

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS PARA LA CELEBRACIÓN
DE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES**

MARLON ARTURO TRES VALENZUELA

GUATEMALA, AGOSTO 2,009

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS PARA LA CELEBRACIÓN DE
CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARLON ARTURO TRES VALENZUELA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, agosto 2,009

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Hector Manfredo Maldonado
Vocal: Lic. Ronald David Ortiz Orantes
Secretario: Lic. Ronaldo Amilcar Sandoval

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Marisol Morales Chew
Vocal: Lic. Jorge Eduardo Aviles Salazar
Secretario: Lic. Homero López Perez

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis." (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de la Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico).

Lic. Ariel Eliseo Delgado Girón
Abogado y Notario



Guatemala, 28 de agosto de 2008

Licenciado
Carlos Castro Monroy
Director del Departamento de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria

Licenciado Castro:

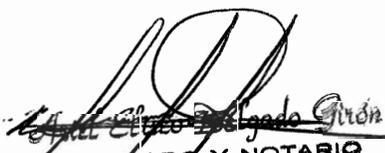
En cumplimiento al nombramiento emitido por esa Unidad de Tesis, con fecha 29 de octubre de dos mil siete, he procedido a asesorar el trabajo de tesis del Bachiller MARLON ARTURO TRES VALENZUELA, el cual se titula "ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES".

Manifiesto al señor Coordinador, que el relacionado trabajo, llena los requisitos necesarios para ser considerado por la terna examinadora en su oportunidad. Ya que dicho trabajo de tesis principia haciendo un estudio sobre los aspectos generales del Derecho Mercantil Internacional, así como, de sus aspectos históricos, continua definiendo el Contrato Internacional, así como, los aspectos formales de los Contratos Internacionales, para finalizar su exposición sobre el Instituto para la Unificación del Derecho Privado: UNIDROIT.

Así también, con el Bachiller MARLON ARTURO TRES VALENZUELA, sostuvimos varias sesiones de trabajo, durante las cuales fueron evaluados los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público. Los cuales son: el contenido científico y técnico del trabajo de investigación; la metodología; técnicas de investigación utilizadas; la redacción del trabajo de investigación; las conclusiones; las recomendaciones y bibliografía.

Por lo anterior, emito mi **DICTAMÉN FAVORABLE** al trabajo de tesis de MARLON ARTURO TRES VALENZUELA, intitulado "ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES". El trabajo cumple con la reglamentación establecida para los trabajos de tesis, y en tal virtud es procedente continuar con el trámite del Normativo de Graduación.

Sin otro particular, como muestra de mi estima, me suscribo del Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis, como su atento y seguro servidor.

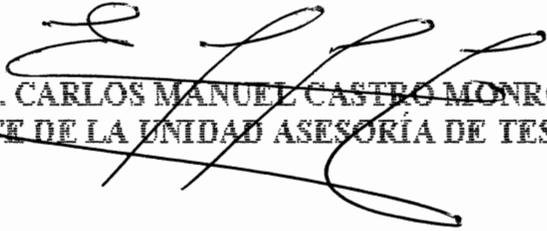

Lic. Ariel Eliseo Delgado Girón
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 6,451
ASESOR



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES. Guatemala, uno de septiembre de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CAROL YESENIA BERGANZA CHACÓN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARLON ARTURO TRES VALENZUELA, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc. Unidad de Tesis
CMCM/slh



LICDA. CAROL YESENIA BERGANZA CHACON
ABOGADA Y NOTARIA
4ª. Calle 4-44 zona 9
Teléfono 24267402



Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Director del Departamento de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria

Guatemala, 18 de septiembre de 2008

Licenciado Castro:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa jefatura, el día 01 de septiembre de 2008, en el que se dispone a nombrarme como Revisora del Trabajo de tesis del bachiller MARLON ARTURO TRES VALENZUELA, y para lo cual rindo el siguiente dictamen: el trabajo de tesis presentado por el bachiller MARLON ARTURO TRES VALENZUELA, se titula "ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES".

De la revisión practicada, se establece que el trabajo contiene contribución de forma técnica y científica a estudiosos del Derecho Guatemalteco, además la técnica de investigación utilizada fue de carácter documental, bibliográfico, así como consultas de Derecho comparado.

En definitiva el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben de cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y bibliografía por el autor utilizado, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación. Por lo que emito **DICTAMÉN FAVORABLE** y al haberse cumplido con los requisitos del artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, resulta procedente someterlo a su discusión y finalmente aprobación en el examen público de tesis, confiriéndole el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y los títulos de Abogado y Notario respectivamente.

Sin otro particular, me suscribo deferentemente,


~~Licda. Carol Yesenia Berganza Chacon~~
~~ABOGADA Y NOTARIA~~
Licda. Carol Yesenia Berganza Chacon
Abogada y Notaria
Colegiado No. 5446
REVISORA



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dieciséis de marzo del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARLON ARTURO TRES VALENZUELA, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



ÍNDICE



Introducción

CAPÍTULO I

1. Aspectos históricos del derecho mercantil internacional.....	1
1.1 Autonomía del derecho mercantil internacional	4
1.2 Definición del derecho mercantil internacional	5
1.3 Características del derecho mercantil internacional	7
1.4 La costumbre mercantil	8
1.5 La costumbre mercantil internacional.....	10

CAPÍTULO II

2. El contrato internacional	13
2.1 Características de los contratos internacionales.....	14
2.2 Elementos esenciales de los contratos internacionales.....	16
2.3 Derecho de los negocios internacionales.....	19
2.4 Generalidades de la costumbre o usos comerciales (lex mercatoria).....	22
2.5 La autonomía de la voluntad de los contratos comerciales internacionales.....	27
2.6 Principios y reglas aplicables a los contratos mercantiles internacionales.....	29

CAPÍTULO III

3. Aspectos formales de los contratos internacionales.....	33
3.1 La elección de la ley aplicable (los convenios).....	34
3.2 Los principios de UNIDROIT como complemento e interpretación de convenciones internacionales.....	45

INTRODUCCIÓN



La realización del presente trabajo de investigación obedece a la necesidad de determinar cuales son los principios que han surgido de la aplicación de la *lex mercatoria* y como la aplicación de estos facilitará el comercio globalizado al que nos enfrentamos hoy en día, sin embargo haré alusión de manera especial a las aplicaciones de la jurisprudencia en torno al alcance, naturaleza, funciones y propósitos básicos de los principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, el cual a lo largo del presente trabajo de investigación se le conocerá por sus siglas UNIDROIT, así como a la relación entre los principios y la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, igualmente analizada no solo desde la óptica doctrinal sino principalmente de la jurisprudencia en la conformación de la *lex mercatoria*.

La preocupación sobre la aplicación de la ley que responda mejor a lo deseado por las partes es el punto central de esta investigación que al celebrarse contratos comerciales entre partes de diferentes Estados. Cuando estas no han definido el derecho a aplicar, se debe recurrir a los usos o costumbres comerciales o a la *lex mercatoria*. Dentro de la presente investigación se tiene como objetivo principal el ampliar el estudio de la normativa y principios internacionales aplicables para poder determinar la importancia sobre la necesidad de la armonización de las reglas en la contratación comercial internacional, teniendo como supuesto principal de la misma el analizar la necesidad de la armonización de los usos mercantiles en un mundo globalizado para facilitar el tránsito en el mercado internacional de bienes y servicios.

No es una tarea fácil abordar el tema unificación del derecho privado por lo cual se estudia por separado los elementos de la *lex mercatoria*, los principios internacionales de contratación comercial, la incorporación de estos principios al comercio internacional, para luego enlazar todo lo que constituye *lex mercatoria* en la celebración internacional de contratos mercantiles así como la evolución de nuestro derecho respecto a ese tema.

Nuestro país no ha sido ajeno a tal discusión, algunos profesionales del derecho hoy son partidarios de unificar el derecho privado en un sólo régimen, toda vez que consideran anacrónica la mencionada división. Otros son partidarios de unificar lo que sea unificable, que podría denominarse como una teoría intermedia, para ello se propone hacer un inventario de la legislación civil y mercantil para efectos de identificar aquellos temas que pueden ser regulados por un solo cuerpo normativo, dejando a las codificaciones civil y comercial aquellos puntos que sean de su especialidad. Lo que varios encuentran unificable es precisamente el régimen de obligaciones y contratos civiles, mercantiles. A varias de las fuentes de la lex mercatoria se ha referido nuestro derecho interno, pero parece no darle la importancia que la misma tiene no solamente en la actualidad, sino desde el momento mismo de la gestación del derecho mercantil. Esto definitivamente conllevará en un futuro no muy lejano a la necesaria revisión de las legislaciones internas, para efectos de ajustarlos a los parámetros que el mercado global impone, independientemente de que seamos o no partidarios del fenómeno denominado globalización.

Precisamente el tema que ha convocado este trabajo de investigación es una de las manifestaciones de la unificación internacional del derecho privado. Su incorporación al derecho interno sentará las bases para pensar en la adecuación del mismo a los parámetros exigidos por la comunidad económica internacional que a su vez significa mayor seguridad jurídica y claridad en las reglas que rigen los mercados sin embargo, deberá pensarse también en sus falencias y en la forma de superarlas.

Este trabajo de investigación conduce a sugerir una participación más activa por parte de nuestro país en los esfuerzos de unificación que llevan a cabo organismos con vocación unificatoria universal como lo son 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 Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).



La investigación se encuentra dividida en cuatro capítulos, en el cual el primer capítulo desarrolla lo relativo a los Aspectos históricos del derecho mercantil internacional, el segundo de los capítulos desarrolla lo relativo el contrato internacional, el tercero de los capítulos desarrolla lo relativo a los Aspectos formales de los contratos internacionales, el cuarto capítulo desarrolla lo relativo a la unificación del derecho privado y por último el quinto capítulo desarrolla lo relativo a los principios UNIDROIT en las relaciones comerciales internacionales.



CAPÍTULO I

1. Aspectos históricos del derecho mercantil internacional



Según la opinión de diversos tratadistas, resulta imposible delimitar la materia mercantil en los sistemas jurídicos de la antigüedad, toda vez que éstos carecieron de normas que regulan en forma especial al comercio y de los comerciantes; es cierto y evidente que los sistemas vigentes en ese estadio histórico, regularon cuando menos en el inicio de muchas de las instituciones o actos que hoy se consideran como de comercio pero también lo son las condiciones políticas, económicas y culturales de la época y así mismo no hicieron sentir la necesidad de la existencia de una rama especial para regularlos, de tal manera que tales actos constituían una especie diferente e inmersa en la totalidad de los actos jurídicos.

Las normas reguladoras de los actos considerados ahora como de comercio carecían de autonomía y se encontraban dentro del ámbito de las normas jurídicas generales ó, cuando más, dentro del Derecho Privado.

El comercio, como fenómeno económico y social, se presenta en todas las épocas y lugares que acorta la historia, por ello, aún en los pueblos más antiguos pueden encontrarse normas aplicables al comercio, o más bien, a algunas de las relaciones e instituciones que aquella actividad da origen. Así sucede en los sistemas jurídicos de Babilonia, Egipto, Grecia, Fenicia, Cartago, etc.

Sin embargo, en esos sistemas jurídicos no existió un derecho especial o autónomo propio de la materia mercantil. Es decir, no existió un Derecho Mercantil como hoy se conoce, sino tan sólo normas aisladas y relativas a determinados actos o relaciones comerciales.



Entre esas normas diversos autores hacen especial mención de las llamadas Leyes Rodias (de la isla de Rodas) que, en realidad constituyeron una recopilación de un conjunto de usos sobre el comercio marítimo. Esas leyes han alcanzado fama a través de su incorporación al Derecho Romano.

Tampoco puede hablarse de la existencia de un derecho mercantil especial o autónomo en el sistema jurídico de Roma. Roma no conoció un Derecho Mercantil como una rama distinta y separada en el tronco único del Derecho Privado (*ius civile*), entre otras razones, porque a través de la actividad del pretor fue posible adaptar ese derecho a las necesidades del tráfico comercial.

El Derecho Mercantil como derecho especial y distinto del común, nace en la Edad Media y es de origen consuetudinario.

El auge del comercio en esa época, el gran desarrollo del cambio y del crédito, fueron entre otras las causas que originaron la multiplicación de las relaciones mercantiles, que el Derecho común era incapaz de regular en las condiciones exigidas por las nuevas situaciones y necesidades del comercio.

El nacimiento del Derecho Mercantil como tal, está ligado íntimamente a la actividad de los gremios o corporaciones de mercaderes que se organizan en las ciudades comerciales medievales para la mejor defensa de los intereses comunes de la clase, las corporaciones perfectamente organizadas, no solo estaban regidas por sus estatutos escritos, que en su mayor parte recogían prácticas mercantiles, sino que además instituyeron tribunales de mercaderes (jurisdicción consular), que resolvían las cuestiones surgidas entre los asociados, administrando justicia según usos o costumbres del comercio.



Es así que, en el seno de los gremios y corporaciones principalmente en las florecientes ciudades medievales italianas, va creándose un conjunto de normas sobre el comercio y los comerciantes, tendientes a dirimir las controversias mercantiles, normas de origen consuetudinario que fueron aplicadas por los cónsules, órganos de decisión de aquellos gremios o corporaciones.

Estas normas consuetudinarias y las decisiones mismas de los tribunales consulares, fueron recopiladas en forma más o menos sistemática, llegando a constituir verdaderos ordenamientos mercantiles de la época.

Fue en Francia donde propiamente se comenzó no solo a comprender y sentir la necesidad reclamada por la actividad del comercio, sino también satisfacer cumplidamente, asentando la piedra angular sobre la cual se ha levantado el edificio del moderno Derecho Mercantil, el cual hace tiempo atrás ha venido emancipándose completamente del Derecho Romano, Derecho Común y de los Derechos Forales, no solamente ha adquirido una verdadera autonomía jurídica, sino, que tiende a obtener un carácter de universalidad internacional, llegando su influencia como es natural, hasta modificar los preceptos del Derecho Civil de cada pueblo, pues el cortejo de los diversos códigos mercantiles, su estudio comparativo por los jurisconsultos y su perfeccionamiento constante, conducen inflexiblemente a correcciones del Derecho Civil, que de todas maneras tiene que estar en armonía con el Derecho Mercantil de cada Estado.

Fue así que, partiendo de obras como el Code Merchant francés de 1673, un gran número de Estados redactaron legislaciones similares para regular esta materia.

Este gran movimiento legislativo de todas las naciones trajo consigo un gran movimiento científico en la esfera de la literatura jurídica del Derecho Mercantil, cuyas obras de estudio forman hoy una riquísima biblioteca.



Sobre todo la materia de la legislación comparada adquirió, como se esperaba, un gran desarrollo pues siendo el comercio cosmopolita por su naturaleza y por el grande impulso que en los tiempos modernos le comunican las pacíficas relaciones internacionales, los tratados, las vías de comunicación marítimas y terrestres, es natural que el Derecho Mercantil, reflejo de las necesidades del comercio, tienda a buscar esa unidad de preceptos y doctrinas, esa universalidad de principios que exige el cosmopolitismo del tráfico en sus diversas manifestaciones.

Entre los varios ramos de la legislación mercantil hay algunos en que más se ha acentuado la necesidad de uniformar el Derecho de las distintas naciones, como sucede en lo relativo a las letras de cambio, entre muchos otros aspectos.

Con motivo de la necesidad de uniformar por lo menos ciertos aspectos del Derecho Mercantil entre las diversas naciones se comenzaron a celebrar congresos y conferencias entre éstas para llegar a acuerdos y tratados. Siendo la primera de ellas la reunión en Berna en 1878, a la cual le han seguido innumerables intentos a través del tiempo con el fin de lograr la tan deseada obtención de acuerdos que produzcan la uniformidad tan necesaria en materias mercantiles.

1.1 Autonomía del derecho mercantil internacional

Para el autor Rene Arturo Villegas Lara, al hablar de la autonomía del Derecho Mercantil expone que: “el Derecho Mercantil en general adquiere autonomía en la Edad Media, época en la que se principia a gestar la separación del Derecho Privado en dos ramas: Derecho Civil y Derecho Mercantil”.¹

Cuando se creía que la división del Derecho Privado era un hecho consagrado, surgió la idea de César Vivante de hacer que un solo código reuniera las dos materias. Esa idea la tomaron en cuenta algunos países en sus legislaciones,

¹ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho Mercantil guatemalteco, Tomo 1**, pág. 14.



aunque parcialmente, por ejemplo, en Suiza e Italia se unificaron las obligaciones en un mismo cuerpo legal. Esta posición unificadora del Derecho Privado fue abandonada por Vivante en oportunidad posterior. Ya que reconoció que, si bien sus argumentos tenían validez teórica y práctica, la realidad demostraba que los cambios operados en las formas del tráfico comercial obligaban a hacer del Derecho Mercantil un derecho con características muy especiales, como lo sería que el Derecho Mercantil deviene de lo empírico y el Derecho Civil de la sistematización de conceptos generales; el Derecho Mercantil tiende a ser internacional; los negocios mercantiles se desarrollan en masa a diferencia de los civiles que, generalmente, son aislados.

En conclusión el Derecho Mercantil no ha sido obra de legisladores y juristas sino que apareció y se desarrollo de forma empírica para satisfacer necesidades de las personas que se dedicaban habitualmente al cambio, resolviendo con ello las deficiencias del Derecho común.

1.2 Definición de derecho mercantil internacional

Con la finalidad de desarrollar una noción más certera acerca del Derecho Mercantil Internacional, se expondrán algunas de las definiciones que distinguidos autores proporcionan sobre el Derecho Mercantil en general, para luego elaborar una definición propia del Derecho Mercantil Internacional. El autor Raúl Cervantes Ahumada da la siguiente definición: "El Derecho Mercantil es la rama del derecho privado que tiene por objeto regular las relaciones entre los comerciantes y entre aquellas personas que sin ser comerciantes ejecutan actos de comercio."²

Rafael de Pina Vara lo define como: "Aquella rama del Derecho que regula los actos de comercio pertenecientes a la explotación de las industrias mercantiles organizadas (actos de comercio propios) y los realizados ocasionalmente por comerciantes y no comerciantes (actos de comercio impropios), que el legislador

² Cervantes Ahumada, Raúl. **Derecho mercantil, primer curso**, pág. 10.



considera mercantiles, así como el estatuto del comerciante o empresario mercantil individual y social y los estados de anormalidad en el cumplimiento de sus obligaciones."³

Joaquin Garrigues explica que el Derecho Mercantil puede definirse como: "el conjunto de normas jurídicas que se aplican a las relaciones que se dan entre dos o más Estados en cuanto a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a los comerciantes en el ejercicio de su profesión."⁴

Jacinto Pallares lo define como: "la rama que regula las relaciones nacidas del comercio y de los actos que históricamente se le han asimilado, así como las obligaciones impuestas a las personas que considera comerciantes."⁵

Juan Palomar de Miguel lo define como: "aquella rama del derecho que regula especialmente las relaciones que atañen a las personas, los lugares, los contratos y los actos del comercio terrestre y marítimo."⁶

Rene Arturo Villegas Lara explica que el Derecho Mercantil puede definirse como: "el conjunto de doctrina y normas jurídicas, codificadas o no, que regulan la actividad profesional de los comerciantes, las cosas mercantiles y la negociación jurídica mercantil."⁷

Respecto a las definiciones citadas y agregando el elemento internacional, se puede concluir que el Derecho Mercantil Internacional es el conjunto de doctrinas y normas jurídicas, codificados o no, que regulan a los sujetos que ejercen el comercio (comerciantes) y las cosas objeto del comercio (títulos de crédito, empresa mercantil y sus elementos, patentes de invención y de modelo, marcas, nombres, avisos y anuncios comerciales), con el fin de hacer efectiva la circulación de bienes y prestación de servicios entre dos o más Estados.

³ De Pina Vara, Rafael. **Elementos del derecho mercantil mexicano**, pág. 17.

⁴ Garrigues, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**, pág. 8.

