

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

**LOS PRINCIPIOS UNIDROIT Y SU IMPORTANCIA EN LA CONTRATACIÓN
MERCANTIL INTERNACIONAL**

JOSSELYN MISHEL MORALES MORALES

GUATEMALA, AGOSTO DE 2011

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

**LOS PRINCIPIOS UNIDROIT Y SU IMPORTANCIA EN LA CONTRATACIÓN
MERCANTIL INTERNACIONAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOSSELYN MISHEL MORALES MORALES

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los Títulos Profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2011

**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.	Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic.	Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br.	Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V:	Br.	Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	José Dolores Bor
Vocal:	Lic.	Víctor Manuel Soto
Secretario:	Lic.	Héctor Orozco Orozco

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Rodolfo Giovani Celis
Vocal:	Lic.	Nicolás Cuxil Huitz
Secretaria:	Licda.	Gloria Leticia Pérez Puerto

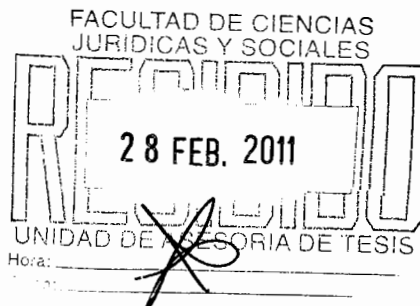
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Licenciado Harold Estuardo Ortiz Pérez
Abogado y Notario
7^a. Avenida 8-56, Zona 1
Oficina 113, Edificio El Centro



Guatemala, 23 de febrero de 2011

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria



Licenciado Castro Monroy:

En cumplimiento al nombramiento emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis el 27 de enero del presente año, procedí a asesorar el trabajo de tesis de la estudiante JOSELYN MISHEL MORALES MORALES, titulado: **“LOS PRINCIPIOS UNIDROIT Y SU IMPORTANCIA EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL INTERNACIONAL”**, y para el efecto me permito informar a usted lo siguiente:

- a. Contenido científico y técnico de la tesis: Considero que el tema investigado por la bachiller Josselyn Mishel Morales Morales, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, ya que el mismo se enfoca desde la perspectiva de una relevancia comercial nacional e internacional con respecto a la contratación mercantil y la aplicación de los Principios Unidroit, el cual considero es un gran aporte para la materia del derecho mercantil.
- b. Metodología y técnicas de investigación utilizadas: la estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, utilizándose técnicas y métodos de investigación necesarios para la elaboración del presente trabajo. Específicamente se utilizó el método histórico, de recopilación de datos, de abstracción, el comprensivo, el inductivo y el deductivo.
- c. Redacción: La redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a claridad y precisión, de tal forma que sea comprensible y agradable al lector y a las personas que tengan interés en profundizar en materia mercantil.
- d. Contribución científica: El aporte científico del presente trabajo de investigación, es dar a conocer los Principios Unidroit, su origen, evolución histórica y estructura; hacer notar la vital importancia que tienen éstos en la contratación mercantil

Licenciado Harold Estuardo Ortiz Pérez

Abogado y Notario
7^a. Avenida 8-56, Zona 1
Oficina 113, Edificio El Centro



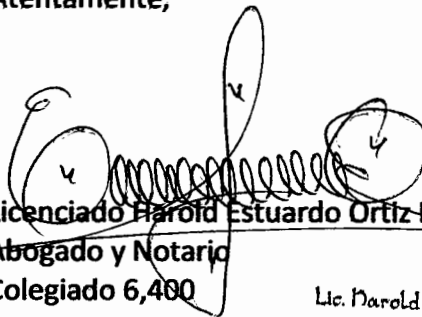
internacional y la relevancia de aplicarlos en cualquier tipo de transacción comercial a nivel interno o externo, para brindar a las partes mayor seguridad jurídica, teniendo un respaldo en caso de suscitarse cualquier tipo de controversia en las contrataciones comerciales realizadas.

- e. **Conclusiones y recomendaciones:** Las conclusiones y recomendaciones son acertadas y oportunas, reflejan el conocimiento del tema investigado y que al ser acatadas se espera obtener resultados positivos que contribuyan a la más frecuente aplicación de los Principios Unidroit en las contrataciones mercantiles.
- f. **Bibliografía utilizada:** Cabe destacar que la bibliografía utilizada es amplia y puntual, lo que contribuyó grandemente al desarrollo del presente trabajo de investigación.

En definitiva el contenido del trabajo de tesis se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Publico de Tesis, previo a optar al grado académico correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo de usted.

Atentamente,



Licenciado Harold Estuardo Ortiz Pérez
Abogado y Notario
Colegiado 6,400

Lic. Harold Estuardo Ortiz Pérez
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

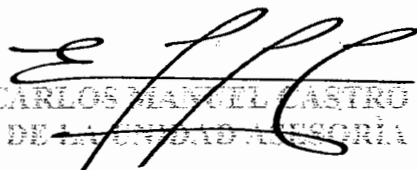
Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS Y
SOCIALES, Guatemala, uno de marzo de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) JOSÉ WALDEMAR LÓPEZ
GÓMEZ para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante
JOSSELYN NUSHEL MORALES MORALES, titulado: "LOS PRINCIPIOS
UNIDROIT Y SU IMPORTANCIA EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL
INTERNACIONAL".

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 las 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 estime pertinentes".


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



cc: Unidad de Tesis
CMCM/brsp.

JOSÉ WALDEMAR LÓPEZ GÓMEZ

Abogado y Notario
20 calle 7-22, Zona 1
2do. Nivel, Oficina No. 2
Teléfono 233-23476

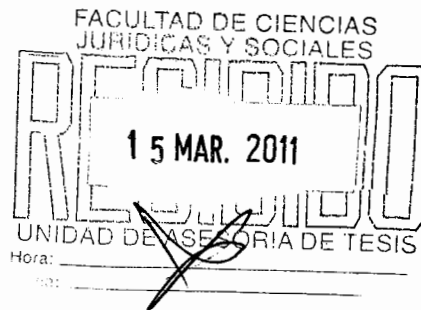


Guatemala, 11 de marzo de 2011

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria

Licenciado Castro Monroy:



Cumpliendo con la resolución dictada el uno de marzo del presente año por la Unidad de Asesoría de Tesis en la que se me nombra como revisor, procedí a revisar el trabajo de Tesis de la Bachiller JOSSELYN MISHÉL MORALES MORALES, carné No. 2005-10764 consistente en una monografía denominada “**LOS PRINCIPIOS UNIDROIT Y SU IMPORTANCIA EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL INTERNACIONAL**”, la cual fue asesorada por el Licenciado Harold Estuardo Ortiz Pérez.

Al respecto puedo indicar que el trabajo de investigación fue revisado de manera completa, recomendándose ampliaciones y modificaciones al mismo, las cuales fueron atendidas y realizadas por la ponente; sobre todo se adecuó a los aspectos legales que se regulan en la materia, respetando en todo momento el criterio de la sustentante. Además, se revisó la concordancia de la investigación con las conclusiones y recomendaciones a las que arribó su autora.

Por lo anterior, considero que el tema abordado es sumamente relevante en el campo de las contrataciones comerciales a nivel nacional e internacional, el cual tiene gran importancia académica en lo que al derecho mercantil se refiere.

En cuanto a los métodos y técnicas utilizadas en la presente tesis, la ponente utilizó correctamente los métodos de recopilación de datos y el de abstracción, así como el método inductivo y deductivo al momento de redactar y estructurar los temas tratados dentro de la misma; el método histórico, utilizado principalmente en el primer capítulo del trabajo y el método comprensivo el cual fue utilizado a lo largo de toda la investigación, pudiendo llegar así a las conclusiones y recomendaciones de mérito. Asimismo, se revisó la correcta utilización de las técnicas directas e indirectas al momento de depurar los datos utilizados en esta tesis.

JOSÉ WALDEMAR LÓPEZ GÓMEZ

Abogado y Notario
20 calle 7-22, Zona 1
2do. Nivel, Oficina No. 2
Teléfono 233-23476



Se recomendaron cambios estructurales y de forma en cuanto a la redacción se refiere, a lo que la ponente respondió realizando los cambios necesarios para que la tesis respondiera a las exigencias gramaticales y ortográficas correspondientes.

Uno de los mejores aportes de la investigación presentada es el conjunto de conclusiones y recomendaciones arribadas al final de la misma, ya que son una muy importante aportación científica.

