en el mercado son cero, la asignación inicial de derechos es irrelevante para la eficiencia, ya que, si la asignación es ineficiente, las partes la rectificarán a través de una transacción privada.

De lo señalado surgen dos conclusiones importantes. La primera es que el Derecho, en cuanto a la promoción de la eficiencia económica, debería procurar minimizar los costos de transacción, definiendo bien los derechos de propiedad, haciéndolos transferibles sin dificultad y creando soluciones baratas y efectivas cuando hay incumplimiento de un contrato.

Los analistas económicos del derecho han identificado una serie de doctrinas, procedimientos e instituciones para lograr el objetivo de minimizar los costos de transacción del mercado, sin embargo, surge inmediatamente una pregunta con respecto al análisis económico del derecho “comparativo”. Al descubrir que las teorías y el derecho difieren según los distintos países, ¿las diferencias deberían atribuirse a diferencias económicas relevantes o al hecho que algunos países no tienen teorías y sistemas legales eficientes?. Si se considera, por ejemplo, el hecho de que la vía legal normal en el caso de incumplimiento de un contrato en el common law es la indemnización por daños y perjuicios, la

ejecución forzada, es disponible únicamente cuando la indemnización es inadecuada.

En el caso del derecho de la Europa continental, en donde la ejecución forzada no constituye una vía legal excepcional para el incumplimiento de un contrato ¿Es acaso la norma del common law eficiente y la del derecho de Europa continental ineficiente, o viceversa? Tal vez ambas son eficientes, dadas las distintas condiciones económicas. Estados Unidos tiene una economía más dinámica que Europa continental, ya que se adapta más rápido a condiciones diferentes y a las nuevas oportunidades, por lo que existe una mayor necesidad de permitir el ajuste de las relaciones contractuales cuando las condiciones cambian con respecto a las existentes al momento de celebrar el contrato.

Un sistema de soluciones legales que hace énfasis en la indemnización de los daños facilita a las partes “retirarse” del contrato, pues un tribunal no puede forzarlas a cumplir con sus deberes contractuales, y, por lo tanto, debe compensarse a la otra parte por las consecuencias que cause tal incumplimiento. Al contrario, cuando la ejecución forzada es la vía legal normal para los casos de incumplimiento de un contrato, las partes no pueden sustraerse del mismo sin haber negociado primero un arreglo con la otra. Este acuerdo inducirá a esta última a desistirse de la ejecución forzada y la necesidad de dicha negociación hará que sea más difícil incumplir el contrato.

La segunda conclusión del enfoque económico del Derecho es que, cuando a pesar de los esfuerzos del derecho, los costos de transacción del mercado sigan siendo altos, éste debería simular la asignación de recursos del mercado, concediendo los derechos de propiedad a los usuarios que más los valoren. Un ejemplo es la doctrina del fair use de los derechos de autor en Estados Unidos, la cual permite, por ejemplo, a los escritores publicar pequeñas citas de un trabajo que tiene derechos de autor sin negociar con el titular de los mismos.

Es conocido el hecho de que la economía tiene una relación con el derecho, por lo menos, desde el siglo XVII, época en la que Hobbes discutía sobre la propiedad. Hume y Smith discurren sobre las funciones económicas del Derecho, Bentham contribuyó de manera fundamental, tanto para extender el pensamiento económico a conductas no comerciales cuanto en aplicarlo al Derecho penal. En Europa, Max Weber realizó importantes aportes para entender el papel económico del Derecho.

Hacia 1930 varios ámbitos legales, fundamentalmente el Derecho de la libre competencia y la regulación de los servicios públicos, estaban recibiendo permanente atención de economistas ingleses y estadounidenses. Hacia 1968, se publicaron diversos artículos, con lo que empieza a parecer que no habría campo del Derecho que se mantuviera al margen de los aspectos económicos.

Tanto el movimiento de desregulación y el aumento del respeto por la ideología de libre mercado son deudores del movimiento del análisis económico del derecho.

La mayoría de los análisis económicos consisten en esbozar las consecuencias de asumir que la gente es más o menos racional en sus interacciones sociales, lo cual quiere decir que la gente prefiere más a menos o, en otras palabras, eligen medios eficientes para sus fines (racionalidad instrumental), cualesquiera que puedan ser estos. En el caso de las actividades que interesan al Derecho, estas personas pueden ser delincuentes, las partes de un accidente, los contribuyentes, los trabajadores o, incluso, los estudiantes. Los alumnos consideran las notas como precios, de modo que en general los profesores menos populares, para mantener a sus alumnos, a veces compensarán a los alumnos por el bajo valor percibido de su curso calificándolos notas más altas, es decir, aumentando el precio que el profesor paga por el alumno (o, de forma equivalente y tal vez más intuitivamente, reduciendo el costo del alumno de matricularse en el curso del profesor). Este simple análisis de los incentivos nos ayuda a explicar el conocido fenómeno de la “inflación de notas”, la tendencia

de que las notas suban, aun cuando los alumnos no se están volviendo más inteligentes ni están trabajando más.^{170 y 171}

En todo caso, la ciencia económica desarrolla sus teorías sobre presunciones que no necesariamente son ciertas, es importante que los elementos que entrega sean considerados a la hora de determinar la interpretación de las normas internacionales en tanto permiten conocer el comportamiento del mercado así como recomiendan una mejor regulación del mismo pero sin por ello ser decisivos.

Para efectos de actuar en el mercado global, es un imperativo, en la actualidad, comprender las fluctuaciones de los mercados mundiales, factores financieros, monetarios e impositivos, de los distintos sistemas que imperan en los países, así como también, en las comunidades de ellos, en tanto accediendo a estos nuevos mercados y/o asociándonos con otros, se lograrán mayores beneficios a menores costos, por lo que el análisis económico toma ribetes que exclusiva necesidad para actuar siendo un partícipe competente.

¹⁷⁰ En Estados Unidos, la inflación de las notas ha coincidido con la disminución de los cursos obligatorios, mientras más son los cursos electivos tanto mayor es la competencia entre profesores por captar alumnos y, por lo tanto, más frecuente es el otorgar notas altas como una forma de atraer o retener a los alumnos, incrementando así el promedio de las mismas.

¹⁷¹ Richard Posner. Borrador revisado de una exposición plenaria dada en el XXI Congreso Mundial de la Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) en Lund, Suecia, el 14 de agosto de 2003. En: <http://www.upc.edu.pe/bolson/0/16/gru/49/Articulo%201%20Posner.pdf>

Un ordenamiento uniforme exige tomar en consideración el orden económico internacional, pero para ello, es necesario efectuar un análisis de compenetración entre las materias, en principio disímiles pero más unidas de lo que aparentemente se ve como lo son la economía y derecho¹⁷².

Una interpretación adecuada resulta crucial a la hora de generar el dinamismo propio del derecho uniforme, el análisis económico del derecho contribuye

¹⁷² La Relación entre Economía y Derecho es más antigua de lo que se cree, se remonta a Aristóteles, quien en la *Ética a Nicómaco* establece una teoría del derecho, la cual llamó “justicia correctiva”. El punto esencial de Aristóteles es que si una persona, a través de una conducta equivocada (el autor de un acto ilícito), altera el balance existente entre él mismo y otra persona en perjuicio de esta última (la víctima), algún tipo de compensación deberá proporcionarse que pueda, al punto que sea factible, restaurar el balance preexistente –el cual corregirá, en otras palabras, la desviación del equilibrio que surgió como consecuencia del acto ilícito–. Aristóteles derivó de esta teoría de justicia correctiva un corolario de crucial importancia para la evolución de la teoría legal. El corolario es que la justicia correctiva se abstrae de las cualidades personales, o el mérito del autor del acto ilícito y de su víctima. La víctima puede ser una mala persona y el autor del acto ilícito una buena persona, teniendo en cuenta la naturaleza y la vida de la persona, la suma de todos sus buenos y malos actos, y no únicamente el episodio específico que dio como resultado el daño a la víctima. Sin embargo, la víctima tiene derecho a una compensación. La razón para que este corolario sea un corolario de justicia correctiva, en vez de un principio de justicia por separado, es que la justicia correctiva busca compensar el equilibrio preexistente en lugar de cambiarlo. La Corte no utiliza la ocasión para enriquecer o empobrecer al autor del acto ilícito o a la víctima sobre la base de una sentencia acerca de sus méritos y fuera de las circunstancias del daño en sí mismo, pues esto sería no devolver a las partes a su equilibrio preexistente sino crear un nuevo equilibrio. Este proceso de corrección sigue siendo la piedra angular del Derecho en todas las sociedades civilizadas. La razón es práctica (Aristóteles era un pensador práctico). Si obtener una compensación por daños dependiera de la reputación de una persona, la gente invertiría recursos desmesurados para convertirse en personas aceptadas y bien vistas. Si dichas inversiones supusieran hacer cosas buenas de verdad, redundarían en el bienestar social. Pero, por lo general, sería más fácil obtener una buena reputación, cultivando la amistad de los poderosos, aliándose a ellos a través del matrimonio, evitando declaraciones poco populares, de hecho perjudiciales, para el bien de la sociedad. Además, incluso cuando una persona obtuviese una buena reputación a través de medios correctos, una vez que hubiesen obtenido dicha reputación y pudiesen utilizarla para causar daños con impunidad a personas que carecen de una buena reputación, se podrían crear incentivos perversos. Aquellos sin amigos serían una clase de prófugos a quienes cualquiera de los “buenos” podría cazar con impunidad. Las energías estarían dirigidas desde las actividades socialmente constructivas hasta la búsqueda de renta y clientela. El Estado se vería debilitado. Richard Posner. Borrador revisado de una exposición plenaria dada en el XXI Congreso Mundial de la Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) en Lund, Suecia, el 14 de agosto de 2003. También, Aristóteles, *Ética a Nicómaco*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, sexta edición, 1994, pp. 75-77.

enormemente a este proceso permitiendo la evolución constante considerando las exigencias del mercado global y de los actores en general.

Desde el punto de vista económico, el incumplimiento “eficiente” se da cuando los costos derivados del cumplimiento específico del contrato son superiores que los beneficios reportados de su cumplimiento, pero ello siempre en consideración a ambas partes. Las circunstancias en las cuales se desenvuelve el mercado, en todo caso, también son relevantes a la hora de determinar los factores económicos involucrados en una determinada interpretación de las exigencias que implica un determinado contrato, pero, por supuesto, ello no pretende excusar ciertas consideraciones de justicia, equidad y criterios valorativos jurídicos y meta jurídicos ya enunciados y que se enunciarán, también determinantes a la hora de evaluar una contienda contractual.

Finalmente, es del caso mencionar un conocido fallo estadounidense que ilustra la importancia del análisis económico del derecho. En el caso Zapata¹⁷³, la Corte de Distrito de Illinois tuvo en cuenta razonamientos económicos de compensación total del daño para justificar el derecho del demandante a ser compensado por los gastos jurídicos que le reportó el juicio. En la sentencia de

¹⁷³ Sentencia de la U. S. District Court, North District of Illinois, Eastern Division, de 28 de agosto de 2001, caso Zapata Hermanos Sucesores S. A. versus Hearthsides Baking Co. Ltd. En <http://www.cisg.law.pace.edu/010828u1.html>

apelación¹⁷⁴ el juez Posner, empleó un principio económico, la igualdad de los derechos de los contratantes, manifestado en que, de seguir la solución de primera instancia de considerar las costas como compensables porque el demandante denunció judicialmente el incumplimiento del contrato, el demandado no podría, en caso de vencer en juicio, ser compensado por los honorarios satisfechos a sus abogados, al no existir incumplimiento contractual por parte del demandante. Este argumento, combinado con otro de calificación de la cuestión como procesal, justifica, según él, el que en Estados Unidos cada una de las partes sea responsable de sus costas.

Es desde esta perspectiva de la que debe plantearse que un criterio de interpretación, según el análisis económico del derecho, será de gran utilidad para efectos de arribar a un sistema hermenéutico eficiente de los Principios de UNIDROIT en tanto, precisamente, éstos se refieren a los contratos comerciales internacionales.

3.4.7 Interpretación jurisprudencial

Los criterios de internacionalidad y uniformidad, exigen que ante un mundo globalizado de los negocios y en donde las contiendas se desarrollan en distintos Estados, se tenga, a la hora de interpretar el derecho aplicable,

¹⁷⁴ ver <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/021119u1.html>

consideración por lo que está sucediendo en el orbe y cómo se han resuelto problemas similares utilizando el derecho uniforme¹⁷⁵.

Para UNIDROIT es muy importante la jurisprudencia acerca de derecho uniforme, tanto es así que ha creado una base de datos cuyo acceso es libre para todos los agentes del comercio global, e incluso para quienes no lo son directamente, que muestra su evolución y que permite su dinamismo y permeabilidad.

La existencia de un tribunal internacional ha dado mucho para debatir y sin duda seguirá estando presente en los foros internacionales en la medida en que se avance hacia una verdadera unificación, pero seguirá siendo, por ahora una utopía lejana dentro de las posibilidades de este sistema jurídico global uniforme y universal.

Básicamente los problemas relacionados con la existencia de un tribunal internacional tienen que ver con su composición y método de elección de sus miembros, ya que en la medida en que algunos agentes del comercio global puedan generar más impacto en el mercado internacional se sentirán con

¹⁷⁵ En este aspecto juega un importante papel el artículo 1.8 de los principios de UNIDROIT al señalar que las partes están obligadas a cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. Las partes están obligadas por cualquier uso ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.

derecho a escoger a quienes resolverán sus disputas. Ello podría eventualmente someter a enorme presión a quienes actúan como terceros imparciales o incluso provocar conflictos entre Estados que alegarían su “derecho” a escoger a los “mejores”. Por otro lado, esto generaría perspectivas regionales, polarizando a estos terceros imparciales por bloque y tendencias jurídico-políticas lo que en definitiva conduciría a la exclusión de ciertos sectores menos representativos del orbe pero no por ello dispuestos a sacrificar un lugar. Asimismo la posibilidad de una consulta previa al tribunal o bien los posibles retrasos en tanto se concentrarían las contiendas en un solo lugar hace dudar junto con otros factores, en la real posibilidad de su establecimiento, pero ello no significa de plano excluir la remota posibilidad de que eventualmente pueda crearse.

Pese a que la no existencia de un tribunal conlleva asimismo la imposibilidad de un stare decisis, en términos prácticos ello se puede conseguir en la medida en que se haga partícipes a todos los agentes globales de las soluciones arribadas, permitiendo el libre acceso a fuentes de datos acabadas y precisas que por sí solas constituyan “fuerza de precedente” por la autoridad que conllevan, obligando adicionalmente a los tribunales que resuelven contiendas globales a alcanzar cada vez mejores razonamientos jurídicos de modo de estar acordes con las exigencias mundiales.

En todo caso, es necesario anotar que, si revisamos la jurisprudencia acerca del derecho uniforme no encontramos que la dispersión jurisprudencial sea sinónimo de interpretaciones divergentes. Muy por el contrario, los criterios de interpretación son similares en la medida en que los tribunales han tratado de generar un fallo global en cada una de las decisiones que adoptan en determinados casos, pues comprenden que su trabajo será eventualmente observado por todos y cada uno de los agentes globales.

El profesor M. Bonell, ha afirmado que la jurisprudencia extranjera debe recibir el valor de precedente y éste sin lugar a dudas debe ser vinculante, siempre que exista un núcleo jurisprudencial abundante en un mismo sentido interpretativo. Tal conclusión nos parece acertada, en la medida que como hemos señalado precedentemente este pseudo precedente posea los caracteres necesarios para ser considerado como tal, así como también será posible enmarcarlo dentro del artículo 1.8 sobre todo considerando que los comentarios a los principios han indicado de forma expresa, que los usos prevalecerán incluso por sobre los principios¹⁷⁶.

En todo caso es necesario apuntar que esto no se trata de un stare decisis puro en ningún caso. En Gran Bretaña no se sigue este sistema en el sentido horizontal desde 1966, aun cuando sí se aplica en un sentido vertical, es decir,

¹⁷⁶ BONELL, MICHAEL JOACHIM. "The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Cism - Alternatives or Complementary Instruments?". En: 26 Uniform Law Review, 1996, pp. 26-39.

se impone a los tribunales inferiores. De este modo, existiendo buenas razones para no seguir a un “precedente”, los jueces no debieran hacerlo.