⁵ Pallares, Jacinto. **Derecho mercantil**, pág. 3.

⁶ Palomar de Miguel, Juan. **Diccionario para juristas**, pág. 126.

⁷ Villegas Lara, **Ob. Cit.**, pág. 21.



1.3 Características del derecho mercantil internacional

Las características del Derecho Mercantil Internacional según Rafael De Pina Vara son las siguientes⁸:

- a) Es un derecho profesional, creado y desarrollado para resolver los conflictos y la actividad propia de los empresarios.
- b) Es un derecho individualista, al ser una parte del derecho privado que regula las relaciones entre particulares y por lo tanto deja de lado aquellas relaciones jurídicas en las cuales intervienen los poderes públicos.
- c) Es un derecho consuetudinario ya que a pesar de estar codificado se basa en la tradición, en la costumbre de los comerciantes.
- d) Es un derecho progresivo. Al mismo tiempo que evolucionan las condiciones sociales y económicas el derecho mercantil ha de ir actualizándose.
- e) Es un derecho global o internacionalizado. Las relaciones económicas cada vez son más internacionales por lo que este derecho ha tenido que hacerlo también, para lo cual diversos organismos trabajan en su normativización internacional.

La uniformidad del derecho mercantil internacional constituye una técnica de normativización de los conflictos a efecto de establecer una regla única, de validez potencialmente universal para disciplinar una concreta conducta transfronteriza cualquiera que sea la nacionalidad de las partes obligadas, el lugar de la prestación o el emplazamiento de la cosa en relación con el cual la conducta debe ser satisfecha.

⁸ Ob. Cit., pág. 26.



Rene Arturo Villegas Lara expone respecto del Comercio Internacional que las normas referentes al comercio internacional han existido siempre. En la medida en que se atribuye al nuevo sistema carácter de innovador, éste habrá de ser comprobado en relación con la situación legislativa anterior a la irrupción del nuevo conjunto normativo. Y ese estado anterior, con el que todavía convive y en el que los legisladores nacionales, a pesar de la aparición de normas internacionales, siguen interviniendo mediante la promulgación de normas, es una mera situación de solución de disputas y controversias, no de prevención de ellas.”⁹

Las reglas que integran el Derecho Uniforme del Comercio Internacional son uniformes tanto en su formulación como en su aplicación, “exigencia imprescindible en la medida en que son reglas con una vigencia potencialmente global y a ser aplicadas por tribunales de muy diversa naturaleza, ubicación y nacionalidad.”¹⁰

1.4. La costumbre mercantil

La Costumbre es una conducta repetida, de forma notoria, uniforme, constante y general. Hay una diferencia entre la costumbre jurídica y el uso social. La costumbre jurídica es coercible, obliga, existe el convencimiento entre quienes acatan la costumbre de que esta norma se debe cumplir. La costumbre jurídica es coercible mientras que el uso social no obliga, por lo tanto no es coercible.

La costumbre debe conservar principios de orden público reflejado es dos conceptos:

- a) Respeto a la moralidad.
- b) Respeto al derecho de terceros.

⁹ *Ibid.*, pág. 32.

¹⁰ *Ibid.* pág. 50



Para que sea fuente de derecho se requiere que sea uniforme, constante, general, impersonal y que tenga obligatoriedad. La costumbre esta íntimamente ligada al derecho, la moral no cambia el derecho, si este cambia se perfila como costumbre aquella conducta es general.

La costumbre cumple tres funciones:

- a) Función interpretativa: Esta función aclara el sentido de las palabras, y a veces aclara la intención de las partes.
- b) Función de Integrar las normas de derecho: La costumbre sirve de complemento a las disposiciones legales.
- c) Función de colmar las lagunas de ley, llenar los vacios: Ayuda cuando a falta de norma expresa o a falta de norma aplicable por analogía surge la costumbre como si fuera un precepto.

La costumbre se clasifica:

- a) Según el Contenido:
 - a.1) según la ley: Es aquella que se forma sin contradecir la ley, se ajusta a la letra de la ley es exegetica.
 - a.2) Más allá de la ley: Es llamada costumbre extralegal, esta enmienda los errores y las deficiencias de las normas. Prevé lo no previsto de la norma, este tipo de costumbre toma importancia cuando suple los vacios de la ley.
 - a.3) Contra la ley: Esta costumbre es inadmisibile, no vale, no sirve, prima la ley sobre la costumbre cuando es contraria a la norma.

b) Por su Extensión:

b.1) Costumbre local o regional: Esta es fruto de la experiencia en una zona o zona geográfica determinada. La costumbre local o regional a de aplicarse con preferencia sobre las otras costumbres.

b.2) Costumbre general o nacional: Es la que opera en el territorio nacional. ¿Cuándo se aplica la costumbre nacional? Esta se aplica a falta de una costumbre local o regional.

b.3) Costumbre Internacional: Cada vez ha tomado mayor importancia, es fuente del derecho mercantil y se ha trasladado a la realidad, a los tratados, pactos internacionales de comercio, es aquella costumbre que hay en los mercados internacionales.

1.5. La costumbre mercantil internacional

Frente al Tratado, la costumbre mercantil representa el polo opuesto en lo que respecta a las fuentes de la disciplina sistematizada: La costumbre en cuanto que es una regla de derecho que es producida por la sociedad civil, no por su organización política.

Los autores Rafael Illescas Ortiz y Pilar Perales Viscosillas al exponer sobre la costumbre Comercial Internacional exponen que: “En un principio, la costumbre comercial internacional era asociada a la susceptibilidad de la norma en cuestión de ser recogida por escrito, para más recientemente, llegar a requerirse el pacto expreso contractual para que una norma consuetudinaria sea así considerada”¹¹. Sin embargo, la costumbre internacional no se diferencia, en lo que refiere a fuente del derecho y en lo que se refiere a norma propiamente dicha, de la costumbre nacional. Los requisitos que debe reunir una práctica negocial para

¹¹ Illescas Ortiz, Rafael y Pilar Perales Viscosillas. **Derecho mercantil internacional, el derecho uniforme**, pág. 50.

pasar a ser considerada costumbre comercial internacional, no son sustancialmente distintos de los exigidos en la materia por los ordenamientos nacionales.



Rafael Llescas Ortiz y Pilar Perales Viscosillas expone: “Desde luego ha de afirmarse una clara incompatibilidad en la consideración de una norma como consuetudinaria y el hecho de hacer depender su aplicación concreta de la voluntad expresa y previa de las partes al respecto.”¹² La voluntad negocial podría excluir la aplicación de una norma consuetudinaria, lo hace incluso para la regla legal dispositiva. Sin embargo, la norma consuetudinaria no puede hacer depender su vigencia de una declaración positiva en tal sentido efectuada por los contratantes.

En conclusión, aunque históricamente gran parte de las normas comerciales encuentran su origen en la costumbre, en la actualidad la importancia de esta fuente ha disminuido sensiblemente, dada la cada día más frecuente intervención del legislador en materia de comercio y la posibilidad de dictar normas que se ajusten en forma eficaz y rápida a las circunstancias siempre cambiantes del comercio, dejando que la interdependencia entre los países, el proceso globalizador en el comercio internacional motivado por la internacionalización del capital, el mercado y la competencia y la constante evolución del derecho conduzcan a los agentes económicos hacia fórmulas de principios uniformes que ofrecen soluciones armónicas en casos de divergencia.

¹² *Ibid.*, pág. 51.





CAPÍTULO II

2. El contrato internacional

Las regulaciones internacionales, que tienden a la uniformidad de criterios, como sucede con cualquier otra, no dan una definición o concepto de la figura que regula, lo cual es lógico, aspecto que nos remite a buscar nuestras definiciones en la doctrina.

La figura del contrato se caracteriza por la patrimonialidad y/o pluralidad, es una categoría más difusa y representativa del negocio jurídico.

Asimismo podemos encontrar una noción o definición ampliada con Rodríguez Azuero, en su libro de los Contratos Bancarios, que define el contrato en general a ver: "... La manifestación o el acuerdo de dos o más voluntades que buscan la consecución de un mismo logro y que califica como acto bilateral o plurilateral.

Dos ejemplos del acto jurídico bilateral son el contrato y la convención..."

La diferencia que se da entre la convención y el contrato es que, en el caso del este segundo, se entiende como una convención encaminada específicamente a la creación o constitución de obligaciones; mientras, la convención es el acuerdo de voluntades dirigido a la producción de un efecto cualquiera; es decir, a la creación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones.

Entonces nos queda claro, que por definición un contrato es el llamado a satisfacer, o ser el medio mediante el cual establecemos o más bien podemos lograr nuestros fines, si nuestra intención u objetivo es de carácter patrimonial, al momento de llevar a cabo una transacción desde el punto de vista de adquisición de mercadería a nivel internacional, esto porque es la figura idónea para ello, ya que los negocios, operaciones o bien compraventa internacionales, tienen absolutamente un ánimo de lucro, y es a través de la



figura de los contratos que se puede llevar a cabo dicho ánimo, la patrimonial, el lucro, etc. Nos queda entonces en el presente momento determinar o más bien conocer los tipos de contratos.

2.1. Características de los contratos internacionales

La existencia o validez de los contratos suponen la presencia de ciertos elementos que se consideran esenciales, así como presupuestos de validez que lo constituyen y le dan la eficacia necesaria para la vida jurídica y práctica. Entre ellos tenemos: capacidad, consentimiento, objeto y causa. En materia de Contratos Internacionales tanto la Convención de Viena, los Principios de Unidroit, así como la Cámara de Comercio, dan por sentado que estos presupuestos o requisitos se dan en los contratos, pues no entran a regularlos, más bien se orientan a una aplicación restrictiva de los mismos, para efectos de anular o invalidar un contrato.

a) Subjetivos

Se refieren a la potencialidad del sujeto de expresar mediante un comportamiento propio, intereses jurídicamente relevantes, capacidad de actuar (que supone la capacidad jurídica, actitud de ser sujeto de derechos y deberes, en Guatemala se adquiere con la mayoría de edad, si existe plena capacidad mental), se refiere sobre todo a la aptitud para adquirir derechos y ejercitarlos, puede ser sujeto activo o pasivo capaz de derechos y obligaciones, legitimidad y titularidad, que reunidas dan la facultad de disposición. La Legitimidad se refiere a la determinación de la posición del sujeto respecto al objeto y sujeto de la relación jurídica. Quien está legitimado para actuar, es aquel que puede disponer del objeto del negocio, mientras que la Titularidad se refiere a la posición como destinatario actual, no potencial de los efectos jurídicos del negocio, por ejemplo, el sujeto debe ser el titular del derecho de propiedad para poder transmitir el dominio.



También se puede hablar de la Compatibilidad que se refiere sobre todo a los casos que por su posición el sujeto no puede realizar ciertos actos, como por ejemplo el caso de un funcionario público. Que su cargo supone un obstáculo para realizar ciertos actos.

En cuanto a estos puntos tanto en la Convención de Viena, como en los Principios de UNIDROIT, como dije antes ni siquiera se refieren a ellos, pues los suponen, y los aplican restrictivamente, cuando se trata de nulidad de los contratos.

b) Objetivos

Se refieren al objeto del negocio, la idoneidad del mismo para servir como materia del negocio, y operar como posible punto de conexión entre hecho y efecto, debe ser o tener existencia, licitud, posibilidad (material y jurídica), determinabilidad, debe existir conforme a los intereses del ordenamiento.

El Código Civil guatemalteco dice en su Artículo 1251, que uno de los elementos para la validez del contrato u obligación es que el objeto sea una cosa lícita, cierta y posible.

Aunque debe ser posible, el objeto puede ser indeterminable al futuro, ya que existen obligaciones en las cuales el objeto es una cosa determinable al futuro.

Su existencia se configura como requisito cuyo defecto produce la nulidad absoluta del negocio, pero como manifesté anteriormente dicha existencia puede resultar a futuro, lo que implica la condición suspensiva del contrato y solo puede realizarse cuando el objeto llegue a existir. También debe ser posible, física y lícitamente, que tenga materialidad y que se encuentre en el negocio de los hombres.

Asimismo, su carácter determinable significa que, la cosa sea desde el inicio del contrato determinada o bien determinable, que en el futuro pueda determinarse. La viabilidad de ser, por ejemplo el caso de la compra de una cosecha, se refiere a lo que esté permitido por ley, o más bien no sea contrario a estas a las buenas costumbres o la moral.



El objeto también debe tener un valor apreciable en dinero, aunque no se trate de dinero, el mismo debe tener un valor apreciable en dinerario.

En materia internacional es importante ver que la posición de la Cámara de Comercio Internacional, basadas en las regulaciones de la Convención de Viena y los Principios de Unidroit, determinan que incluso si el objeto del contrato no era disponible para una de las partes, dicha circunstancia no invalida el contrato, podemos ver plasmado éste concepto en el Artículo 3.3 incisos 1 y 2 de los Principios de Unidroit; a saber: "...No afecta la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación.... tampoco 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..."

2.2. Elementos esenciales de los contratos internacionales

a) Voluntad

La misma es aquella que nos determina a actuar con conocimiento del fin y de los motivos de la acción, también se le denomina como consentimiento, que no es otra cosa que la manifestación de la voluntad. Esta debe ser autónoma, y libre, clara y manifiesta

Asimismo, la voluntad debe ser externa solo la ejecución externa o manifestación de la voluntad es relevante para el derecho. El Acto Voluntario es aquel que emana del ejercicio de esta voluntad de determinación de la acción, con conocimientos de motivos y fines. Pero dicha voluntad no es limitada, sino

que tiene límites, pues la voluntad tiende a la obtención de un fin o resultado práctico, que es tutelado por el ordenamiento jurídico, por ello la ley le fija ciertos límites, bajo el criterio que el interés común podría eventualmente verse perjudicado. En materia de contratación Internacional la aplicación de la nulidad para casos de invalidez por vicios de la voluntad es sumamente restrictiva, de hecho se da más a la aplicación de los principios de Pacta Sunt Servanda, y a las presunciones de Competencia Profesional, y Competencia en la apreciación de los riesgos.



De hecho, en este sentido los Principios de UNIDROIT no se refiere a los casos de invalidez de los contratos por falta de capacidad, legitimación inmoralidad o legalidad, al tenor de la afirmación que los operadores del comercio son prácticos en él y deben conocer bien la consecuencia de sus actos

Aunque si regulan de cierta manera aspectos de nulidad de los contratos admitiendo la existencia del error determinante, el cual definen como “el que puede anular el contrato por ser de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación no hubiese contratado, en caso de haber conocido la realidad de las cosas.

Sin embargo, sí admiten la nulidad del contrato, cuando a habido violencia moral, intimidación, dolo, o excesiva desproporción.

c) La manifestación de voluntad

De conformidad con los Artículos 1251 al 1256 del Código Civil, la voluntad, (en el cual se habla de consentimiento), de las partes debe ser libre y claramente manifestado. La manifestación puede ser hecha de palabra, por escrito, o por hechos de que necesariamente se deduzca. La Manifestación es la forma del negocio la expresión o exteriorización de la voluntad y como tal es indispensable en todo negocio, es un elemento esencial, dentro de ella pueden darse tres tipos, la manifestación expresa, tácita, o presunta, incluso se puede tener el silencio como una manifestación de voluntad, al tenor del dicho el que calla, otorga. Sin



embargo la manifestación se perfecciona cuando acaba de conformarse, cuando nace a la vida jurídica y adquiere objetividad.

En los casos en que ésta manifestación de voluntad ha inducido a error en la expresión (UNIDROIT Art. 3.6), a nivel internacional y siguiendo las presunciones de profesionalidad de los operadores del comercio, la misma es responsabilidad del que haya emanado dicha manifestación y debe asumir los riesgos.

En relación a éstos aspectos de los Contratos en General, se hace referencia a la Uniformidad internacional de los Usos y Costumbres, los mismos rompen de cierta forma con los convencionalismos del Derecho Romano, y son más estrictos a exigir el cumplimiento de los contratos, ya que se asume al hecho que los operadores del comercio Internacional, son conocedores de los negocios de su giro comercial, y por ende al ser prácticos, son responsables de sus compromisos, casi en forma ineludible, pues en materia internacional, no interesan los aspectos personales del actor, sino que se de seguridad en la contratación, y al tenor de dicha seguridad son más estrictos, y menos condescendientes a la hora de la nulidad o resolución contractuales.

En conclusión, el contrato internacional, como dije en el inicio de este capítulo, representa el mecanismo necesario para llevar a cabo el intercambio de bienes y servicios a nivel mundial, y por más que se quiera no nos podemos abstraer del mismo, y debemos ajustarnos a él, en el sentido que sus reglamentaciones y forma de operar, cada vez más tienda a una uniformidad de criterios, aunque en algunos casos se trate de regulaciones no vinculantes como en el caso de Unidroit.

2.3. Derecho de los negocios internacionales



Es fundamental desentrañar que es lo que se entiende por derecho de los negocios internacionales o derecho mercantil internacional, entre denominaciones que se utilizan para designar la misma situación o conjunto de situaciones, normas y organizaciones.

Así, en el sentido más amplio posible, se le ha intentado definir como “el conjunto de normas jurídicas que rigen las operaciones comerciales realizadas por particulares cuyos intereses se sitúan en Estados diferentes.” Sin embargo, esta definición, adolece de diversas imprecisiones ya que contempla solo la posición de los particulares dentro del comercio dejando fuera la actuación del Estado comerciante y las demás organizaciones gubernamentales, paragubernamentales, intergubernamentales y no gubernamentales que desarrollan o que celebran actividades comerciales en el ámbito comercial internacional. De manera que se entiende que éstos deben ser considerados, máxime que los grandes negocios comerciales internacionales suelen tener como contraparte a un Estado.

Entonces se tiene que hablar del conjunto de normas jurídicas supranacionales, intergubernamentales, gubernamentales, derivadas de organismos internacionales particulares y empresariales particulares, radicando así uno de los puntos centrales del tema y es que este supuesto de hecho que es el comercio internacional tiene regulación en normas de diverso origen.

Se toma como punto de partida que existen situaciones comerciales que tiene regulación exhaustiva en convenciones internacionales (normas supranacionales) que constituyen el denominado derecho uniforme considerando éstas desde un punto de vista personal las normas más importantes en materia de comercio internacional, porque es derecho consolidado o derecho institucionalizado, por haber superado las etapas de la práctica, del uso, de la costumbre, de la normativización extragubernamental, de la normativización



regional, para llegar a la normativización supranacional, y a su vez proyectar sus efectos mediante penetración, en los propios espacios nacionales esto es la modificación de leyes internas por adopción de modelos estructurados en convenciones internacionales.

Luego en un segundo punto de importancia, se encuentran las normas que están en etapas previas a lo que se denomina derecho uniforme como bien podrían serlo en nuestro tema la Convención de Roma de 1980 sobre Obligaciones Contractuales o La Conferencia Internacional de Derecho Internacional Privado de México de 1994, que si bien se refieren al derecho aplicable a los contratos internacionales, regulan las relaciones entre los particulares o el Estado comerciante, de aquellos Estados que son parte de la misma pudiendo utilizarlos como medios de adaptación de sus legislaciones nacionales.

En tercer puesto de importancia están las normas que surgen de organismos internacionales intergubernamentales, que se manifiestan no como convenciones, sino en forma de recomendaciones, acuerdos o catálogos de principios como los acuerdos de la GATT y los denominados Principios de los Contratos Comerciales Internacionales de Unidroit, siendo estas normas aplicadas al comercio internacional en un primer caso y a los contratos del comercio internacional en el otro.

Por último, pero no menos importante, ubico a las normas que se originan en organismos internacionales particulares, conformados por la acción empresarial especializada internacional en donde destaca la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que elabora las normas denominadas "Incoterms", las cuales han sido denominadas como Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales.



Estas normas han recogido y regulado las prácticas y usos en determinadas operaciones de comercio internacional, que se han consolidado y que se utilizan en la negociación, en el contrato y son validamente aceptadas por la jurisprudencia, sea esta supranacional, arbitral o nacional, cuando deba actuar por ser el tribunal seleccionado por las partes o por el propio derecho aplicable.