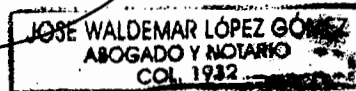
Tomando en cuenta el contenido científico y técnico de la tesis, se puede aseverar que la monografía presentada contiene un gran aporte al derecho mercantil, específicamente en la contratación mercantil internacional. Por último, cabe destacar que la bibliografía en que se basó la Investigación es amplia y acorde a la esencia y fines de la Investigación, otorgando las herramientas necesarias y vitales para la construcción del presente trabajo.

Dado que el trabajo de Tesis cumple con los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, emito dictamen en sentido **FAVORABLE**, para que en su oportunidad pueda ser discutido por la sustentante en Examen General Público.

Sin otro particular, me suscribo de usted.

Atentamente,

Licenciado José Waldemar López Gómez
Abogado y Notario
Colegiado 1932





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, nueve de mayo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JOSSELYN MISHEL MORALES MORALES, Titulado LOS PRINCIPIOS UNIDROIT Y SU IMPORTANCIA EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL INTERNACIONAL. 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.

[Handwritten signature]

[Large handwritten signature]



13052 R



DEDICATORIA

A DIOS:

Porque tú Padre, siempre has escuchado mis oraciones; has caminado conmigo de noche y de día y nunca has dado mi pie al resbaladero; siempre has sido quien me guarda y me protege de todo mal. Quien conoce las necesidades de mi corazón y cura todas mis heridas. Te amo Papito.

A MIS PADRES:

Mario Antonio Morales Monroy, quien es para mí el más grande ejemplo de lucha y superación, y Rebeca Morales Orellana de Morales, la mejor de las madres y la mejor de las amigas. Son ustedes quienes desde pequeña me han brindado con su amor el mejor ejemplo, inculcando en mí el temor a Dios, brindándome las alas que necesito para volar. Los amo infinitamente.

A MIS HERMANOS:

Jennifer Rebeca, a quien agradezco grandemente todo su amor y ayuda en el estudio de mi carrera profesional. Tus consejos los llevo en el corazón. Eres para mí un gran ejemplo de esfuerzo y dedicación; y Mario Antonio de Jesús, mi hermanito, a quien quiero con todo el corazón. Eres para mí un ejemplo de perseverancia. Eres grande Marito.

A MIS ABUELITOS:

Antonio Morales (Q.E.P.D), Angelina Monroy (Q.E.P.D), Jorge Contreras y Argentina de Contreras, gracias por todas sus atenciones, cuidados y apoyo; pero sobre todo, por su amor y sus ejemplos de lucha y entrega.



A MIS PADRINOS:

Juan José y Paty, quienes siempre están pendientes de mí y quienes me brindan su completo apoyo y cariño. Se que siempre puedo contar con ustedes. Los quiero mucho.

Luis Enrique y María Elena, quienes siempre tienen palabras de amor y un sabio consejo para guiarme por el camino del bien.

A MIS TÍOS:

Armando, Jorgito, Marleny, Carlos, Carmen y Jorge, Yolanda, Telma (Q.E.P.D) por su cariño y apoyo constante en los momentos importantes de mi vida.

A MIS PRIMOS:

Richie, Pamela, Claudia, Luis Pedro, Grisel, Mariana, Raúl, Roberto, Jorgito, Elvis Emilio, José Carlos, Pablo; gracias por todo su apoyo y cariño. Primix, los quiero muchísimo.

A MI SOBRINA:

Daniela Giovanna, con mucho amor por ser, desde el día en que naciste, una gran bendición para toda la familia. Te quiero mucho.

A LA FAMILIA BOCACHE
CHAGUACEDA:

Penny, Rafa, Pamela, Penny André, Rafita, por todo su cariño y comprensión incondicional y por las palabras de ánimo cuando las he necesitado. Gracias por estar conmigo y apoyarme en todo momento.

A LA FAMILIA MÉNDEZ ARIAS:

Por todas sus oraciones y sus manifestaciones de cariño. En especial a Pablo José, porque desde el



día en que te reencontré has sido una gran bendición en mi vida, apoyándome incondicionalmente y enseñándome que el soñar no tiene límites.

A LAS FAMILIAS:

Ayala González, Barrios Andrade, por su amistad y cariño durante el transcurso de mi vida.

A MIS AMIGOS:

Gabby, Meches, Amy, Poly, Melissa, Nitzá, Nicole, Mex, Alejandra, Chicho y Martín; por siempre estar a mi lado cuando los he necesitado. En especial a Juan Carlos Morales Vásquez, por estar siempre dispuesto a brindarme su ayuda incondicional, siendo el mejor de los amigos y un gran y vital apoyo en el estudio de mi carrera profesional. Los quiero mucho a todos.

AL LICENCIADO RAFAEL
GODÍNEZ:

Por el amor y entrega a la academia y la perfección que busca en todos sus estudiantes. Gracias por ser un verdadero maestro, por su apoyo constante y por ser un ejemplo de vida.

A MIS CENTROS DE
ESTUDIOS:

Colegio Bilingüe "El Prado", en especial a la familia Méndez Párraga, por su amistad y cariño. Al Licenciado José Daniel García Godoy y a la Licenciada Marta Yolanda Catalán López, por todas sus manifestaciones de cariño.

Colegio San Patricio, por enseñarme que con trabajo, esfuerzo y dedicación, no hay obstáculo imposible de superar.



A LA JORNADA MATUTINA:

Por ser un ejemplo de excelencia académica, en donde se predica que las llaves del éxito pertenecen a todos, pero depende de cada uno la forma en que se utilizan.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Hogar que me abrió las puertas y que me permite alcanzar este sueño. En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, al forjar en cada uno de los que tenemos el privilegio de pasar por sus aulas, el deseo de ser mejores cada día buscando siempre la excelencia.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Aspectos generales del derecho mercantil internacional	1
1.1 Aspectos históricos del derecho mercantil internacional	1
1.2 Definición de derecho mercantil internacional	6
1.3 Características del derecho mercantil internacional	8
1.4 Fuentes del derecho mercantil internacional	9

CAPÍTULO II

2. El Comercio internacional	13
2.1. Contratación internacional	19
2.2. La <i>lex mercatoria</i>	29
2.3. Régimen jurídico internacional establecido por el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.....	36
2.4. La compraventa internacional de mercaderías: la Convención de Viena de 1980	43



CAPÍTULO III

3. Los principios unidroit	47
3.1 Antecedentes de los principios Unidroit	47
3.2 Los principios Unidroit	53
3.3 Los principios Unidroit y la <i>lex mercatoria</i>	64
3.4 Los principios Unidroit aplicables a los contratos mercantiles internacionales	67

CAPÍTULO IV

4. Importancia de los principios Unidroit en la contratación mercantil internacional	73
4.1 Ámbito de Aplicación	73
4.2 Los principios Unidroit como complemento e interpretación de instrumentos internacionales vigentes	79
4.3 Los principios Unidroit como modelo para la legislación a nivel nacional o internacional	80
4.4 Aplicaciones jurisprudenciales	82
4.5 Actualidad	89
CONCLUSIONES	93
RECOMENDACIONES	95



BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN



Los Principios Unidroit fueron elaborados en 1994 por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, organización intergubernamental independiente, con sede en Roma, que tiene como objetivo estudiar los medios para armonizar, organizar y coordinar el derecho privado entre los Estados y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos países de una legislación de derecho internacional privado uniforme. Su objeto se encuentra definido en su estatuto orgánico y persigue la unificación del derecho privado, recurriendo, en cuanto sea necesario, a las normas de conflictos de leyes.

El objetivo de la investigación es efectuar un estudio en forma amplia para dar a conocer qué son los Principios Unidroit y cuál es su importancia en la contratación mercantil internacional, ya que en el marco de las negociaciones comerciales internacionales las partes pueden pactar de antemano la forma de resolución de las controversias que puedan surgir, escogiendo la legislación aplicable, o bien, remitiéndose a los usos mercantiles. Sin embargo, recientemente los operadores de comercio se han inclinado por la aplicación de estos Principios. La hipótesis planteada es ¿Son los Principios Unidroit importantes en la contratación mercantil internacional?

En el presente trabajo de investigación, se utilizó la técnica documental que permitió la recopilación de diversas fuentes de información; asimismo, se utilizaron los métodos de recopilación de datos y de abstracción, ya que los mismos permiten la producción del conocimiento y criterios válidos; el histórico, que permitió el desarrollo de la investigación y desarrollar la evolución histórica del derecho mercantil en su ámbito general; el deductivo e inductivo, que fueron de gran ayuda para explicar el ámbito de aplicación de los Principios Unidroit en la contratación mercantil internacional; y por último, el método comprensivo, el cual fue utilizado en toda la investigación, permitiendo llegar a las conclusiones y recomendaciones que se hacen al final de la presente.