El precedente debe poseer un valor en sí mismo, debe ser persuasivo a los ojos de los demás tribunales encargados de dirimir las contiendas globales, por tanto su valor es relativo pero su fuerza efectiva puede revestir enorme importancia práctica toda vez, que acorde a los principios de interpretación que imperan en derecho uniforme y particularmente en el caso de los Principios se exigen estándares elevados de sofisticación jurisprudencial. Ello contribuye a dar una mayor seguridad jurídica a los agentes del comercio mundial, y como base argumentativa no encuentra oposición a la hora de permitir basar en ellos sendas bases de una nueva contienda global, en todo caso será labor del intérprete frente a un determinado caso en particular discriminar entre las diferentes consideraciones utilizadas para efectos de tomar en consideración lo que efectivamente otorga caracteres de generalidad, internacionalidad entre otros principios, siempre acordes con las exigencias de la *societas mercatorum*, puesto que toda decisión adoptada en este marco debe considerar que puede afectar futuras transacciones y el flujo internacional en definitiva¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Referencia obligada en este apartado es al riesgo de que jueces y tribunales acudan al derecho nacional “Homeward Trend”, por tanto se deben interpretar con especial cuidado aquellas disposiciones que guardan ciertas semejanzas con los derechos nacionales. Por otro lado será necesario dejar a un lado influencias políticas sociales religiosas o culturales de quienes están actuando como terceros imparciales en la resolución de conflictos globales. La inseguridad jurídica que los problemas anotados podrían ocasionar conllevaría a la anulación del derecho uniforme, por tanto es necesario reiterar siempre la necesidad de contar con facultades especiales que permitan abstraerse de las realidades locales, entendiendo a los negocios como desarrollados en una dimensión paralela, regulada por otras normas cuyo

3.4.8 Interpretación comparada

En este apartado es necesario aclarar, que sólo una parte de la doctrina adhiere a la necesidad de considerar como método interpretativo la comparación de los derechos nacionales. En principio aceptamos que un estudio de derecho comparado sea relevante como proceso formativo del intérprete y que eventualmente se deben tener en consideración ciertos factores que se mencionarán. Creemos, igualmente, que no es posible entenderlo como otro método interpretativo en tanto puede conducir a excesos y a soluciones no deseadas.

El derecho comparado tiene entre sus funciones como eje central la búsqueda de un núcleo común entre los ordenamientos jurídicos nacionales, es decir, lograr a través de esta vía una armonización internacional o bien encasillar a los derechos locales en ciertas ramas de modo de analizar su comportamiento por bloques.

contenido no es siquiera similar a cada país en particular pero globalmente considerado se puede entender como un common core.

La técnica empleada por el derecho comparado histórico legal y jurisprudencial nace con RABEL aún cuando actualmente incluye estudios culturales y el análisis económico del derecho¹⁷⁸.

La utilidad está limitada hoy en día a la comparación de la jurisprudencia para controlar la internacionalidad y uniformidad, así como también para efectos de lograr una interpretación sociológica y económica global.

Algunos autores señalan que esta interpretación sería el último recurso. Diedrich¹⁷⁹ considera válido este método, pero sólo en el evento de que ninguna de las interpretaciones consideradas válidas por la doctrina en general sea aplicable para dar al caso una respuesta satisfactoria. Hay otros que incluso señalan que la importancia de este método radica en la posible aportación que pueden efectuar los derechos locales, llenando de contenido a conceptos jurídicos vacíos en ellos y que el derecho global entiende según remisión a ordenamientos locales.

¹⁷⁸ Citado por, GEBAUER, MARTIN. "Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation", en *Uniform Law Review*, 2000, número 4, pp. 683-686. En: MEREMÍNSKAYA, ELINA. "Impactos de la integración económica en la aplicación del derecho privado", en *Revista de derecho*, volumen 15, número 2, Valdivia, 2003, pp. 59-73. en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000200003&script=sci_arttext

¹⁷⁹ DIEDRICH, F., "Maintaining Uniformity in International Uniform Law Via Autonomous Interpretation: Software Contracts and the CISG", *Pace International Law Review*, 1996, p. 312 (PACE). En: MEREMÍNSKAYA, ELINA. "Impactos de la integración económica en la aplicación del derecho privado", en *Revista de derecho*, volumen 15, número 2, Valdivia, 2003, pp. 59-73. en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000200003&script=sci_arttext

Tales afirmaciones y como ya lo señalábamos no pueden ser válidas para efectos de interpretar el derecho uniforme. El peligro que implica perjudica los objetivos pretendidos por una ordenación mundial, e incluso da lugar a discriminaciones en tanto será necesario dejar a algunos países fuera de esta ordenación mundial o bien hacer prevalecer ciertos criterios por sobre otros, y los factores a considerar estarán lejos de ser generalmente aceptados por todos los agentes internacionales.

En todo caso la exclusión de los derechos locales nunca es total. Pero, en un plano diferente de aquel que considera a los usos como una vía plausible para interpretar, justificando la necesidad de incluir prácticas locales en la contratación internacional considerando las partes en juego y las experiencias adquiridas por ellos en el tráfico jurídico-económico internacional.

3.4.9 Interpretación conjunta con otros instrumentos de derecho uniforme

Si bien los principios de UNIDROIT han sido reconocidos por tribunales, juristas y doctrina en general, así como por los agentes del comercio internacional en particular, es necesario recurrir a otros instrumentos de derecho uniforme en muchas ocasiones para efectos de lograr una interpretación completa y no por ello menos autónoma en lo que al derecho global se refiere.

La utilización de otros instrumentos de derecho uniforme materializa los principios de internacionalidad, uniformidad y buena fe, sin limitar el principio de autonomía en la interpretación.

Se sostiene también, en este orden de ideas, que los principios pueden ser utilizados como instrumentos supletorios del resto de instrumentos de derecho uniforme que resulten aplicables a un determinado caso en concreto. Esto sirve para ilustrar que la interacción entre las disposiciones que tienden a ser universales y uniformes o en definitiva destinadas a regular el comercio global es recíproca y por supuesto con preeminencia de los principios de UNIDROIT.

En todo caso el equivalente más inmediato es la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, los principios que inspiran dichos instrumentos son coincidentes y la interacción en criterios de interpretación e integración son sumamente relevantes.

3.4.10 Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías

La compraventa internacional de mercaderías es, sin lugar a dudas, un negocio de capital importancia en el tráfico mercantil internacional. Después de un largo proceso, el derecho sustantivo que rige este negocio jurídico ha sido unificado a través de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada en Viena en 1980¹⁸⁰.

La interacción entre estos instrumentos de derecho uniforme es patente, sobre todo considerando el ámbito de vigencia de ambas que sin duda se superponen en algunos aspectos, en tanto los principios engloban a todos los contratos comerciales internacionales, alegando la Convención de Viena una naturaleza jurídica dispar así como una pretendida pero cada vez menos aceptada competencia específica.

En este sentido, es necesario anotar la importancia que en el ámbito jurisprudencial se ha dedicado a esta interacción. Citamos un ejemplo, pero existen múltiples rastros que pueden ser consultados en trabajos especializados y que entregan referencias más precisas. A continuación se expone un caso en el cual se plasma la mutua interacción de ambos instrumentos de derecho uniforme, en especial la importancia que reviste la referencia a los Principios, pese a que en principio puede ser aplicable la Convención de Viena sobre

¹⁸⁰ Rodolfo C. Hussonmorel. “La Compraventa Internacional de Mercaderías”, Editorial La Ley, Argentina, edición de 2004.

compraventa internacional de mercaderías, en la medida en que la interpretación de los Principios coadyuva a la interpretación del derecho global.

El laudo del Internationales Schiedgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Wien, Schiedspruche SCH 4318 y SCH 4366, de 15 de junio de 1994, señala que en dos compraventas de acero entre una empresa austriaca y otra alemana, se aplicará la Convención de Viena. Pero al no regular ellas la tasa de interés, en virtud del artículo 7.2 se aplica en ambos casos el tipo medio de los préstamos bancarios a corto plazo, con respecto a la moneda de pago del país del acreedor, dado que el pago debía realizarse en dicho país y apoyando tal decisión en el artículo 7.4.9 de los principios de UNIDROIT.

Los principios constituyen una manifestación de la *lex mercatoria*, como tal deben servir de pautas para el desarrollo de todo el derecho global. La interpretación de los mismos en todo caso debe enmarcarse en tal sistema y para ello es necesario entender que su interpretación está estrechamente ligada a la interpretación de otros instrumentos uniformes, como lo es en la especie la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.

En laudo de la Corte de arbitraje Nazionale e Internazionale di Milano, número 1795 de 1 de diciembre de 1996, las partes acuerdan someter el conflicto a la regulación de los principios de UNIDROIT. A este respecto se materializó la

postura del tribunal en el sentido de atribuir a los principios el carácter de *lex mercatoria* señalando que éstos son suplementados por los principios establecidos en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

3.4.11 Principios de la Central LIST¹⁸¹

Los Principios de la Central List se basan en una técnica codificadora que Berger define como “Creeping Codification” o codificación progresiva, a través de esta “nueva” forma de materialización de la *lex mercatoria* se pretende nuevas fuentes y principios al derecho uniforme global.

Sus disposiciones se relacionan enormemente con el contenido de los principios de UNIDROIT así como también con aquellas directrices rectoras de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Se diferencia de ellas en que realiza una ardua tarea recopiladora, en tanto recoge normas internacionales elaboradas por árbitros internacionales de distintas partes del orbe, incluyendo reglas elaboradas en el extremo oriente e islámico.

¹⁸¹ Se pueden consultar en el libro *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria* de Klaus Meter Berger. The Hague, London, Boston, 1999.

De este modo, la revisión de los mismos permite al intérprete una visión más acabada de lo que está sucediendo a nivel planetario pero en ningún caso suple la búsqueda del método interpretativo adecuado.

3.4.12 Principios de la Unión Europea

La Comisión sobre Derecho Contractual Europeo ha elaborado estos principios en 1997, a partir de una serie de trabajos preparatorios que dieron como resultado los Principios de Derecho Contractual Europeo.

En ellos se incorporan principios comunes de las naciones pertenecientes a la comunidad europea así como también integran en sí principios “generalmente aceptados” hoy plasmados en los principios de UNIDROIT y ya incluso en forma previa en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

La interacción de estos principios con los de UNIDROIT es enorme, particularmente en la medida en que algunos de los juristas se repiten en ambas comisiones, así como porque ambos pretenden regular un creciente comercio global de acuerdo a estándares internacionales y uniformes.

En todo caso y tal como su nombre lo indica, estos principios deben ser utilizados con “beneficio de inventario” para efectos de interpretar un instrumento de derecho uniforme como son los principios de UNIDROIT, universalmente reconocidos, en tanto los Principios Contractuales Europeos poseen una fuerte base occidental y en su origen han sido creados para regular las relaciones contractuales vigentes sólo dentro de la comunidad europea, sin pretender caracteres de universalidad generalidad y uniformidad que alcanzan los Principios de UNIDROIT.

3.4.13 Normas de derecho internacional privado

Se ha propuesto que como norma de cierre al derecho uniforme se genere una remisión a normas de derecho internacional privado¹⁸². Tal conclusión no la compartimos, pues en la medida en que intentamos hacer de este un derecho global no podemos permitir su confusión con derechos locales.

No pretendemos con ello decir que la “Nueva Lex Mercatoria” ha abarcado todas y cada una de las posibilidades de conflicto que puedan surgir entre las partes de un contrato, pero sí entendemos que este derecho está en constante

¹⁸² Ver SÁNCHEZ L., SIXTO. “Derecho internacional privado. La unificación del derecho comercial internacional”, en <http://www.saber.ula.ve/db/ssaber/Edocs/monografias/dependencias/viceacademico/derecho-internacional/articulo2.pdf>

evolución, que los tribunales juegan un rol fundamental en el dinamismo del mismo y que a través de la interpretación y recopilación de usos y prácticas será posible ir configurando un cada vez más amplio espectro de regulación sin necesidad ni antes ni ahora ni mañana de recurrir a particularismos.

CAPITULO IV

INTEGRACION DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

“Cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues este no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada...; también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no está obligado, puesto que impone a cada sujeto la obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que no está prohibido. Por consiguiente el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio”¹⁸³.

La seguridad jurídica ha exigido durante las primeras décadas de la codificación y sus derivados que las normas que regulan un determinado sector sean lo más exhaustivas posibles, evitando de esta forma recurrir a sistemas de integración extra legem, es decir, tener que encontrar soluciones jurídicas fuera de las normas positivas.

Las pretensiones de completitud deseadas en la mayoría de las compilaciones normativas a poco andar han sido desechadas, porque no es posible prever todas las circunstancias que pueden afectar a las relaciones jurídicas,

¹⁸³ Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. EUDEBA, Buenos Aires, 1963, pp. 163-170.

especialmente cuando ellas son entre particulares e impera un principio eminentemente dispositivo de sus formas jurídicas, así como también porque el derecho es esencialmente dinámico y con mayor fuerza en derecho internacional requiere nutrirse de factores que permitan flexibilidad adecuándose a las exigencias globales.

4.1 Integración y lagunas.

Las lagunas consisten en vacíos de regulación que presenta un ordenamiento jurídico, en este sentido implican un cambio en las circunstancias sociales, o hasta un olvido del legislador, el que puede ser deliberado o no, pero que en todo caso no se puede suplir mediante el método de interpretación en la medida en que no existe tras la norma una representación del supuesto de hecho.

Para efectos de lograr una solución a estos problemas, y en la medida en que pese a los esfuerzos de los autores de los cuerpos normativos esto se producirá de todos modos, se ha generado un sistema de “fuentes” a las cuales recurrir en el evento de presentarse un vacío en la regulación de determinados supuestos de hecho que según las circunstancias de la especie deben ser regidos por dichas disposiciones normativas. Este sistema es la integración de las disposiciones normativas que puede llevarse a efecto mediante un sistema

cerrado, es decir, basándose en el mismo cuerpo normativo al cual se pretende suplir, por ejemplo utilizando la analogía o bien los principios que inspiraron su redacción o bien mediante un sistema abierto, que básicamente consiste en buscar salidas a otros cuerpos normativos o bien a la costumbre.

La labor de integración supone necesariamente que las materias “no reguladas” se encuentren bajo la órbita de regulación de los Principios. En ningún caso será posible integrar aquellos espacios carentes de una regulación, por escapar a la competencia que se atribuyen los mismos Principios, o bien, en caso de que tal regulación corresponda ser determinada por las partes contratantes, es decir, responda a la integración del contrato y no a la interpretación de la normativa uniforme.

4.2 Sistemas de integración

Quienes postulan la teoría de la inexistencia de lagunas en el derecho; como el conocido autor H. Kelsen, lo hacen por considerar que un sistema de normas o un ordenamiento jurídico tiene un principio que torna al sistema "cerrado" y permite "llenar" los vacíos; y resolver todas las situaciones no expresamente normadas que en dicho ordenamiento pueden producirse. Esta norma estaría

estableciendo la primacía y prioridad de la esfera jurídicamente libre, cuyo único límite es a su vez la libertad de otro.

Quienes adscriben a la tesis de la existencia de lagunas en el derecho establecen la solución de las mismas a través del mismo sistema; sea por la analogía; sea por los principios generales del derecho. Entre ellos, Del Vecchio¹⁸⁴ admite la existencia de lagunas. Se sostiene la "Plenitud" del sistema en virtud de que es el mismo ordenamiento jurídico que provee de las herramientas necesarias para cubrirlas. Carnelutti¹⁸⁵ entiende por "Plenitud" del sistema también que el mismo contenga la solución a las lagunas "La perfección del ordenamiento jurídico no debe entenderse pues, como una propiedad suya en el sentido de la inexistencia de las lagunas; sino más bien en el sentido de la exigencia de que ellas sean eliminadas; Goldschmidt¹⁸⁶ al referirse a la "Plenitud" o "hermeticidad" del sistema; lo hace en igual sentido. Es una característica de los sistemas de normas, el prever dicha solución.