Llegando así a otro segmento de normas que son creadas a partir de la propia negociación de las partes empresariales intervinientes y que pueden ir desde la construcción minuciosa de todo contrato, incluso, estableciendo las reglas de legitimación, de representación, de formación del consentimiento, las obligaciones, los derechos, las cargas, las caducidades, las notificaciones, los plazos, las penalidades, configurando y calificando el cumplimiento y el incumplimiento, las indemnizaciones para los casos de daños, el sistema de resolución de conflictos, el procedimiento, el arbitro, la jurisdicción, las garantías, hasta la elección del derecho aplicable y la jurisdicción competente.

Este talvez, sea el campo más rico de la práctica comercial internacional, ya que conociendo el derecho uniforme, el derecho de las convenciones, el derecho de los países involucrados, el derecho recogido por organismo especializados, gubernamentales o privados, se llega a una negociación contractual realista y adecuada donde se transfunde lo que se recoge de este derecho normativizado, cuasinormativizado o usual, y se logra la herramienta contractual adecuada al negocio que se esta por llevar adelante.

Queda una reflexión apartada para las normas que se generaron en convenciones o tratados internacionales y que han servido para armonizar las legislaciones nacionales sobre determinadas materias, lo que permite que se eliminen las asimetrías o sea, el diferencial de competitividad que surge en una operación comercial por la aplicación de un derecho nacional respecto de otro derecho nacional involucrado al caso.



En este sentido, y con afán descriptivo, se ha dicho que este derecho de los negocios internacionales comprende los tratados, convenciones, recopilaciones, usos, costumbres y prácticas profesionales relacionados con contratos que contienen elementos internacionales que las empresas concluyen entre ellas, y con Estados u organizaciones gubernamentales para la clasificación de sus relaciones económicas y financieras, en un mundo en el cual los derechos nacionales están influidos en forma creciente por normas internacionales o soluciones transnacionales uniformes.

En conclusión, el derecho del comercio internacional es aquel conjunto de normas para analizar ya sean de empresas particulares, supranacionales, intergubernamentales o derivadas de organismos internacionales que rigen las operaciones comerciales internacionales.

2.4. Generalidades de la costumbre o usos comerciales (*Lex Mercatoria*)

Los antecedentes mediatos de la *lex mercatoria* se sitúan en la época medieval, aunque algunos autores consideran que podrían ser más lejanos. Por ejemplo Szabo cree que se remonta a las prácticas comerciales de los árabes en el siglo X.

El derecho mercantil y comercial alcanzó su primigenia consolidación desde el surgimiento en el medioevo de una clase social, las *Societas Mercatorum*, la cual se dedicó al comercio.

Según Harold J. Berman en su libro *Derecho y Revolución*, la *Societas* adquirió mayor poder dentro de la sociedad e implementó una serie de usos y costumbre profesionales que se denominaron *lex mercatoria*. Aquel grupo social era integrado por artesanos y comerciantes llamados despectivamente *pieds podreux* en Francia, quienes se organizaron en corporaciones y gremios. Su actividad se tornó internacional, volviendo inadecuadas las leyes locales a sus

requerimientos. Así el desarrollo de la *lex mercatoria* se sitúa desde principios del siglo XII hasta mediados del siglo XVI.

Las ferias medievales, eventos que se celebraban cada año, se constituyeron en uno de los campos de producción de la *lex mercatoria* más significativos. Los comerciantes de distintos lugares acudían a ellas durante varias semanas con el aval del rey anfitrión, quien permitía a los mercaderes arreglar entre ellos sus litigios comerciales.

Junto a las ferias se estructuraron los gremios y las corporaciones desde mediados del siglo XII. Poseían órganos propios de dirección, autonomía normativa y jurisdicción especial para aplicarla. Se desarrolló un Derecho Mercantil constituido por las costumbres y usos de una clase social y caracterizada por su nacionalidad, legitimidad, uniformidad y el uso de un amplio sentido de la *aequitas* medieval el cual se trataba de un sentido amplio, holístico, que procuraba la proyección del orden jurídico sobre la efectividad.

El Derecho Mercantil medieval fue creado y usado por un segmento específico de la sociedad, consolidado como un derecho de clase, es decir, hecho por mercaderes y para mercaderes.

No obstante su origen consuetudinario, la *lex mercatoria* se plasmó por escrito, luego se recogió en estatutos corporativos y éstos, a su vez, se integraron en tratados ínter local e internacional. El auge del derecho corporativo medieval surgió en Italia y luego se trasladó a otras regiones, como Holanda (las gildas flamencas), Inglaterra, Cataluña y el norte de Alemania (la Liga Hanseática).

La *lex mercatoria* se caracterizó por ser cosmopolita, transnacional, consuetudinaria y clasista. Se relacionaba continuamente con los demás sistemas legales (feudal, eclesiástico, urbano, real), teniendo en cuenta sus cualidades intrínsecas, como la universalidad, la reciprocidad, la objetividad, la particularidad, la integración y el crecimiento.



A su vez, el cosmopolitismo de la *lex mercatoria* se basó en su flexibilidad, especialidad (entendida como derecho de clase) y autonomía. Estas características, anudadas con la inoperatividad del derecho civil medieval, permitieron su fortalecimiento.

La importancia de la *lex mercatoria* decayó en el siglo XVI. Contribuyó a este descenso, el afianzamiento del derecho en cabeza del Estado moderno, el cual absorbió y prohibió la *lex mercatoria* transnacional; el desplazamiento geográfico de los principales centros comerciales desde Italia y el norte de Alemania hacia Holanda, Inglaterra y Francia y, las falencias internas de la *lex mercatoria* que le habían tornado menos transparente, impredecible e imparcial en su aplicación. Desde entonces la *lex mercatoria* no alcanzó su esplendor medieval.

Ella fue borrada del mapa de la historia jurídica hasta hace poco, cuando han sido comparadas sus características con nuestra época y se plantea su resurgimiento.

En este sentido, se debe señalar que el derecho mercantil ha tenido históricamente una gestación que tiene su punto de partida en una práctica comercial por necesidades económicas, las cuales luego se convierten en uso común, para llegar a algunos casos a la categoría de costumbre y, posteriormente, se institucionaliza a través de órganos competentes del Estado, en muchos casos por impulso de los propios comerciantes y en otros, por impulso de los demás componentes de la sociedad civil y a veces por el propio Estado.

De manera tal, que esta forma de crear derecho que responde a un momento histórico determinado, se reitera en su pura faceta comercial, política y económica de esta época y en casi todos los institutos propios del derecho comercial moderno.



En cuanto a la denominación, parece no existir diferencias para identificar el objeto de estudio, si utilizamos los términos *lex mercatoria* o *ius mercatorum*. Sin embargo, tal y como lo demuestran los historiadores la denominación correcta es la de *ius mercatorum*. Desde mi punto de vista, la expresión histórica correcta es también la de *ius mercatorum*, justamente, porque identifica un modelo especial de crear derecho sin necesitar de la *lex*, que es una manifestación del derecho, pero que, precisamente, se emparenta con la mediación de la sociedad política, porque proviene de los órganos competentes del Estado.

También es importante no soslayar que en este concepto se encierran dos discusiones centrales sobre las que hay que tomar posición, y ellas refieren a la tendencia universalista del derecho comercial y la denominada institucionalización del derecho comercial.

La primera dividió en esa caracterización del derecho comercial como universalista, esta dada por su particular fuerza expansiva como derecho uniforme, mas allá de las frontera nacionales favoreciendo el proyecto de un mercado mundial sostenido por las normas ciertas y uniformes de un derecho mercantil cosmopolita, y que esta uniformidad internacional y la continuidad histórica, a su vez se atribuyen a la propia índole de la clase mercantil, que no tiene edad ni patria.

Pero esta tendencia natural hacia la universalización de las instituciones típicas del comercio y por ende del derecho mercantil, no debe considerarse equivalente al *ius mercatorum*, sino correspondiente con el hecho de que el comercio se ha hecho cada día mas internacional y complejo, por ende es lógico que se elaboren normas para regular este hecho comercial transnacional, multinacional, o universal, máxime en los tiempos de la “globalización” y la intervención abrumadora de la realidad cibernética o el mundo informático.



La segunda característica, que se da y nos interesa, es desde mi perspectiva, la denominada institucionalización del ius mercatorum, o sea, los supuestos, donde las normas generadas por los empresarios y para los empresarios son tomadas por el poder político a través de sus órganos competentes y convertidas en normas legales específicas, siendo la denominada ley mercantil en sentido técnico y estricto, siendo este procedimiento convalidado por los órganos nacionales o supranacionales, normas uniformes generadas por los comerciantes y consolidadas por las practicas, los usos y las costumbres comerciales.

En el tema que nos ocupa, se afirma entonces que esta surgiendo una verdadera nueva lex mercatoria internacional cuyos pilares podrían ser cuatro: los usos profesionales, los contratos tipo, las regulaciones profesionales dictadas en el marco de cada profesión por sus asociaciones representativas y la jurisprudencia arbitral.

Solo cabe recalcar que no esta surgiendo, sino que siempre, en materia mercantil existió y existirá un modo especial de crear derecho que se denomina ius mercatorum, por la dinámica propia del comercio, hoy mas acentuada que nunca por la facilitación del transporte y por las nuevas formas de operar.

Por lo antes mencionado, es valido concluir que: a) el ius mercatorum no desapareció nunca como modo especial de generar derecho comercial, b) que no se identifica con el termino estricto y técnico de ley, c) que no debe ser identificado como equivalente a todo el derecho del comercio internacional y d) que no es antagónico de la función reguladora que las organizaciones políticas nacionales y supranacionales tienen del comercio internacional y complementaria incluso de las propias normas en situación mas pura de generación del ius mercatorum.



Definir la *lex mercatoria* resulta complejo y crucial. Complejo porque se trata de un término que aún no tiene seguridad conceptual por su permanente construcción y, crucial, puesto que la conceptualización ha de ser un marco de referencia neutral y objetivo acerca de ella.

Teniendo en cuenta estas observaciones, se define a la *lex mercatoria* como un conjunto de principios, reglas, usos e instituciones de derecho, mercantil y comercial principalmente, que posee una vocación para ser utilizado como un derecho de clase, informal e internacional y regulado jurisdiccionalmente por el arbitraje internacional.

2.5. La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales

Se debe iniciar este apartado formulando una pregunta inicial, ¿existe o no autonomía de la voluntad en el ámbito de los contratos internacionales?

Por supuesto que la autonomía de la voluntad existe y se manifiesta, como no podía ser de otra manera, en el ámbito de los contratos comerciales internacionales. Así la Convención de Roma dice que un contrato se regirá por la ley elegida por las partes. La CIDIP-V señala que “el contrato se rige por el derecho elegido por las partes” los principios UNIDROIT señalan que “las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido” con estos meros indicadores podemos señalar que en materia de comercio internacional existe reconocida, convencional y usualmente el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Este tema ha sido desarrollado, fundamentalmente, en el ámbito del derecho internacional privado donde los distintos autores han reconocido la denominada autonomía material de las partes y la autonomía conflictual.



Se ubica a la autonomía contractual de las partes en su manifestación material, como constructor de sus propias normas contractuales; desde su manifestación conflictual como elector del derecho aplicable al contrato y sin perjuicio de una manifestación más que del derecho de elegir el juez o arbitro que ha de decidir sus controversias.

En este sentido, se ha expresado que al termino autonomía aplicado a la voluntad, y en el ámbito del derecho contractual, suele atribuírsele dos significados; de un lado, se ha sostenido que la voluntad del sujeto es fuente original del derecho, es decir la fuente independiente de todo orden jurídico preestablecido, de tal modo que el sujeto crea en esta materia normas jurídicas ab initio y que al hacerlo, el derecho de crear normas de que goza el sujeto es absoluto. Por otro lado, se dice que la voluntad del sujeto representa una fuente derivada, capaz de crear normas jurídicas porque un orden jurídico preestablecido lo habilita para ello y que, en tal caso, se le reconoce un derecho subjetivo, derivado de un orden jurídico que lo acuerda.

No se puede dejar de señalar que la manifestación más amplia es la que surge de la propia regulación del contrato que realizan las partes.

Los contratos comerciales internacionales, de importancia, definen con claridad y exhaustividad (o por lo menos es de buena práctica comercial hacerlo) el objeto, los pactos esenciales, las consecuencias del incumplimiento y la forma de resolver sus diferencias o conflictos. Esto es pura autonomía de las partes.

También la utilización de normas usuales uniformes como pueden ser las emitidas por la Cámara de Comercio Internacional, incorporándolas al contrato directamente o con modificaciones y al contrato a celebrar. Si a este esquema se le adiciona el hecho de las partes eligen someterse a un Tribunal Arbitral Privado, tendríamos que el círculo de la autonomía material estaría cerrado.



Sin embargo, hay que tener en cuenta que para la ejecución de dicho laudo arbitral, deberá estarse a lo dispuesto por las convenciones aplicables en la materia y a lo que dispone sobre la ejecución de laudos arbitrales el derecho procesal de orden público del país de la ejecución.

Ahora se abordara la segunda manifestación de esta autonomía de la voluntad de las partes denominada autonomía conflictual. Las partes como hemos visto tienen en su ámbito la posibilidad de elegir, total o parcialmente, el derecho aplicable al contrato así como el modo de solución de conflictos.

Esta posibilidad de elección se encuentra determinada en distintos instrumentos internacionales pudiendo ser las del país con el cual el contrato se encuentre más estrechamente ligado, en otros, la del país donde se deba cumplir la prestación, la del país del derecho elegido y siempre la del país del juez que actúa.

2.6. Principios y reglas aplicables a los contratos mercantiles internacionales

Se debe definir, previamente, cuando estamos frente a un contrato comercial internacional, para luego así avanzar sobre los principios que rigen a estos.

En este sentido, creo que es acertada la adopción de una definición amplia, que podría ser aquella que lo señale como todo contrato que regule una operación comercial internacional, sin caer en limitaciones subjetivas y de contenido, y lo suficientemente amplia como para comprender la complejidad que encierran las operaciones comerciales internacionales.

Someramente debe señalarse la importancia que han adquirido estos contratos comerciales internacionales, asumiendo de una manera paulatina caracteres propios y definidos que lo diferencian de aquellos que presenta el contrato



interno. Todo esto debido al ámbito de desenvolvimiento de sus efectos de contrato internacional, condicionando sus técnicas de elaboración y redacción a una manera muy específica y particular.

En resumen, el contrato internacional se encuentra renovado bajo nuevas formas y caracteres, es ahora mas complejo, mas diversificado, pero en todo caso, absolutamente vital y primero en el proceso de las relaciones probadas económicas contemporáneas.

Señalada esta cuestión, debemos avanzar sobre el tema concreto de los principios en los contratos comerciales internacionales. Hay que partir preguntándose se existen principios y reglas universales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Y claro que esto resulta posible, pero solo respecto de unos pocos principios que si considero aplicables a toda la contratación comercial internacional y que bajo mi óptica y responsabilidad intentare enumerar:

- a) En el ámbito de los contratos comerciales internacionales, las partes tienen libertad de contratar y determinar el contenido del contrato.
- b) Las partes pueden elegir el derecho aplicable al contrato.
- c) A defecto de elección se considerara la conexión mas estrecha del contrato con un país.
- d) No se pueden excluir ni violentar las normas imperativas del Estado con vinculación mas estrecha.
- e) Las partes pueden elegir el tribunal arbitral o jurisdiccional que entenderá en el conflicto que pudiese surgir derivado de la relación contractual.
- f) las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial y se deben colaboración y confidencialidad.
- g) A los fines de interpretar los contratos comerciales internacionales, se debe tener presente su carácter internacional, su carácter comercial y las reglas surgidas del derecho uniforme en la materia, los usos institucionalizados y la practica negocial.
- h) Se admite la responsabilidad por incumplimiento según lo pactado.



i) Y la aceptación de la libertad de formas, de prueba y el principio de consensualidad.

En conclusión La *lex mercatoria* se manifiesta en el plano convencional internacional de manera acertada en la recopilación de estos usos a manera de principios por parte de UNIDROIT. Pero más allá de los pros y los contras que esgrimen quienes están de acuerdo con la aplicación de la *lex mercatoria* y de los Principios de UNIDROIT como parte de la manifestación de la misma, debe comprenderse que éstos usos y costumbres identificados en Principios generales constituyen una herramienta invaluable para poder resolver de mejor manera una controversia, aplicando esta especie de derecho supranacional en lugar de las legislaciones locales.





CAPÍTULO III

3. Aspectos formales de los contratos internacionales

Como acertadamente expone Dykinson Manuel Medina de Lemus, la contratación internacional es: “el vehículo de expresión y documentación del consentimiento por el que se perfeccionan las relaciones comerciales de intercambio de bienes y servicios cuyo ámbito excede de la legislación de un Estado, de suerte que puede decirse que los diferentes elementos que intervienen en ellas (sujetos, objeto, precio, forma y lugar de celebración del contrato) guardan alguna conexión con nacionalidades distintas y, consecuentemente, con legislaciones de diferentes países”.¹³

De esta confluencia de diversos ordenamientos jurídicos sobre una misma relación jurídica se derivan problemas de carácter formal que giran, en lo que a este escrito interesa, en torno a una cuestión de vital importancia para la válida celebración y luego la ejecución del contrato resultante, la ley aplicable al contrato.

Aparece en este contexto, entonces, la conocida como norma de conflicto, que tiene como función determinar el derecho aplicable a la situación privada internacional, de entre todos los ordenamientos jurídicos con los que presenta conexión dicha situación jurídica internacional, poniendo fin al conflicto de leyes suscitado.

En ese orden, la norma de conflicto consta de tres elementos que facilitan la localización del derecho aplicable. Estos elementos se refieren al supuesto de hecho (conceptos jurídicos), el punto de conexión (que indica el vínculo del supuesto de hecho con un determinado Estado) y la consecuencia jurídica (que, finalmente, ordena la aplicación del Derecho de un país).

¹³ Dykinson. **Contratos de Comercio Exterior**. 1,998. pág.2

Pero, desde luego, el principio de la autonomía de la voluntad contractual, en cuya virtud quienes contratan pueden establecer pactos, cláusulas y condiciones que entiendan convenientes a sus intereses siempre que no contravengan normas imperativas o prohibitivas, ni la moral ni el orden público, tiene un papel protagonista a la hora de determinar el derecho aplicable a la relación jurídica constituida.



3.1. La elección de la ley aplicable (los convenios).

La elección de la ley aplicable es un aspecto imprescindible en todos los contratos que guardan relación con diversos ordenamientos jurídicos. Es necesario contar con un ordenamiento al que puedan referirse las partes, puesto que la mera voluntad de éstas difícilmente podrá resolver todos los problemas que surjan en la realidad, máxime una vez que el contrato ya existe y se está ejecutando.

Se deben, pues, evitar las situaciones de contratos sin ley que se dan, en ocasiones, en el actual comercio internacional por haberse generalizado la utilización de contratos tipo o de condiciones generales de contratación que posibilitan, en la práctica, una realidad aparentemente desvinculada de cualquier ordenamiento jurídico nacional. Es la utilización de contratos anacionales, que se ha defendido sobre la base de la existencia de una nueva *lex mercatoria* o ley universal de los negocios, fruto de la gradual consolidación de los usos comerciales internacionales; pero aun en el supuesto de que pudiera admitirse que un contrato se refiriese a ella, sería necesario contar, en todo caso, con el respaldo de un derecho nacional.