El objeto del presente trabajo es dar a conocer no sólo el origen, estructura, propósito y naturaleza jurídica de los mismos, sino la relevancia o importancia que tienen éstos en el ámbito internacional, específicamente, en la contratación mercantil internacional. Es por eso que en las siguientes líneas se desarrolla el presente trabajo de investigación, el cual está dividido en cuatro capítulos; el primero, que contiene los aspectos generales del derecho mercantil internacional, como su historia, definición, características y fuentes; en el segundo capítulo se expone lo que es el comercio internacional, la contratación internacional y sus elementos esenciales, las reglas aplicables a los contratos mercantiles internacionales, la relevancia de la *lex mercatoria*, el Convenio de Roma y el Convenio de Viena; en el tercer capítulo se explican los Principios Unidroit, haciendo una descripción de su evolución histórica, origen, estructura, naturaleza y enumeración, aportando conceptos y definiciones de los mismos, describiendo también sus aspectos más importantes en el ámbito de su aplicación en la contratación mercantil internacional. Por último, se explica el porqué de la importancia de los Principios Unidroit en la contratación mercantil internacional y el ámbito tan grande de aplicación que tienen los mismos en las transacciones internacionales, mencionando algunas aplicaciones jurisprudenciales de carácter ejemplificativo y sus tendencias actuales.

Sirva para el sector comercial esta investigación, ya que en ella se explica la existencia de normas reconocidas y aplicadas por la comunidad internacional que constituyen, un derecho flexible adaptable a las necesidades de los operadores comerciales y que otorgan seguridad jurídica al momento de celebrarse cualquier tipo de negociación mercantil internacional, siendo éstas, los Principios Unidroit.



CAPÍTULO I

1. Aspectos generales del derecho mercantil internacional

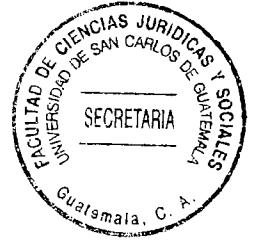
1.1 Aspectos históricos del derecho mercantil internacional

El Derecho, como ciencia normativa, se encarga de estudiar las formas que la sociedad adopta para imponerle límites a la conducta humana intersubjetiva, sean éstas de carácter legal, consuetudinarias o de costumbre, jurisprudenciales o contractuales. Esas limitaciones responden al modo de ser de la sociedad y los intereses que en ésta predominan en determinada época histórica.¹

Específicamente el Derecho Mercantil, como rama del Derecho en general, es reciente si se toma en cuenta la antigüedad de otras disciplinas jurídicas. Ello obedece a circunstancias históricas precisas en el desarrollo de la civilización. Las ciencias tales como la Historia, la Antropología o la Sociología, establecen que el hombre, en los iniciales estadios de su vida, satisfacía sus necesidades con los bienes que la naturaleza le proporcionaba de manera espontánea; y si más tarde puso en práctica sus facultades intelectuales y físicas para transformar lo que el ambiente le brindaba, el producto de sus actos creadores no tenía más objeto que llenar las necesidades de su núcleo familiar o del reducido grupo al que pertenecía; así, producía para su consumo y sin ningún propósito de intercambio.²

¹ Villegas Lara, Arturo. **Derecho Mercantil Guatemalteco**. Pág. 6.

² **Ibid.**



De conformidad con la opinión general, es imposible delimitar la materia mercantil o comercial en los sistemas jurídicos de la antigüedad, toda vez que éstos carecieron de normas que regularan en forma especial al comercio y a los comerciantes. Es cierto y evidente que los sistemas vigentes en ese momento histórico regularon de forma inicial varias de las instituciones o actos que hoy se consideran como de comercio, así como las condiciones políticas, económicas y culturales de la época; sin embargo, 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 o, cuando más, dentro del derecho privado.³

Conforme la organización social fue evolucionando y las necesidades se hicieron más complejas, la actividad económica del hombre sufrió una transformación que habría de inducir el desarrollo de la civilización y la progresiva división del trabajo. Este fenómeno histórico condicionaría las relaciones sociales que posteriormente hicieron surgir el Derecho Mercantil. Con esta división apareció el mercader, que sin tomar parte directa en el proceso de producción, es quien hace circular los objetos producidos, llevándolos desde el productor hasta el consumidor. Así es como surge el profesional comerciante y la riqueza que se produce adquiere la categoría de mercancía o mercadería en la medida que es elaborada para ser intercambiada o para ser vendida. Los satisfactores tienen entonces un valor de cambio y se producen con ese objeto. En un inicio, ese intercambio era de producto por producto por medio del

³ Villegas Lara. **Ob. Cit.** Pág. 7.



trueque, pero cuando apareció la moneda como representativa del valor, se consolidaron las bases para el posterior desarrollo comercial y del Derecho que lo rige.⁴

En las siguientes líneas, se hace referencia a los aspectos más importantes de la evolución de esta rama del Derecho, desde la edad antigua hasta la época moderna.

a. Edad antigua: Como fenómeno económico y social, se puede apreciar que el comercio se presenta en todas las épocas y lugares del mundo como Babilonia, Egipto, Fenicia y Cartago. Específicamente en la Grecia clásica, que además de proporcionar grandes aportes en materia política, la proximidad de sus ciudades más importantes al Mar Mediterráneo y el hecho de que la vía marítima fuera la más expedita para aproximarse a otras ciudades, hizo que el comercio por mar fuera una actividad de primer orden para su economía, instituyéndose así figuras como el préstamo a la “gruesa aventura”,⁵ el cual consistía en un negocio por el cual un sujeto hacía un préstamo a otro condicionando el pago por parte del deudor a que el navío partiera y regresara exitosamente de su destino. Realmente, el prestamista corría el riesgo de perder un patrimonio prestado si ocurría un siniestro en alta mar; era un préstamo aventurado. Otra figura es la echazón, en donde el capitán del buque podía aligerar el peso de la carga echando las mercaderías al mar y sin mayor responsabilidad si con ello evitaba un naufragio, encallamiento o captura (actualmente es conocida en el derecho mercantil como avería gruesa). Por último, las Leyes Rodias, que adquirieron

⁴ Villegas Lara. **Ob. Cit.** Pág. 10.

⁵ Esta institución se considera como antecedente del contrato de seguro.



más importancia desde su incorporación en el Derecho Romano, ya que eran un conjunto de leyes destinadas a regir el comercio marítimo.

b. Derecho romano: Indiscutiblemente, el Derecho Romano ha sido fuente creadora de instituciones aplicadas hasta el día de hoy. Sin embargo, en el ámbito comercial, no se generó un derecho autónomo, específico o especial; ya que el derecho privado o ius civile era un derecho destinado a normar la actividad privada de los ciudadanos, fuera de carácter mercantil o no, dándole a éste un carácter universal para toda relación de carácter privado, en donde el pretor era el encargado de adaptar ese derecho a las necesidades del tráfico comercial que podían suscitarse en aquella época.

c. Edad media: En la época del feudalismo, la actividad económica de los feudos era completamente de naturaleza agrícola, excluyendo todo tipo de tráfico comercial el cual era considerado como deshonroso. Fuera de ellos, se conformó la burguesía comerciante cuyo surgimiento marca en la historia una etapa transformadora en la riqueza comercial, ya que es en esta clase social donde la monarquía encuentra a su mejor aliado, estimulando su función y dando así nacimiento a lo que hoy se conoce como Derecho Mercantil, cuyo nacimiento está íntimamente ligado 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 su clase.



Estos gremios o corporaciones, se regían por estatutos en los que se recogieron las costumbres que ellos mismos habían practicado, dando a la vez, origen a los tribunales de mercaderes o jurisdicción consular, que estaban a cargo de resolver las cuestiones surgidas entre los asociados, administrando justicia según usos o costumbres del comercio. 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 en aquel momento histórico.

Así, el gran 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, transformándose el Derecho Mercantil en un derecho autónomo del Derecho Civil.