Cuando existe la obligación del juez de decidir, conlleva la necesaria "plenitud" del sistema. Que el sistema se defina como cerrado no quiere decir que

¹⁸⁴ DEL VECCHIO, GIORGIO. Filosofía del derecho, 5 edición, Barcelona, 1947. En: BASTERRA, MARCELA. "El problema de las lagunas en el derecho", <http://www.conhist.org/Vol%20IV/Derecho2.PDF>

¹⁸⁵ CARNELUTTI, FRANCESCO. Teoría general del derecho. Madrid, 1995, pp. 107. En: BASTERRA, MARCELA. "El problema de las lagunas en el derecho", <http://www.conhist.org/Vol%20IV/Derecho2.PDF>

¹⁸⁶ GOLDSCHMIDT, WERNER. Introducción filosófica al derecho. Ediciones Desalma, 6 edición, Buenos Aires, 1978, pp. 336. En: BASTERRA, MARCELA. "El problema de las lagunas en el derecho", <http://www.conhist.org/Vol%20IV/Derecho2.PDF>

necesariamente lo sea; sino que cree serlo. Por eso las lagunas, en cuanto a la ausencia de normas para decidir se conceptúan en nuestro sistema como posibilidades, siempre alternativas, de poder utilizar normas supletorias; no previstas para un caso concreto, pero adaptable a diversas situaciones. De este modo se podrá mantener la ficción del ordenamiento completo.

La idea de plenitud del ordenamiento surge a partir de la codificación; la pretensión de que el Derecho Positivo pudiera ofrecer respuesta a todas las cuestiones que requieren una solución jurídica, es lo que plantea el problema de las lagunas; al que se ofrecieron diversas respuestas orientadas a debatir su existencia o a suplirlas para garantizar la plenitud del sistema.

La detección de lagunas normativas es la consecuencia de una labor de quien es intérprete; que deberá establecer cuándo y cómo se llenaran dichos "vacíos" a través de las técnicas de interpretación previstas para dicha tarea. De ahí la necesidad - dado el papel relevante que cumplirá el intérprete- de que las reglas hermenéuticas sean de la mayor claridad posible.

De manera que sea por una norma de "clausura" o sistema "cerrado"; sea por el principio de Integración del ordenamiento normativo; en ambas posturas; se plantea que es el propio sistema jurídico el que contiene la solución.

Por otra parte aquellos que postulan un sistema de integración “abierto”, permiten que el sistema integre elementos meta jurídicos, ya que en principio la costumbre, la analogía o el recurso a los principios generales de derecho, se encuentran generalmente integrados, aún cuando de forma limitada al ordenamiento jurídico.

El límite entre la interpretación e integración de las normas, debe ser lo más claro posible, sobre todo en el caso de los contratos, ya que las partes son quienes regulan la actividad comercial y se subentiende que en el caso de que no pacten determinadas cláusulas, se integran a su contrato por una omisión de las mismas. Pero en el caso de la integración de las normas, su regulación pasa a transformarse en una cuestión ajena al principio de la autonomía de la voluntad.

Así, parte de la doctrina intenta encontrar criterios objetivos para la integración de las leyes contractuales de modo de hacer más afectiva la esfera de acción de su autonomía.

4.3 Artículo 1.6 de los Principios de UNIDROIT

“Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes”.

En el comentario al artículo 1.6, en la parte pertinente a la integración, se señala que ciertas cuestiones podrían incluirse dentro del campo de aplicación de los Principios pese a que no se encuentran mencionadas expresamente. Con el fin de determinar si una cuestión se encuentra o no dentro del ámbito de los principios, se debe atender en primer lugar, a lo expresamente señalado en el texto del artículo o en su comentario. Es decir, existe en primer lugar una expresa referencia a la necesidad de evitar la integración de los principios, pero en la medida en que ello sirva al intérprete de excusa para extender la aplicación de los mismos.

En segundo lugar se ha señalado en su comentario oficial que la necesidad de promover la uniformidad en la aplicación de los principios, implica que cuando surja una laguna, debe buscarse la solución, siempre que esto sea posible, dentro del conjunto de normas de los principios, antes que recurrir a la legislación nacional. Por tanto, en este caso se hace mención a la analogía, en la medida en que se exhorta al intérprete a buscar una solución dentro del sistema normativo que implican los principios pero no excluye del todo la remisión a los derechos locales.

En tercer lugar, se especifica que la analogía es el primer recurso que posee el intérprete ante la existencia de una laguna. Si el problema no queda resuelto luego de ello, se deberá recurrir a las “ideas que inspiran a los principios”, señalando que esto es aquellos principios generales potencialmente aplicables a varios supuestos de hecho. Se hace mención expresa a que ellos pueden considerarse contenidos, por ejemplo, en las disposiciones 1.1, 1.3, 1.5 y 1.7. Es decir, el sistema de integración en la medida en que hace expresa referencia a los principios generales implica una consideración de la libertad de contratación, carácter vinculante de los contratos, exclusión o modificación de los principios por las partes y buena fe y lealtad negocial.

Se señala asimismo que otros principios fundamentales se desprenden de las disposiciones concretas contenidas en los principios. Las reglas específicas expresadas en dichas disposiciones deben ser analizadas con el propósito de verificar si reflejan un principio general de amplia aplicación, y por lo tanto apto para ser aplicado también a supuestos diferentes de los que específicamente se regulan en dicha disposición.

Finalmente se indica, como principio general, que las partes siempre tienen la libertad para someterse a un derecho nacional determinado con el fin de que integre las reglas de los principios. A lo que agregamos que en virtud de la

autonomía contractual que impera en este ordenamiento internacional y universal, las partes por supuesto podrán integrar sus contratos con ordenamientos locales, regionales, etc.

4.3.1 Principios Generales Subyacentes

Como ya lo anotábamos, dentro de los principios subyacentes cabe considerar en primer lugar a aquellos a los cuales se hace expresa referencia en los comentarios oficiales a los principios; libertad de contratación, carácter vinculante de los contratos, exclusión o modificación de los principios por las partes y buena fe y lealtad negocial. Pero sin duda será necesario desentrañar aquellos que no se mencionan en forma expresa. Para esto, será necesario un análisis previo de lo que podemos calificar como principios y con posterioridad, para efectos de concretar la solución, atenderemos a los casos particulares en la hipótesis de conflicto.

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua el término “principio” significa, entre otros, “punto que se considera como primero en una extensión o cosa”, “base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia”, “causa, origen de algo”, “cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a

estudiar las ciencias o las artes”. Damos, por tanto, los mismos significados al término “principio” tanto en la expresión “principios jurídicos” como en la de “principios generales del Derecho”. La diferencia entre las expresiones, si es que la hubiere, ¿vendría entonces de la adición del término “generales”? Podría ser; empero no debemos soslayar que el mismo concepto del “Derecho” puede determinar la orientación completa de ambas frases. Lejos de entrar a definir el concepto del Derecho podemos referenciar el Derecho al orden natural, al positivo o a ambos a la vez. La postura que se tome puede determinar que se entienda por “principios jurídicos” una cosa distinta a “principios generales del Derecho” e incluso que haya distingo dentro de una misma expresión. El momento histórico-jurídico clave que puede hacer pensar en un cambio o evolución del pensamiento en torno a los principios jurídicos es la etapa de la Codificación, pues “con anterioridad a los Códigos, sólo podía hablarse de principios jurídicos, y esto con cierta uniformidad por parte de los autores. No tenía además ningún sentido polemizar sobre el contenido de tales principios, resultado de distintos elementos, entre los que no serían menos importantes el Derecho Romano y el Derecho Natural” (Martínez-Sicluna y Sepúlveda, 1993, p. 29¹⁸⁷). Dentro de la concepción clásica de los principios ocuparían especial preeminencia los tria iuris praecepta (honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere) donde el Derecho romano y el natural confluyen.

¹⁸⁷ En: www.wikilearning.com/principios_juridicos_y_principios_generales_del_derecho_introduccion-wkccp-2932-2.htm - 54k

Desde la perspectiva anotada, se genera la antigua polémica acerca de si estos principios pertenecen o no al sistema jurídico positivo. Los partidarios de la existencia de un Derecho natural sostienen que ellos derivan de un “sistema jurídico” distinto al de derecho positivo. Por el contrario, quienes se han autodenominado positivistas, básicamente apuntan a que estos principios derivan de las normas jurídicas positivas, dictadas por la sola voluntad del legislador. Tal diferencia hoy en día se encuentra plenamente superada, y la tendencia apunta a encontrar soluciones más eclécticas respecto del tema. En todo caso, aún no contamos con una definición pacífica y es imposible, *prima facie*, enumerarlos en forma taxativa ya que su número y contenido varían de acuerdo a los estados de perfeccionamiento del derecho.

Por otra parte, el profesor Roberto-Marino Jiménez Cano¹⁸⁸ señala que para hablar de los principios es necesario en primer lugar recurrir al origen de esta palabra, “etimológicamente el término latino principium está compuesto por la raíz derivada de pris, que significa «lo antiguo» y «lo valioso» y de la raíz cp que aparece en el verbo capere —tomar— y en el sustantivo caput —cabeza— (Sánchez de la Torre, 1993, p. 17). Tiene, entonces, un sentido histórico («lo antiguo»), un sentido axiológico («lo valioso») y un sentido ontológico («cabeza»).

¹⁸⁸ <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero3/pgd.htm>

Al respecto el profesor Escriche señala que “Los preceptos del Derecho son tantos cuantos son las leyes; pero se distinguen con este nombre tres principios generales de que nace como de su fuente toda la doctrina del Derecho, y son: 1º vivir honestamente, «honeste vivere»; 2º No hacer mal a otro, «neminem laedere»; 3º Dar a cada uno lo suyo, «suum cuique tribuere». El objeto del primero dicen, es hacer un hombre de bien; el objeto del segundo es hacer un buen ciudadano, y el objeto del tercero es hacer un buen magistrado. El primero enseña lo que el hombre se debe a sí mismo; el segundo lo que debe a los demás, y el tercero, lo que debe un magistrado a los que están sometidos bajo su jurisdicción. El primero de estos preceptos se limita a una pura honestidad, la cual puede violarse sin hacer daño a nadie cuando se hace una cosa que está permitida, pero no es conforme al decoro: "Non omne quod licet, honestum est". El segundo nos ordena que no hagamos en el comercio de la vida cosa alguna que cause daño o perjuicio a otra persona, cualquiera que ella sea, en sus bienes, en su reputación o en su cuerpo, "sive in bonis, sive in fama, sive in corpore", de modo que este concepto excluye toda violencia, toda malicia, todo fraude y, generalmente, todo lo que se opone a la buena fe. El tercero, en fin, enseña a los encargados de la administración de la justicia las reglas que deben seguir en el desempeño de sus funciones». (Escriche, 1845, pp. 338 y 339).

No obstante, actualmente se han multiplicado las referencias a los “principios jurídicos” sin el calificativo de “generales” y sin hacer referencia a los principios del Derecho natural. Creemos que esto se debe unas veces por entender que los principios jurídicos son positivos, derivados del sistema jurídico imperante, y hacer patente la distinción de los denominados “principios generales del Derecho”, iusnaturalistas; otras veces, por evitar una posible insinuación iusnaturalista que puede tener la expresión y, en fin, para referirse a principios de contenido deontológico, intentando desligarse del "fantasma" del Derecho natural.

Según la concepción historicista si los principios generales del Derecho fueran principios de Derecho natural la vaguedad de estos principios propiciaría el arbitrio judicial y, por lo tanto, se produciría una falta de seguridad y certeza jurídicas (uno de los fines de la Codificación). Es por ello que para los positivistas los principios generales del Derecho son principios deducidos del ordenamiento jurídico por analogía (analogia iuris). Las lagunas se evitan y se cierra completamente el sistema si, en defecto de ley y costumbre aplicables al caso, se acude a la analogía. Sin embargo, la concepción iusnaturalista remarca la insuficiencia del ordenamiento jurídico positivo y la necesidad de acudir a los principios del Derecho natural. Pero, para reducir la arbitrariedad judicial los principios generales del Derecho sólo han de ser aplicados en

defecto de Ley y analogía y con respeto a los expresados en el ordenamiento jurídico.

También han surgido posturas más extensas y eclécticas, (Legaz y Lacambra desde la Filosofía jurídica y, desde el Derecho civil, Albaladejo, Bonet, De Buen, De Castro, Clemente De Diego, Puig Peña; sobre las posiciones de la doctrina civilista española del primer tercio del siglo XX¹⁸⁹). Aparte de estas concepciones generales podemos citar algunas definiciones de la doctrina. Para el profesor De Castro son “las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación” (2ª. ed., p. 420¹⁹⁰). El profesor Arce y Flórez-Valdés, siguiendo a De Castro, los define como “las ideas fundamentales sobre la organización jurídica de una comunidad, emanadas de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadora, interpretativa y supletoria respecto de su total ordenamiento jurídico” (1990, p.79¹⁹¹). Según Larenz “los principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible” (1993 reim. de 1ª ed. 1985, p. 32¹⁹²) y los principios ético-jurídicos son “pautas orientadora de normación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción, pueden "justificar" decisiones jurídicas” (3ª ed., 1ª ed. en Ariel, 1994,

¹⁸⁹ EN: www.wikilearning.com/concepciones_doctrinales_sobre_los_principios_generales_del_derecho-wkccp-2932-3.htm - 28k -

¹⁹⁰ EN: www.wikilearning.com/concepciones_doctrinales_sobre_los_principios_generales_del_derecho-wkccp-2932-3.htm - 28k -

¹⁹¹ EN: www.wikilearning.com/concepciones_doctrinales_sobre_los_principios_generales_del_derecho-wkccp-2932-3.htm - 28k -

¹⁹² EN: www.wikilearning.com/concepciones_doctrinales_sobre_los_principios_generales_del_derecho-wkccp-2932-3.htm - 28k -

p. 418). De Castro hablaba antes de la reforma de 1974 de una triple función de los principios generales del Derecho, como fundamento del orden jurídico, orientadores de la labor interpretativa y fuente en caso de insuficiencia de ley y costumbre¹⁹³.

En consecuencia podemos señalar luego de lo precedentemente expuesto por los autores citados, que los principios generales del derecho, constituyen parte integrante del ordenamiento jurídico, de todos ellos o al menos de su mayoría. En la especie, sin duda de los principios sobre los contratos comerciales internacionales elaborados por UNIDROIT. Su naturaleza es de norma jurídica. En nuestro análisis, comparten la categoría de soft law que se atribuyeron a los principios y es posible encontrar un núcleo universal de principios que permita integrar este derecho universal sobre contratos comerciales. Por otro lado pese a que cumplen distintas funciones en lo que a la completitud de un ordenamiento jurídico se refiere, es de destacar en este apartado que su labor integradora es de suma relevancia en la medida en que generan directivas para efectos de integrar de acuerdo a criterios objetivos preestablecidos de antemano por la comunidad internacional, quienes autorizan la utilización de los mismos y los crean en la medida en que engloban sus “buenas prácticas contractuales” pese a que muchos de ellos están establecidos desde antaño, remontándonos a épocas anteriores a la antigua Roma. Proporcionan un marco

¹⁹³ <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero3/pgd.htm>

general para la elaboración y desarrollo del derecho que permite guiar al ordenamiento jurídico internacional y universal permitiendo, además de otras funciones, al intérprete dar solución a lagunas en la legislación contractual.

4.3.2 Derechos Locales

La referencia de los Principios a los derechos locales es soslayada por sus redactores. En principio se debe acudir a otras fuentes y por último integrar este derecho universal con derechos nacionales, pasando primero por la analogía, los principios generales del derecho y finalmente este elemento.

En todo caso se debe tener presente por el intérprete que ante una laguna, la referencia a los derechos locales no implica la autorización para acudir a aquel que él estime “propio de las naciones más civilizadas”, desde ya porque no se comprende que en un mundo global haya quienes discriminen de acuerdo a criterios propios. Sin duda, en este caso se deberá atender a las prácticas del comercio global, a las partes implicadas en el “juego de prestaciones” así como también el espacio físico en que se desenvuelve el conflicto contractual.

4.4 Buena fe como principio de integración

El principio de buena fe ha sido constantemente mencionado en este trabajo, y se comprende la importancia que posee en los círculos comerciales internacionales. Pero además desde el punto de la integración permite la creación de derechos y obligaciones de las partes aunque limitándose a ciertas cláusulas precisas ya que de lo contrario el intérprete tendría carta blanca para la creación de derecho uniforme.

La jurisprudencia ha reconocido la facultad del principio de buena fe en virtud del cual se permite la creación de derechos y obligaciones no contenidas en los principios, en el contrato o bien que no resultan de la costumbre internacional.

Su función integradora se plasma en varios laudos internacionales.