La elección de la ley se tiende a relegar al criterio de los abogados que intervienen en la preparación del contrato. Sin embargo, esta decisión debería compartirse con todos los equipos interesados en la negociación, porque también afecta a otras cuestiones no estrictamente jurídicas, entre las que destacan:



a) Reducción de los riesgos políticos propios de cada país de los consiguientes riesgos de impago. Por ejemplo, en proyectos de infraestructuras es conveniente, para el dueño de la obra, que la ley aplicable no sea la del contratista, puesto que podrían producirse cambios legislativos influenciados por motivos políticos que afectasen al contrato. Por ello, siempre que sea posible, ha de elegirse la ley de un país con probada trayectoria de imparcialidad legal que permita que el contrato se desarrolle en un marco regulador claro y estable.

b) Factor lingüístico. Es importante tener en cuenta que la aplicación de leyes que impongan la utilización de una lengua oficial en los contratos y documentos que se sometan a la misma y que sea poco usual en el tráfico internacional, causará la necesidad de traducciones complejas, normalmente juradas, que retrasarán la negociación del contrato y, sobre todo, su desarrollo y aplicación.

c) Asesores jurídicos. En ocasiones, conviene evitar la elección de la ley de un país donde no existan los asesores jurídicos adecuados a las necesidades de una de las partes (capacitación, imparcialidad, etc.)

d) Incentivos fiscales. Los beneficios fiscales y los incentivos a la inversión extranjera a las empresas que se establezcan en zonas francas otorgados por determinadas naciones pueden ser la única y principal razón para elegir la ley de un país específico.

No obstante, existen determinados aspectos del negocio que suelen estar regulados por la ley del país en que se ejecuta el contrato. Pero cada Estado posee sus propias normas de Derecho Internacional Privado y las fuentes del mismo, básicamente son los convenios internacionales y las disposiciones normativas producidas por los órganos con función legislativa de cada país.

Entre estos convenios, el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, el Convenio de Viena, de 11 de abril de 1980 y La Convención de México de 1994, mismos sobre los cuales señalaremos sus aspectos principales a continuación.



A) Convenio de Roma: aspectos principales

El Convenio de Roma es de aplicación a las obligaciones contractuales, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes; aunque la ley que resulte aplicable pertenezca a un Estado no contratante del Convenio.

Este carácter universal convierte al Convenio de Roma en una norma uniforme de Derecho Internacional Privado, que se aplica con preferencia a las normas internas de cada uno de los Estados contratantes, sin perjuicio de lo establecido en otros convenios internacionales de los que sea o pase a ser parte cualesquiera de esos Estados contratantes, y de la aplicación de las disposiciones que, en materias específicas, regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales y que estén o estarán contenidas en los actos derivados de las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de estos actos.

El Convenio se aplicará en cada Estado contratante a los contratos celebrados después de su entrada en vigor en dicho Estado.

El Convenio de Roma no es aplicable al estado civil y a la capacidad de las personas físicas y a las obligaciones contractuales relativas a los testamentos y sucesiones, regímenes matrimoniales, derechos y deberes derivados de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad, incluidas las obligaciones de dar alimentos respecto a los hijos no matrimoniales; a las obligaciones derivadas de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones surgidas de estos otros instrumentos se deriven de su carácter negociable; a los convenios de arbitraje y de elección de foro; a las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, tales como la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas, así como la responsabilidad personal legal de



los socios y de los órganos por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica; a la cuestión de saber si un intermediario puede obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o si un órgano de una sociedad, de una asociación o una persona jurídica puede obligar frente a terceros a esta sociedad, asociación o persona jurídica; a la constitución de *trusts*, a las relaciones que se creen entre quienes lo constituyen, los *trustees* y los beneficiarios; a la prueba y al proceso,

El sistema del Convenio de Roma para la determinación de la ley aplicable parte del referido principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Siendo así, está dispuesto que los contratos se regirán por la ley elegida por las partes que dicha elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso y que las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

En consecuencia, las partes podrán elegir una única ley para que regule todo el contrato, o varias leyes diferentes que regulen cada una determinada parte de aquél.

No obstante esta posibilidad ha de limitarse a contratos que por su propia naturaleza sean susceptibles de división, dado que una aplicación desnaturalizada de las opciones legislativas podría quebrantar la necesaria homogeneidad del contrato en su conjunto y causar, además contradicciones dentro del mismo.

Por otra parte la utilización de esta técnica ha de ser muy cuidadosa puesto que podría emplearse como instrumento de fraude para escoger normas que eludan determinadas obligaciones no deseadas impuestas por otras legislaciones. Precisamente para evitar este tipo de fraudes y, concretamente, en materia de consumidores y trabajadores, el Convenio de Roma impone expresamente que la ley aplicable no podrá tener por resultado privar a éstos de la protección que les



aseguran las disposiciones imperativas de la ley del país en que tengan su residencia habitual, si le son más favorables.

Además, las partes podrán modificar con posterioridad a la celebración del contrato, su elección de la ley aplicable, siempre que:

- a) El nuevo ordenamiento elegido no imponga requisitos formales que no exigía la ley elegida en primer lugar y que supongan la nulidad del contrato.
- b) No se alteren los derechos adquiridos por terceras personas.

En defecto de elección expresa de la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos; aunque si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presenta una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, con carácter excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país.

Se presume entonces, que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. Sin embargo si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte dicho país será aquel en que esté situado su establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquel en que esté situado este otro establecimiento. Esta regla para la determinación del país con el que el contrato tiene vínculos más estrechos tiene varias excepciones:

- a) Cuando el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble, en cuyo caso se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que estuviera situado el inmueble.
- b) Cuando el contrato es de transporte de mercancías y el país en el que el transportista tiene su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato es también aquel en que está situado el lugar de carga o de

descarga o el establecimiento principal del expedidor, en cuyo caso se presume que el contrato tiene sus vínculos más estrechos con este país.



En cualquier caso si no puede determinarse cuál es la prestación característica del contrato, no será aplicable la regla anterior para la elección de la ley aplicable al contrato. Tampoco se aplicará esta regla y sus excepciones si del conjunto de circunstancias del contrato resulta que éste presenta vínculos más estrechos con otro país. Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley que resulte aplicable, si esta es incompatible con el orden público del foro.

La ley aplicable al contrato regirá su interpretación, el cumplimiento de las obligaciones que genere, las consecuencias del incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas (evidentemente, dentro de los límites de los poderes atribuidos al Tribunal que conozca del asunto que tenga su causa en estos incumplimientos por sus leyes procesales); los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo; las consecuencias de la nulidad del contrato.

La ley que resulte aplicable al contrato en virtud del Convenio regirá, también, la existencia y validez del contrato y cualquiera de sus disposiciones si estos son válidos.

En cuanto a la forma del contrato, el Convenio se pronuncia en el sentido de admitir como válido un contrato celebrado entre personas que se encuentren en un mismo país, si la forma de dicho contrato reúne las condiciones de la ley que rige su fondo en virtud del Convenio, o de la ley del país en el que se haya celebrado este contrato.

Si en cambio, las partes del contrato se encuentran en países diferentes, éste será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que rige su fondo en virtud del presente Convenio o de la ley de uno de esos países.



Si el contrato se celebra por medio de un representante, el país en el que se encuentre el referido representante en el momento de la celebración del contrato será el que se considere para la aplicación de los dos párrafos anteriores.

La forma de los contratos celebrados por los consumidores se regirá por la ley del país en el que tenga su residencia habitual el consumidor y la de todo contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble estará sometida a las normas imperativas de la ley del país en que el inmueble esté citado, siempre y cuando según esta ley sean aplicables independientemente del lugar de celebración del contrato y de la ley que lo rija en cuanto al fondo.

Aplicación de normas imperativas de otro país al aplicar la ley que resulte elegida de conformidad con el Convenio, podrá darse efecto a normas imperativas del Derecho que las partes hayan elegido, y de la ley de otro Estado con el que el contrato presente un vínculo estrecho, si tales normas son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato, una vez atendidas la naturaleza, objeto y consecuencias de su aplicación o inaplicación. Entre estas normas se encuentran:

- a) Las que impongan principios de orden público o aquéllas que pretenden evitar el fraude de ley.
- b) Las inspiradas en los principios rectores de la economía de un país: normas de libre competencia, control de cambios y protección de determinados sectores considerados estratégicos para la economía nacional (sector de telecomunicaciones, energía o transportes).
- c) Las protectoras de la parte más débil en los contratos, como las relativas a consumidores o al contrato individual de trabajo.



Asimismo, la aplicación de cualquiera de estas categorías de normas imperativas puede proceder, también, de la ley del país a cuya jurisdicción correspondan las controversias derivadas del contrato, toda vez que el juez que instruya o enjuicie un posible litigio aplicará las normas que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para el contrato.

B) Convenio de Viena de 1980: aspectos principales

La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, de la que son Estados Contratantes más de 55 países del mundo de la más diversa tradición jurídica, se dedica, exclusivamente, a regular, en aras de la uniformidad, la figura contractual por excelencia del comercio internacional: el contrato de compraventa.

De esta forma, la Convención es aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes, cuando esos Estados sean Estados Contratantes de la Convención, o cuando las normas de Derecho Internacional Privado prevean la aplicación de la ley de uno de los Estados Contratantes.

Sin embargo, no se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de la información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

Asimismo, la nacionalidad de las partes, el carácter civil o comercial de ellas o del contrato no condicionarán la aplicación de la Convención.

La Convención regula, solamente, la formación del contrato de compraventa, los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese

contrato y los derechos y acciones que cada uno de ellos puede ejercer en consecuencia del incumplimiento parcial o total del contrato.



En cualquier caso, las partes podrán excluir la aplicación de la Convención y establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos. Es ésta una de las manifestaciones más palpables del principio de la autonomía de la voluntad.

Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho Internacional Privado. Nótese que son premisas de la Convención que su interpretación tenga en cuenta el carácter internacional de la misma, la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

Pero en definitiva, la Convención no prevalecerá sobre ningún acuerdo internacional ya celebrado o que se celebre, que contenga disposiciones relativas a las materias que se rigen por la Convención, siempre que las partes tengan sus establecimientos en Estados partes en ese acuerdo.

Salvo disposición expresa en contrario de la propia Convención, ésta no regulará la validez del contrato, la de ninguna de sus estipulaciones, ni los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.

En todo caso, la Convención no se aplicará a las compraventas de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso.



Las compraventas en subastas, judiciales, de valores mobiliarios, efectos de comercio y dinero, de buques, embarcaciones, aerodeslizadores, aeronaves, y de electricidad, están también excluidas del ámbito material de la Convención. Lo mismo ocurre con los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

La Convención sin entrar a definir con detalle el contrato de compraventa, deja claro que serán consideradas como compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.

El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos.

No obstante, no se aplicará ninguna disposición de la Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración en contrario, por exigir su legislación que los contratos de compraventa se celebren o se aprueben por escrito.

En este sentido, las partes no tendrán ningún poder de disposición para establecer excepciones ni modificar los efectos derivados del párrafo anterior.

C) La convención de México: aspectos principales

La Convención de México (1994), es una de las fuentes más importantes para la interpretación de los contratos comerciales internacionales.



Se consagra la autonomía de la voluntad como principio rector para la determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales, ya que tanto la convención de México como los Principios UNIDROIT, descansan en esta regla básica: Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido, porque consagran la autonomía de la voluntad libre, como premisa rectora de las operaciones comerciales que están orientadas al libre comercio y la competitividad.

Como conexión subsidiaria, para el caso de que las partes no hubieran elegido el Derecho aplicable o si su elección resultase ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos,

Dispone que el Tribunal tomara en cuenta todos los principios generales del Derecho comercial internacional y, se aplicarán cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso.

El reconocimiento que se hace en esta convención a los principios generales del Derecho comercial internacional, aceptados por los organismos internacionales no gubernamentales, impulsa a los árbitros a recurrir a las reglas de interpretación e integración establecidas en los Principios UNIDROIT.

3.2. Los principios de UNIDROIT como complemento e interpretación de las convenciones internacionales



Los principios de UNIDROIT han sido aplicados como complemento o interpretación de la ley doméstica en algunos casos recientes de la Cámara de Comercio Internacional. De acuerdo a los comentarios que acompañan las letras negras de la publicación de los Principios en 1994, el uso de estos principios para interpretar la ley interna aplicable se justifica cuando esa regla de la ley aplicable resulta difícil de establecer y la solución pueda ser encontrada en los principios.

De igual manera los principios de UNIDROIT han sido utilizados como complementos de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de mercaderías en algunos casos, tal como se evidencia en los laudos dictados en los asuntos 8128 y 8769.

Luego de haber sido incorporados dentro de varios sistemas legislativos nacionales, la ley uniforme no ha perdido su naturaleza especial como un cuerpo de leyes desarrollada independientemente en un nivel internacional.

Existe entonces una necesidad de una herramienta comparativa de emergencia como estos Principios de UNIDROIT, capaces de ofrecer soluciones en los lugares donde existan vacíos en la ley uniforme y en donde los variados sistemas legislativos nacionales no sean capaces de proveer una solución satisfactoria.

En conclusión la actualización de los juristas que trabajan estos temas provoca ideas comunes y lo que es más importante, es la afinidad y coincidencia en dichos principios a nivel Internacional lo que indudablemente contribuye cada día con mayor fuerza al establecimiento de una lex mercatoria que no es otra cosa que un completo entramado de relaciones jurídicas internacionales que puedan servir de soporte a los negocios entre países.



CAPÍTULO IV



4. La unificación del derecho privado

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado -UNIDROIT-, es una organización intergubernamental creada en el año 1926, bajo el auspicio de la Liga de Naciones. Restablecida en 1940 sobre las bases de un Tratado Internacional, el Estatuto Orgánico de UNIDROIT. Su sede se encuentra en Roma. Se creó con el objetivo de promover la armonización y unificación del Derecho Privado a nivel internacional, teniendo como punto de partida la creciente liberalización del Comercio y el proceso de integración económica.

Son miembros del instituto Estados de los cinco continentes, que representan una variedad de sistemas legales, políticos, y económicos. En la actualidad, UNIDROIT cuenta con 58 miembros: Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Colombia, Croacia, Cuba, Chipre, República Checa, Dinamarca, Egipto, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Santa Sede, Hungría, India, Irán, Iraq, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, Malta, México, Países Bajos, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Pakistán, Paraguay, Polonia, Portugal, República de Corea, Rumania, Federación Rusa, San Marino, Eslovaquia, Eslovenia, República de Sudáfrica, España, Suecia, Suiza, Túnez, Turquía, Reino Unido, Estados Unidos de América, Uruguay, Venezuela, Yugoslavia.

De acuerdo con el Estatuto Orgánico de UNIDROIT, hecho en Roma el 15 de marzo de 1940, el Instituto Internacional para La Unificación Del Derecho Privado, tiene por objeto, según el Artículo 1: "... estudiar los medios de armonizar y coordinar el derecho privado entre los Estados o entre grupos de Estados y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos Estados de una legislación de derecho privado uniforme". A tal fin, el Instituto:

- a) Prepara proyectos de leyes o convenciones con miras a establecer un derecho interno uniforme;

- b) Prepara proyectos de acuerdos tendientes a facilitar las relaciones internacionales en materia de derecho privado;
- c) Emprnde estudios de derecho comparado en materia de derecho privado;
- d) Se interesa por las iniciativas ya tomadas por otras instituciones en todos esos campos con las cuales puede, en caso necesario, mantenerse en contacto.
- e) Organiza conferencias y publica los estudios que juzga dignos de amplia difusión.”



Precisamente, entre los antecedentes de la Convención de 1980 sobre compraventa de mercaderías, se encuentra el trabajo de UNIDROIT. En efecto, los antecedentes de la Convención de Viena de 1980 para la compraventa internacional de mercaderías, se remontan a los trabajos de la comisión designada por la Asociación de Derecho Internacional reunida en Estocolmo en 1924, los trabajos de la Comisión del Instituto UNIDROIT de 1930 que preparó un proyecto de Ley uniforme de la compraventa internacional, el proyecto de ley uniforme sobre venta internacional de objetos mobiliarios corporales de 1939, la Conferencia Internacional de la Haya de 1964, donde se aprobó la Ley uniforme sobre la venta internacional de objetos mobiliarios corporales y la Ley uniforme sobre la formación de los contratos de venta internacional de objetos muebles corporales.

Entre otros, los instrumentos legales sobre los cuáles ha trabajado el Instituto, están: la Convención sobre normas uniformes en contratos para la venta internacional de bienes, la Convención sobre normas uniformes en venta internacional de bienes, la Convención internacional sobre el contrato de viaje, la Convención sobre normas uniformes en la expresión de la Voluntad internacional, la Convención UNIDROIT sobre leasing financiero internacional y la Convención UNIDROIT sobre *factoring* internacional.

De los instrumentos trabajados por UNIDROIT, tal vez, el que más difusión ha tenido, y sobre el que existe mayor consenso en el derecho mercantil internacional, es el que contiene los Principios para los contratos comerciales internacionales, a los cuáles me refiero a continuación.



4.1. Principios para los contratos internacionales

En el año de 1968, con ocasión de la celebración de los 40 años de fundación de UNIDROIT, en la ciudad de Roma, surgió la idea de crear un cuerpo normativo para los contratos comerciales internacionales. El Consejo Directivo de UNIDROIT en su reunión de 1971 incluyó en la agenda de trabajo la preparación de un ensayo de unificación relativo a la parte general de los contratos, sin embargo, no fue sino hasta 1980 cuando se creó el grupo de trabajo, que se constituyó con representantes de diversas culturas y sistemas jurídicos del mundo. Representantes de llamado *Civil law*, del *Common law*, y de los sistemas socialistas conformaron el comité de trabajo. Las labores terminaron en el año de 1994 con la publicación de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales.

Según opinión de expertos, los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, representan una nueva aproximación al derecho de los negocios internacionales, y son un intento por remediar muchas de las deficiencias surgidas del derecho aplicable a tales negocios. No están concebidos como una forma de modelo de cláusulas contractuales para ningún tipo de convenio en particular, ni constituyen una forma de convención internacional de ley uniforme para los contratos internacionales, y como se verá más adelante, derivan su valor solamente de su fuerza persuasiva.

Los Principios son un intento por enunciar reglas que son comunes a la mayoría de sistemas legales existentes y al mismo tiempo adoptar soluciones que mejor se adapten a las necesidades del tráfico internacional.

Los Principios están divididos en siete capítulos que contienen en total ciento veinte artículos, con disposiciones aplicables a todo el *iter contractus* desde la etapa de gestación hasta su conclusión mediante el cumplimiento o incumplimiento del mismo.



Bajo esta idea los principios de UNIDROIT tienen como objeto ser un conjunto de reglas que puedan ser utilizadas con independencia de los diversos sistemas jurídicos y económicos existentes en el mundo. De esta forma se intenta solucionar el problema de determinar la ley del foro y la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales.

Acorde con las necesidades antes planteadas, el propósito de los principios es bastante claro en el preámbulo de los mismos se dispone que estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, que deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos, 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 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.

Se puede decir que uno de los propósitos que guió a los redactores de los Principios, fue precisamente, el de 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 contratantes.

La respuesta a cuál puede ser la fuente de su obligatoriedad se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes, principio rector del derecho contractual, es decir: los principios serán aplicables a los contratos, cuando así lo hayan acordado las partes. Sin embargo, como lo veremos, varios tribunales internacionales los han encontrado aplicables a los contratos por el simple hecho de constituir principios generales de los contratos del comercio internacional reconocidos en diversos sistemas jurídicos del mundo.



En principio, entonces, tienen un carácter eminentemente potestativo. Además de acuerdo con esta naturaleza, cuando las partes en un contrato acuerden someterse a ellos, igualmente pueden excluir la aplicación de algunas de sus normas, salvo las que expresamente los prohíban, o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones.

El límite que encuentran Los Principios de UNIDROIT está constituido por las normas imperativas nacionales e internacionales. En este sentido el artículo 1.4 del normativo de UNIDROIT dispone: "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."

En el comentario a este artículo se aclara que dada la naturaleza peculiar de los Principios, éstos no tienen el propósito de prevalecer sobre normas imperativas aplicables ya sean ellas de origen nacional, internacional o supranacional.