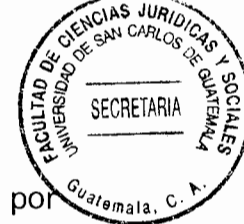
d. Época moderna: Es en Francia en donde se empieza a sentir una necesidad de comprender la tan reclamada actividad comercial y en donde se sientan las bases para el nuevo Derecho Mercantil, el cual, desde su transformación desde el Derecho Romano, del Derecho Común y de los Derechos Forales, no solamente ha adquirido una verdadera autonomía jurídica, sino un carácter de universalidad internacional, influenciando a la modificación de preceptos del Derecho Civil de cada pueblo ya que el cotejo de los diversos códigos mercantiles, su estudio comparativo por los jurisconsultos y su perfeccionamiento constante, conducen a correcciones del Derecho Civil, que de todas maneras tiene que estar en armonía con el Derecho Mercantil de



cada Estado, por la relación tan íntima que existe entre ellas. Es entonces que partiendo de obras como el Code Merchant francés de 1673, un gran número de Estados redactaron legislaciones similares para regular esta materia. Y este gran movimiento legislativo de todas las naciones trajo consigo un gran movimiento científico en la esfera de la literatura jurídica del Derecho Mercantil. Sobre todo en la materia de la legislación comparada adquirió un gran desarrollo, pues siendo el comercio cosmopólita 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. Es por eso, por la necesidad de uniformar por lo menos ciertos aspectos del derecho mercantil entre las diversas naciones se comenzaron a celebrar congresos y conferencias para llegar a acuerdos y tratados de carácter internacional. La primera, en Berna en 1878, seguida por varias otras, con el fin de lograr la tan deseada obtención de acuerdos que produzcan la uniformidad tan necesaria en materias mercantiles.⁶

1.2 Definición de derecho mercantil internacional

⁶ Villegas Lara. **Ob. Cit.** Pág. 21.



Es de suma importancia tener una clara noción del Derecho Mercantil Internacional, por lo que considero oportuno citar algunas definiciones que sobre éste, en forma general, distinguidos autores proporcionan:

"El Derecho Mercantil es 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."⁷

"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."⁸

"El Derecho Mercantil puede definirse como el conjunto de doctrinas y normas jurídicas, codificadas o no, que regulan la actividad profesional de los comerciantes, las cosas mercantiles y la negociación jurídica mercantil."⁹

"El Derecho Mercantil es aquel 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 considera mercantiles, así como el estatuto del

⁷ Pallares, Jacinto. **Derecho mercantil**. Pág. 3.

⁸ Cervantes Ahumada, Raúl. **Derecho mercantil, primer curso**. Pág. 10.

⁹ Villegas Lara. **Ob. Cit.** Pág. 21.



comerciante o empresario mercantil individual y social y los estados de anormalidad en el cumplimiento de sus obligaciones."¹⁰

"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."¹¹

"Derecho mercantil es aquel que regula especialmente las relaciones que atañen a las personas, los lugares, los contratos y los actos del comercio terrestre y marítimo."¹²

Tomando en cuenta las definiciones anteriores y siendo importante agregar el aspecto internacional, se puede concluir que el Derecho Mercantil Internacional es el conjunto de principios, doctrinas y normas jurídicas, codificados o no, que regulan las relaciones de los sujetos que ejercen el comercio, es decir comerciantes, y las cosas objeto del comercio, ya sean 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.

1.3 Características del derecho mercantil internacional

¹⁰ De Pina Vara, Rafael. **Elementos del derecho mercantil mexicano**. Pág. 17.

¹¹ Garrigues, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Pág. 8.

¹² Palomar de Miguel, Juan. **Diccionario para juristas**. Pág. 126.



Con respecto a las características del derecho mercantil internacional, Rafael De Pina Vara describe las siguientes:¹³

- 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 y en la costumbre de los comerciantes.
- d) Es un derecho progresivo, ya que al mismo tiempo que evolucionan las condiciones sociales y económicas, éste ha de ir actualizándose.
- e) Es un derecho global o internacionalizado, porque las relaciones económicas cada vez son más internacionales por lo que éste ha tenido que hacerlo también, para lo cual diversos organismos trabajan en su normativización internacional.

1.4 Fuentes del derecho mercantil internacional

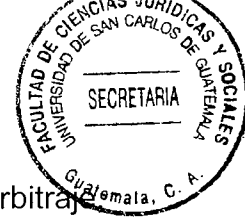
¹³ Villegas Lara. **Ob. Cit.** Pág. 26.



Desde el punto de vista estrictamente gramatical, por fuente se entiende aquello de donde emana o procede algo. En el ámbito jurídico, por fuente del derecho se entiende aquella institución de la cual emana el fundamento sobre el cual se apoya el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de una obligación.

En el Derecho Mercantil Internacional, se encuentran dos fuentes formales muy importantes. Por un lado, los ordenamientos jurídicos emanados de la legislación mercantil interna de cada país; las convenciones y tratados internacionales; las declaraciones, resoluciones o propuestas emanadas de los organismos de carácter internacional; las resoluciones de los tribunales, fundamentalmente de arbitraje, que se encargan de resolver conflictos o controversias comerciales que se dan entre personas residentes en diferentes Estados. Por otro, la doctrina comercial internacional o los principios generales del derecho.

Además de los anteriores, también se consideran como fuentes del derecho mercantil internacional, las declaraciones y resoluciones dictadas por los organismos oficiales internacionales, así como los estudios y propuestas emanadas de dichos organismos, quienes muy frecuentemente realizan importantes aportaciones sobre esta materia. Ejemplo de ello son los estudios o investigaciones publicados por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), o bien, la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre el Nuevo Orden Económico Internacional y la Carta de Deberes y Derechos Económicos de los Estados.



Con respecto a las resoluciones de los tribunales comerciales o tribunales de arbitraje que son los conocen de controversias que sobre esta materia se suscitan entre los comerciantes residentes en diferentes Estados, aportan a la materia jurídica valiosos precedentes que, aunque de manera indirecta, sirven para normar el criterio de las partes en sus relaciones comerciales internacionales.

La doctrina, es decir, las opiniones de los tratadistas más prestigiosos en el derecho mercantil internacional, constituyen también una fuente importante de esta materia. Ejemplos de importantes tratadistas, que han influido significativamente sobre ésta rama en el mundo contemporáneo son John Kennet Gailbrath, Henri Batiffol, Michael Bonell, Samuel Sidney, Jorge Barrera Graff, José María Abascal Zamora y Joaquín Tamames, entre otros.

Finalmente, los Principios Generales del Derecho, constituyen también una fuente importante de esta materia. Se conceptúan como aquellas expresiones generalmente aceptadas como una verdad y respetadas por todas las legislaciones y por todas las instituciones y personas como verdades irrefutables que contribuyen al fortalecimiento de las ideas y los conceptos contenidos en el Derecho, en general, y en el Derecho Mercantil, en particular. El Principio o Cláusula de la Nación más Favorecida, o el que establece que el derecho extranjero se puede aplicar en otro país cuando así lo autorice expresamente su legislación interna, constituyen ejemplos importantes de esta fuente del Derecho Mercantil Internacional.





CAPÍTULO II

2. El comercio internacional

El Comercio presenta dos aspectos o facetas esenciales a las cuales debe atenderse para lograr tener una idea muy clara de esta fundamental actividad social, así como su aspecto económico y jurídico.

Desde el punto de vista económico, se ha considerado el Comercio como el conjunto de operaciones de intercambio de bienes y servicios que se requieren para la satisfacción de las necesidades de la sociedad en general y de los seres humanos en particular.

Desde el punto de vista jurídico, el Comercio se conceptúa como la actividad por medio de la cual las personas realizan actos de intercambio de bienes y servicios con el propósito de lucro y de cuyas actividades se generan derechos y obligaciones que son legalmente exigibles.

La palabra comercio proviene de la voz latina commercium, la que a su vez se compone de dos voces: cum y merx, las cuales se traducen literalmente con mercancías. Cuando el hombre produjo o adquirió bienes, no para consumirlos, si no para hacerlos llegar a otros hombres, es decir, para comercializarlos con el propósito de ganancia, lucro o ventaja económica, se dice que apareció el Comercio.



Cuando esas operaciones o intercambio de bienes y servicios se realizan entre personas, empresas o entidades ubicadas en diferentes países, se origina la actividad que se conoce con el nombre de Comercio Internacional.

El Comercio, ya sea el nacional o el internacional, poseen en términos generales los mismos atributos y características fundamentales. No obstante, el Comercio Internacional tiene en la actualidad una gran importancia para todas las naciones que lo practican, y esa importancia no es sólo económica, si no también política, en virtud de que esa actividad le permite al Estado que la desarrolla, establecer una serie de estrategias, actitudes y posiciones que no sólo le producen el ingreso de divisas, tan esenciales para el mantenimiento o crecimiento de su economía, sino que también le dan presencia y significación en el estadio internacional.