En todo caso, en general los derechos reconocidos por el intérprete en virtud de la aplicación del principio de buena fe han sido previamente reconocidos por los usos del comercio, así como también por los usos contractuales. Incluso, han sido llamados los nuevos principios generales de integración.

Por esta vía, han sido incorporados usos del comercio global reconocidos por la jurisprudencia internacional como tales, así por ejemplo se manifiesta en los deberes impuestos a las partes de concluir un contrato en el caso de que las

negociaciones preliminares se encuentren avanzadas o bien la obligación de comunicar a la contraparte el derecho interno que eventualmente puede integrar el contrato, así como deberes explicitados en éste.

El deber de conocer los idiomas usuales en el tráfico mercantil ha sido reconocido en la sentencia del Oberlandesgericht Hamm, de 8 de febrero de 1995¹⁹⁴, que si bien aplica la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, da al principio de buena fe un alcance para la eficacia de la norma en cuanto a la declaración emitida en un idioma distinto al de cada una de las partes y al de redacción del contrato, pero usuales en el tráfico mercantil del que se trata y de accesible traducción.

Los nuevos derechos no regulados expresamente en los Principios, se rigen por las reglas de integración de los principios generales, incluidos en los principios UNIDROIT. Sólo en defecto de estas reglas eventualmente se podría recurrir a normas de derecho internacional privado.

La remisión al principio de buena fe consiste en la posibilidad de adaptación de los principio de UNIDROIT a la realidad constantemente mutable del comercio global.

¹⁹⁴ En Praxis des Internatioanalen privat und verfahrensrecht, 1996.

Adicionalmente, los principios ofrecen para efectos de su flexibilidad y adaptación el reenvío a los usos y prácticas del comercio así como también a las prácticas establecidas entre las partes. Las reglas que derivemos de este principio no solo nos permiten acrecentar el derecho uniforme sino que también ir desarrollando progresivamente el derecho comunitario, esta vez para una aldea global.

4.5 Aplicación de otras normas como criterio de integración

Dentro de este apartado podríamos mencionar varias normas de remisión, pero debido a los fines de este trabajo, solo nos remitiremos a aquellas mas relevantes.

Las normas de derecho internacional privado eventualmente pueden ser utilizadas como elementos de integración, bien para el caso de que deban integrar lagunas intra legem, es decir en cuestiones excluidas de la regulación de los principios UNIDROIT, o bien en los supuestos en que ellos no son aplicables.

El uso de las normas de derecho internacional privado en la integración intra legem no se encuentra excluido, pero tampoco regulado. Su aplicación exige que previamente resulte aplicable la *lex fori* que se remita a ellos.

Respecto de las lagunas *praeter legem*, existe un principio regulador de tal supuesto, así ya lo hemos señalado al anunciar el artículo 1.6 en lo referente a las lagunas, en particular en la medida en que se hace expresa referencia a los principios generales subyacentes. Sin perjuicio de lo cual en los comentarios, también oficiales y que se consideran parte integrante de los mismos, se hace alusión a otros elementos que se utilizarán en la integración, permitiendo el cierre de este sistema con expresa referencia al derecho interno.

De existir contradicción entre los principios integradores de UNIDROIT, ello en principio debe impedir la remisión a normas de derecho internacional privado, porque el derecho uniforme lo que pretende es conseguir un sistema paralelo de solución de conflictos globales, o en caso de hacerlo, lograr con antelación una ponderación de los principios de modo de generar reglas abstractas que regulen a los contratos comerciales internacionales.

En relación a otros instrumentos de derecho uniforme, la integración se puede efectuar por la vía de los principios generales del comercio global así como también por remisión a las prácticas contractuales globales. De todos modos es

sumamente relevante considerar estos documentos ya que manifiestan en gran medida el consenso de los actores globales por regular sus prácticas internacionales.

La labor de auto integración normativa se basa principalmente en los siguientes instrumentos, considerados una base común del tráfico jurídico comercial internacional, claves en el desarrollo de la nueva *lex mercatoria*, puesto que han permitido una progresiva evolución de la normativa internacional: Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, Principios Contractuales de derecho europeo, los CIDIPs, y en particular los principios de ellos derivados e incorporados por la Central List.

CONCLUSIONES

Indiscutible resulta sostener que el mundo actual es globalizado. Esta globalización implica necesariamente una serie de consecuencias, las que, en general, escapan de nuestra esfera de control, en tanto los agentes del comercio global son quienes gobiernan el tráfico comercial internacional, determinando la evolución de nuestros mercados.

Los nuevos agentes del comercio global no pueden ser incardinados en la vetusta clasificación de “comerciantes”. Hoy en día no sólo los particulares participan de los procesos de intercambio internacional, sino que, en gran medida, lo hacen también los Estados y los entes públicos, sometiéndose a una regulación común, apartados del imperio que eventualmente los podría acompañar cuando interactúan dentro de la esfera de su competencia territorial.

El contrato, instrumento jurídico-comercial utilizado normalmente por todos los operadores internacionales, ha adquirido en estas últimas décadas un insospechado desarrollo y ha potenciado su rol instrumental en tanto ha servido de vehículo, trasportando no sólo riquezas, a través de intercambios económicos, sino que adicionalmente costumbres, conocimientos y una serie de bienes inmateriales, gracias a la permeable forma que puede adoptar ante las necesidades de los habitantes de esta aldea global.

Sin perjuicio de lo anterior, la disímil regulación que existe dentro de cada tradición jurídica o de cada cultura de derecho evidentemente no ha permitido entender al contrato de manera unívoca; esta multiplicidad de regulaciones normativas del contrato, como hemos podido apreciar, de una u otra manera ha entorpecido el comercio global y ha entrabado la libre circulación de los bienes susceptibles de ser transferidos mediante un acuerdo de voluntades. Esta dispersión normativa adquiere ribetes insospechados cuando se trata de una regulación común para los distintos operadores, de lo que resulta necesario propender hacia la unificación o, al menos, hacia la armonización del derecho internacional privado, específicamente, de aquél llamado a normar las relaciones comerciales internacionales.

Este ámbito normativo se encuentra carente de una regulación jurídica unificada. Así, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías primero y, los denominados “Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales”, luego, vinieron en colmar esta falencia.

El instituto UNIDROIT ha intentado con éxito, abarcar la regulación de todos los contratos comerciales internacionales, mediante una regulación espontánea, conciliadora y, algunas veces, correctiva de los hábitos de operadores internacionales. Esta regulación está ajena a una corriente política o económica

determinada. Ha logrado imponer por la fuerza de la autoridad su normativa. UNIDROIT no ha abandonado su tarea, ha perfeccionado la regulación en un principio compilada y no descansa en su meta por difundir a todos los países del orbe y operadores internacionales esta reglamentación global.

La comunidad internacional ha recibido con agrado esta regulación, aceptando regirse por los Principios en caso de no ser resueltos por ellos mismos los eventuales conflictos que producto de la vigencia, cumplimiento y término del contrato pudieran originarse en sus transacciones comerciales. De otro lado, UNIDROIT a través de UNILEX, ha proporcionado a la comunidad internacional las herramientas necesarias para verificar la vigencia de la aplicación de sus Principios por quienes son llamados a resolver las contiendas comerciales internacionales, siendo relevante además para cumplir con los criterios de autonomía, uniformidad e internacionalidad.

Tal regulación internacional no sería realmente universal si, al momento de ser interpretada, se recurriera a criterios localistas o territoriales. De esta manera, aparece como sustancialmente necesaria la existencia de una interpretación autónoma de los Principios, uniforme en todo el orbe con independencia del intérprete, con miras a su internacionalidad y vocación interestatal.

Los redactores de los principios han sido enfáticos en señalar la importancia de utilizar criterios internacionales a la hora de interpretar e integrar los Principios, sin perjuicio que la existencia de estos criterios “internacionales” de hermenéutica ellos no excluyen, necesariamente, a los elementos tradicionales de interpretación e integración utilizados en los ordenamientos jurídicos locales, pero a lo menos, exige tomarlos con cautela, reservando la aplicabilidad de los mismos a su internacionalización y uniformidad de utilización entre las distintas comunidades del mundo globalizado. Los Principios han sido muy cuidadosos en este sentido, han adoptado fórmulas eclécticas cuando la prudencia así lo ha aconsejado y se han atrevido a adoptar determinadas posturas cuando lo ha exigido la razón y la justicia, inspirados en la corrección del tráfico jurídico-económico mundial.

Los elementos de interpretación han de ser considerados según las circunstancias de la especie, las partes contratantes; su origen, lugar de celebración del contrato, lugar de ejecución de las prestaciones y en general con miras a una base común que regule las prestaciones. Entre los más relevantes encontramos la interpretación sistemática, sociológica, económica, jurisprudencial, la relación con otros instrumentos de derecho uniforme, y con cautela, en base a una interpretación histórica, gramatical y comparada.

Nuestro País no se encuentra ajeno al sentir de la comunidad internacional, ha entendido que el Estado ha perdido el monopolio en la producción del derecho, ello a lo menos a nivel de principios, sin embargo es necesario que aumenten las iniciativas para hacer de este “derecho global” un verdadero instrumento jurídico, aplicable por los jueces cuando así lo reclame el contrato en cuestión.

Las iniciativas deben apuntar a modificar los criterios totalizadores, permitir el intercambio comercial conlleva necesariamente una mayor y mejor regulación jurídica internacional. UNIDROIT no descansa en la búsqueda de una reglamentación global y nuestro País debe unirse al logro de estas ambiciosas metas, aunando criterios en la utilización, interpretación e integración de estas normas comerciales internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

Autores

1. ADAME GODDARD, JORGE. Hacia un concepto internacional de contrato. Contratación Internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Panamericana. 1998.
2. ATIYAH, P.S. An Introduction to the Law of Contract. Fifth Edition. Oxford: Clarendon Press, 1995.
3. ATIYAH, P.S. The Sale of Goods. Ninth Edition. London: Pitman Publishing, 1995.
4. BARBERIS, JULIO. Formación del derecho internacional, Buenos Aires, Ábaco Rodolfo de Palma, 1994.
5. BARBERO, DOMÉNICO. Sistema del derecho privado, Tomo I. Traducción de Santiago Santis Melendo, Ediciones jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1967.
6. BERGER, KLAUS METER. The Creeping Codification of the Lex Mercatoria, The Hague, London, Boston, 1999.
7. BONELL, M. J. Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention. Milán, Giuffrè, 1987.
8. CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS. CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER Y OTROS. Derecho internacional privado. Editorial Comares. Segunda edición. Granada, 2000.
9. CHOMSKY, NOAH. El nuevo orden Mundial. Traducción Carme Castells. Barcelona. 2002.
10. DEL VECCHIO, GIORGIO. Filosofía del Derecho. 6a. edición. Bosch, Barcelona, 1953.

11. DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS. El principio de la buena fe y sus aplicaciones prácticas. Barcelona, Bosch, 1965.
12. DIEZ-PICAZO, LUIS. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo I, Introducción, Teoría del Contrato. Cuarta edición. Madrid, Editorial Civitas, 1996.
13. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Tomo I. Introducción. Teoría del Contrato. 2º ed., Madrid, Civitas, 1996.
14. DIEZ-PICAZO, LUIS. Sistema de Derecho Civil. Tomo I. 11º Edición. Madrid. 2003.
15. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, LUIS (Dir.). “La Compraventa Internacional de Mercaderías. Comentario de la Convención de Viena”. Madrid. Editorial Civitas, 1998.
16. DWORKIN, RONALD. El imperio de la Justicia. Editorial Gedisa. Barcelona, 1988.
17. ESPULGUES MOTA, CARLOS Y DANIEL HARGAIN. Derecho del Comercio Internacional. Editorial Reus, Madrid, 2005.
18. FERNANDEZ DE LA GANDARA, LUIS & CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS. Derecho Mercantil Internacional. Editorial Tecnos, S.A., segunda edición, Madrid, 1995.
19. FERRARESE, M., R. Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale, Il Mulino, Bologna, 2000.
20. FERREIRA RUBIO, DELIA MATILDE. La buena fe. Editorial Montecorvo, Madrid, 1984.
21. FRIED, CHARLES. La obligación contractual. El contrato como promesa. Traducción de Pablo Ruiz-Tagle V. Editado por Harvard University Press 1981, Chile, Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición en español 1996.

22. FRIEDMAN, DANIEL. Good Faith and Fault in contract law. Clarendon, Oxford.1995.
23. GALGANO, FRANCESCO. La globalización en el espejo del derecho, Editorial Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2005.
24. GALGANO, FRANCESCO. El Negocio Jurídico. Editorial Tirant lo Bianca, Valencia, 1992.
25. GOODE, ROY. The concept of good faith in English law, en Saggi, Conferenze e Seminari del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 1992.
26. GARRO, ALEJANDRO MIGUEL & ZUPPI, ALBERTO LUIS. Compraventa Internacional de Mercaderías. Convención de Viena de 1980. Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1990.
27. HUSSONMOREL. RODOLFO C. La Compraventa Internacional de Mercaderías, Editorial La Ley, Argentina, edición de 2004.
28. International Encyclopedia of Laws, Contracts (Argentina), Kluwer Law & Taxation Publishers, (1995).
29. LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. Los contratos Parte General. Tomo I. 2º edición, Santiago, 1998.
30. MÓNACO. L`evoluzione attuale del diritto uniforme, en Raccolta di scritti in memoria di agostino curtì galdino, volumen 1, 1990.
31. OVIEDO ALBAN, JORGE. Introducción a los Principios UNIDROIT Contratos Comerciales Internacionales. Editorial Colex. Madrid, 2003.
32. OVIEDO ALBÁN, JORGE. Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo. Pace Law School Institute of International Commercial Law - Last updated December 6, 2001. En <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html>

33. PERALES VISCOSILLAS, M^a DEL PILAR. Capítulo II-Formación. En Comentarios a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional. Coordinador: David Morán Bovio. Pamplona: Aranzadi, 1999, pp.97-160.
34. POSNER, RICHARD A. Economic Analysis Law, primera edición Little, Brown and Company, 1973. El análisis económico del derecho; Fondo de Cultura Económica. 6^o edición, México, 2003.
35. RAMÍREZ NECOCHEA, MARIO. Curso de Derecho Internacional Privado. Impreso en LOM Ediciones limitada, Santiago, 1999.
36. RIPERT, GEORGES. La Regla Moral en las obligaciones Civiles. Editorial La gran Colombia, 1946.
37. VAQUER ALOY, ANTONI, Estudios de Derecho Privado Europeo, Madrid, Civitas, 2000.
38. VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, Introducción al derecho mercantil, 13^a edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
39. ZAPATERO, VIRGILIO. Editorial Horizontes de la filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel Tomo I. Universidad de Alcalá, 2002.
40. ZIMMERMANN REINHARD, Estudios de derecho privado europeo. Traducción de ANTONI VAQUER ALOY España, Madrid, Civitas, 2000.

Legislación

1. Código Civil de la República de Chile.
2. Código de Derecho Internacional Privado, decreto número 374, del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 10 de abril de 1934, publicado en el diario oficial el 25 de abril de 1934.
3. Principios sobre los contratos comerciales internacionales elaborados por UNIDROIT.

Jurisprudencia

1. UNILEX. CISG and UNIDROIT Principles. *Internacional case law and bibliography. A collection of international caselaw and bibliography on two of the most important international instruments for the regulation of international commercial transactions.*

Revistas y artículos.

1. ABASCAL J.M. "Los Principios de UNIDROIT como instrumento para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme o textos de derecho interno". *The UNIDROIT Principles: a Common Law of Contracts for the Americas?*, 1998, pp. 211-220.
2. ADAME GODDARD J. "Hacia un concepto internacional de contrato". *Comentarios a los principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pp. 15-32.
3. ASENSIO P. A. "Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales". *Diritto del commercio internazionale*, número 4, 1998, pp. 859-883.
4. BARON G. "Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a New Lex Mercatoria?". *Arbitration International*, 1999, pp. 115-130. En <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>
5. BONELL, M. JOACHIM Y SANDRO SCHIPANI. "Principi per i Contratti Commerciali Internazionali". (ed.), Roma e América. *Collana di Studi Latinoamericani*, Padua, Cedam, 1996, volumen 9, pp. XIX-359.
6. BONELL, M. JOACHIM. "I principi UNIDROIT nella pratica. Casistica e bibliografía i principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali", Milano 2002, pp. 507-518.