Conforme a lo dispuesto en el preámbulo, los Principios son aplicables a los contratos mercantiles internacionales, en aquellos eventos en los que las partes hayan acordado regular dichas relaciones contractuales conforme a éstos, inclusive en tratándose de contratos nacionales. Pueden ser además utilizados como modelo para la legislación interna de los países o legislación internacional.

Los Principios UNIDROIT no sólo se limitan a la regulación de contratos específicos, sino que también pueden ser utilizados para la interpretación y complemento de disposiciones uniformes internacionales.



No obstante lo anterior, es decir, las varias aplicaciones posibles de los Principios, éstos están concebidos principalmente para regular contratos mercantiles internacionales, razón por la cual es menester determinar lo que se entiende por tales.

Sin definir lo que se entiende por Contrato, los Principios delimitan el tipo de negocios jurídicos a los cuáles se aplica al utilizar el término contratos mercantiles, dándole un sentido amplio a la expresión mercantilidad que no se limita a la tradicional discusión sobre su naturaleza civil, o mercantil, sino que más bien buscan abarcar el mayor número de operaciones mercantiles posibles, entre los cuáles se destacan entre otros, los contratos de prestación de servicios profesionales, excluidos de la materia mercantil según algunas posiciones legislativas como es el caso de nuestro código de comercio en el artículo 9 que nos indica quienes no son comerciantes dentro de nuestra legislación.

Podría afirmarse en un comienzo que los Principios han dejado además a un lado los criterios objetivo y subjetivo para la determinación de la naturaleza mercantil de ciertos actos jurídicos porque se busca más bien que pueda aplicarse tanto en aquellos países cuyas regulaciones mercantiles acogen el criterio objetivo, como aquellos que se matriculan en el contrario.

A pesar de que la intención de los Principios es la de abarcar el mayor número posible de operaciones económicas, se ha excluido expresamente a aquellas operaciones denominadas de consumo, entendiendo por tales las que son celebradas por aquella persona que, en su actividad contractual, no efectúa un acto de comercio, ni obra en ejercicio de su profesión.

Sin embargo, en mi parecer, no fue acertada la distinción entre operación de consumo y su limitación frente a otras operaciones económicas, pues a ~~pasar de~~ atribuir las primeras a aquellos actos celebrados por consumidores, no se ~~se aclaró~~ satisfactoriamente cuando un contratante actúa como tal, es decir; deja viva la discusión entre los criterios para distinguir cuando nos encontramos o no frente a un acto de comercio, sin tener en cuenta la finalidad buscada consistente en abarcar el mayor número posible de operaciones mercantiles. A mi modo de ver se debió aprovecharse la ocasión, e intentar una fórmula que unifique los actos mercantiles con los actos civiles, si es que en realidad se quería, como se mencionó, abarcar todo tipo de operaciones económicas y no distinguir entre operaciones civiles y mercantiles.



Por otra parte no se encuentra objeción alguna a poder aplicar estas disposiciones a otro tipo de operaciones, pues tal como lo afirman los Principios UNIDROIT, las únicas limitaciones que podrían establecerse en su empleo serían las dispuestas por las normas imperativas que regulen los estatutos nacionales de los consumidores.

Los Principios de UNIDROIT, al recoger principios de distintas culturas jurídicas y económicas permitirán el acceso a innovadoras soluciones que contribuirán a enriquecer y renovar nuestra jurisprudencia, por otra parte, son un paso adelante en la necesidad planteada de armonizar y unificar derecho privado internacional como una respuesta jurídica al fenómeno económico de integración.

Se han identificado algunas funciones que pueden tener los Principios UNIDROIT en la práctica, que se pasara a analizar a continuación, indicando algunas aplicaciones jurisprudenciales. Sin embargo podemos adelantarnos a lo que será estudio detallado, diciendo que en general los papeles fundamentales asignado a los principios y desarrollados por la jurisprudencia, especialmente, laudos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), se pueden resumir en: papel o función normativa, y papel o función interpretativa.



4.1.1. Aplicación de los principios como ley del contrato

Basado en el principio de la autonomía de la voluntad, las partes en un contrato pueden escoger a los principios como ley del contrato. Pero se recomienda que cuando las partes deseen adoptar los Principios como el derecho aplicable a su contrato, es aconsejable combinar la adopción de los Principios con un acuerdo de arbitraje.

En este caso los Principios se aplicarán al contrato con exclusión de la ley nacional, siempre y cuando no intenten derogar las normas de carácter imperativo de cada país.

Existen varios casos que han sido objeto de decisión en Tribunales de Arbitramento sobre contratos en los cuáles se han aplicado los Principios como ley del contrato. Igualmente, los casos en que los jueces arbitrales han encontrado aplicables al contrato los principios UNIDROIT. Cabe destacar los casos en que los jueces han encontrado aplicables los Principios de UNIDROIT asimilándolos a la *lex mercatoria*, a la justicia natural.

Un caso en el que las partes designaron a los Principios de UNIDROIT como ley del contrato, y el Tribunal falló conforme a esta estipulación es el decidido por un Tribunal Arbitral en Milán, Italia.

Se trataba de un contrato de agencia comercial para la distribución de artículos de mobiliario, concluido entre una Compañía italiana (como principal) y un agente en los Estados Unidos. El principal declaró terminado el contrato ante la inejecución del agente (ausencia de resultados esperados).

El agente, que era el demandante, alegó terminación injusta por parte del Principal, y reclamó indemnización por los daños causados. Las partes estuvieron de acuerdo en que el Tribunal arbitral aplicara los Principios de

UNIDROIT. El árbitro aplicó las siguientes disposiciones de los Principios, y en algunos casos refiriéndose también a los comentarios:

- Artículo 1.3 para afirmar el carácter obligatorio del acuerdo entre las partes.
- Los Artículos 4.1 y 4.2 para interpretar la declaración escrita de una de las partes como constitutiva del aviso de terminación;
- Artículo 7.3.1 para excluir el derecho a terminar el contrato por una inejecución "esencial," o "incumplimiento esencial" con respecto a un evento sobre el cual las partes tenían expresamente estipulado renegociar si este ocurriera.
- Artículo 7.3.5 para afirmar la validez de un término del contrato, según el cual en caso de terminación, expresamente se concedía al principal el derecho a la restitución del promocional material y al agente el derecho a una comisión por órdenes hasta ahora recibidas;
- Los Artículos 7.4.1 y 7.4.2 para afirmar el derecho de la parte afligida para ser compensada totalmente por el daño que ha derivado como consecuencia de la inejecución de la otra parte, pero excluir compensación por el sufrimiento emocional y aflicción, pues la parte afligida es una entidad corporativa;
- Los Artículos 7.4.3 y 7.4.4 para limitar la compensación a los costos que se derivan de la inejecución y al daño previsible.
- El Artículo 7.4.9 para confirmar la validez de la cláusula del contrato que proporciona derecho a la parte afligida a recibir intereses desde cuando el dinero es debido, y el artículo 7.4.13 para confirmar la validez de la tasa de interés acordada (15%).



También se encuentra como ejemplo, el fallo 8331 de la Cámara de Comercio Internacional, donde el demandante era un fabricante sueco y la demandada una compañía Iraní. El caso concernía a un memorando de entendimiento por medio del cual las partes acordaron concluir un contrato de venta de camiones y piezas de repuesto y en general indicaron su intención de iniciar un acuerdo para

establecer una ensambladora para la producción del mismo tipo de camiones en el país comprador.



Mientras las ventas objeto del contrato estaban concluyendo, el vendedor se negó a participar en negociaciones para montar la ensambladora argumentando que el comprador carecía de la organización empresarial necesaria para él llevar a cabo el proyecto. Las partes acordaron que el Tribunal Arbitral podría aplicar los acuerdos relevantes entre ellas y tener en cuenta si fuere necesario y apropiado, los Principios de UNIDROIT. En esta decisión el tribunal arbitral aplicó en particular dos artículos de los Principios, el artículo 4.5, además de los comentarios al mismo, para concluir que al memorando de entendimiento se le debía dar efecto en su totalidad y no solamente en lo concerniente a la parte referida a la conclusión del contrato de venta, y el artículo 5.4. (2), para concluir que la declaración de la intención de las partes para entrar en unas negociaciones con el propósito de llegar a un acuerdo para establecer una ensambladora implicaba una obligación de hacer el mayor esfuerzo para lograr el resultado.

De acuerdo con el Tribunal Arbitral, el vendedor al negarse a iniciar las negociaciones quebrantó esta obligación y su argumento de que el comprador no tenía la organización empresarial necesaria no constituía una excusa válida.

4.1.2. Los principios UNIDROIT como *lex mercatoria*

De acuerdo con algunos autores, constituye *lex mercatoria*: Aquel sistema jurídico que proviene de los comerciantes. Las normas o reglas que constituyen *lex mercatoria* son producto de prácticas, usos y costumbres de los comerciantes, es decir, ellos las formulan para hacer regir sus relaciones de manera que en sus contratos, al acordar someterse a aquéllas, se vuelven obligatorias para las partes. Son ley entre ellos y pueden hacerse valer ante tribunales nacionales. Estas normas se apoyan en la autonomía de la voluntad prohijada por las leyes del Estado.



Diversas opiniones se han dado sobre la *lex mercatoria*, por ejemplo se ha señalado que *lex mercatoria* es el conjunto de principios, instituciones y reglas de múltiple origen, inspiradas en el funcionamiento de estructuras legales que hacen los operadores del comercio internacional y bajo este tratamiento se enmarcan las soluciones que se adecuan a sus expectativas. Desde esta perspectiva, las partes, en los contratos internacionales, algunas veces pactan que sus disputas no sean gobernadas por un Derecho nacional. En cambio, las someten a las costumbres o usos del comercio internacional; o bien, a las reglas comunes a todos o a la mayor parte de los Estados comprometidos o para aquellos Estados que están conectados con la disputa. Se aduce que cuando estas reglas comunes son indeterminables, el árbitro aplica la regla o elige la solución que le parece como la más apropiada y equitativa. Para ello tendrá en cuenta los derechos de los diversos sistemas legales.

Este procedimiento judicial, que es en parte una aplicación de las reglas legales y en parte una selección y proceso creativo, es la aplicación de la llamada *lex mercatoria*. En este sentido, parte del sector académico señala que en UNIDROIT se enmarcan como la representación de la *lex mercatoria*. Así, la doctrina que favorece la semejanza entre UNIDROIT y *lex mercatoria* argumenta la afirmación contenida en el tercer párrafo del Preámbulo de los Principios, que expresamente señala: “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. “

Aunque puede entenderse incluido en el punto anteriormente explicado, el grado de aplicación, es diferente al anterior, pues en este caso las partes en principio no hacen expresa referencia a UNIDROIT como regla del contrato. Se puede discutir en consecuencia, si las partes si han escogido la ley por la cual el contrato se gobernará y en especial, si se han referido a UNIDROIT.

Friedrich Jüenger considera a los principios UNIDROIT como: “*lex mercatoria* en versión codificada y fuente del Derecho Internacional Privado indicada en la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, a la cual acude el juez para la determinación del derecho aplicable en caso de ausencia de voluntad de las partes”¹⁴. Asimismo, Gesa Barón afirma que “los Principios UNIDROIT reúnen las peculiaridades de una nueva *lex mercatoria* debido a sus características de internacionalidad y de origen común, lo que los hace responder a las necesidades comerciales”¹⁵.



Por su parte, Jorge Oviedo juzga que forman parte de la *lex mercatoria* moderna, entendida ésta en su sentido amplio, de forma que contenga todas las fuentes del derecho del comercio internacional y no únicamente los usos y costumbres mercantiles. En este sentido, expone: “fue fundamentada la decisión contenida en el laudo 7.110 de la Cámara de Comercio Internacional, producida en 1995”¹⁶. Perales Viscasillas comenta que: “no constituyen desde un sentido estrictamente jurídico *lex mercatoria*. Sin embargo, admite que los Principios son reconocidos como tales por los operadores del comercio internacional, jueces nacionales y árbitros. Por ello, afirma que sería deseable y conveniente que los tribunales, tanto jurisdiccionales como arbitrales, aplicasen los principios en aquellas situaciones en que ofrezcan una solución acorde con la práctica comercial internacional”¹⁷.

Asimismo, entra en la discusión su naturaleza, es decir: si en realidad los principios reflejan aquellas reglas superiores anteriores a todo derecho positivo, o son reflejo de costumbres o de reglas sobre las cuáles se han puesto de acuerdo un grupo de juristas. Sobre esto, creemos, debe tenerse sumo cuidado, e insistir en que cuando decimos que los principios UNIDROIT hacen parte de la *lex*

¹⁴Friedrich Jüenger. **Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit**. Pág. 229-236

¹⁵Barón, Gesa. **Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contrats form a new *lex mercatoria***. Pág.65

¹⁶Oviedo Alban, Jorge. **Los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales: Su importancia en la armonización y unificación del derecho privado**. Pág.102

¹⁷Perales Viscasillas, Maria Del Pilar. **El derecho uniforme del comercio internacional: Los principios de UNIDROIT**. Pág.6



mercatoria moderna, no confundamos este último término, solamente con los usos y costumbres del tráfico internacional, sino que la utilicemos en un sentido amplio que contenga todas las fuentes del derecho del comercio internacional.

De otro lado, se juzga que los Principios UNIDROIT son contrarios a la *lex mercatoria*, por cuanto como fuente naciente en época de la Edad Media, ésta ha sido desarrollada en la actualidad y ha producido instituciones autónomas que se diferencian de su origen. En tal sentido, se señala que *lex mercatoria* constituye fuente del derecho no objetivada, sin carácter orgánico, no sistematizada, a diferencia de UNIDROIT, que son disposiciones debidamente estructuradas, organizadas y compiladas. De otra parte, la doctrina expone que la *lex mercatoria* no obsta para que finalmente se la recoja en tratados internacionales; pero cuando ello ocurre, las reglas dejan de ser parte de la *lex mercatoria* para ser derecho positivo del país que hace parte de ese tratado. Así mismo, se ha señalado que aun cuando los redactores de UNIDROIT los igualan con la *lex mercatoria*, no quiere ello decir que efectivamente lo sean, ya que cuando las partes señalan que se acogen a los usos mercantiles, ello no debe entenderse como referidos a los Principios Unidroit.

No se duda sobre el consenso que existe sobre ellos, y sobre la forma ágil en que se constituyen al no requerir ser concebidos como ley positiva ni como tratado internacional. Sin embargo, se insiste en que no todas sus disposiciones constituirán principios, sino tan solo algunas de ellas. Otras, en efecto, serán reglas sugeridas a las partes, aplicables por acuerdo expreso. En este sentido se pronuncia María Del Pilar Perales Viscasillas, al decir que: "No creemos, por el contrario, que los mismos resulten aplicables, o al menos no de forma automática, cuando los contratantes hayan sometido su contrato a los "Principios generales del derecho" o a la *lex mercatoria*. Ni los principios son usos ni, por supuesto, puede decirse que exista una potestad legislativa creadora tras ellos. Ciertamente que algunas de sus disposiciones recogerán el modo de proceder usual y normal en la contratación internacional, otras, por el contrario, no podrán así calificarse desde el momento en que responden a un intento por conciliar



diversos principios y normas que respondan, a su vez, a distintas concepciones políticas y jurídicas. No obstante, ha de admitirse la posibilidad de que los principios se reconozcan como *lex mercatoria* por los operadores del comercio internacional, así como por los jueces nacionales y los árbitros." ¹⁸

Sin menospreciar las opiniones adversas de diferentes estudiosos en la materia, los autores se adhieren al sector doctrinario que encuentra semejanzas entre los Principios UNIDROIT con una contemporánea noción de *lex mercatoria*, dotada de los rasgos particulares de una compilación o codificación internacional, de origen y uso común, entendida en sentido lato como fuente a la cual acuden operarios, jueces y árbitros para dar respuestas a problemas derivados de las relaciones mercantiles internacionales. De esta forma, se coincide con la doctrina que plantea la existencia y el reconocimiento de una nueva *lex mercatoria*, en donde UNIDROIT constituyen el núcleo de una forma novedosa de regulación de las relaciones comerciales, en especial, los contratos internacionales.

Puede sin embargo, citarse varios laudos internacionales, donde se ha llegado a la conclusión de que efectivamente los principios de UNIDROIT reflejan la *lex mercatoria*, los usos y costumbres, o en algunos casos, que son la manifestación de la justicia natural o principios generales del derecho.

Uno de los casos más interesantes es el contenido en el laudo 7110 de la Cámara de Comercio Internacional, de 1995, el que se pasara a relatar a continuación:

Se trataba de un conflicto originado entre dos contratantes, uno de los cuáles pertenecía a un Estado no europeo y el otro era una Compañía Inglesa. El Tribunal fue llamado a determinar la ley aplicable. Los contratos no señalaban escogencia expresa de una ley, pero contenían en la mayoría de los casos referencia a la justicia natural. Con respecto de la posición de demandante a la ley aplicable: ... "El demandante adujo primero en su demanda que en los

¹⁸Perales Viscasillas, María Del Pilar, **Op. Cit.** Pág. 7

contratos no hubo una escogencia explícita de ley aplicable, y como las partes habían firmado los contratos en Estado X, podía aplicarse la regla *lex loci contractus* que es "una regla duradera en ventas y compras internacionales."



...El demandante llevó más allá su posición, al afirmar que las referencias a la "justicia natural" son demasiado vagas, toda vez que no hay un acuerdo entre los juristas internacionales en su contenido y no ofrecen al tribunal arbitral reglas suficientemente precisas para decidir las disputas que son el asunto-materia de este arbitraje.

El demandante insiste que las partes desearon que la disputa se resolviera según una ley, y que la ley aplicable debería ser la ley del Estado X, toda vez que los contratos se firmaron en el Estado X; El Estado X era el lugar de ejecución contractual y este Contrato era una parte de un proyecto grande para los efectos, relacionados con el Estado X.

El demandado, sostuvo que la ley sustantiva aplicable era la del Reino Unido, por ser la mas directamente relacionada, y por ser el lugar de residencia del obligado de la prestación característica.

Escogiendo el método directo, el Tribunal Arbitral afianzó la aplicación de principios generales del derecho; e infirió de las declaraciones de las partes, la existencia de una intención de opción negativa: es decir: la exclusión de cualquier ley nacional específica. El tribunal concluyó que la intención razonable de las partes con respecto a la ley sustantiva aplicable a los contratos, era tener todos ellos regidos por reglas generales del derecho y principios en materia de obligaciones contractuales internacionales, aunque no necesariamente se refirió a un sistema legal nacional específico.

El Tribunal determinó que son los principios de UNIDROIT los que se adaptan especialmente a las necesidades de las transacciones internacionales y disfrutaban de acuerdo general internacional aunque no reflejan un sistema nacional



específico. El tribunal sostuvo que esos principios generales eran principalmente reflejados por los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y que sin perjuicio de tomar en cuenta las provisiones del contrato y los usos del comercio pertinentes, los contratos se rigieron y por ello deben ser interpretados de acuerdo con los Principios de UNIDROIT.

Las razones por las cuáles este Tribunal considera que los Principios de UNIDROIT son el componente central de las reglas y principios generales con respecto a las obligaciones contractuales internacionales y disfrutan de amplio consenso internacional, los cuales constituyen la propia ley de los contratos, son variadas:

- a) Los Principios de UNIDROIT son una recopilación de principios aplicables a los contratos comerciales internacionales hechos por un distinguido grupo de expertos internacionalistas 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;
- b) Al mismo tiempo, los Principios *de UNIDROIT* se han inspirado en textos de leyes uniformes internacionales alrededor las cuales disfrutan 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 la han ratificado alrededor de 40 países, a saber, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías;
- c) Los Principios de UNIDROIT, han sido específicamente concebidos para ser aplicados al 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.



Igualmente sostuvo el Tribunal, que los Principios de UNIDROIT deben considerarse como: "el componente central de las reglas legales generales con respecto a los contratos internacionales disfrutando de un acuerdo internacional generalizado".