Es oportuno precisar que los términos Comercio Internacional y Comercio Exterior, se utilizan frecuentemente como sinónimos. Sin embargo, en su más estricta significación, poseen una diferencia fundamental. Por Comercio Internacional debe entenderse a la actividad en su conjunto, es decir, a la serie de lineamientos, requerimientos, directrices y normas que regulan a la actividad misma, independientemente de la nación o naciones involucradas en ella. Por otra parte, el Comercio Exterior se aplica a la relación económica y jurídica que se da en un lugar y momento determinado entre dos o más naciones, específicamente señaladas.

Se puede expresar, por ejemplo, que la Organización Mundial de Comercio (OMC), es el máximo organismo rector del Comercio Internacional; o bien, que el Comercio



Exterior que en este momento se está generando entre Guatemala y Estados Unidos de América, tiene un resultado positivo para nuestro país.

En ese orden de ideas, al Derecho del Comercio Internacional o Derecho Mercantil Internacional, 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 sólo 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, ya que éstos deben ser considerados por los grandes negocios comerciales internacionales que tienen como contraparte a un Estado.

Es necesario considerar, en primer lugar, que existen situaciones comerciales que tienen regulación exhaustiva en convenciones internacionales, las cuales tienen carácter de normas supranacionales, que constituyen el denominado Derecho Uniforme, por lo que resulta oportuna considerarlas como las normas más importantes en materia de Comercio Internacional porque se trata de un derecho consolidado o de un 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 la penetración en los propios espacios nacionales. A esto se le llama la



modificación de leyes internas por adopción de modelos estructurados en convenciones internacionales.

En segundo lugar, 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 y de aquellos Estados que son parte de la misma, pudiendo utilizarlos como medios de adaptación de sus legislaciones nacionales.

En tercer lugar, se encuentran 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 por ejemplo los acuerdos de la General Agreement on Tariffs and Trade (GATT),¹⁴ y los denominados Principios de los Contratos Comerciales Internacionales de Unidroit, siendo éstas las normas aplicadas al Comercio Internacional y a los contratos del Comercio Internacional.

Finalmente, se encuentran las normas que se originan en organismos internacionales particulares, conformados por la acción empresarial especializada internacional en

¹⁴ Es un acuerdo multilateral creado en la Conferencia de La Habana en 1947 y firmado en 1948 por la necesidad de establecer un conjunto de normas comerciales y concesiones arancelarias. Es considerado como el precursor de la Organización Mundial del Comercio. El GATT era parte del plan de regulación de la economía mundial tras la Segunda Guerra Mundial, que incluía la reducción de aranceles y otras barreras al Comercio Internacional. El funcionamiento del GATT se basa en las reuniones periódicas de los Estados miembros, en las que se realizan negociaciones tendientes a la reducción de aranceles de acuerdo con el principio de reciprocidad. Las negociaciones se hacen miembro a miembro y producto a producto mediante la presentación de peticiones acompañadas de las correspondientes ofertas.



donde destaca la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que elabora las normas denominadas Incoterms, que son 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, siendo a la vez, válidamente aceptadas por la jurisprudencia. Y es así que se llega a otro conjunto 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 árbitro, la jurisdicción, las garantías, hasta la elección del derecho aplicable y la jurisdicción competente.

Por lo anterior, éste es 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 organismos 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 está por realizarse.



Los actos de comercio, cualquiera que sea el alcance y contenido de éstos, requieren como mínimo una regulación jurídica, ya que solamente a través de la observación de los preceptos jurídicos, estos actos pueden tener certeza, confiabilidad, reiteración y permanencia entre las partes y entre las Naciones. Es por ello, que los diferentes gobiernos se han preocupado por dar a los actos de comercio normas legales necesarias para que, por una parte, el Comercio Exterior de un Estado determinado se transforme en factor de progreso y desarrollo de sus propios intereses y, por la otra, para que queden garantizados los derechos y las obligaciones de las partes que intervienen en la celebración de dichos actos, los cuales se llevan a cabo a través de un acuerdo de voluntades reguladas por la normas jurídicas anteriormente mencionadas.

En el ámbito internacional, por tratarse de Estados dotados de soberanía, de la cual se derivan principios de igualdad entre éstos y de no intervención en los asuntos internos, resulta que las leyes de un país no pueden aplicarse en otro, salvo autorización consignada en las leyes de este último. Esta situación no siempre sucede, y aunque logre darse, no es suficiente para resolver los conflictos de intereses que surgen entre los países.

Los gobiernos de los Estados se han preocupado por la celebración de negociaciones, acuerdos y tratados internacionales que tengan por objeto resolver todas las cuestiones que en torno a los actos de comercio exterior, puedan darse. Es así como ha surgido la legislación del comercio exterior o del comercio internacional, el cual ha dejado de ser un derecho del futuro, para transformarse en un derecho presente.



Por último, esta materia se puede conceptuar como el conjunto de ordenamientos jurídicos, tanto de orden nacional como de carácter internacional, que regulan las relaciones necesarias que sobre esta materia existen, entre los órganos públicos que pertenecen a diferentes Estados y de éstos para con los particulares que realizan actos catalogados como de comercio exterior.

Por lo anterior se deduce que el contenido jurídico de esta materia se ocupa, en primer lugar, de estudiar las relaciones necesarias de carácter comercial que se pueden dar entre diferentes naciones con distinta organización política; y en segundo término, de estudiar y regular las relaciones que sobre el mismo comercio exterior son susceptibles de establecerse entre los órganos de autoridad y los particulares dedicados a esta actividad.

2.1 Contratación internacional

a. Definición de contrato internacional: De conformidad con la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDACI) publicada en la Gaceta Oficial número 4,974, de fecha 22 de septiembre de 1995, de la Organización de los Estados Americanos, establece en su Artículo 1 lo siguiente:

Esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales. Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene



contactos objetivos con más de un Estado Parte. Esta Convención se aplicará a los contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente.

Lo expuesto anteriormente, significa que la Convención define a los contratos internacionales de una forma amplia en cuanto a los criterios de su internacionalidad, bien sea tomando como base su residencia habitual o el establecimiento de ambos, pero sometidos a diferentes legislaciones.

Es de suma importancia determinar lo que distingue a un contrato internacional de un contrato interno y no sólo determinar si se está en presencia de un contrato que puede estar sometido parcial o totalmente al derecho de uno o más ordenamientos jurídicos y plantearse también problemas en cuanto a la validez de una cláusula de elección del derecho extranjero aplicable a un contrato que tenga todos sus elementos localizados en un sólo país o con respecto a la posibilidad de recurrir a un árbitro extranjero, cuando este tipo de asuntos esté reservado solamente a los casos de la contratación internacional; y, además, determinar cuándo procede la aplicación de una legislación material uniforme referida a los contratos internacionales.¹⁵

La doctrina y la jurisprudencia han señalado que los contratos internacionales pueden ser vistos desde dos ópticas diferentes. La primera, desde el punto de vista jurídico, que es cuando supone la existencia o presencia de un elemento extranjero en la relación contractual, tomando en cuenta para ello la nacionalidad y el domicilio de las

¹⁵ Matute, Carlos. **Marco jurídico de la compraventa internacional de mercancías.** Pág. 42.



partes contratantes, así como el lugar de celebración o de ejecución del contrato. En la actualidad, se considera que no es suficiente que uno de los elementos del contrato escape de la soberanía de un Estado para deducir que el contrato tiene carácter internacional. Es por eso que es preciso corroborar la relevancia jurídica del elemento extranjero y verificar si la finalidad social de los hechos, reclama o no una reglamentación internacionalizada. La segunda, consiste en el aspecto económico, que se refiere cuando entran en funcionamiento los intereses económicos de dos o más Estados. Los estudiosos de esta materia en particular, han criticado que no es suficiente la presencia o existencia de un elemento extranjero para considerar al contrato como internacional, pues, señalan que se hace necesario tomar en cuenta la relevancia jurídica del elemento extranjero, el cual permitirá o no su regulación a nivel internacional.

b. Características de validez y formación de los contratos internacionales:¹⁶ Es importante mencionar que para la existencia o validez de los contratos, es importante 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. Se puede mencionar entonces, la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa, las cuales son reguladas por el Derecho Civil.

¹⁶ Pérez Vargas, Víctor. **Elementos del negocio jurídico**. Pág. 226.



Además, se pueden mencionar los siguientes presupuestos: los subjetivos, los objetivos y los elementos esenciales de los contratos mercantiles internacionales.