7. BONELL, MICHAEL JOACHIM. "The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Cism - Alternatives or Complementary Instruments?". En: 26 Uniform Law Review, 1996, pp. 26-39.
8. BOUTIN, GILBERTO. "Lex mercatoria: Fundamento y apreciación en el derecho internacional panameño". Avances del derecho internacional privado en América latina. Fundación de cultura universitaria, 2002, pp. 287-300.
9. FARNSWORTH E.A. "The UNIDROIT Principles: A new lingua franca for the drafting of international commercial contracts?". The UNIDROIT Principles: a Common Law of Contracts for the Americas?, 1998, pp.193-199.
10. FERRARI, FRANCO. "Uniform interpretation of the 1980 Uniform Sales Law". Georgia Journal of International and Comparative Law, 1994, volumen 24, número 2, pp. 200-234.
11. FERRARI BRAVO, LUIGI. "La tutela dei diritti in Europa", Europa e diritto privato 2001, pp. 37-40.
12. GALGANO, FRANCESCO. "Lex mercatoria, shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales". Revista de derecho mercantil. Número 247, 2003, pp. 7-20.
13. GARRO, ALEJANDRO MIGUEL. "The Contribution of the UNIDROIT Principles to the Advancement of International Commercial Arbitration", Tulane Journal of International and Comparative Law , volumen 3, Números. 1-2,1995, pp. 93-128.
14. GEBAUER, MARTIN. "General Principles and Autonomous Interpretation", en Uniform Law Review, 2000, páginas 683-705. En <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/gebauer.html>
15. HARTKAMP A.S. "The Concept of Good Faith in the UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts". 3 Tulane Journal of International and Comparative Law, n.1/2, 1994, pp. 65-71.

16. HINESTROSA F. "Los Principios de UNIDROIT: Una nueva lingua franca". The UNIDROIT Principles: a Common Law of Contracts for the Americas?, 1998, pp. 185-191.
17. HINESTROSA FORERO, FERNANDO. "Codificación, descodificación y remodificación". Revista de La Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá, volumen.323, 2003, pp. 63 – 73.
18. LABARIEGA VILLANUEVA, PEDRO ALFONSO. "El UNIDROIT: Instituto Internacional para la unificación del derecho privado". Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. En <http://www.juridicas.unam.mx/invest/directorio/investigador.htm?p=labariega>
19. LIMA TORRADO, JESUS. "Problemas concernientes a la ambigüedad conceptual y terminológica de la globalización y su incidencia ideológica sobre el sistema de derechos humanos". Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luís García San Miguel, coord. por Virgilio Zapatero Gómez, Volumen 1, 2002.
20. MADRIÑAN DE LA TORRE, RAMON, "La costumbre mercantil en los principios sobre contratos comerciales compilados por UNIDROIT", en Revista Universitas número 100, Diciembre de 2000, p. 177.
21. MALO VALENZUELA, MIGUEL ÁNGEL. "Armonización internacional de las reglas sobre interpretación de los contratos". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario número 688, Marzo de 2005, pp. 583-618.
22. MEREMÍNSKAYA, ELINA. "Impactos de la integración económica en la aplicación del derecho privado", Revista de derecho (Valdivia), diciembre 2003, volumen 15, pp. 57-73.
23. OVIEDO ALBÁN, J. "Los Principios de UNIDROIT para los contratos internacionales". Revista de derecho internacional y del MERCOSUR, 2002, número 5, pp.11-35.
24. OVIEDO ALBÁN, JORGE. "La Unificación del derecho privado: UNIDROIT y los principios para los contratos comerciales internacionales". en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html#*

25. OVIEDO ALBÁN, J. "UNIDROIT y la unificación del derecho privado: referencia a los principios para los contratos comerciales internacionales". En LUIS CALVO CARAVACA, A. - PILAR BLANCO-MORALES, L. (Eds.) - Globalización y derecho, Madrid, Editorial Colex, 2003.
26. PARRA A.M. "Cumplimiento". Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 275-316.
27. PERALES VISCASILLAS M. "Los Principios de UNIDROIT y CISG: su mutua interacción". Comentarios a los principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, pp. 187-208.
28. PERALES VISCASILLAS M. "Los Principios de UNIDROIT como objeto y como instrumento de interpretación". The UNIDROIT Principles: a Common Law of Contracts for the Americas?, 1998, pp. 303-309.
29. PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR. "Unidroit Principles of International Commercial contracts: sphere of application and general provisions". The Arizona journal of international and comparative law, November 1996, volumen 13, número 2, pp. 380-441.
30. PERALES VISCASILLAS, MARIA DEL PILAR. "El derecho uniforme del comercio internacional: Los principios de UNIDROIT". Revista de Derecho Mercantil, enero-marzo 1997, nº 223, pp.221-297.
31. PERALES VISCASILLAS P. "El derecho uniforme del Comercio Internacional: los Principios de Unidroit". Revista de derecho mercantil, 1997, pp. 221-297.
32. POSNER. RICHARD. "El análisis económico del derecho en el common law, en el sistema romano germánico y en las naciones en desarrollo". Exposición plenaria dada en el XXI Congreso Mundial de la Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) en Lund, Suecia, el 14 de agosto de 2003. en <http://www.upc.edu.pe/bolson/0/16/gru/49/Articulo%201%20Posner.pdf>

33. REVISTA DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE, 2001, pp. 211.
34. ROCCO, ALFREDO. "Principios de derecho mercantil", Revista de derecho privado, Madrid, 1931, p. 447.
35. SIQUEIROS, J. L. "Los Nuevos Principios de UNIDROIT 2004 sobre Contratos Comerciales Internacionales". Revista de Derecho Privado 2005, pp. 129-145.
36. VEYTIA H. "El capítulo uno de los Principios del UNIDROIT: Disposiciones generales", en Contratación internacional, Comentarios a los principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT. Universidad Nacional Autónoma de México - Universidad Panamericana (ed.) 1998, pp. 33-52.
37. ZIMMERMANN, R. "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004 in Comparative Perspective". 21 Tulane European & Civil Law Forum (2006), pp. 1 -33.

Instituciones

1. CEPAL. Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
2. UNCITRAL. United Nations Commission on International Trade Law.
3. UNIDROIT. International Institute for the Unification of Private Law.

Paginas Web

1. <http://v880.derecho.unam.mx>
2. <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/05garro.pdf>
3. <http://www.analesderecho.uchile.cl>
4. <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/138/5.pdf>
5. <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/b/blackstone.htm>
6. <http://cisg.tij.uia.mx>
7. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio>
8. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban1.html>
9. <http://www.conhist.org>
10. <http://www.eclac.cl>
11. <http://www.emercatoria.edu.co>
12. <http://es.wikipedia.org>

13. <http://www.geocities.com>
14. <http://www.javeriana.edu.co/politicas/publicaciones/documents/5.La.nueva.lex.pdf>
15. <http://www.juridicas.unam.mx/publica>
16. <http://www.librarius.com.ar>
17. <http://www.mingaonline.uach.cl>
18. <http://www.porticolegal.com>
19. http://www.tdx.cbuc.es/TESIS_UAB/AVAILABLE/TDX-1104102-180214//maw2de3.pdf
20. <http://www.uncitral.org>
21. http://www.unia.es/nuevo_inf_academica/visualizar_file_Adjunto.asp?ID=3134
22. <http://www.unilex.info>
23. <http://www.unidroit.org>
24. <http://www.un.org/spanish/>

ANEXO I

PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES 2004

PREAMBULO

(Propósito de los Principios)

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

Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su
contrato
se rija por ellos.(*)

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su
contrato
se rija por los “principios generales del derecho”, la “lex mercatoria” o
expresiones
semejantes.

Estos Principios pueden proporcionar una solución a un punto controvertido
cuando
no sea posible determinar cuál es la regla (rule) de derecho aplicable a dicho
contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar
instrumentos
internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden servir como modelo para la legislación a nivel nacional

e

internacional.

CAPÍTULO 1 — DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1.1

(Libertad de contratación)

Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido.

ARTÍCULO 1.2

(Libertad de forma)

Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración

o

acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular.

El

contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos.

ARTÍCULO 1.3

(Carácter vinculante de los contratos)

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede

ser

modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las

partes o por

algún otro modo conforme a estos Principios.

ARTÍCULO 1.4

(Normas de carácter imperativo)

Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo,

sean

de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables
conforme a las
normas pertinentes de derecho internacional privado.

Las partes que deseen aplicar a su contrato los Principios pueden usar la
siguiente cláusula,

con la adición de eventuales excepciones o modificaciones:

“... El presente contrato se rige por los Principios de UNIDROIT (2004) [excepto
en lo que
respecta a los Artículos ...]”.

Si las partes desearan pactar también la aplicación de un derecho nacional en
particular

pueden recurrir a la siguiente fórmula:

“El presente contrato se rige por los Principios de UNIDROIT (2004) [excepto en
lo que
respecta a los Artículos ...]”, integrados cuando sea necesario por el derecho
[del Estado “X”].

ARTÍCULO 1.5

(Exclusión o modificación de los Principios por las partes)

Las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o
modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se
disponga
algo diferente.

ARTÍCULO 1.6

(Interpretación e integración de los Principios)

(1) En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter
internacional

así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad

en su aplicación.

(2) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes.

ARTÍCULO 1.7

(Buena fe y lealtad negocial)

- (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.
- (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

ARTÍCULO 1.8

(Comportamiento contradictorio. Venire contra factum proprium)

Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja.

ARTÍCULO 1.9

(Usos y prácticas)

- (1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
- (2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el

tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.

ARTÍCULO 1.10

(Notificación)

(1) Cuando sea necesaria una notificación, ésta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias.

(2) La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida.

(3) A los fines del párrafo anterior, se considera que una notificación “llega” al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal.

(4) A los fines de este artículo, la palabra “notificación” incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención.

ARTÍCULO 1.11

(Definiciones)

A los fines de estos Principios:

- “tribunal” incluye un tribunal arbitral;
- si una de las partes tiene más de un “establecimiento,” su “establecimiento” será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de

- la celebración del contrato o en el momento de su celebración;
- “deudor” o “deudora” es la parte a quien compete cumplir una obligación, y
 - “acreedor” o “acreedora” es el titular del derecho a reclamar su cumplimiento;
 - “escrito” incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible.

ARTÍCULO 1.12

(Modo de contar los plazos fijados por las partes)

(1) Los días feriados oficiales o no laborables que caigan dentro de un plazo fijado por las partes para el cumplimiento de un acto quedarán incluidos a los efectos de calcular dicho plazo.

(2) En todo caso, si el plazo expira en un día que se considera feriado oficial o no laborable en el lugar adonde se encuentra el establecimiento de la parte que debe cumplir un acto, el plazo queda prorrogado hasta el día hábil siguiente, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

(3) El uso horario es el del lugar del establecimiento de la parte que fija el plazo, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

CAPÍTULO 2 — FORMACIÓN Y APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

SECCIÓN 1: FORMACION

ARTÍCULO 2.1.1

(Modo de perfección)

El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo.

ARTÍCULO 2.1.2

(Definición de la oferta)

Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

ARTÍCULO 2.1.3

(Retiro de la oferta)

- (1) La oferta surte efectos cuando llega al destinatario.
- (2) Cualquier oferta, aun cuando sea irrevocable, puede ser retirada si la notificación de su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

ARTÍCULO 2.1.4

(Revocación de la oferta)

- (1) La oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación.
- (2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:
 - (a) si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable, o
 - (b) si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta.

ARTÍCULO 2.1.5

(Rechazo de la oferta)

La oferta se extingue cuando la notificación de su rechazo llega al oferente.

ARTÍCULO 2.1.6

(Modo de aceptación)

(1) Constituye aceptación toda declaración o cualquier otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación.

(2) La aceptación de la oferta surte efectos cuando la indicación de asentimiento llega al oferente.

(3) No obstante, si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificación al oferente, la aceptación surte efectos cuando se ejecute dicho acto.

ARTÍCULO 2.1.7

(Plazo para la aceptación)

La oferta debe ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, si no se hubiere

fijado plazo, dentro del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluso

la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. Una oferta verbal

debe aceptarse inmediatamente, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

ARTÍCULO 2.1.8

(Aceptación dentro de un plazo fijo)

El plazo de expedición fijado por el oferente comienza a correr desde el momento de expedición de la oferta. A menos que las circunstancias indiquen otra cosa, se presume que la fecha que indica la oferta es la de expedición.

ARTÍCULO 2.1.9

(Aceptación tardía. Demora en la transmisión)

- (1) No obstante, la aceptación tardía surtirá efectos como aceptación si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o lo notifica en tal sentido.
- (2) Si la comunicación que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado oportunamente al oferente, tal aceptación surtirá efecto a menos que, sin demora injustificada, el oferente informe al destinatario que su oferta ya había caducado.

ARTÍCULO 2.1.10

(Retiro de la aceptación)

La aceptación puede retirarse si su retiro llega al oferente antes o al mismo tiempo

que la aceptación haya surtido efecto.

ARTÍCULO 2.1.11

(Aceptación modificada)

(1) La respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones, es un rechazo de la oferta y constituye una contraoferta.

(2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene términos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituye una aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

ARTÍCULO 2.1.12

(Confirmación por escrito)

Si dentro de un plazo razonable con posterioridad al perfeccionamiento del contrato fuese enviado un escrito que pretenda constituirse en confirmación de aquél y contuviere términos adicionales o diferentes, éstos pasarán a integrar el contrato a menos que lo alteren sustancialmente o que el destinatario, sin demora injustificada, objete la discrepancia.

ARTÍCULO 2.1.13

(Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular)

Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insiste en que el contrato no se entenderá perfeccionado hasta lograr un acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular, el contrato no se considerará perfeccionado mientras no se llegue a ese acuerdo.

ARTÍCULO 2.1.14

(Contrato con términos “abiertos”)

(1) Si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente hayan dejado algún término sujeto a ulteriores negociaciones o a su

determinación por un tercero no impedirá el perfeccionamiento del contrato.

(2) La existencia del contrato no se verá afectada por el hecho de que con posterioridad:

(a) las partes no se pongan de acuerdo acerca de dicho término, o

(b) el tercero no lo determine, siempre y cuando haya algún modo razonable para

determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes.

ARTÍCULO 2.1.15

(Negociaciones de mala fe)

(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no

son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe

es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.

(3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

ARTÍCULO 2.1.16

(Deber de confidencialidad)

Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las

negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en

provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el

contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta

obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.

ARTÍCULO 2.1.17

(Cláusulas de integración)

Un contrato escrito que contiene una cláusula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante

prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o

acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito.

ARTÍCULO 2.1.18

(Modificación en una forma en particular)

Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos.

ARTÍCULO 2.1.19

(Contratación con cláusulas estándar)

- (1) Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los Artículos 2.1.20 al 2.1.22.
- (2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte.

ARTÍCULO 2.1.20

(Cláusulas sorprendentes)

- (1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no

hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera
aceptado
expresamente.

(2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en
cuenta
su contenido, lenguaje y presentación.

ARTÍCULO 2.1.21

(Conflicto entre cláusulas estándar y no-estándar)

En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea,
prevalecerá
esta última.

ARTÍCULO 2.1.22

(Conflicto entre formularios)

Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto
en lo
que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá perfeccionado sobre
la base de
los términos acordados y de lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que
sean
sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente indique
con
antelación, o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la
contraparte,
que no desea quedar obligada por dicho contrato.

SECCIÓN 2: APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

ARTÍCULO 2.2.1

(Ámbito de aplicación de esta sección)

- (1) Esta sección regula la facultad de una persona, (“el representante”), para afectar las relaciones jurídicas de otra persona (“el representado”) por o con respecto a un contrato con un tercero, ya sea que el representante actué en su nombre o en el del representado.
- (2) Sólo regula las relaciones entre el representado o el representante, por un lado, y el tercero por la otra.
- (3) No regula la facultad del representante conferida por la ley ni la facultad de un representante designado por una autoridad pública o judicial.

ARTÍCULO 2.2.2

(Constitución y alcance de la facultad del representante)

- (1) El otorgamiento de facultades por el representado al representante puede ser expreso o tácito.
- (2) El representante tiene facultad para realizar todos los actos necesarios, según las circunstancias, para lograr los objetivos por los que el apoderamiento fue conferido.