En el caso en concreto, el Tribunal aplicó los Artículos 1.7, 2.18, 2.4, 2.14, 7.1.3, y 7.4.8., y el capítulo 4 de los Principios.

A pesar de los fallos donde los jueces han encontrado aplicable al contrato los principios de UNIDROIT por ser estos reflejo de la *lex mercatoria*, o los principios generales, a pesar de que las partes no hayan pactado la inclusión de los Principios como ley del contrato, existen otros fallos, donde se ha ratificado la posición de que para que sean aplicables o puedan ser aplicables, las partes expresamente deben afirmarlo de esa manera, o por lo menos, expresar que el contrato se regirá por la *lex mercatoria* o los principios generales. En este sentido, el laudo 8873 Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional:

El fallo concierne a un contrato entre un español y una compañía francesa para realizar trabajos de construcción en un tercer país. Enfrentado con varios imprevistos y dificultades que substancialmente aumentaron el costo de la construcción, el contratista, pidió la renegociación del contrato, invocando excesiva onerosidad según los Artículos 6.2.2 y 6.2.3 de los Principios de UNIDROIT. Según el contratista, aunque el contrato contuvo una cláusula donde se escogió la ley española, los principios de UNIDROIT son los aplicables, toda vez que ellos reflejan verdaderos usos del comercio que el Tribunal debía de todos modos que tener en cuenta de acuerdo con el artículo VII de la Convención de Ginebra de 1961 sobre arbitraje internacional y el Artículo 13 (5) de las reglas de la Cámara de Comercio Internacional sobre arbitraje.



Decidiendo la pertinencia de los principios UNIDROIT, el Tribunal Arbitral recalca que de acuerdo con el preámbulo de los Principios, ellos son aplicables solo cuando las partes lo han acordado expresamente de esa manera o el contrato se refiere a los principios generales del derecho o la *lex mercatoria* como ley aplicable.

Acerca del argumento según el cual los Principios UNIDROIT representan verdaderos usos del comercio, para ser incluso tenidos en cuenta en donde las partes, como en el caso, han escogido una ley doméstica particular como ley que gobierna el contrato, el Tribunal arbitral sostuvo que en el particular, las disposiciones de los Principios de UNIDROIT sobre excesiva onerosidad (*hardship*), al menos en la actualidad, no corresponden a una practica corriente en el comercio internacional.

4.1.3. Relación de los principios con la convención de Viena de 1980.

Es preciso señalar que en relación con la compraventa internacional, la Convención establece en el Artículo 7 (2) que: "Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado."

El Artículo 9 por su parte establece:

- a) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
- b) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.



Como puede apreciarse a simple vista, la ley se refiere en principio a las siguientes fuentes: acuerdo de voluntades, Convención, principios generales en que se base la Convención, ley nacional aplicable conforme a las normas de derecho internacional privado, en los eventos en que algunas cuestiones relativas a las materias que se rigen por la Convención, no se encuentren expresamente resueltas en ella, así como a los usos internacionales que salvo pacto en contrario se entiende que hacen parte del contrato.

En principio, el Artículo 7.2 que mencionamos establece que los vacíos de la convención serán llenados con los principios generales en los cuales se basa la misma, o en su defecto por las normas del país respectivo conforme al derecho internacional privado.

Me parece ilustrativo citar la característica o función que le ha sido asignada a los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, como forma de interpretar o complementar instrumentos internacionales vigentes, así como la ley nacional, y por consiguiente ser tenidos como reflejo de aquellos principios en los que se basa la Convención.

En el preámbulo de los Principios se establece que éstos pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme. Por ejemplo:

Relacionado con la disputa surgida en virtud de los contratos suscritos entre un vendedor austriaco y un comprador alemán para el suministro de acero. Los contratos estaban gobernados por la CISG, (Convención de Viena para la compraventa internacional de mercaderías). El vendedor austriaco fue llamado a responder por los daños y defectos de los bienes enviados. Como quiera la Convención no determina el monto aplicable, el Árbitro decidió compensar esta deficiencia teniendo en cuenta lo dispuesto en el Artículo 7 (2) de la Convención, que citamos anteriormente.



Asimismo, se tuvo en cuenta que uno de los principios que rigen la Convención es el contemplado en el Artículo 74, según el cuál: "La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra Parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podría exceder de la pérdida que la Parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato."

Según el Tribunal, se deduce que en el evento de incumplimiento por parte del deudor en pagar la obligación en dinero, el acreedor tiene derecho a la tasa de interés correspondiente a la comúnmente cobrada en su país para el pago del dinero debido, o en cualquier otro país en el que las partes hayan estado de acuerdo. El soporte de esta solución fue el Artículo 7.4.9 (2), de los Principios de UNIDROIT, según el cual: "Si una parte no paga una suma de dinero cuando corresponde, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago."

El tipo de interés será el promedio bancario en los préstamos bancarios a corto plazo a favor de clientes calificados y que sea el ordinario para la moneda de la obligación en la plaza donde haya de hacerse el pago. En caso de no existir dicho tipo en tal lugar, se aplicará el tipo corriente en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de aquel tipo en todos esos lugares, el tipo de interés será el que se considere apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago.



Por otra parte, se debe señalar que la Convención y los Principios UNIDROIT tienen principios y reglas similares, como por ejemplo varias normas sobre criterios interpretativos y la importancia señalada a los usos y costumbres. El capítulo sobre formación del contrato, la posibilidad de celebrar contratos con precio abierto, y el incumplimiento esencial, para indicar solamente algunas.

Igualmente debe anotarse como, frente a temas que no se encuentran regulados de manera expresa por la Convención, pero para los cuales los Principios sí prevén una solución, algún sector de la doctrina se pronuncia en el sentido de que la solución aplicable para el caso de la Convención, es precisamente la contenida en los Principios UNIDROIT.

Como ejemplo de lo expresado se puede citar el caso de las cartas de confirmación, cuando a pesar de que el contrato se haya formado, se presenta el hecho según el cual con posterioridad a la aceptación, se envía una carta de confirmación, la que introduce elementos nuevos diferentes a los estipulados en el contrato, o modifican los ya acordados, como puede ser: ampliación o reducción de términos para realizar el pago, variación del precio, o cualesquiera otras condiciones del contrato. También suele suceder que la parte destinataria de la carta de confirmación no objeta el contenido de la misma al momento de recibir. Los problemas pueden y suelen presentarse cuando las partes pretenden la ejecución de términos diferentes, la una de los contenidos en el contrato originalmente suscrito, y la otra los contenidos en la carta de confirmación no objetada por el destinatario de la misma, por lo menos durante un tiempo razonable.

La Convención de Viena, no se refiere expresamente a las cartas de confirmación, sin embargo la doctrina se encuentra dividida sobre el punto. Algunos plantean que el vacío debe llenarse con las normas que resulten aplicables mediante el conflicto de leyes, y otros como Garro, que se encuentra regulado por los Principios UNIDROIT.



Los Principios de UNIDROIT permiten la viabilidad de las cartas de confirmación de la siguiente forma:

Artículo 2.12: Si dentro de un plazo razonable con posterioridad a la celebración del contrato, fuese enviado un escrito que pretenda constituirse en confirmación de aquél y contuviere estipulaciones adicionales o modificatorias de su contenido original, éstas pasarán a integrar el contrato mismo, a menos que lo alteren sustancialmente o que el destinatario, sin demora injustificada, objete tales discrepancias.

Finalmente y sobre este punto, queremos hacer referencia expresa a lo que tiene que ver con el carácter internacional de la Convención y de los Principios y de la necesidad de buscar la uniformidad en su aplicación.

Este aspecto está expresado en el Artículo 7 de la Convención, en los siguientes términos: “a) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.”

La redacción coincide con la del Artículo 1.6. (1) de los principios de UNIDROIT, así: “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.”

Significa esto, que el criterio bajo el cual deben interpretarse las normas de la Convención y en consecuencia, aunque así no lo diga la Convención expresamente, ejecutarse el contrato siempre teniendo en cuenta este aspecto.

Esto lo explica la tendencia misma del derecho comercial hacia la internacionalización, y la tendencia histórica y la esencia del derecho mercantil.



Así, cuando un término equívoco, (o que tenga diversas acepciones en un sistema jurídico determinado, diferente en cada país), se encuentre en la Convención, debe acudir al concepto que de él se tenga en el comercio internacional, antes que en la ley doméstica.

4.1.4. Aplicación de los principios como modelo para la legislación a nivel nacional o internacional

Se ha señalado además cómo los legisladores nacionales e internacionales podrían encontrar una fuente de inspiración en los Principios de UNIDROIT para la preparación de nueva legislación, en el campo de las reglas generales de los contratos o con respecto a tipos específicos de negocios debido a las soluciones modernas y funcionales adoptadas; se observa también, que las partes pertenecientes a sistemas legales diferentes o que hablen lenguajes distintos podrían usar dichos Principios como una guía para elaborar sus contratos.

Así dichos Principios, se convertirán en una fuente conveniente para los árbitros, especialmente cuando sean llamados a decidir como amigables componedores conforme a los usos y costumbres del comercio internacional, o a la *lex mercatoria*, recurrir a un grupo de reglas las cuales son el resultado de una intensiva investigación y prolongadas deliberaciones.

La función de la interpretación contractual de acuerdo con el autor Luis Diez Picazo es tratar de: "reconstruir el pensamiento y la voluntad de las partes considerado en su combinación y de atribuir sentido a las declaraciones realizadas por los contratantes."¹⁹

¹⁹Diez Picazo Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. Introducción Teoría del contrato. pág. 394.



Contenidas en el capítulo 4 de los Principios, estas reglas deben interpretarse en consonancia con lo dispuesto en las disposiciones generales.

La intención de las partes de acuerdo con el Artículo 4.1. de los Principios UNIDROIT:

- a) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes.
- b) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al sentido que le habrían dado personas sensatas de la misma condición que las partes, colocadas en las mismas circunstancias.

Teniendo en cuenta que en el contrato las partes vierten sus intereses con el fin de obtener un resultado, ya sea común a los dos y que satisface intereses comunes, o contrapuesto y tendiente a satisfacer en armonía intereses diversos, es de suma importancia para el derecho regular la manera de conocer la esencia de la voluntad de los contratantes. Debe armonizarse lo anterior con el principio según el cuál el contrato es ley para las partes; de acuerdo con esto, es un punto cardinal en el estudio de cada contrato el poder establecer cual es la intención de las partes, que no pocas veces puede ser llevada de manera inadecuada al texto del contrato. En este sentido, el autor Renato Sconamiglio anota: "El contenido del contrato constituye, por todo lo dicho, el punto de partida y el objeto de la valoración de la autorregulación de los intereses privados por parte del derecho. Se explica ahora la grande importancia que tiene el tema del conocimiento adecuado de la regulación que se proponen las partes y de su correcta reconstrucción."²⁰

²⁰ Sconamiglio, Renato. **Teoría general del contrato**, pág. 233



Es de vital importancia este principio para la contratación internacional, máxime cuando los términos pueden variar de un país a otro, así como el sentido puede darse a ciertos términos técnicos o frases, o aun la forma de denominar un contrato en un país, puede no ser la misma en otro. Así se reconoce en el comentario al artículo citado de los Principios, cuando se afirma que "por lo tanto, el significado de una cláusula contractual puede ser diferente a su sentido literal en el idioma utilizado y diferir del significado que una persona sensata pudiera darle, siempre y cuando pueda establecerse que éste ha sido el sentido que las partes han querido darle a dicha cláusula al momento de celebrar el contrato."

En concordancia con lo estipulado en el artículo mencionado, para el caso en que surgieren discrepancias idiomáticas, el Artículo 4.7. de los Principios, dispone: "En caso de discrepancia entre varias versiones idiomáticas del mismo contrato, todas con la misma jerarquía, se preferirá la interpretación acorde con la versión en el idioma en el cual el contrato fue redactado originalmente."

Llama la atención la utilización de la sensatez, como criterio determinante para averiguar el sentido de las palabras utilizadas en los contratos.

La Convención en el artículo citado prefiere utilizar el criterio de razonabilidad, en el caso que venimos comentando. En el comentario al artículo en Los Principios, se indica que: "El criterio para determinar qué debe entenderse por sensatez o razonabilidad no es general y abstracto, sino que se refiere al entendimiento que cabe esperar de una persona, por ejemplo, con los mismos conocimientos de idioma, experiencia técnica o en los negocios que las partes en el contrato."

Según el Diccionario de la lengua de la Real Academia Española, el vocablo razonable alude a "Arreglado, justo, conforme a razón," y el vocablo "sensato": "Prudente, cuerdo, de buen juicio."



La interpretación de declaraciones y conductas unilaterales se hace de acuerdo con el Artículo 4.2:

De acuerdo con el artículo 4.2:

- a) Las declaraciones y demás conducta de cada una de las partes se interpretarán conforme a su intención, siempre que la otra lo haya conocido o no lo hay podido ignorar.
- b) Si el inciso precedente no fuera aplicable, tales declaraciones y conductas deberán interpretarse conforme al sentido que les daría una persona sensata de la misma condición, colocada en las mismas circunstancias.

Según el comentario, este artículo se aplica a los casos de declaraciones y actos de una de las partes.

Las circunstancias relevantes según lo establece el artículo 4.3. de los Principios, para la aplicación de los Artículos 4.1. Y 4.2, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluso:

- a. Las negociaciones previas entre las partes;
- b. Las prácticas que ellas hayan establecido entre sí;
- c. La conducta observada por las partes luego de celebrarse el contrato;
- d. La naturaleza y finalidad del contrato;
- e. El sentido comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y
- f. Los usos.

Según lo afirmado en el comentario al Artículo, estas circunstancias son las que debe tenerse en cuenta al aplicarse el criterio subjetivo de sensatez.

La Interpretación contextual del Contrato e Interpretación lógica de sus disposiciones según lo expresado en el artículo 4.4: "Las cláusulas y expresiones se interpretarán en función del contrato en su conjunto o de la disposición en la cual se encuentren."



En Guatemala, puede asimilarse lo enunciado, a lo estatuido en los artículos 1594, 1595 y 1596 del Código Civil, según los cuales "Se interpretaran atendiendo al objeto, a la materia y a la naturaleza del contrato."

Lo anterior es aplicación del principio según el cual entre las partes de un contrato debe haber armonía, y no pueden ni deben ser tomadas las cláusulas aisladamente para aplicar de ellas lo que más conviniere a alguna de las partes.

La Interpretación contra *proferentem* la encontramos en los términos del artículo 4.6: "Si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte."

En los términos del Código Civil guatemalteco en su Artículo 1599 indica: "Las cláusulas ambiguas se interpretaran con arreglo a lo que el uso y la costumbre determinan en el lugar en que el contrato se haya otorgado."

Y el 1600 afirma: "Pero las cláusulas oscuras, ambiguas o contradictorias de un contrato, insertas en modelos o formularios preparados de antemano por uno de los contratantes, se interpretaran a favor del otro contratante."

Esta norma ha sido tomada por la doctrina para regular los llamados contratos de adhesión, en los cuales una de las partes simplemente suscribe el contrato, sin tener la posibilidad de negociar los términos contractuales del acuerdo de voluntades.

La integración del contrato puede suceder, y de hecho sucede, que en el contrato existan lagunas, consistentes en aspectos que las partes no previeron o no regularon. Para ello los Principios, traen algunas formas de solucionar tales aspectos, como los siguientes:

- a. La calidad de la prestación, en el Artículo 5.6.;
- b. La determinación del precio, en el Artículo 5.7.;

- c. El plazo del cumplimiento en el Artículo 6.1.1.;
- d. El orden de las prestaciones, en el Artículo 6.1.4.;
- e. El lugar del cumplimiento, en el Artículo 6.1.6.;
- f. La Unidad monetaria que no ha sido especificada, en el Artículo 6.1.10.



En los casos en que no fueren suficientes las anteriores normas se acudirá, según se indica en el comentario al Artículo 4.8., a lo que él mismo dispone de la siguiente manera:

1. Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de una disposición importante para la determinación de sus derechos y obligaciones, se considerará integrada al contrato aquella disposición que resulte más apropiada a las circunstancias.
2. Para determinar cuál es la disposición más apropiada, 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."

Se esta acudiendo definitivamente a la conformación de una nueva *lex mercatoria*, al igual que sucedió en la edad media, cuando el derecho vigente en la época era insuficiente para brindar las respuestas que el avance de los negocios requería.

4.2. Lagunas del contrato y la necesidad de integración.

Estamos en presencia de lagunas en el contrato, cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, de acuerdo al Artículo 4.8 de los Principios, con un término apropiado a las circunstancias, el término más apropiado puede ser

determinado, considerando la intención de las partes, la naturaleza y finalidad del contrato, la buena fe y lealtad negocial así como el sentido común.



Los elementos omisión o lagunas se presentan cuando después de celebrado el contrato, surge una cuestión que las partes no regularon en su contrato, ya sea porque no quisieron discutirlo o porque no lo previeron.

Los principios prevén soluciones, expresadas en los diversos artículos que los integran, por ejemplo, cuando tratan sobre la determinación del precio, la calidad de la prestación, secuencia y lugar de cumplimiento, obligaciones implícitas, entre otros; sin embargo, no siempre se pueden colmar las lagunas, dependiendo de las circunstancias concretas en vista a las expectativas de las partes o el tipo especial del contrato de que se trate, al caso es de aplicarse el Artículo 4.8 de los Principios.

En la práctica cotidiana de las labores jurisdiccionales, surgen en forma reiterada problemas en la aplicación de la ley y los motivos más frecuentes son porque en ésta, encontramos oscuridad y vacíos o lagunas en los ordenamientos legales que se pretenden o deben aplicarse. Estos problemas los abordamos a través de métodos de interpretación e integración de la norma jurídica.

La integración de la ley aborda el problema que suscita la falta de regulación de una hipótesis determinada; esto es, trata de solucionar el vacío de la ley, básicamente, lo que le diferencia del método de interpretación. Ante ello, habremos de estudiar cuáles son los métodos que utilizamos para resolver las cuestiones procesales y sustantivas que se nos presentan, cuando la letra de la ley no es suficiente, o bien, es omisa.

4.2.1 Métodos de integración:

Los argumentos utilizados para propiciar la integración de la ley para la conformación de una única ley en materia de Comercio Internacional son:



a) Método analógico.

A la analogía se acude cuando el método de interpretación nos lleva a la conclusión de que la cuestión planteada no está prevista en la norma. A través de este método de integración de la ley, no estamos creando una norma, sino que la estamos complementando con otra preexistente que regula un caso similar.

Para acudir a este método, es necesario que se actualicen los siguientes requisitos:

- a.1) Que el supuesto no previsto y objeto de la indagación no esté contenido en las normas previstas ni deducido de la interpretación de éstas;
- a.2) Que el supuesto sea diferente al previsto en la ley, pues de ser igual no habría analogía.

b) Método de la supletoriedad.

La supletoriedad es un método de integración subsidiario, que se utiliza cuando la interpretación es insuficiente para cubrir una laguna legal y el ordenamiento omiso no contiene disposición analógica y entonces corresponde a quien aplica el Derecho, acudir a otro ordenamiento legal para extraer de él, la norma que pueda cubrir el vacío.

Concluyendo, en la analogía lo que ocurre es que se descubre una norma preexistente en el mismo ordenamiento legal y se aplica al caso imprevisto; mientras que en la supletoriedad, se acude a un ordenamiento diverso al que presenta el vacío y de él se extrae la norma indispensable para el trámite de cualquier cuestión procesal o sustantiva.

En conclusión los Principios UNIDROIT sobre contratos Comerciales Internacionales podrán aplicarse atendiendo a la voluntad de los contratantes, y si éstos no eligieron el Derecho aplicable, se aplicará el Derecho interno del Estado con el que se tengan los vínculos más estrechos, debiendo el tribunal tomar en cuenta las normas, costumbres y principios generales del Derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación siendo estas las reglas de interpretación e integración establecidas en los Principios UNIDROIT, como fuente la *lex mercatoria*.