– Subjetivos: Estos se traducen en la potencialidad del sujeto de expresar mediante un comportamiento propio intereses jurídicamente relevantes. Se refiere, sobre todo, a la aptitud para adquirir derechos y ejercerlos, pudiendo ser sujeto activo o pasivo, capaz de derechos y obligaciones, legitimidad y titularidad; las cuales todas 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...”.¹⁷

– Objetivos: Estos presupuestos se refieren al objeto del negocio, a 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 y debe existir conforme a los intereses del ordenamiento.

La existencia del objeto se configura como requisito cuyo defecto produce la nulidad absoluta del negocio, pero en forma eventual, lo que implica la condición suspensiva del contrato y sólo puede realizarse cuando el objeto llegue a existir.

¹⁷ Pérez Vargas. **Ob. Cit.** Pág. 227.



Cuando se habla de su carácter determinable, significa que la cosa sea desde el inicio del contrato determinada o bien, determinable; o que en el futuro pueda determinarse. Con respecto a la licitud, se refiere a lo que esté permitido por ley, o bien, que no sea contrario a ésta, 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 dinerario.

En el ámbito internacional es importante mencionar que la posición de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), basados en las regulaciones de la Convención de Viena y los Principios Unidroit, determinan que incluso si el objeto del contrato no era disponible para una de las partes, que dicha circunstancia no invalida el contrato, tal como lo establece el Artículo 3.3 incisos 1 y 2 de los Principios Unidroit:

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.

– Elementos esenciales de los contratos internacionales: Estos son la voluntad y la manifestación de la voluntad.

a) La voluntad es la que determina el actuar con conocimiento del fin y de los motivos de la acción, la cual es comúnmente denominada como consentimiento, que claramente es la manifestación de voluntad, la cual debe ser libre, autónoma, clara y



manifiesta. De la misma manera, ésta debe ser emitida de forma externa para que sea relevante en el mundo del derecho y para que el acto voluntario, que es aquél que emana del ejercicio de esta voluntad de acción, se produzca.

En la 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.

En este sentido, los Principios Unidroit no se refieren 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. Por otro lado, si regulan de cierta manera aspectos de nulidad de los contratos, admitiéndose la existencia del error determinante, el cual se define 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, admitiendo también la nulidad del contrato, cuando ha habido violencia moral, intimidación, dolo, o excesiva desproporción.

b) La manifestación de voluntad es la forma del negocio, la expresión o exteriorización de la voluntad y como tal, es indispensable en todo negocio. Es un elemento esencial y dentro de ella pueden darse tres tipos: la manifestación expresa, tácita o presunta, incluso se puede tener el silencio como una manifestación de



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

Con respecto a lo expuesto anteriormente, se hace referencia a la uniformidad internacional de los usos y costumbres, los cuales rompen de cierta forma con los convencionalismos del Derecho Romano y son más estrictos al exigir el cumplimiento de los contratos, ya que se asume el hecho que los operadores del Comercio Internacional son concedores de los negocios de su giro comercial, y por ende al ser prácticos, son responsables de sus compromisos, casi en forma ineludible, ya que en materia internacional no interesan los aspectos personales del actor, sino que se otorgue seguridad en la contratación ya que al tenor de dicha seguridad, son más estrictos y menos condescendientes a la hora de la nulidad o resolución del contrato.

– La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales: En el derecho internacional el Principio de la Autonomía de la Voluntad, permite a las partes escoger el derecho que desean aplicar a sus relaciones jurídicas contractuales; en otras palabras, de escoger la *lex contractus* que viene a ser referencia a la autonomía de la voluntad de las partes.

De acuerdo con Eugenio Hernández Bretón, "...la admisión de la autonomía de las partes como criterio atributivo de jurisdicción significa el reconocimiento por el legislador de que, para ciertos supuestos de hecho jurídicamente internacionalizados, las partes pueden, por medio de un contrato, regular directamente, ellas mismas, la cuestión de la jurisdicción directa. Precisamente ésto sugiere que al ejercer esta facultad, las partes



no desplazan al legislador, sino que las partes determinan la jurisdicción directa bajo las condiciones y dentro de los límites del derecho que resulte aplicable a tal facultad. Ellas actúan *secundum legem*; no actúan *contra ni praeter legem*. La determinación de la jurisdicción directa se realiza por acuerdo de voluntades entre las partes. De esta forma se constituye un contrato y por cuanto tiene efectos procesales, se trata de un contrato con efectos procesales...".¹⁸

La Convención de Roma de 1980 establece que un contrato se regirá por la ley elegida por las partes y, asimismo, los Principios Unidroit señalan que las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido. Con estos dos ejemplos se puede establecer que en materia de comercio internacional existe reconocida, convencional y usualmente el Principio de Autonomía de la Voluntad de las Partes, tema que ha sido estudiado principalmente en el ámbito del Derecho Internacional Privado, donde los distintos autores han reconocido la denominada autonomía material de las partes y la autonomía conflictual.

Ahora bien, en la cita anterior se sostuvo 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.

¹⁸ Hernández Bretón, Eugenio. **Problemas contemporáneos del derecho procesal civil internacional venezolano**. Pág. 182.



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. Pero es necesario aclarar que la manifestación más amplia es la que surge de la propia regulación del contrato que realizan las partes, ya que se incluye con claridad y exhaustividad el objeto, los pactos esenciales, las consecuencias del incumplimiento y la forma de resolver sus diferencias o conflictos. Se utilizan a la vez, normas usuales uniformes, tomando como ejemplo las emitidas por la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

Con respecto a la autonomía conflictual, las partes tienen 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 la del país con el cual el contrato se encuentre más estrechamente ligado, y en otros casos, la del país donde se deba cumplir la prestación, la del país del derecho elegido y siempre la del país del juez que actúa.

- Reglas aplicables a los contratos mercantiles internacionales: Actualmente, el contrato internacional se encuentra renovado bajo nuevas formas y caracteres; es ahora más complejo y más diversificado.



Es por eso que se hace necesario mencionar algunos de los principios que son aplicados a toda contratación comercial internacional y que enumero a continuación:

- a) Libertad de contratación y delimitación del contenido del contrato. Las partes pueden elegir el derecho aplicable al contrato.

- b) Cuando hay algún defecto de elección, se considerara la conexión más estrecha del contrato con algún país determinado.

- c) Es totalmente prohibido excluir o violentar las normas imperativas del Estado con vinculación más estrecha.

- d) Es facultad de las partes la elección de un tribunal arbitral que solucione cualquier conflicto que pueda suscitarse en virtud de la contratación internacional que realizan.

- e) Buena fe.

- f) Libertad de forma.

- g) Consensualidad.

- h) Colaboración entre las partes.



- i) Confidencialidad.

- j) Con respecto a su interpretación, debe tenerse especial cuenta su carácter internacional, su carácter comercial y las reglas surgidas del Derecho Uniforme en la materia, los usos institucionalizados y la práctica negocial.

- k) Responsabilidad de las partes en caso de incumplimiento del contrato.

2.2 La lex mercatoria

a. Antecedentes de la lex mercatoria: De acuerdo con los apuntes históricos, el origen de la lex mercatoria se sitúa en la época medieval, aunque algunos autores consideran que podrían ser más lejanos. Por ejemplo Szabo afirma 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, la *societas mercatorum*, la cual se dedicó al comercio. Fue la *societas* que adquirió mayor poder dentro de la sociedad e implementó una serie de usos y costumbres profesionales que se denominaron *lex mercatoria*.¹⁹

Ese grupo social estuvo 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

¹⁹ Jaramillo Vargas, Jaime. **La lex mercatoria: mito o realidad**. Pág. 57.



sus requerimientos. Así el desarrollo de la *lex mercatoria* se sitúa desde principios del siglo XII hasta mediados del siglo XVI. Se pueden tomar como ejemplo las ferias medievales, eventos que se celebraban cada año, los cuales 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.

Es así como se estructuraron los gremios y las corporaciones desde mediados del siglo XII. Poseían sus propios órganos de dirección, autonomía normativa y jurisdicción especial para aplicarla y se desarrolló un derecho mercantil constituido por las costumbres y usos de una clase social, caracterizado por su nacionalidad, legitimidad, uniformidad y el uso de un amplio sentido de la *aequitas*²⁰ medieval.