ARTÍCULO 2.2.3

(Representación aparente)

- (1) Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero

sabía o debería haber sabido que el representante estaba actuando como tal,
los actos del
representante afectan directamente las relaciones jurídicas entre el
representado y al
tercero, sin generar relación jurídica alguna entre el representante y el tercero.
(2) Sin embargo, los actos del representante sólo afectan las relaciones entre el
representante y el tercero, cuando con el consentimiento del representado el
representante asume la posición de parte contratante.

ARTÍCULO 2.2.4

(Representación oculta)

(1) Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el
tercero
no sabía ni debería haber sabido que el representante estaba actuando como
tal, los actos
del representante afectan solamente las relaciones entre el representante y el
tercero.

(2) Sin embargo, cuando tal representante, al contratar con un tercero por
cuenta
de una empresa, se comporta como dueño de ella, el tercero al descubrir la
identidad del
verdadero titular de la misma, podrá ejercitar contra este último las acciones
que tenga
en contra del representante.

ARTÍCULO 2.2.5

(Representante actuando sin apoderamiento o excediéndolo)

- (1) Cuando un representante actúa sin poder o lo excede, sus actos no afectan las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero.
- (2) Sin embargo, cuando el representado genera en el tercero la convicción razonable para creer que el representante tiene facultad para actuar por cuenta del representado y que el representante está actuando en el ámbito de ese poder, el representado no puede invocar contra el tercero la falta de poder del representante.

ARTÍCULO 2.2.6

(Responsabilidad del representante sin poder o excediéndolo)

- (1) Un representante que actúa sin poder o excediéndolo es responsable, a falta de ratificación por el representado, de la indemnización que resulte de poner al tercero en la misma posición en que se hubiera encontrado si el representante hubiera actuado con poder y sin excederlo.
- (2) Sin embargo, el representante no es responsable si el tercero sabía o debía haber sabido que el representante no tenía poder o estaba excediéndolo.

ARTÍCULO 2.2.7

(Conflicto de intereses)

- (1) Si un contrato celebrado por un representante lo involucra en un conflicto de intereses con el representado, del que el tercero sabía o debería haber sabido, el

representado puede anular el contrato. El derecho a la anulación se somete a los

Artículos 3.12 y 3.14 a 3.17.

(2) Sin embargo, el representado no puede anular el contrato

(a) si ha consentido que el representante se involucre en el conflicto de intereses,

o lo sabía o debería haberlo sabido; o

(b) si el representante ha revelado el conflicto de intereses al representado y éste

nada ha objetado en un plazo razonable.

ARTÍCULO 2.2.8

(Sub-representación)

Un representante tiene la facultad implícita para designar un sub-representante a fin

de realizar actos que no cabe razonablemente esperar que el representante realice por sí.

Las disposiciones de esta sección se aplican a la sub-representación.

ARTÍCULO 2.2.9

(Ratificación)

(1) Un acto por un representante que actúa sin poder o excediéndolo puede ser ratificado por el representado. Con la ratificación el acto produce iguales efectos que si

hubiese sido realizado desde un comienzo con apoderamiento.

(2) El tercero puede, mediante comunicación al representado, otorgarle un plazo

razonable para la ratificación. Si el representado no lo ratifica en ese plazo, no podrá

hacerlo después.

- (3) Si cuando el representante actúa el tercero no sabía ni podía haber sabido la falta de apoderamiento, puede, en cualquier momento previo a la ratificación, notificarle al representado su rechazo a quedar vinculado por una ratificación.

ARTÍCULO 2.2.10

(Extinción del poder)

- (1) La extinción del poder no es efectiva en relación a un tercero a menos que éste la conozca o debiera haberla conocido.
- (2) No obstante la extinción de su poder, un representante continúa facultado para realizar aquellos actos que son necesarios para evitar un daño a los intereses del representado.

CAPÍTULO 3 — VALIDEZ

ARTÍCULO 3.1

(Cuestiones excluidas)

Estos Principios no se ocupan de la invalidez del contrato causada por:

- (a) falta de capacidad;
- (b) inmoralidad o ilegalidad.

ARTÍCULO 3.2

(Validez del mero acuerdo)

Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero
acuerdo
de las partes, sin ningún requisito adicional.

ARTÍCULO 3.3

(Imposibilidad inicial)

- (1) No afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su
celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída.
- (2) Tampoco afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento
de
su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los
bienes
objeto del contrato.

ARTÍCULO 3.4

(Definición del error)

El error consiste en una concepción equivocada sobre los hechos o sobre el
derecho
existente al momento en que se celebró el contrato.

ARTÍCULO 3.5

(Error determinante)

- (1) Una parte puede anular un contrato a causa de error si al momento de su
celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la
misma
situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría
hecho en
términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de
las cosas,

y:

(a) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o lo debió haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios

comerciales razonables de lealtad negocial; o

(b) en el momento de anular el contrato, la otra parte no había actuado aún razonablemente de conformidad con el contrato.

(2) No obstante, una parte no puede anular un contrato si:

(a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o

(b) el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el

riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte

debe soportar dicho riesgo.

(a) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o lo debió haber

conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales

razonables de lealtad negocial; o

(b) en el momento de anular el contrato, la otra parte no había actuado aún de conformidad con el contrato.

(2) No obstante, una parte no puede anular un contrato si:

(a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o

(b) el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el

riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe

soportar dicho riesgo.

ARTÍCULO 3.6

(Error en la expresión o en la transmisión)

Un error en la expresión o en la transmisión de una declaración es imputable a la persona de quien emanó dicha declaración.

ARTÍCULO 3.7

(Remedios por incumplimiento)

Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento.

ARTÍCULO 3.8

(Dolo)

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

ARTÍCULO 3.9

(Intimidación)

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, la cual, tomando en consideración las circunstancias del caso,

fue tan inminente y grave como para dejar a la otra parte sin otra alternativa razonable. En particular, una amenaza es injustificada si la acción u omisión con la que el promitente fue amenazado es intrínsecamente incorrecta, o resultó incorrecto recurrir a dicha amenaza para obtener la celebración del contrato.

ARTÍCULO 3.10

(Excesiva desproporción)

(1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

(a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión,

ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y

(b) la naturaleza y finalidad del contrato.

(2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

(3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta

obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicarán, por consiguiente, las disposiciones del Artículo 3.13(2).

ARTÍCULO 3.11

(Terceros)

(1) Cuando el dolo, la intimidación, excesiva desproporción o el error sean imputables o sean conocidos o deban ser conocidos por un tercero de cuyos actos es

responsable la otra parte, el contrato puede anularse bajo las mismas condiciones que si

dichas anomalías hubieran sido obra suya.

(2) Cuando el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción sean imputables a

un tercero de cuyos actos no es responsable la otra parte, el contrato puede anularse si

dicha parte conoció o debió conocer el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción, o bien si en el momento de anularlo dicha parte no había actuado todavía

de conformidad con lo previsto en el contrato.

ARTÍCULO 3.12

(Confirmación)

La anulación del contrato queda excluida si la parte facultada para anularlo lo confirma de una manera expresa o tácita una vez que ha comenzado a correr el plazo

para notificar la anulación.

ARTÍCULO 3.13

(Pérdida del derecho a anular el contrato)

- (1) Si una de las partes se encuentra facultada para anular un contrato por causa de error, pero la otra declara su voluntad de cumplirlo o cumple el contrato en los términos en los que la parte facultada para anularlo lo entendió, el contrato se considerará perfeccionado en dichos términos. En tal caso, la parte interesada en cumplirlo deberá hacer tal declaración o cumplir el contrato inmediatamente de ser informada de la manera en que la parte facultada para anularlo lo ha entendido y antes de que ella proceda a obrar razonablemente de conformidad con la notificación de anulación.
- (2) La facultad de anular el contrato se extingue a consecuencia de dicha declaración o cumplimiento, y cualquier otra notificación de anulación hecha con anterioridad no tendrá valor alguno.

ARTÍCULO 3.14

(Notificación de anulación)

El derecho a anular un contrato se ejerce cursando una notificación a la otra parte.

ARTÍCULO 3.15

(Plazos)

- (1) La notificación de anular el contrato debe realizarse dentro de un plazo razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, después de que la parte impugnante conoció o no podía ignorar los hechos o pudo obrar libremente.
- (2) Cuando una cláusula del contrato pueda ser anulada en virtud del Artículo

3.10, el plazo para notificar la anulación empezará a correr a partir del momento
en que
dicha cláusula sea invocada por la otra parte.

ARTÍCULO 3.16

(Anulación parcial)

Si la causa de anulación afecta sólo a algunas cláusulas del contrato, los
efectos de
la anulación se limitarán a dichas cláusulas a menos que, teniendo en cuenta
las
circunstancias, no sea razonable conservar el resto del contrato.

ARTÍCULO 3.17

(Efectos retroactivos)

- (1) La anulación tiene efectos retroactivos.
- (2) En caso de anulación, cualquiera de las partes puede reclamar la restitución
de lo
entregado conforme al contrato o a la parte del contrato que haya sido anulada,
siempre que
proceda al mismo tiempo a restituir lo recibido conforme al contrato o a la parte
que haya
sido anulada. Si no puede restituir en especie lo recibido, deberá compensar
adecuadamente a la otra parte.

ARTÍCULO 3.18

(Daños y perjuicios)

Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció
o debía

haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra
los daños y
perjuicios causados, colocándola en la misma situación en que se encontraría
de no haber
celebrado el contrato.

ARTÍCULO 3.19

(Carácter imperativo de estas disposiciones)

Las disposiciones de este capítulo son imperativas, salvo cuando ellas se
refieran a la
fuerza vinculante del mero acuerdo, a la imposibilidad inicial de cumplimiento y
al error.

ARTÍCULO 3.20

(Declaraciones unilaterales)

Las disposiciones de este capítulo se aplicarán, con las modificaciones
pertinentes, a
toda comunicación de intención que una parte dirija a la otra.

CAPÍTULO 4 — INTERPRETACIÓN

ARTÍCULO 4.1

(Intención de las partes)

(1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes.

(2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará
conforme

al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas
razonables de la

misma condición que las partes.

ARTÍCULO 4.2

(Interpretación de declaraciones y otros actos)

(1) Las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte, siempre que la otra parte la haya conocido o no la haya

podido

ignorar.

(2) Si el párrafo precedente no es aplicable, tales declaraciones y actos

deberán

interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias

similares

una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

ARTÍCULO 4.3

(Circunstancias relevantes)

Para la aplicación de los Artículos 4.1 y 4.2, deberán tomarse en consideración

todas

las circunstancias, incluyendo:

(a) las negociaciones previas entre las partes;

(b) las prácticas que ellas hayan establecido entre sí;

(c) los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del

contrato;

(d) la naturaleza y finalidad del contrato;

(e) el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el

respectivo

ramo comercial; y

(f) los usos.

ARTÍCULO 4.4

(Interpretación sistemática del contrato)

Los términos y expresiones se interpretarán conforme a la totalidad del contrato
o la
declaración en la que aparezcan en su conjunto.

ARTÍCULO 4.5

(Interpretación dando efecto a todas las disposiciones)

Los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos
ellos,
antes que de privar de efectos a alguno de ellos.

ARTÍCULO 4.6

(Interpretación contra proferentem)

Si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se
preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.

ARTÍCULO 4.7

(Discrepancias lingüísticas)

Cuando un contrato es redactado en dos o más versiones de lenguaje, todas
igualmente auténticas, prevalecerá, en caso de discrepancia entre tales
versiones, la
interpretación acorde con la versión en la que el contrato fue redactado
originalmente.

ARTÍCULO 4.8

(Integración del contrato)

(1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término
importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será
integrado con

un término apropiado a las circunstancias.

(2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta,

entre

otros factores, los siguientes:

- (a) la intención de las partes;
- (b) la naturaleza y finalidad del contrato;
- (c) la buena fe y la lealtad negocial;
- (d) el sentido común.

CAPÍTULO 5 — CONTENIDO Y ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

SECCIÓN 1: CONTENIDO

ARTÍCULO 5.1.1

(Obligaciones expresas e implícitas)

Las obligaciones contractuales de las partes pueden ser expresas o implícitas.

ARTÍCULO 5.1.2

(Obligaciones implícitas)

Las obligaciones implícitas pueden derivarse de:

- (a) la naturaleza y la finalidad del contrato;
- (b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos;
- (c) la buena fe y la lealtad negocial.
- (d) el sentido común.

ARTÍCULO 5.1.3

(Cooperación entre las partes)

Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda

ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última.

ARTÍCULO 5.1.4

(Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos)

(1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.

(2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a

emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.

ARTÍCULO 5.1.5

(Determinación del tipo de obligación)

Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta,

entre otros factores:

(a) los términos en los que se describe la prestación en el contrato;

(b) el precio y otros términos del contrato;

(c) el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado;

(d) la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación.

ARTÍCULO 5.1.6

(Determinación de la calidad de la prestación)

Cuando la calidad de la prestación no ha sido precisada en el contrato ni puede ser determinada en base a éste, el deudor debe una prestación de una calidad razonable y no inferior a la calidad media, según las circunstancias.

ARTÍCULO 5.1.7

(Determinación del precio)

- (1) Cuando el contrato no fija el precio o carece de términos para determinarlo, se considera que las partes, salvo indicación en contrario, se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, si no puede establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se remitieron a un precio razonable.
- (2) Cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario.
- (3) Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y éste no puede o no quiere fijarlo, el precio será uno razonable.
- (4) Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen o que han dejado de existir o de ser accesibles, se recurrirá como sustituto al factor equivalente más

cercano.

ARTÍCULO 5.1.8

(Contrato de tiempo indefinido)

Cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con razonable anticipación.

ARTÍCULO 5.1.9

(Renuncia por acuerdo de partes)

- (1) Un acreedor puede renunciar a su derecho mediante un acuerdo con el deudor.
- (2) La oferta de renunciar a título gratuito a un derecho se presume aceptada si el deudor no la rechaza inmediatamente después de conocerla.

SECCION 2: ESTIPULACION A FAVOR DE TERCEROS

ARTÍCULO 5.2.1

(Estipulación a favor de terceros)

- (1) Las partes (el “promitente” y el “estipulante”) pueden otorgar por acuerdo expreso o tácito un derecho a un tercero (el “beneficiario”).
- (2) La existencia y contenido del derecho del beneficiario a cargo del promitente están determinados por el acuerdo de las partes y sujetos a las condiciones y limitaciones previstas en dicho acuerdo.

ARTÍCULO 5.2.2

(Identificación del beneficiario)

El beneficiario debe estar identificado con suficiente certeza adecuada en el contrato pero no necesita existir cuando se celebre.

ARTÍCULO 5.2.3

(Cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad)

El otorgamiento de derechos al beneficiario incluye el de invocar una cláusula en el contrato que excluye o limite la responsabilidad del beneficiario.

ARTÍCULO 5.2.4

(Excepciones)

El promitente puede oponer al beneficiario toda excepción que el promitente pueda oponer al estipulante.

ARTÍCULO 5.2.5

(Revocación)

Las partes pueden modificar o revocar los derechos otorgados por el contrato al beneficiario hasta que éste los ha aceptado o haya actuado razonablemente de conformidad con ellos.

ARTÍCULO 5.2.6

(Renuncia)

El beneficiario puede renunciar a un derecho que se le otorgue.

CAPÍTULO 6: CUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1: CUMPLIMIENTO EN GENERAL

ARTÍCULO 6.1.1

(Momento del cumplimiento)

Una parte debe cumplir sus obligaciones:

- (a) si el momento es fijado o determinable por el contrato, en ese momento;
- (b) si un período de tiempo es fijado o determinable por el contrato, en cualquier momento dentro de tal período, a menos que las circunstancias indiquen que a la otra parte le corresponde elegir el momento del cumplimiento;
- (c) en cualquier otro caso, en un plazo razonable después de la celebración del contrato.

ARTÍCULO 6.1.2

(Cumplimiento en un solo momento o en etapas)

En los casos previstos en el Artículo 6.1.1(b) o (c), el deudor debe cumplir sus obligaciones en un solo momento, siempre que la prestación pueda realizarse de una vez y que las circunstancias no indiquen otro modo de cumplimiento.