CAPÍTULO V



5. Los principios UNIDROIT en las relaciones comerciales internacionales

La organización del Instituto para la Unificación del Derecho Privado está integrada por estados miembros, pertenecientes a los cinco continentes, representativos de diversos sistemas jurídicos. Friedrich Jünger ha definido los Principios Unidroit como: “una codificación supranacional de derecho convenido”²¹. Asimismo, Valeri acoge lo indicado en el Preámbulo de los Principios y afirma que: “son un conjunto de normas de derecho contractual comunes a diversos ordenamientos jurídicos, mejor adaptadas a las exigencias del comercio”²². Operti Badán, afirma que: “los principios constituyen un ordenamiento de tipo privado, proveniente de un organismo internacional, que no adopta por sí ninguna de las técnicas normativas tradicionales”²³. Perillo, en opinión de Michael Bonell, ha considerado los Principios Unidroit como “el significativo paso hacia delante para la globalización del pensamiento legal”²⁴.

Perales Viscasillas indica que “los mismos constituyen el último de los esfuerzos por uniformar el derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales, y los enmarca, junto con otros textos de carácter internacional, en el llamado Derecho Uniforme del Comercio Internacional”²⁵.

²¹ Friedrich Jünger, **Op. Cit.** Pág.240

²² Valeri, Paul. **Curso de Derecho Comercial Internacional.** Pág. 40.

²³ Operti Badan, Didier. **El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano.** Pág. 65.

²⁴ Bonell, Michael. **The Unidroit Principles of International Commercial Contracts. Nature, purposes and first experiences in practice.** Pág. 77

²⁵ Perales Viscasillas, María. **El derecho uniforme del comercio internacional: los Principios de Unidroit, Ámbito de aplicación y disposiciones generales.** Pág.85



En cuanto al ámbito de aplicación de los principios, éstos están dirigidos a regular los contratos comerciales internacionales. Con relación a la característica de internacionalidad, no se adopta ningún criterio que la determine, por el contrario, se afirma que dicho concepto sea interpretado en el sentido más amplio posible, a fin de excluir de dicha calificación sólo aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad, es decir, cuando los elementos trascendentes del contrato tienen puntos de conexión única y exclusivamente con una sola nación. Por otra parte, respecto de la mercantilidad del contrato, se excluyen las operaciones llamadas de consumo; sin embargo, aun cuando no se define el carácter mercantil, éste ha de interpretarse en su sentido más amplio. De otra parte, el actual Preámbulo desarrolla el propósito de los Principios:

“Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.”

“Ellos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones.”

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

“Ellos pueden ser aplicados cuando las partes no han elegido alguna ley para regular el contrato.”

“Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme.”

“Ellos pueden ser utilizados para interpretar o suplementar una ley nacional.”



“Estos Principios pueden servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional.”

Tomando en cuenta el propósito de los Principios Unidroit, la doctrina no es uniforme en cuanto a determinar su naturaleza jurídica. Por una parte, los Principios Unidroit han sido considerados una recopilación de soluciones a casos que frecuentemente ocurren en el campo de las relaciones internacionales de índole comercial. Ello ha motivado a que en el estudio de los mismos se haga alusión a la interpretación de los contratos. En este sentido, Farnsworth señala que: “los mismos se asemejan en extracto a la recopilación de sentencias que resuelven problemas contractuales, dictadas por órganos jurisdiccionales angloamericanos que causan precedente para casos análogos, una vez que son publicadas.”²⁶

De esta forma expresa que en cuanto a su forma de presentación se asimilan a la compilación de decisiones desarrollada en la interpretación de los Contratos, siendo éstos guía y modelo para la titulación, elaboración, comentarios, orientaciones, así como ejemplos adicionales de los Principios Unidroit.

De igual forma, Bonell, citado por Rosett dentro de su obra: Principios UNIDROIT y la Armonización del Derecho Comercial Internacional, en la cual afirma que: “los Principios UNIDROIT constituyen una interpretación internacional de legislación contractual, los cuales han capturado la esencia de las normas jurídicas reguladoras de la materia, sin contar con un tratamiento representativo de codificación”. En este sentido, expone que esta idea de preparar una recopilación de leyes sobre contratos comerciales internacionales en general fue desarrollada por primera vez en un coloquio internacional realizado en Roma, en abril de 1968, durante la celebración del cuarenta aniversario del establecimiento de Unidroit; en el cual hizo expresa referencia a

²⁶ Farnsworth, Allan. **Los Principios de UNIDROIT: Un Derecho común de los Contratos para las Américas** Pág. 193.



la Interpretación de la ley de los Estados Unidos de América para reproducir una iniciativa similar en el ámbito internacional. Así, parece más adecuada equiparación los Principios UNIDROIT con los conocidos como interpretaciones en los sistemas de tipo anglosajón o sistemas del common law.

Efectivamente, los Principios de UNIDROIT por, su forma de presentación, finalidad y contenido recuerdan más a la Interpretación de los contratos de los EEUU. De otra parte, se señala que constituyen recomendaciones, ya que se les atribuye un carácter facultativo, cuando se afirma la potestad que tienen las partes de incluirlos en los contratos que celebren. De esta forma se encuentra previsto en el segundo párrafo del Preámbulo: Ellos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones. Así, se señala que los Principios Unidroit son considerados instrumentos adecuados y necesarios en toda etapa de negociación, por lo cual contribuyen a uniformar y armonizar los términos del comercio internacional. De otro lado, se ha mencionado el carácter de lingua franca de los Principios UNIDROIT:...un lenguaje común, que obvie las discusiones meramente semánticas, pero que además exprese un sistema racional y ético, también común, producto del espíritu pluralista y de tolerancia tan pregonado en nuestro tiempo, que implica deposición de principios, búsqueda desprevénida de lo óptimo en cada sistema, respeto de sanas costumbres comerciales generalizadas, intuición de respuestas apropiadas, vigencia de una ética rigurosa.

Los Principios de Unidroit estimulan esa la apertura, a la vez que contribuyen a situarnos en el ámbito universal, hablando la lingua franca... Bajo esta característica han sido asimismo descritos por Gesa Baron, como: “accesibles y fáciles de utilizar debido a su naturaleza de ser neutrales, cortos y concisos, precisos y poseer un lenguaje escueto, con explicaciones y exposición de casos a manera de ejemplos, sencillamente comprensibles, por lo cual se presentan como una *lingua franca* que facilita la realización de los negocios.”²⁷.

²⁷ Gesa Baron. **Op. Cit.** Pág.65



Además, los Principios UNIDROIT han sido considerados reglas de derecho casuísticas flexibles o blandas, por lo cual se les ha asemejado a las denominadas *no rules*, argumentándose en su favor el contenido del párrafo cuarto del Preámbulo de los Principios en su edición de 1994: Estos Principios pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla de derecho aplicable a dicho contrato. Por último, se afirma su naturaleza híbrida: ...se deduce que estos poseen una especie de naturaleza híbrida, debido a que por una parte su origen proviene de la aplicación de prácticas consuetudinarias para resolver los conflictos entre los comerciantes; poseen en principio un carácter facultativo, en principio son recomendaciones o un Soft Law, cuyo carácter vinculante depende únicamente de la convicción que ellos transmitan; y su estructura o presentación se asemeja a la interpretación norteamericana. De conformidad con los argumentos expuestos por diferentes doctrinarios, las autoras consideran que los Principios UNIDROIT son un derecho contractual, codificado supranacionalmente, los cuales fácilmente pueden ser adaptados a los distintos ordenamientos jurídicos, dado que se adecuan a las exigencias actuales de las relaciones mercantiles internacionales. De conformidad con los propósitos de los Principios señalados en el Preámbulo, éstos constituyen recomendaciones particulares, accesibles de seguir y fáciles de utilizar por los operarios mercantiles que, de ser aplicados, resultan oportunos en ofrecer soluciones armónicas, uniformando así las reglas del comercio internacional. De otra parte, tomando en cuenta su redacción, es por lo cual se consideran soluciones casuísticas, asemejados a las recopilaciones que con frecuencia han sido elaboradas por el derecho angloamericano. Por ello, dada la multiplicidad de consideraciones válidamente argumentadas, es por lo cual se colige que los Principios UNIDROIT poseen una naturaleza jurídica sui géneris, especial, en cuanto a su creación, interpretación, alcance y aplicabilidad, imposible de colocarlos en alguna específica

consideración expuesta, dado que con las variadamente señaladas **presentan** puntos de convergencia.



Ahora bien, en la actualidad los Principios Unidroit funcionan como una nueva *lex mercatoria*, aplicable por los operadores del comercio internacional, y de esta forma son considerados por la mayor parte de la doctrina.

5.1. Disposiciones generales de los principios UNIDROIT contenidas en la formulación de 1994

La edición correspondiente a 1994 consta de un Preámbulo y 119 Artículos, expuestos en siete capítulos: Disposiciones Generales, Formación, Validez, Interpretación, Contenido, Cumplimiento e Incumplimiento.

Cada Artículo está acompañado de comentarios específicos e incluye ejemplos, los cuales forman parte integral de los Principios UNIDROIT. Las Disposiciones Generales, expuestas en el capítulo 1, tienen como principal función la de ser aplicadas a los restantes artículos de los sucesivos capítulos. La característica particular de las Disposiciones Generales es la de su tácita incorporación al contrato cuando las partes no hubieren hecho expresa omisión de algún artículo, lo que resalta el carácter dispositivo de los principios. Asimismo, contienen las principales reglas para una obligación privada: libertad en la contratación, libertad tanto en la forma como en la prueba; aceptación del principio *pacta sunt servanda*, primacía de las reglas imperativas, indicación de la naturaleza dispositiva de los Principios UNIDROIT, aplicación de los principios de internacionalidad y uniformidad, protección del principio de buena fe y lealtad negocial, preferencia y primacía de los usos y prácticas mercantiles internacionales y previsión del principio de llegada. El último Artículo de las disposiciones generales define algunos términos.

El artículo 1.1 establece la libertad de contratación indicando: "Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido."



El citado Artículo contiene el principio sobre el cual gravitan los contratos, la autonomía de la voluntad de las partes reconocido ampliamente por los distintos ordenamientos jurídicos tanto para la elección de cada uno de los elementos del contrato, sean partes, causa u objeto, como para la determinación del alcance, texto y vigencia de las cláusulas compromisorias. Ahora bien, ciertamente, el principio de la autonomía de la voluntad sufre restricciones en las distintas legislaciones, y ello aparece reflejado en los Principios Unidroit cuando se hace indicación, por una parte, de las reglas imperativas que no aceptan relajación alguna y, de otra parte, de los deberes de actuar bajo la buena fe y lealtad.

Se afirma que una de las ventajas de los Principios UNIDROIT desde su primera formulación ha sido la de servir en tiempos de una sociedad estimulada por el proceso globalizador, por lo cual los contratantes requieren de estos principios que hacen expedito el negocio que realizan por contener fórmulas prácticas para resolver los eventuales problemas.

Por ello, el Artículo 1.2 prescribe: “Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato sea celebrado o probado por escrito”. El contrato podrá probarse por cualquier medio incluso por testigos, lo cual determina la libertad de forma para contratar y subsecuentemente la prueba de la contratación. Esta libertad rige para todas las fases o facetas del contrato sea su formación inicial u origen, perfeccionamiento, ejecución y ulterior extinción. La libertad en la prueba admite desde la testimonial hasta las pruebas más avanzadas con ocasión de las innovaciones tecnológicas, como son el correo electrónico y los mensajes de datos.

El principio *pacta sunt servanda* constituye la regla sobre la cual se sustentan los comportamientos de las partes. El mismo no hace más que determinar el efecto mandatorio para las partes quienes habiendo perfeccionado el contrato. Previo resguardo de las reglas imperativas aplicables contenidas en sus diferentes ordenamientos jurídicos, deberán desempeñarse en el cumplimiento, de

conformidad con lo acordado. Ello significa que cualquier variación en los contratos será resultado de la voluntad mancomunada de la partes, salvo los casos previstos de acaecimientos sorprendentes, de excesiva desproporción en las prestaciones o excesiva onerosidad y de fuerza mayor.



Las normas imperativas o de orden público establecidas en los distintos ordenamientos nacionales o supranacionales tienen preceptuada su preeminencia respecto de la aplicación de los Principios UNIDROIT. Ejemplo de normas imperativas: Son las restrictivas de la circulación de monedas extranjeras las que establecen un control de cambios, las que restringen la libre competencia o las reglas antimonopolio. Perales Viscasillas advierte que: “éste es un principio plenamente aceptado en el comercio internacional, aun cuando no aparezca expresamente establecido en los distintos textos normativos y en cuanto a su aplicación resulta restrictivo de la actuación por las partes contratantes, por lo cual las reglas imperativas no resultan desplazadas por la elección que las partes hayan hecho de los Principios Unidroit”²⁸. En este sentido, el artículo 1.4. De los principios establece: Estos Principios no restringen la aplicación de reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.

El Artículo 1.5 contiene la naturaleza dispositiva de los principios en cuanto establece la facultad atribuida a las partes para someterse o no a ellos, ratificando con ello la plena vigencia del principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Con relación a este principio asimismo percibe Perales Viscasillas “Que excluir las partes la aplicación de los Principios resulta cuando menos una contradicción, a menos que se considere que los Principios resultan plenamente incorporados a un contrato cuando las partes han indicado en el mismo que se regirá por los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes, como los usos y costumbres del comercio internacional”²⁹.

²⁸ Perales Viscasillas, Maria. **Op. Cit.** Pág.150

²⁹Perales Viscasillas, Maria. **Op. Cit.** Pág. 166.



Una de las principales finalidades de los Principios Unidroit ha sido la de validar la internacionalidad del caso y proporcionar reglas uniformes para su solución, todo con la finalidad de encontrar soluciones que disten de la aplicación de normas internas, contenidas en los derechos nacionales. Por medio de la internacionalidad del caso y la uniformidad legislativa se facilita la solución del problema, por cuanto los Principios Unidroit remiten incluso a la aplicación de principios generales subyacentes al no estar expresamente resuelto el problema, y dejan a un lado la posibilidad de aplicar el derecho interno como subsidiario.

El principio de buena fe y de lealtad negocial es el patrón de conductas demostrativas de ética y probidad que se deben las partes en todas las fases del negocio jurídico es reconocido en los Principios Unidroit. El principio de buena fe y lealtad negocial se complementa, además por el deber de confidencialidad y el tratamiento penalizado a las negociaciones en las cuales sea posible advertir la mala fe.

Los Principios Unidroit como unidad sistémica, ratifican la relevancia que tienen los usos, prácticas y costumbres como factores propios del ámbito de las relaciones mercantiles internacionales.

El principio de llegada tiene significativa importancia, ya que para las partes resulta importante determinar cuándo se tienen por aceptadas las comunicaciones que a efectos de la fase de formación de oferta, el perfeccionamiento del contrato, la ejecución o la ulterior extinción, se canjeen las partes. En este sentido se aceptan como comunicaciones todos los medios que resulten apropiados para la especificidad de cada contratación lo que significa que se deja amplio margen para que los jueces o árbitros sopesen las



condiciones particulares de cada negocio. De otro lado, el principio de llegada envuelve fundamentalmente dos aspectos: la comunicación: Entendida como todo medio que sea efectivo para el conocimiento de las particularidades del negocio, y la llegada: Entendida ésta como la entrega de la comunicación en el establecimiento comercial o en la dirección postal.

La última de las Disposiciones Generales de los Principios Unidroit define ciertos términos que son de frecuente alusión. De esta forma se establecen las definiciones de tribunal con inclusión de los arbitrales.

Establecimiento relevante cuando existe más de uno acreedor y deudor, así como de lo que debe entenderse por escrito, entendido como todo medio de comunicación susceptible de reproducir de manera evidente la comunicación, lo que hace incluir el telex, el fax, el correo electrónico y los mensajes de datos, a los fines de cumplir con la finalidad de permitir la comunicación entre personas distantes físicamente.

5.2. La nueva edición de los principios Unidroit de 2004. Principales regulaciones

Los Principios Unidroit experimentaron una modificación sustantiva en el 2004, en tal sentido se amplió el contenido del Preámbulo y habiéndose iniciado con una edición de 119 Artículos, éstos fueron aumentados a 185.

En cuanto a las innovaciones las autoras consideran acertadas las caracterizadas como resaltantes por Siqueiros: “En el Preámbulo de la nueva edición del 2004 de los Principios UNIDROIT se indica el propósito de los mismos de ofrecer a la sociedad mercantil internacional un instrumento contentivo de reglas generales que las partes voluntariamente acuerden en sus contratos o sean susceptibles de aplicarse en el caso que ellas no hubiesen elegido el derecho a regularlos.³⁰”

³⁰ Siqueiros, José Luís. **Los Nuevos Principios de UNIDROIT 2004 Sobre Contratos Comerciales Internacionales**. Consultar en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr6.pdf>.



El Preámbulo de los Principios en la formulación de 1994 indicaba como ámbito de aplicación cuando las partes decidieran someter el contrato a sus disposiciones cuando las partes acordaran que el contrato se sometiera a los principios generales del derecho a la *lex mercatoria* o expresiones semejantes.

Mas la edición de 2004 señala además que a ellos se someten las partes cuando estas no han designado ningún derecho para que rija el contrato y así también, pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme y servir de modelo para la legislación tanto a nivel nacional como en el ámbito internacional. Además, se modifica el texto del articulado contenido en las Disposiciones Generales (capítulo 1) ya que el Artículo 2.8 de la edición 1994, regulador de la aceptación de los contratos dentro de un plazo fijo se integra a las disposiciones generales como Artículo 1.12, referido al cálculo de plazos convenidos por las partes. Por ello las Disposiciones Generales pasan a contener 12 Artículos es decir se adicionan dos a la primera formulación.

De otra parte, se añaden dos secciones al capítulo 2 una relacionada con la formación y la celebración de los contratos y otra referida a las facultades de los mandatarios, cuando el representante actúa por sí mismo o con la autorización expresa del poderdante. Asimismo, se regulan las atribuciones de los apoderados con otras partes involucradas, cuando actúan excediéndose de las facultades o en caso de extinción del mandato. En cuanto al capítulo 5, éste aparece con dos secciones, siendo nueva la segunda, la cual regula los derechos de terceras personas que sean beneficiarias expresa o implícitamente de las partes.

Asimismo, se agregan tres capítulos referentes a: Capítulo 8) extinción de las obligaciones por compensación; capítulo 9) cesión de derechos, transmisión de obligaciones y cesión de derechos contractuales y capítulo 10) plazos de prescripción. El capítulo 8 regula la situación en la cual las partes se adeuden recíprocamente dinero u obligaciones monetarias, determinando que cualquiera

de ellas podrá compensarla mediante la cancelación mutua de las prestaciones hasta la concurrencia por la cuantía. Asimismo, en caso de que los pagos estén representados en divisas, éstos podrán ser compensados para el caso que exista la libre convertibilidad, siempre y cuando no se hubiere especificado la obligación en una divisa determinada. A los fines de ejercer el derecho a la compensación, la parte interesada debe comunicarlo a la otra, por cuanto se prescribe que el mismo no opera en forma automática ni mediante declaración judicial. La notificación opera toda vez que se produzcan los requisitos para que prospere la compensación, y ésta debe señalar las obligaciones que se deben compensar. Lo que significa que si la parte solicitante hace omisión de ello, la otra parte estará en el derecho de especificar su determinación. Para el caso que la determinación sea omitida por ambas partes, ello significará la compensación de todas las obligaciones pendientes, tomando en cuenta la proporcionalidad.