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. Así, por su origen consuetudinario, la *lex mercatoria* se plasmó por escrito para luego recogerse en estatutos corporativos, los cuales, a su vez, se integraron en tratados inter locales e internacionales. El auge del derecho corporativo medieval surgió en Italia y luego se trasladó a otros lugares, como Holanda, Inglaterra, Cataluña y el norte de Alemania.

²⁰ La *aequitas* tenía un significado diferente al que se le da en la actualidad a la equidad. Se trataba de un concepto amplio, holístico, que procuraba la proyección del orden jurídico sobre la efectividad.



Es así como la *lex mercatoria* se caracterizó por ser cosmopolita, transnacional, consuetudinaria y clasista. Se relacionaba continuamente con los demás sistemas legales como el feudal, el eclesiástico, el urbano, y el real; teniendo en cuenta sus cualidades intrínsecas, como la universalidad, la reciprocidad, la objetividad, la particularidad, la integración y el crecimiento. Es por eso que el cosmopolitismo de la *lex mercatoria* se basó en su flexibilidad, especialidad como derecho de clase y autonomía. Estas características, anudadas con la inoperatividad del derecho civil medieval, permitieron su fortalecimiento.

Con el transcurso del tiempo, la importancia de la *lex mercatoria* decae 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 el esplendor que tuvo durante la época medieval. Es en forma reciente que sus características han sido comparadas con la época actual y se habla de su resurgimiento.

Por eso es importante 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 tal manera que esta forma de crear derecho, que responde a un momento histórico determinado, se reitera en su faceta comercial, política y económica de esta época y en casi todos los institutos propios del Derecho Comercial actual.

Así, en las últimas décadas se ha venido discutiendo la posibilidad de la existencia de un tercer orden jurídico que pueda entrar a regir las transacciones comerciales internacionales, a manera de un sistema determinado por los usos y principios imperantes en esta actividad, que deriva su legitimidad del reconocimiento otorgado por los miembros de un grupo social homogéneo, el cual es el de los comerciantes.

En este orden de ideas, una de las nociones que ha adquirido mayor preponderancia en los últimos tiempos dentro de los estudios de Derecho Internacional Privado es la de *lex mercatoria*.

Indiscutiblemente, esta noción trascendió el sentido que había adquirido históricamente, pues en 1964 el profesor Berthold Goldman publicó su célebre texto *Fronteras del Derecho y Lex Mercatoria*, en el cual percibe y pretende demostrar el resurgimiento de esta actividad reguladora de los comerciantes, apreciando esta realidad que responde a fenómenos diferentes de los que le dieron origen en el medioevo. Los comerciantes desarrollan nuevas reglas, reglas uniformes aplicables a sus relaciones jurídicas como consecuencia del exceso de normas estatales que generan innumerables obstáculos para el tráfico internacional. La proliferación de leyes estatales y la creciente intervención de los Estados en la economía global, afectó la seguridad en las negociaciones comerciales, con lo cual los sujetos del comercio exterior prefirieron



sujetar sus negocios a reglas preestablecidas, de las cuales se puedan deducir soluciones claras, predecibles y sobre todo neutrales.

Es importante señalar que en torno a este tema 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, está dada por su particular fuerza expansiva como derecho uniforme, más allá de las fronteras nacionales, favoreciendo el proyecto de un mercado mundial sostenido por las normas ciertas y uniformes de un Derecho Mercantil cosmopólita y esta uniformidad internacional y continuidad histórica, a su vez, pueden atribuir 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 al hecho de que el comercio se ha hecho cada día más 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.

Con respecto a la segunda discusión, 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 y siendo este procedimiento convalidado por los órganos nacionales o supranacionales traducidas en normas uniformes generadas por los comerciantes y consolidadas por las prácticas, los usos y las costumbres comerciales.

Es indiscutible entonces, el resurgir de una nueva *lex mercatoria* internacional cuyas bases están fundadas en los usos y costumbres profesionales, los contratos tipo, las regulaciones profesionales o códigos de conducta y el arbitraje internacional y su jurisprudencia.

b. Definición de la *lex mercatoria*: Se define la *lex mercatoria* como un conjunto de principios, instituciones y reglas provenientes de diversas fuentes que nutren constantemente las estructuras legales y la actividad específica de la colectividad de quienes operan en el comercio internacional. 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 generalmente por el arbitraje internacional.

Habitualmente se ha entendido que la *lex mercatoria*, es el componente fundamental de una categoría jurídica, a la que se ha dado el nombre de Derecho Transnacional debido a que vincula reglas jurídicas aceptadas universalmente y que se entienden como contenidas en la mayoría de los sistemas jurídicos existentes.

En tal sentido, se ha planteado que esta noción parte de ciertas reglas de comportamiento a las cuales los miembros de la *societas mercatorum* les reconocen un carácter y una aceptación universales. Así, una primera razón para justificar la existencia de la *lex mercatoria* es su naturaleza, ya que proviene de un cuerpo social estructurado, que ha diseñado e implementado un orden jurídico propio, de forma que llega a afectar el monopolio normativo de los Estados.

A partir de las consideraciones precedentes, se pueden enunciar las características o rasgos diferenciadores de esta noción:²¹

- Es un derecho anacional, lo que implica que no procede de un sistema jurídico nacional. Este elemento es el que justifica su vocación de universalidad, como se expuso anteriormente, pues se sostiene que el contenido de la *lex mercatoria* no ha sido extraído de los derechos internos, sino que parte de principios comunes a los sistemas jurídicos, los cuales han reconocido su existencia y validez al incluirlos dentro de sus cuerpos normativos.

- Está dotado de fuerza obligatoria, lo cual no implica la necesidad de un aparato coercitivo estatal, sino que demuestra que su carácter vinculante está dado por el reconocimiento que de ella hacen los miembros de la sociedad comercial internacional.

²¹ Jaramillo Vargas. **Ob. Cit.** Pág. 59.



- Es un derecho espontáneo, surgido de la práctica mercantil global y creado por los comerciantes con el fin de sustraerse a la aplicación de un ordenamiento jurídico nacional.
- Está conformado por principios, usos y reglas, siendo su principal componente los principios generales del derecho, tanto así que el hecho de afirmar que un contrato se va a regir por tales principios, legitima la aplicación de la lex mercatoria como ley sustantiva de dicha relación.

2.3 Régimen jurídico internacional establecido por el Convenio de Roma de 1980 Sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales²²

El Convenio Sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales se abrió a firma en Roma el 19 de junio de 1980 para los nueve Estados miembros de la Comunidad Europea (CE) de aquel entonces. Entró en vigor el 1 de abril de 1991 y posteriormente, todos los nuevos miembros de la CE firmaron este Convenio. Paralelamente a la firma del Convenio por Austria, Finlandia y Suecia, se elaboró y se publicó una versión codificada en 1998 y otra en el 2005, tras la firma del Convenio sobre el acceso de los 10 nuevos Estados miembros al Convenio de Roma.

²² Matute. **Ob. Cit.** Pág. 68.



El Convenio se aplica a las obligaciones contractuales en situaciones que impliquen un conflicto de leyes, incluso si la ley designada es la de un Estado no contratante, con exclusión de las siguientes:

- Cuestiones relativas al estado civil o la capacidad de las personas físicas.
- Obligaciones contractuales relativas a los testamentos, los regímenes matrimoniales y otras relaciones familiares.
- Obligaciones derivadas de instrumentos negociables (letras de cambio, cheques, pagarés, etc.).
- Convenios de arbitraje y de elección de foro (elección de un tribunal).
- Cuestiones pertenecientes al derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas.
- 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.
- La constitución y cuestiones relativas a la organización de trusts.



- Prueba y proceso.
- Contratos de seguros que cubran riesgos situados en los territorios de los Estados miembros (excluyendo los contratos de reaseguros).

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, 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 aplica en cada Estado contratante a los contratos celebrados después de su entrada en vigor en dicho Estado. Su sistema para la determinación de la ley aplicable, parte del referido Principio de la Autonomía de la Voluntad de las Partes, el cual fue expuesto anteriormente. 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 a 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 a cada una de las partes o a determinada parte del contrato.

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 la elección que realizaron con respecto a la ley aplicable, siempre que:

- El nuevo ordenamiento elegido no imponga requisitos formales que no exigía la ley elegida en primer lugar y que supongan la nulidad del contrato.



- 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 específicamente la ley de ese otro país.

Se presume 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.

La regla anterior para la determinación del país con el que el contrato tiene vínculos más estrechos, tiene varias excepciones:



Primero, 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.

Luego, 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 presumirá que el contrato tiene sus vínculos más estrechos con ese 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 presenta vínculos más estrechos con otro país. Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley que resulte aplicable si ésta es incompatible con el orden público.