ARTÍCULO 6.1.3

(Cumplimiento parcial)

- (1) El acreedor puede rechazar una oferta de un cumplimiento parcial efectuada al vencimiento de la obligación, vaya acompañada o no dicha oferta de una garantía relativa al cumplimiento del resto de la obligación, a menos que el acreedor carezca de interés legítimo para el rechazo.
- (2) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento parcial han

de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor.

ARTÍCULO 6.1.4

(Secuencia en el cumplimiento)

(1) En la medida en que las prestaciones de las partes puedan ser efectuadas de manera simultánea, las partes deben realizarlas simultáneamente, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.

(2) En la medida en que la prestación de sólo una de las partes exija un período de tiempo, esta parte debe efectuar primero su prestación, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.

ARTÍCULO 6.1.5

(Cumplimiento anticipado)

(1) El acreedor puede rechazar el cumplimiento anticipado de la obligación a menos que carezca de interés legítimo para hacerlo.

(2) La aceptación por una parte de un cumplimiento anticipado no afecta el plazo para el cumplimiento de sus propias obligaciones si este último fue fijado sin considerar el momento del cumplimiento de las obligaciones de la otra parte.

(3) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento anticipado han de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le

pueda corresponder al acreedor.

ARTÍCULO 6.1.6

(Lugar del cumplimiento)

- (1) Si el lugar de cumplimiento no está fijado en el contrato ni es determinable con base en aquél, una parte debe cumplir:
 - (a) en el establecimiento del acreedor cuando se trate de una obligación dineraria;
 - (b) en su propio establecimiento cuando se trate de cualquier otra obligación.
- (2) Una parte debe soportar cualquier incremento de los gastos que inciden en el cumplimiento y que fuere ocasionado por un cambio en el lugar de su establecimiento ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato.

ARTÍCULO 6.1.7

(Pago con cheque u otro instrumento)

- (1) El pago puede efectuarse en cualquier forma utilizada en el curso ordinario de los negocios en el lugar del pago.
- (2) No obstante, un acreedor que acepta un cheque o cualquier otra orden de pago o promesa de pago, ya sea en virtud del párrafo anterior o voluntariamente, se presume que lo acepta solamente bajo la condición de que sea cumplida.

ARTÍCULO 6.1.8

(Pago por transferencia de fondos)

- (1) El pago puede efectuarse por una transferencia a cualquiera de las

instituciones financieras en las que el acreedor haya hecho saber que tiene una
cuenta, a
menos que haya indicado una cuenta en particular.

(2) En el caso de pago por transferencia de fondos, la obligación se cumple al
hacerse efectiva la transferencia a la institución financiera del acreedor.

ARTÍCULO 6.1.9

(Moneda de pago)

(1) Si una obligación dineraria es expresada en una moneda diferente a la del
lugar

del lugar, éste puede efectuarse en la moneda de dicho lugar, a menos que:

(a) dicha moneda no sea convertible libremente; o

(b) las partes hayan convenido que el pago debería efectuarse sólo en la
moneda

en la cual la obligación dineraria ha sido expresada.

(2) Si es imposible para el deudor efectuar el pago en la moneda en la cual la
obligación dineraria ha sido expresada, el acreedor puede reclamar el pago en
la moneda

del lugar del pago, aun en el caso al que se refiere el parágrafo (1)(b) de este
Artículo.

(3) El pago en la moneda del lugar de pago debe efectuarse conforme al tipo de
cambio aplicable que predomina en ese lugar al momento en que debe
efectuarse el pago.

(4) Sin embargo, si el deudor no ha pagado cuando debió hacerlo, el acreedor
puede reclamar el pago conforme al tipo de cambio aplicable y predominante,
bien al

vencimiento de la obligación o en el momento del pago efectivo.

ARTÍCULO 6.1.10

(Moneda no expresada)

Si el contrato no expresa una moneda en particular, el pago debe efectuarse en
la
moneda del lugar donde ha de efectuarse el pago.

ARTÍCULO 6.1.11

(Gastos del cumplimiento)

Cada parte debe soportar los gastos del cumplimiento de sus obligaciones.

ARTÍCULO 6.1.12

(Imputación de pagos)

- (1) Un deudor de varias obligaciones dinerarias al mismo acreedor puede especificar al momento del pago a cuál de ellas pretende que sea aplicado el pago. En cualquier caso, el pago ha de imputarse en primer lugar a cualquier gasto, luego a los intereses debidos y finalmente al capital.
- (2) Si el deudor no hace tal especificación, el acreedor puede, dentro de un plazo razonable después del pago, indicar al deudor a cuál de las obligaciones lo imputa, siempre que dicha obligación sea vencida y sea indisputada.
- (3) A falta de imputación conforme a los párrafos (1) o (2) de este Artículo, el pago se imputa, en el orden indicado, a la obligación que satisfaga uno de los siguientes criterios:
- (a) la obligación que sea vencida, o la primera en vencerse;
 - (b) la obligación que cuente con menos garantías para el acreedor;

(c) la obligación que es más onerosa para el deudor;

(d) la obligación que surgió primero.

Si ninguno de los criterios precedentes se aplica, el pago se imputa a todas las obligaciones proporcionalmente.

ARTÍCULO 6.1.13

(Imputación del pago de obligaciones no dinerarias)

El Artículo 6.1.12 se aplica, con las adaptaciones del caso, a la imputación del pago de obligaciones no dinerarias.

ARTÍCULO 6.1.14

(Solicitud de autorización pública)

Cuando la ley de un Estado requiera una autorización pública que afecta la validez del contrato o su cumplimiento y ni la ley ni las circunstancias del caso indican algo distinto:

(a) si sólo una parte tiene su establecimiento en tal Estado, esa parte deberá tomar

las medidas necesarias para obtener la autorización; y

(b) en los demás casos, la parte cuyo cumplimiento requiere de la autorización deberá tomar las medidas necesarias para obtenerla.

ARTÍCULO 6.1.15

(Gestión de la autorización)

(1) La parte obligada a tomar las medidas necesarias para obtener la autorización

debe hacerlo sin demora injustificada y soportará todos los gastos en que incurra.

(2) Esa parte deberá, cuando sea pertinente, notificar a la otra parte, sin demora injustificada, de la concesión o la denegación de la autorización.

ARTÍCULO 6.1.16

(Autorización ni otorgada ni denegada)

(1) Cualquiera de las partes puede resolver el contrato si, pese a que la parte responsable de obtener la autorización ha tomado todas las medidas requeridas para obtenerla, ésta no se otorga ni rechaza dentro del plazo convenido o, cuando no se haya acordado plazo alguno, dentro de un plazo prudencial a partir de la celebración del contrato.

(2) No se aplicará lo previsto en el parágrafo (1) de este Artículo cuando la autorización afecte solamente algunas cláusulas del contrato, siempre que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea razonable mantener el resto del contrato a pesar de haber sido denegada la autorización.

ARTÍCULO 6.1.17

(Autorización denegada)

(1) La denegación de una autorización que afecta la validez del contrato comporta su nulidad. Si la denegación afecta únicamente la validez de algunas cláusulas, sólo tales cláusulas serán nulas si, teniendo en cuenta las circunstancias, es razonable mantener el resto del contrato.

(2) Se aplican las reglas del incumplimiento cuando la denegación de una autorización haga imposible, en todo o en parte, el cumplimiento del contrato.

SECCIÓN 2: EXCESIVA ONEROSIDAD (*HARDSHIP*)

ARTÍCULO 6.2.1

(Obligatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre “excesiva onerosidad” (*hardship*).

ARTÍCULO 6.2.2

(Definición de la “excesiva onerosidad” (*hardship*))

Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

ARTÍCULO 6.2.3

(Efectos de la “excesiva onerosidad” (*hardship*))

(1) En caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:

(a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o

(b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

CAPÍTULO 7 — INCUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1: INCUMPLIMIENTO EN GENERAL

ARTÍCULO 7.1.1

(Definición del incumplimiento)

El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus

obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento

tardío.

ARTÍCULO 7.1.2

(Interferencia de la otra parte)

Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo.

ARTÍCULO 7.1.3

(Suspensión del cumplimiento)

- (1) Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación.
- (2) Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido.

ARTÍCULO 7.1.4

(Subsanación del incumplimiento)

- (1) La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando:
 - (a) notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación;
 - (b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias;
 - (c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y
 - (d) dicha subsanación se lleve a cabo sin demora.
- (2) La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento.
- (3) Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el

cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar.

(4) La parte perjudicada puede suspender su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación.

(5) A pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación.

ARTÍCULO 7.1.5

(Período suplementario para el cumplimiento)

(1) En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder, mediante notificación a la otra parte, un período suplementario para que cumpla.

(2) Durante el período suplementario, la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero

no podrá ejercitar ningún otro remedio. La parte perjudicada puede ejercitar cualquiera de los remedios previstos en este Capítulo si la otra parte le notifica que no cumplirá dentro del período suplementario o si éste finaliza sin que la prestación debida haya sido realizada.

(3) En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha notificado a la otra el otorgamiento de un período suplementario de

duración razonable, puede resolver el contrato al final de dicho período. El período suplementario que no sea de una duración razonable puede extenderse en consonancia con dicha duración. La parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple.

(4) El parágrafo (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora.

ARTÍCULO 7.1.6

(Cláusulas de exoneración)

Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato.

ARTÍCULO 7.1.7

(Fuerza mayor) (force majeure)

(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un

período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento
en el
cumplimiento del contrato.

(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.

(4) Nada de lo dispuesto en este Artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.

SECCIÓN 2: DERECHO A RECLAMAR EL CUMPLIMIENTO

ARTÍCULO 7.2.1

(Cumplimiento de obligaciones dinerarias)

Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago.

ARTÍCULO 7.2.2

(Cumplimiento de obligaciones no dinerarias)

Si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que:

- (a) tal prestación sea jurídica o físicamente imposible;
- (b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa;
- (c) la parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía;
- (d) la prestación tenga carácter exclusivamente personal; o
- (e) la parte legitimada para recibir la prestación no la reclame dentro de un plazo razonable desde de que supo o debió haberse enterado del incumplimiento.

ARTÍCULO 7.2.3

(Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa)

El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa. Lo dispuesto en los Artículos 7.2.1 y 7.2.2 se aplicará según proceda.

ARTÍCULO 7.2.4

(Pena judicial)

- (1) Cuando un tribunal ordena a una parte que cumpla, también puede ordenar que pague una pena si no cumple con la orden.
- (2) La pena será pagada a la parte perjudicada, salvo que normas imperativas del derecho del foro dispongan otra cosa. El pago de la pena a la parte perjudicada no excluye el derecho de ésta al resarcimiento.

ARTÍCULO 7.2.5

(Cambio de remedio)

(1) La parte perjudicada que ha reclamado el cumplimiento de una obligación no dineraria y no lo ha obtenido dentro del plazo fijado o, en su defecto, dentro de un plazo

razonable, podrá recurrir a cualquier otro remedio.

(2) En caso de no ser factible la ejecución de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligación no dineraria, la parte perjudicada podrá recurrir a

cualquier otro remedio.

SECCIÓN 3: RESOLUCIÓN

ARTÍCULO 7.3.1

(Derecho a resolver el contrato)

(1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las

obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.

(2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:

(a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía

derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni

podido prever razonablemente ese resultado;

(b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;

(c) el incumplimiento fue intencional o temerario;

(d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la

otra cumplirá en el futuro;

(e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

(3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si

la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el Artículo 7.1.5.

ARTÍCULO 7.3.2

(Notificación de la resolución)

(1) El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte.

(2) Si la prestación ha sido ofrecida tardíamente o de otro modo no conforme con

el contrato, la parte perjudicada perderá el derecho a resolver el contrato a menos que

notifique su decisión a la otra parte en un período razonable después de que supo o

debió saber de la oferta o de la prestación defectuosa.

ARTÍCULO 7.3.3

(Incumplimiento anticipado)

Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de

las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el

contrato.

ARTÍCULO 7.3.4

(Garantía adecuada de cumplimiento)

Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte puede reclamar una garantía adecuada del cumplimiento y, mientras tanto, puede suspender su propia prestación. Si esta garantía no es otorgada en un plazo razonable, la parte que la reclama puede resolver el contrato.

ARTÍCULO 7.3.5

(Efectos generales de la resolución)

- (1) La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras.
- (2) La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.
- (3) La resolución no afecta cualquier término del contrato relativo al arreglo de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a operar aún después de haber sido resuelto.

ARTÍCULO 7.3.6

(Restitución)

- (1) Al resolver el contrato, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo que haya entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a la vez

lo que haya recibido. Si no es posible o apropiada la restitución en especie,
deberá
hacerse una compensación en dinero, siempre que sea razonable.
(2) No obstante, si el contrato es divisible y su cumplimiento se extendió durante
algún tiempo, la restitución sólo podrá reclamarse para el período posterior al
efecto de
la resolución.

SECCIÓN 4: RESARCIMIENTO

ARTÍCULO 7.4.1

(Derecho al resarcimiento)

Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al
resarcimiento,
bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el
incumplimiento
sea excusable conforme a estos Principios.

ARTÍCULO 7.4.2

(Reparación integral)

- (1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado
por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y
cualquier
ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la
parte
perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.
- (2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico
y la angustia emocional.

ARTÍCULO 7.4.3

(Certeza del daño)

- (1) La compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza.
- (2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca.
- (3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento.

ARTÍCULO 7.4.4

(Previsibilidad del daño)

La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.

ARTÍCULO 7.4.5

(Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo)

Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.

ARTÍCULO 7.4.6

(Prueba del daño por el precio corriente)

- (1) Si la parte perjudicada ha resuelto el contrato y no ha efectuado una operación de reemplazo, pero hay un precio corriente para la prestación contratada, podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de la resolución del contrato, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.
- (2) Precio corriente es el precio generalmente cobrado por mercaderías entregadas o servicios prestados en circunstancias semejantes en el lugar donde el contrato debió haberse cumplido o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio corriente en otro lugar que parezca razonable tomar como referencia.

ARTÍCULO 7.4.7

(Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada)
Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes.

ARTÍCULO 7.4.8

(Atenuación del daño)
Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro

acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes.

ARTÍCULO 7.4.9

(Intereses por falta de pago de dinero)

(1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la

obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago.

(2) El tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el

lugar donde éste ha de ser efectuado. Cuando no exista tal tipo en ese lugar, entonces se

aplicará el mismo tipo en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de dicho tipo en

esos lugares, el tipo de interés será el que sea apropiado conforme al derecho del Estado

de la moneda de pago.

(3) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de

pago causa mayores daños.

ARTÍCULO 7.4.10

(Intereses sobre el resarcimiento)

A menos que se convenga otra cosa, los intereses sobre el resarcimiento por el

incumplimiento de obligaciones no dinerarias comenzarán a devengarse desde
el momento
del incumplimiento.

ARTÍCULO 7.4.11

(Modalidad de la compensación monetaria)

(1) El resarcimiento ha de pagarse en una suma global. No obstante, puede pagarse a plazos cuando la naturaleza del daño lo haga apropiado.

(2) El resarcimiento pagadero a plazos podrá ser indexado.

ARTÍCULO 7.4.12

(Moneda en la que se fija el resarcimiento)

El resarcimiento ha de fijarse, según sea más apropiado, bien en la moneda en
la
cual la obligación dineraria fue expresada o en aquella en la cual el perjuicio fue
sufrido.

ARTÍCULO 7.4.13

(Pago estipulado para el incumplimiento)

(1) Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una
suma

determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada
tiene

derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.

(2) No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada
puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con
relación

al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.

CAPÍTULO 8 — COMPENSACIÓN

ARTÍCULO 8.1

(Condiciones de la compensación)

(1) Cuando dos partes se deben recíprocamente deudas de dinero u otras prestaciones de igual naturaleza, cualquiera de ellas (“la primera parte”) puede compensar su obligación con la de su acreedor (“la otra parte”) si en el momento de la compensación:

- (a) la primera parte está facultada para cumplir con su obligación;
- (b) la obligación de la otra parte está determinada en cuanto a su existencia e importe y su cumplimiento es debido.

(2) Si las obligaciones de ambas partes surgen del mismo contrato, la primera parte puede también compensar su obligación con una obligación de la otra parte cuya existencia e importe no se encuentre determinado.

ARTÍCULO 8.2

(Compensación de deudas en moneda extranjera)

Cuando las obligaciones sean de pagar dinero en diferentes monedas, el derecho a compensar puede ejercitarse siempre que ambas monedas sean libremente convertibles y las partes no hayan convenido que la primera parte sólo podría pagar en una moneda determinada.