En el adicionado capítulo 9 aparecen tres secciones: a) La cesión de derechos, la cual se define como la transmisión que se realiza por pacto o convenio entre cesionante y cesionario a cambio de una contraprestación consistente en dinero o realización de un servicio. Está contemplada así mismo la regulación de la generosidad o costo excesivo que pudiera resultar para el obligado el tratar de cumplir con la obligación cuando esta no sea monetaria ya que en tal caso se establece un derecho a favor del obligado a ser retribuido por los gastos extras en que incurra como consecuencia de la cesión. De otro lado, expresamente se establece que la cesión opera entre cedente y cesionario, sin que sea requerida la notificación al obligado, con la expresa excepción cuando éste se hubiere comprometido a la realización de una prestación calificada como: singular, íntima o de carácter muy personal, en cuyos casos se hace necesaria la notificación de la cesión efectuada.

En cuanto a la sección segunda del capítulo 9 referida a la transmisión de obligaciones, se establece que aquellas de carácter pecuniario o en las cuales se debe cumplir una contraprestación, éstas pueden transmitirse por la persona directamente deudora al nuevo obligado por convenio entre ambos o por acuerdo





entre el acreedor y el nuevo deudor. La última sección regula la cesión de derechos contractuales definida esta como aquella realizada por convenio entre cedente y cesionario tanto de los derechos como de las obligaciones que se derivan de una relación contractual con un tercero, para lo cual se requerirá el consentimiento de este último quien podrá darlo por anticipado.

Por último, el nuevo capítulo 10 regula la materia de la prescripción, entendida como la liberación de las obligaciones por el transcurso del tiempo, plazo que transcurre en el tiempo breve de tres años, aun cuando también está regulada la prescripción liberatoria por el intervalo de diez años, contados a partir del día siguiente en el cual el acreedor tiene conocimiento de hechos relevantes para el ejercicio de su derecho. Expresamente se señala que: “el lapso de prescripción se entiende como una excepción que debe oponer el deudor ante el órgano jurisdiccional, ya que el simple transcurso del tiempo no extingue los derechos para el acreedor.”³¹

Maekelt también ha enunciado las inserciones de la segunda edición de los Principios Unidroit. En este sentido, afirma: “... diez años después de la formulación y publicación de los Principios de UNIDROIT aparece su segunda edición 2004 revisada ajustada a la experiencia práctica y complementada con nuevas disposiciones. Entre sus novedades se encuentra la posibilidad de aplicar los principios a los denominados contratos sin ley y de utilizarlos para interpretar las leyes domésticas; la aparición de un Artículo que regula de modo independiente a la buena fe el venire contra factum proprium o comportamiento inconsistente (Art. 18); la regulación de la liberación por acuerdo (Art. 5.19); y las disposiciones en relación a la autoridad de los agentes (sección 2.2)”³².

³¹ Siqueiros, José Luís. **Los nuevos Principios de Unidroit 2004 sobre Contratos Comerciales Internacionales**. Consultar en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr6.pdf>

³² De Maekelt, Tatiana B. **La flexibilización del contrato internacional en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales**. Pág. 376.



5.3. La convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales.

La formulación de normas internacionales usualmente se realiza mediante un procedimiento seguido ante organizaciones interestatales, y en el ámbito del continente americano, esta labor de legislación ha sido efectuada por la Organización de los Estados Americanos. La labor legislativa de la organización se ha centrado tanto en la producción de normativa blanda o flexible sean estas resoluciones y declaraciones, como en la creación de pactos y acuerdos de carácter obligatorio por aplicación del principio *pacta sunt servanda*.

Respecto de las declaraciones se afirma que: “éstas no son indicativas por se de un estatus jurídico determinado”, por lo cual en sentido estricto, no constituyen un proceso normativo del derecho internacional. Sin embargo, gran parte de la labor de legislación culmina en la aprobación de tratados o convenios, después de haber sido sometidos a un procedimiento pautado para su elaboración, en el cual existe una etapa previa de negociación, seguida del consentimiento para su redacción definitiva, la posterior autenticación con el respectivo canje o depósito y la ulterior publicación.

Bajo estas consideraciones, la Organización de los Estados Americanos ha cristalizado su tarea de legislar en el área del Derecho Internacional Privado por medio de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, en las cuales se deliberan y aprueban materias contemporáneas con la praxis internacional y de interés general para los estados americanos mediante las denominadas Convenciones, y ha logrado al mismo tiempo avanzar hacia la armonización y unificación legislativa en el continente americano. Ello ocurre previa convocatoria en la cual se determina la agenda que se va a tratar y la preparatoria del temario de las futuras reuniones.



De esta forma fue como la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó el 18 de noviembre de 1989 la Resolución AG/RES XIX-0-89 por la cual en su párrafo cuarto acordó deliberar sobre contratación internacional y ser ésta incluida en el temario de la futura Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Llevada a efecto en 1994, en Ciudad de México, dicha conferencia aprobó la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, también conocida como Convención de México o por sus siglas, CIDACI. El articulado de la Convención destaca por su contenido innovador, en cuanto a la regulación de las nuevas modalidades de la contratación internacional utilizadas como consecuencia del desarrollo del tráfico privado mercantil, tendiente a una apertura en los negocios comerciales en el actual proceso de globalización. Una de las novedades legislativas se plasma en la implícita referencia que se hace de los Principios Unidroit cuando se ordena la aplicación de los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales, en caso que las partes no hubiesen seleccionado el derecho aplicable utilizando para ello el principio de la autonomía de la voluntad. De esta forma, la aplicación de los principios generales del derecho comercial internacional conduce a la aplicación de los Principios Unidroit.

Lo antes señalado está receptado en la disposición contenida en el artículo 9 de la CIDACI: *“Si las partes no hubieren elegido el derecho aplicable, o si su elección resultare ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.*

El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.”



No obstante si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato tuviese una conexión más estrecha con otro Estado podrá aplicarse a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.

Por otra lado, el Artículo 10 de la Convención acoge la *lex mercatoria*, naturaleza con la que se ha caracterizado anteriormente a los Principios Unidroit, como fuente usual de aplicación en la contratación mercantil la cual tiene como funciones principales según Gabaldon: “primero, completar los contratos comerciales internacionales y formar parte de la voluntad expresa o tácita de las partes contratantes y segundo, alcanzar los objetivos de justicia y equidad del caso concreto”³³.

El Artículo 10 agrega: “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores se aplicarán cuando, corresponda las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.”

Por ello, se afirma que la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales tiene el mérito de ser un instrumento jurídico internacional que le atribuye a la *lex mercatoria* –tratamiento dado a los Principios Unidroit– un sitio dentro de la jerarquía de las fuentes, como fuente auxiliar en materia de contratación comercial. De esta manera, lo sustenta Tatiana B. de Maekelt: “...las soluciones internacionales y el contenido de las más recientes legislaciones internas apoyan la autonomía de la voluntad plena, sin limitación alguna, permitiendo elegir entre las distintas fuentes del Derecho: normas, principios generales y la “*lex mercatoria*”, siendo esta última muchas veces la más adecuada en el ámbito del comercio internacional.”³⁴.

³³Gabaldon, Frank. **Principios, Costumbre, Usos, Prácticas Mercantiles y otras figuras**. Pág.198.

³⁴Maekelt, Tatiana. **Op. Cit.** Pág. 215



5.4. La eficacia de los principios UNIDROIT en el ordenamiento jurídico.

Los Principios UNIDROIT en conjunto con la Legislación Internacional vigente específicamente con la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, suscrita en México, D.F., el 17 de marzo de 1994, al hacer referencia a los principios generales del Derecho Internacional Privado otorgan a la *lex mercatoria* la importancia que esta merece y tiene en materia de obligaciones convencionales la finalidad de lograr decisiones justas y equitativas.

Asimismo, le imponen al juez el desempeño de un nuevo papel en la solución del caso concreto. La justicia y la equidad, en la solución del caso concreto, son fines fundamentales de la codificación interamericana y suponen una gran responsabilidad para el juez a quien se deja la última decisión, el juez no sólo tendrá que aplicar cualquier Derecho elegido por las partes, sino afrontar la difícil tarea de determinar el Derecho aplicable, cuando las partes no lo hubieren elegido o su elección resultara ineficaz. Muchos se oponen a este nuevo rol del juez que requiere conocimiento, responsabilidad, objetividad y, sobre todo, la compenetración con el caso. Sin embargo, éste es el nuevo rumbo del Derecho Internacional Privado, que no podría paralizarse con el argumento de no contar con jueces específicamente capacitados para ello.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en la Legislación Internacional vigente, se trata de determinar el grado de intermediación que tiene el juez para aplicar los Principios Unidroit a los fines de resolver una controversia al haber omitido las partes la selección del derecho. En tal sentido se formulan dos interrogantes: ¿debe el juez aplicarlos únicamente a instancias de algunas de las partes? o por el contrario, ¿puede el juez aplicar de oficio los Principios Unidroit?



La respuesta a la primera interrogante se encuentra contenida en el Preambulo de los Principios Unidroit; este contenido del propósito de los principios expresa de manera inequívoca cuando señala que ellos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado el someter el contrato a sus disposiciones o cuando el contrato se rija por los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes. Existen razones de importancia que gravitan en el sustrato del negocio jurídico por las cuales las partes deciden expresamente adoptar los Principios como derecho aplicable al contrato, y éstas residen fundamentalmente en la internacionalidad del contrato, lo cual las aleja de las leyes nacionales por existir simultaneidad de regulación.

En el caso que las partes adopten los Principios como el derecho aplicable, resulta aconsejable su aplicación mediante un acuerdo de arbitraje. La conveniencia de esta combinación, arbitramento y aplicación de los principios, radica en que la libertad para escoger la ley aplicable al contrato suele estar limitada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Por lo tanto, la selección de los Principios sería normalmente considerada como un simple acuerdo destinado a incorporarlos en el contrato, mientras que la aplicación de algún derecho de los conexos tendría que determinarse con base en las reglas de conexión del foro. En consecuencia, los principios serían obligatorios para las partes sólo en la medida en que no afectaren disposiciones imperativas no derogables por las partes. De acuerdo con este enfoque, las partes quedan en libertad para elegir los Principios como aplicables por los árbitros para resolver la controversia, y éstos se aplicarán con exclusión a cualquier legislación nacional, con excepción de las normas de carácter imperativo reguladoras del contrato.

La segunda interrogante amerita un análisis relacionado con la aplicación de normas imperativas. Tomando en cuenta que en cuanto a la naturaleza jurídica de los Principios Unidroit, éstos se equiparan a la *lex mercatoria* y a los Principios Generales del Derecho Comercial Internacional, fuentes no objetivadas del derecho preestablecidas en los Artículos 30 y 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado, y al no establecerse como condición que su

aplicación resulte de la solicitud por las partes, no existe obstáculo para que el juez, de oficio, aplique los Principios Unidroit, resguardando así el orden público.



En este sentido los Principios Unidroit pueden llegar a ser útiles en el supuesto de que el contrato se encuentre sujeto a una regla contenida en un derecho nacional extremadamente difícil de aplicar. En este supuesto, nada obsta para recurrir a los principios a objeto de resolver la controversia planteada. El grado de dificultad en cuanto a la aplicación de la regla puede obedecer bien a su ubicación, bien al alcance como fuente jurídica. Por ello recurrir a los principios en sustitución del derecho nacional aplicable al caso constituye un útil recurso, de mayor beneficio que la aplicación de una ley nacional, que en la mayoría de los casos resulta conveniente para una sola de las partes.

Por ello, no se observarían obstáculos para que los tribunales de la República una vez pasare a ser un país miembro del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, apliquen de oficio los Principios Unidroit, en la búsqueda de una solución ajustada a la justicia y la equidad, expectativas razonables de las partes involucradas.

5.5. Contribución de los principios UNIDROIT a la contratación mercantil internacional

Los autores consideran que una de las principales finalidades de los Principios Unidroit han sido establecer un puente de armonización ente los ordenamientos jurídicos de los países latinos que siguen la tendencia romanista de un derecho genérico y expreso y el de los de los países anglosajones que elaboran su ordenamiento jurídico con fundamento en el *common law*. Por ello, por cuanto en el proceso de elaboración de los Principios se procuró la representación de los diferentes sistemas de derecho y, como consecuencia, los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales funcionan bajo la figura de un *Restatement* internacional que refleja conceptos que se encuentran en estos regímenes, debido a lo cual forman un conjunto de reglas concebidas en función



de las exigencias de los contratos comerciales internacionales, o como indica Perales Viscasillas, “los Principios de UNIDROIT tratan de configurarse ... un *Restatement* internacional de los Principios generales del derecho de los contratos mercantiles”³⁵.

Otra de sus contribuciones ha sido la de colaborar con la labor de unificación que se sigue ante distintos organismos internacionales. Esta labor de afinidad por lograr un derecho común a los diferentes ordenamientos jurídicos de los países de la comunidad internacional se realiza generalmente por medio de los instrumentos jurídicos vinculantes, como son los tratados y convenios, las convenciones internacionales y las leyes modelos, así como todas aquellas regulaciones supranacionales que se llevan a efecto por la voluntad de los estados en asumirlos como derecho obligatorio.

En este sentido, los Principios Unidroit constituyen instrumentos jurídicos no vinculantes, utilizados en las relaciones mercantiles internacionales, en las cuales prevalece la aplicación de los usos y costumbres del comercio internacional o *lex mercatoria*, considerados así *ut supra*, así como los principios generales de comercio internacional establecidos por los contratantes mediante cláusulas que se agregan en los contratos pactados por los sujetos económicos interesados. En ello ha contribuido la actual tendencia de la globalización que apunta hacia un derecho común; por ello, los Principios Unidroit constituyen un instrumento funcional dentro de la actual fase de globalización del intercambio comercial internacional.

³⁵Perales Viscasillas, Maria. **Op. Cit.** Pág. 230



Dentro de los beneficios de los Principios Unidroit puede señalarse que fueron diseñados con la característica de servir a múltiples aplicaciones. Como producto inicial, los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales se asemejan al derecho de gentes previsto en el derecho romano y, por ende, aplicable a toda relación jurídica de derecho mercantil privado con elementos extranjerizantes.

En el campo estrictamente contractual, las partes pueden elegirlos haciendo uso de su voluntad, como reglas aplicables a los efectos de sus contratos mercantiles internacionales. Su uso puede ser así mismo de interpretación y de complementación de los instrumentos jurídicos utilizados por la comunidad internacional, que de acuerdo con las tendencias contemporáneas se realizan tomando en cuenta la uniformidad y autonomía de las reglas internacionales. De igual forma, ante una solución legal, los árbitros y cortes internacionales tienen la posibilidad de aplicarlos como preceptos generales, con lo cual evitan las particularidades de las normas de derecho interno. Así mismo, la aplicación de los mismos se hace extensa como guía para la redacción de contratos comerciales internacionales, ya que proveen de información de las distintas vicisitudes que acontecen en el mundo de los negocios.

En conclusión la diversidad legislativa es una de las causas que afectan una eficiente práctica jurídica, de ahí que sea de nuestro interés su estudio, en aras de lograr una armonización o unificación. La materia contractual no escapa de esta dispersión, de ahí que tanto en el ámbito global como regional el establecimiento del contenido de la *lex mercatoria* no constituye una tarea sencilla y tampoco es posible proveer una lista exhaustiva de todos sus elementos, pero que sin embargo dentro de su formulación se encuentran ciertos principios generales, principios propios del derecho internacional de los contratos. En lo que a tendencia global se refiere el camino más recorrido ha sido el de los convenios y tratados internacionales, tal es el caso de la Convención de la Haya, relativa a la Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1964; y la Convención de Viena sobre los



Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1980, y debido a la insuficiencia que han mostrado los instrumentos antes mencionados, la nueva vía de solución se dirige hacia la iniciativa pública y privada que trata de abarcar no solo cuestiones puntuales sino el conjunto del sistema jurídico que regula una materia como es el Derecho Comercial Internacional, en este sentido encontramos como la forma mas viable la utilización de los Principios sobre los contratos Comerciales internacionales, formulados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

CONCLUSIONES



1. La creación de reglas análogas que integran un derecho uniforme de comercio internacional, tanto en su formulación como en su aplicación, y de exigencia ineludible, van con el paso del tiempo tomando en cuenta la diversa naturaleza de donde surja la litis, son una solución a los conflictos originados.
2. La *Lex Mercatoria* a pesar de no originarse de un ente legislativo, nacional o internacional, debe considerarse como un medio de solución de conflictos internacionales, ya que surge por la necesidad que tienen los comerciantes de regir sus transacciones en el ámbito global.
3. Los principios UNIDROIT son reconocidos y aplicados en el ámbito comercial internacional, pues son los que hacen del comercio su modo de vida, los que lo promueven y aplican, pese a no tener obligación de usarlos, han sido de gran utilidad para las diversas formas de contratación que les rige.
4. Los principios de UNIDROIT constituyen una sistematización de los usos y prácticas del comercio internacional, cuyo carácter no vinculante no va en desmedro de su gran utilidad en la regulación del tráfico jurídico internacional.
5. La flexibilidad de los principios UNIDROIT para ser adaptados a la naturaleza propia internacional de los casos que tienen origen en una sociedad cada día más cambiante y envolvente, evolucionando de acuerdo al ritmo de cambio social, produce nuevas situaciones que se deben regular de la problemática actual.



RECOMENDACIONES



1. El sector comercial y productivo de Guatemala deben recurrir a los instrumentos internacionales vigentes, porque por esta vía podemos brindar un soporte jurídico apropiado y necesario a los procesos de integración económica que vive el país.
2. Los Estados debe armonizar los criterios jurídicos, porque a pesar de contar con un ordenamiento jurídico diferente y una acentuada disparidad de desarrollo económico y social, se mantiene una relación comercial y por ende conflictos jurídicos lo suficientemente importantes como para justificar la armonización de sus ordenamientos jurídicos.
3. El Estado y el sector comercial y productivo de Guatemala deben utilizar los principios de celebración de contratos comerciales para así empezar la armonización jurídica interna con las costumbres mercantiles internacionales, sirviendo estas como instrumentos de interpretación al ordenamiento jurídico interno, esto mediante el consentimiento entre las partes al momento de celebrarse el negocio jurídico.
4. El Estado debe adoptar los principios internacionales propuestos por la UNIDROIT, ratificando la Convención de Viena, para así beneficiar a la solución de conflictos derivados de la contratación internacional.
5. Las Diferentes Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales del país deben incluir dentro del pensum de estudios estos principios internacionales de celebración de Contratos Internacionales porque es necesario analizar de fondo sus previsiones frente a las normas de derecho interno.



BIBLIOGRAFÍA



- DIEZ PICAZO, Luís. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**. Introducción Teoría del contrato. Civitas. Madrid, 1996, pá.
- SCONAMIGLIO, Renato. **Teoría general del contrato**, Universidad Externado de Colombia, reimpresión de la primera ed., 1991, pá. 233.
- Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Vigésima primera ed., Madrid, 1992.
- OVIEDO ALBAN, Jorge. **Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo**. Universitas n° 102.
- OVIEDO ALBAN, Jorge. **Los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales: Su importancia en la armonización y unificación del derecho privado**. Ed. Colex. Madrid España, 2003
- PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar. **El contrato de compraventa internacional de mercancías** (Convención de Viena de 1980). Pace Law School Institute of international comercial law.
- PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar. **El derecho uniforme del comercio internacional: Los Principios de UNIDROIT**, Pace Law School Institute of international comercial law.
- GARRO, Edward. **The contribution of the Unidroit principles**. United States of America: Magic Prints, 1994.
- JARAMILLO VARGAS, Jaime. **La lex mercatoria: mito o realidad**. Colombia: Tercer Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, Octubre 20, 21 y 22 de 1998.
- LAGARDE, Paul. **Approche critique de la lex mercatoria. en etudes offertes a Berthold Goldman**. París: Litec Droit, 2002.
- PALOMAR VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Universitaria, 2004.
- Colectivo de autores: **“Derecho de contratos”**, t. 1, Ed. Félix Varela, La Habana, 2001, pp. 30.

Legislación:

Constitución Política de la Republica de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Convención de Nueva York. 1958.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. 1969.

Convención de Viena de sobre compraventa internacional de mercaderías. 1980.

Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. 2001.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la Republica de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

Código de Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la Republica de Guatemala, Decreto Ley 106, 1963.