ARTÍCULO 8.3

(Notificación de la compensación)

El derecho a compensar se ejerce por notificación a la otra parte.

ARTÍCULO 8.4

(Contenido de la notificación)

(1) La notificación debe especificar las obligaciones a las que se refiere.

(2) Si la notificación no especifica la obligación con la que es ejercitada la compensación,

la otra parte puede, en un plazo razonable, declarar a la otra parte la obligación a la

que se refiere la compensación. Si tal declaración no se hace, la compensación se referirá a

todas las obligaciones proporcionalmente.

ARTÍCULO 8.5

(Efectos de la compensación)

(1) La compensación extingue las obligaciones.

(2) Si las obligaciones difieren en su importe, la compensación extingue las obligaciones hasta el importe de la obligación menos onerosa.

(3) La compensación surte efectos desde la notificación.

CAPÍTULO 9 — CESIÓN DE CRÉDITOS, TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES Y CESIÓN DE CONTRATOS

SECCIÓN 1: CESIÓN DE CRÉDITOS

ARTÍCULO 9.1.1

(Definiciones)

“Cesión de créditos” es un acuerdo mediante el cual una persona (“cedente”) le

transmite a otra (“cesionario”) un derecho al pago de una suma de dinero u otra
prestación
a cargo de un tercero (“deudor”), incluyendo una transferencia a modo de
garantía.

ARTÍCULO 9.1.2

(Exclusiones)

Esta sección no se aplica a las transferencias hechas bajo las reglas especiales
que
regulan transferencias:

- (a) de instrumentos como títulos de crédito, títulos representativos de dominio,
instrumentos financieros, o
- (b) de derechos incluidos en la transferencia de una empresa.

ARTÍCULO 9.1.3

(Posibilidad de ceder créditos no dinerarios)

Un crédito a una prestación no dineraria sólo puede ser cedido si la cesión no
hace
sustancialmente más onerosa la prestación.

ARTÍCULO 9.1.4

(Cesión parcial)

- (1) El pago de una suma de dinero puede ser cedido parcialmente.
- (2) Un crédito a una prestación no dineraria puede ser cedido parcialmente solo
si
es divisible y la cesión no hace sustancialmente más onerosa la prestación.

ARTÍCULO 9.1.5

(Cesión de créditos futuros)

Un crédito futuro se considera cedido en el momento de celebrarse el acuerdo, siempre que cuando llegue a existir dicho crédito pueda ser identificado como al que la cesión se refiere.

ARTÍCULO 9.1.6

(Créditos cedidos sin especificación individual)

Pueden cederse varios créditos sin que sean identificados individualmente, siempre que tales créditos, en el momento de la cesión o cuando lleguen a existir, puedan ser identificados como a los que la cesión se refiere.

ARTÍCULO 9.1.7

(Suficiencia de convenio entre cedente y cesionario)

- (1) Un crédito es cedido por el mero convenio entre el cedente y el cesionario, sin notificación al deudor.
- (2) No se requiere el consentimiento del deudor a menos que la obligación, según las circunstancias, sea de carácter esencialmente personal.

ARTÍCULO 9.1.8

(Costes adicionales del deudor)

El deudor tiene derecho a ser indemnizado por el cedente o el cesionario por cualesquiera costes adicionales causados por la cesión.

ARTÍCULO 9.1.9

(Cláusulas prohibiendo la cesión)

- (1) La cesión de un crédito al pago de una suma de dinero es efectiva pese al acuerdo entre cedente y deudor limitando o prohibiendo tal cesión. Sin embargo, el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento de contrato.
- (2) La cesión de un crédito a otra prestación no es efectiva si viola un acuerdo entre el cedente y el deudor que limite o prohíba la cesión. No obstante, la cesión es efectiva si el cesionario, en el momento de la cesión, ni conocía ni debía haber conocido el acuerdo. En este caso, el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato.

ARTÍCULO 9.1.10

(Notificación al deudor)

- (1) El deudor se libera pagando al cedente hasta tanto no reciba del cedente o del cesionario una notificación de la cesión.
- (2) Después que el deudor recibe tal notificación, sólo se libera pagando al cesionario.

ARTÍCULO 9.1.11

(Cesiones sucesivas)

Si un mismo crédito ha sido cedido por el mismo cedente a dos o más cesionarios sucesivos, el deudor se libera pagando conforme al orden en que las notificaciones fueron recibidas.

ARTÍCULO 9.1.12

(Prueba adecuada de la cesión)

- (1) Si la notificación de la cesión es dada por el cesionario, el deudor puede solicitar al cesionario que dentro de un plazo razonable suministre prueba adecuada de que la cesión ha sido hecha.
- (2) El deudor puede suspender el pago hasta que se suministre prueba adecuada.
- (3) La notificación no es efectiva a menos que se suministre prueba adecuada de la cesión.
- (4) Prueba adecuada de la cesión incluye, pero no está limitada a, cualquier escrito emanado del cedente e indicando que la cesión ha tenido lugar.

ARTÍCULO 9.1.13

(Excepciones y derechos de compensación)

- (1) El deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones que pudiese oponer al cedente.
- (2) El deudor puede ejercitar contra el cesionario cualquier derecho de compensación de que disponga contra el cedente hasta el momento en que sea recibida la notificación de la cesión.

ARTÍCULO 9.1.14

(Derechos relativos al crédito cedido)

La cesión de un crédito transmite al cesionario:

- (a) todos los derechos del cedente al pago u otra prestación según el contrato en relación al crédito cedido, y
- (b) todos los derechos que garantizan el cumplimiento del crédito cedido.

ARTÍCULO 9.1.15

(Obligaciones del cedente)

El cedente garantiza al cesionario, excepto que algo distinto se manifieste al cesionario, que:

- (a) el crédito cedido existe al momento de la cesión, salvo que el crédito sea un derecho futuro;
- (b) el cedente está facultado para ceder el crédito;
- (c) el crédito no ha sido previamente cedido a otro cesionario y está libre de cualquier derecho o reclamación de un tercero;
- (d) el deudor no tiene excepción alguna;
- (e) ni el deudor ni el cedente han notificado la existencia de compensación alguna respecto del crédito cedido y no darán tal notificación;
- (f) el cedente reembolsará al cesionario cualquier pago recibido del deudor antes de ser dada notificación de la cesión.

SECCIÓN 2: TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES

ARTÍCULO 9.2.1

(Modalidades de la transferencia)

Una obligación de pagar dinero o de ejecutar otra prestación puede ser transferida

de una persona (el “deudor originario”) a otra (el “nuevo deudor”) sea:

- (a) por un acuerdo entre el deudor originario y el nuevo deudor, conforme al Artículo 9.2.3, o
- (b) por un acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor, por el cual el nuevo deudor asume la obligación.

ARTÍCULO 9.2.2

(Exclusión)

Esta sección no se aplica a las transferencias de obligaciones sometidas a reglas especiales que regulan transferencias de obligaciones en el curso de la transferencia de una empresa.

ARTÍCULO 9.2.3

(Exigencia del consentimiento del acreedor para la transferencia)

La transferencia de obligaciones por un acuerdo entre el deudor originario y el nuevo deudor requiere el consentimiento del acreedor.

- (1) El acreedor puede dar su consentimiento anticipadamente.
- (2) Si el acreedor ha dado su consentimiento anticipadamente, la transferencia de la obligación llega a ser efectiva cuando una notificación de la transferencia se da al acreedor o cuando el acreedor la reconoce.

ARTÍCULO 9.2.5

(Liberación del deudor originario)

- (1) El acreedor puede liberar al deudor originario.
- (2) El acreedor puede también retener al deudor originario como deudor en caso de que el nuevo deudor no cumpla adecuadamente.
- (3) En cualquier otro caso, el deudor originario y el nuevo deudor responden solidariamente.

ARTÍCULO 9.2.6

(Cumplimiento a cargo de un tercero)

- (1) Sin el consentimiento del acreedor, el deudor puede convenir con otra persona que ésta cumplirá la obligación en lugar del deudor, a menos que la obligación, según las circunstancias, tenga un carácter esencialmente personal.
- (2) El acreedor conserva su recurso contra el deudor.

ARTÍCULO 9.2.7

(Excepciones y derechos de compensación)

- (1) El nuevo deudor puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que el deudor originario podía oponer contra el acreedor.
- (2) El nuevo deudor no puede ejercer contra el acreedor ningún derecho de compensación disponible al deudor originario contra el acreedor.

ARTICULO 9.2.8

(Derechos relativos a la obligación transferida)

- (1) El acreedor puede oponer contra el nuevo deudor, respecto de la obligación transferida, todos sus derechos al pago o a otra prestación bajo el contrato.
- (2) Si el deudor originario es liberado en virtud del Artículo 9.2.5(1), queda también liberada cualquier garantía otorgada por cualquier persona para el cumplimiento de la obligación, a menos que esa otra persona acuerde que la garantía continuará disponible al acreedor.

(3) La liberación del deudor originario también se extiende a cualquier garantía del deudor originario otorgada al acreedor para garantizar el cumplimiento de la obligación, a menos que la garantía sea sobre un bien que sea transferido como parte de una operación entre el deudor originario y el nuevo deudor.

SECCIÓN 3: CESIÓN DE CONTRATOS

ARTÍCULO 9.3.1

(Definiciones)

“Cesión de contrato” es la transferencia por acuerdo de una persona (el “cedente”) a otra (el “cesionario”) de los derechos y obligaciones del cedente nacidas de un contrato con otra persona (la “otra parte”).

ARTÍCULO 9.3.2

(Exclusión)

Esta sección no se aplica a las cesiones de contratos sometidas a reglas especiales que regulan cesiones de contratos en el curso de la transferencia de una empresa.

ARTÍCULO 9.3.3

(Exigencia del consentimiento de la otra parte)

La cesión de un contrato requiere el consentimiento de la otra parte.

(1) La otra parte puede dar su consentimiento anticipadamente.

(2) Si la otra parte ha dado su consentimiento anticipadamente, la cesión del contrato surte efecto cuando una notificación de la cesión se da a la otra parte o cuando la otra parte la reconoce.

ARTÍCULO 9.3.4

(Consentimiento anticipado de la otra parte)

(1) La otra parte puede dar su consentimiento anticipadamente.

(2) Si la otra parte ha dado su consentimiento anticipadamente, la cesión del contrato surte efecto cuando una notificación de la cesión se da a la otra parte o cuando la otra parte la reconoce.

ARTÍCULO 9.3.5

(Liberación del cedente)

(1) La otra parte puede liberar al cedente.

(2) La otra parte puede también retener al cedente como deudor en caso de que el cesionario no cumpla adecuadamente.

(3) En cualquier otro caso, el cedente y el cesionario responden solidariamente.

ARTÍCULO 9.3.6

(Excepciones y derechos de compensación)

(1) En la medida que la cesión de un contrato involucre una cesión de créditos, se aplicará el Artículo 9.1.13.

(2) En la medida que la cesión de un contrato involucre una transferencia de obligaciones, se aplicará el Artículo 9.2.7.

ARTÍCULO 9.3.7

(Créditos cedidos con el contrato)

- (1) En la medida en que la cesión de un contrato involucre una cesión de créditos,
se aplicará el Artículo 9.1.14.
- (2) En la medida en que la cesión de un contrato involucre una transferencia de obligaciones, se aplicará el Artículo 9.2.8.

CAPÍTULO 1 — PRESCRIPCIÓN

ARTÍCULO 10.1

(Ambito de aplicación de este capítulo)

- (1) El ejercicio de los derechos regulados por estos Principios está limitado por la
expiración de un período de tiempo denominado “período de prescripción”,
según las
reglas de este capítulo.
- (2) Este capítulo no regula el tiempo en el cual, conforme a estos Principios, se requiere a una parte, como condición para la adquisición o ejercicio de su
derecho, que
notifique a la otra parte o lleve a cabo un acto distinto a la apertura de un
procedimiento
jurídico.

ARTÍCULO 10.2

(Períodos de prescripción)

- (1) El período ordinario de prescripción es tres años, que comienza al día siguiente en que el acreedor conoció o debió haber conocido los hechos a
cuyas resultas

- el derecho del acreedor puede ser ejercido.
- (2) En todo caso, el período máximo de prescripción es diez años, que comienza a partir del día siguiente en que el derecho puede ser ejercido.

ARTICULO 10.3

(Modificación de los períodos de prescripción por las partes)

- (1) Las partes pueden modificar los períodos de prescripción.
- (2) Sin embargo, ellas no podrán:
- (a) acortar el período ordinario de prescripción a menos de un año;
 - (b) acortar el período máximo de prescripción a menos de cuatro años;
 - (c) prorrogar el período máximo de prescripción a más de quince años.

ARTICULO 10.4

(Nuevo período de prescripción por reconocimiento)

- (1) Cuando el deudor reconozca el derecho del acreedor antes del vencimiento del período ordinario de prescripción, al día siguiente del reconocimiento comienza a correr un nuevo período ordinario de prescripción.
- (2) El período máximo de prescripción no comienza a correr nuevamente, pero puede ser superado por el comienzo de un nuevo período ordinario de prescripción conforme al Artículo 10.2(1).

ARTICULO 10.5

(Suspensión por procedimientos judiciales)

- (1) El decurso del período de prescripción se suspende:

- (a) cuando el acreedor realiza cualquier acto, al iniciar un procedimiento judicial o en el proceso judicial ya iniciado, que es reconocido por el derecho del foro como
ejercicio del derecho del acreedor contra el deudor;
- (b) en caso de insolvencia del deudor, cuando el acreedor ha ejercido sus derechos
en los procedimientos de insolvencia; o
- (c) en el caso de procedimientos para disolver la entidad deudora, cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de disolución.
- (2) La suspensión dura hasta que se haya dictado una sentencia definitiva o hasta
que los procedimientos concluyan de otro modo.

ARTICULO 10.6

(Suspensión por procedimiento arbitral)

- (1) El decurso del período de prescripción se suspende cuando el acreedor realiza cualquier acto, al iniciar un procedimiento arbitral o en el procedimiento arbitral ya iniciado, que es reconocido por el derecho aplicable por el tribunal arbitral como ejercicio del derecho del acreedor contra el deudor. A falta de disposiciones en el reglamento de arbitraje u otras regulaciones que determinen la fecha exacta del comienzo del procedimiento arbitral, dicho procedimiento se tiene por comenzado el día en que el deudor recibe una solicitud para que se adjudique el derecho en disputa.
- (2) La suspensión dura hasta que se emita una decisión vinculante o hasta que el

procedimiento concluya de otro modo.

ARTICULO 10.7

(Medios alternativos para la resolución de controversias)

Las disposiciones de los Artículos 10.5 y 10.6 se aplican, con las modificaciones apropiadas, a otros procedimientos con los que las partes solicitan de un tercero que les asista en el intento de lograr una resolución amistosa de sus controversias.

ARTICULO 10.8

(Suspensión en caso de fuerza mayor, muerte o incapacidad)

(1) Cuando el acreedor no ha podido hacer cesar el decurso del período de prescripción según los Artículos precedentes debido a un impedimento fuera de su control y que no podía ni evitar ni superar, el período ordinario de prescripción se suspende de modo que no expire antes de un año después que el impedimento haya dejado de existir.

Si el impedimento consiste en la incapacidad o muerte del acreedor o del deudor, la suspensión cesa cuando se designe un representante para el incapacitado, el difunto o su herencia, o cuando un sucesor haya heredado la parte que le corresponde. En este caso se aplica el período suplementario de un año, conforme al párrafo (1).

ARTICULO 10.9

(Efectos del vencimiento del período de prescripción)

El vencimiento del período de prescripción no extingue el derecho.
Para que el vencimiento del período de prescripción tenga efecto, el deudor debe invocarlo por vía de excepción.

La existencia de un derecho siempre puede ser invocada por vía de excepción a pesar de haberse invocado el vencimiento del período de prescripción para el ejercicio de dicho derecho.

ARTÍCULO 10.10

(Derecho de compensación)

El acreedor puede ejercitar el derecho de compensación hasta tanto el deudor haya opuesto la expiración del período de prescripción.

ARTICULO 10.11

(Restitución)

Cuando ha habido prestación en cumplimiento de la obligación, no hay derecho a la restitución por el solo hecho de haber expirado el período de prescripción.