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 y 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 éstas son válidas.

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 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 del párrafo precedente.

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. 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 situado, siempre que según esta ley sean aplicables independientemente del lugar de celebración del contrato y de la ley que lo rijan en cuanto al fondo.



La aplicación de normas imperativas de otro país, al aplicar la ley que resulte elegida de conformidad con el Convenio, podrá darle 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:

- Las que impongan principios de orden público o aquéllas que pretenden evitar el fraude de ley.

- Las inspiradas en los principios rectores de la economía de un país, como por ejemplo normas de libre competencia, control de cambios y protección de determinados sectores considerados estratégicos para la economía nacional, así como normas que regulen el sector de telecomunicaciones, de energía o de transportes.

- Las protectoras de la parte más débil en los contratos, como las relativas a consumidores o al contrato individual de trabajo.

2.4 La compraventa internacional de mercaderías: la Convención de Viena de 1980



El camino hacia la unificación de las reglas relativas al contrato de compraventa se inició en 1930 cuando el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido como UNIDROIT o Instituto de Roma, tomó la iniciativa de unificar el derecho sustantivo o material del contrato de compraventa, sobre la base de la obra del jurista alemán Ernst Rabel.²³

En 1964, tras diversas interrupciones y algunos proyectos de Convención, se reunieron en La Haya los representantes de 28 países con la misión de aprobar el conjunto de reglas que gobernarían los contratos de compraventa internacional. Los resultados de este esfuerzo dieron sus frutos el día uno de julio de 1964 cuando se aprobaron dos Convenciones.

La primera, relativa a un derecho uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías, que incorporaba como anexo la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales, LUVI, o en su acrónimo en inglés, ULIS.

La segunda, otra Convención de Derecho Uniforme sobre la Formación de los Contratos que igualmente incorporaba la Ley Uniforme sobre la Formulación de Contratos de Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales, LUF, o en su acrónimo en inglés, ULF.

Ambas leyes entraron en vigor en agosto de 1972; sin embargo, no llegaron a tener éxito fundamentalmente por la escasa representación mundial y por el escaso número

²³ Rabel, E. **Das Recht des Werenkaufs**. Pag. 214.



de países que ratificaron las Convenciones. Esto produjo la necesidad de la aprobación de un texto que contase con una auténtica participación mundial.

Posteriormente, tras toda una serie de años de trabajo, bajo los auspicios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, CNUDMI, o en su acrónimo en inglés UNCITRAL; se aprobó el 11 de abril de 1980, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la cual entró en vigor el 1 de enero de 1988.

Más de sesenta países forman parte en la actualidad de dicha Convención. Esto significa que dos tercios de la población mundial disponen del mismo conjunto de normas en relación con el contrato de compraventa internacional y, lo que es todavía más importante, es que más de dos tercios del conjunto del comercio internacional queda gobernado por la Convención de Viena.

El profesor Calvo Caravaca establece que la Convención de Viena establece el conjunto de normas substantivas reguladoras del contrato de compraventa. Principalmente regula la formación del contrato, los derechos y obligaciones de compradores y vendedores, así como las acciones que pueden interponerse en los casos de incumplimiento de alguna de las partes, o de todas o parte de sus obligaciones contractuales o legales. La misma, no dispone de reglas relativas al



conflicto de leyes, esto es, reglas diseñadas para discernir que norma resultará aplicable cuando existen varias normativas nacionales implicadas.²⁴

Y es allí donde precisamente radica la importancia de la Convención, ya que el abogado o empresario americano, argentino, chino o español, tienen un lenguaje común; el representado por el conjunto de las disposiciones de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, por lo que se evita el recurso a las normas del conflicto de leyes.

La Convención de Viena no es la única sobre la materia en el vasto y complejo escenario en el que se mueven las transacciones internacionales. Hay una serie de instrumentos internacionales que se relacionan muy directamente con ella, tomando como ejemplo los Principios Unidroit.

²⁴ Calvo Caravaca, A. **La Convención de Viena de 1980 sobre venta internacional: algunos problemas de aplicación.** Pág. 47.



CAPÍTULO III

3. Los principios unidroit

3.1 Antecedentes de los principios unidroit

a. Instituto para la Unificación del Derecho Privado: El Instituto para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT, es una organización intergubernamental creada en el año 1926, bajo el auspicio de la Liga de Naciones, restablecido en 1940 sobre las bases de un Tratado Internacional, creando el Estatuto Orgánico de UNIDROIT. Su sede se encuentra en Roma y 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 los Estados de los cinco continentes que representan una variedad de sistemas legales, políticos, y económicos. En la actualidad, UNIDROIT cuenta con 58 miembros: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Croacia, Cuba, Dinamarca, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, India, Irán, Iraq, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, Malta, México, Países Bajos, Nicaragua, Nigeria, Noruega, Pakistán, Paraguay, Polonia, Portugal, Reino Unido, República de Corea, Rumania, San Marino, República Checa, República de Sudáfrica, Rusia, Suecia, Suiza, Tunicia, Turquía, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia.



Este organismo tan importante tiene por objeto, de conformidad con el Estatuto Orgánico de UNIDROIT, hecho en Roma el 15 de marzo de 1940, y de acuerdo con su Artículo 1:

Estudiar los medios para 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 uniforme;
- b) Prepara proyectos de acuerdos tendientes a facilitar las relaciones internacionales en materia de derecho privado;
- c) Emprende 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.

Se pueden también apreciar los logros alcanzados por UNIDROIT, que contando con 58 estados miembros, ha adoptado instrumentos legales complejos y variados entre los que se cuentan: la Convención sobre Normas Uniformes en Contratos para la Venta Internacional de Bienes, ULFIS; la Convención sobre Normas Uniformes en Venta Internacional de Bienes, ULIS; 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.

b. Origen, estructura, propósito y naturaleza jurídica de los principios unidroit: La inquietud por la armonización y la unificación del derecho mercantil internacional ha sido una constante manifestada por las principales organizaciones internacionales especializadas en la materia.

Así, el nacimiento de la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional²⁵ respondió a la idea de dotar a las Naciones Unidas de un órgano que asumiese una labor activa en la reducción y eliminación de los obstáculos jurídicos que entorpecían el comercio internacional. La iniciativa, partiría del Gobierno de Hungría, que invocando el Artículo 13.1, literal a), de la Carta de las Naciones Unidas, recordaba el encargo recibido por la Asamblea General de impulsar el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación, logrando consolidarse tras la propuesta en tal sentido presentada por la Secretaría, formulada sobre la base de los estudios que se encargaron al Profesor Clive Schitthoff.

La United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) recibió el mandato de la Asamblea General de Naciones Unidas de impulsar la armonización y unificación progresiva del Derecho Mercantil Internacional, para lo que debería, entre otras acciones, fomentar una mayor participación y aceptación de convenios, leyes

²⁵ Creada el 17 de diciembre de 1966 por Resolución de la Asamblea General 225 (XXI).



modelo, leyes uniformes y la codificación y difusión de términos, disposiciones, costumbres y prácticas comerciales internacionales en colaboración con otras organizaciones, favorecer la adopción de métodos de interpretación y aplicación de los textos internacionales en el campo del Derecho Mercantil. En definitiva, la armonización sustantiva del Derecho Mercantil Internacional.

Es en 1971, donde el Consejo Directivo de UNIDROIT incluyó en su agenda de trabajo la preparación de una codificación progresiva del derecho de las obligaciones ex contractu.²⁶ 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. Igualmente fueron consultados expertos académicos y abogados dedicados al derecho de contratos, así como organismos gubernamentales y de negocios.

En febrero de 1994, el grupo de trabajo concluyó la redacción de los Principios, estructurados en un preámbulo y ciento veinte artículos seguidos de un comentario para facilitar su difusión y utilización, los cuales fueron recogidos en siete capítulos. La estructura es la siguiente: Preámbulo, que contiene el propósito de los Principios. Capítulo 1. Disposiciones generales. Capítulo 2. Formación del contrato. Capítulo 3. Validez. Capítulo 4. Interpretación. Capítulo 5. Contenido. Capítulo 6. Cumplimiento. Capítulo 7. Incumplimiento.

²⁶ El origen de los trabajos se remonta a los años cincuenta, época en la que UNIDROIT inicia un ambicioso proyecto de convención sobre la formación de los contratos internacionales en general. Las dificultades que rodearon su elaboración, junto con la posterior coincidencia temporal con los trabajos relativos a la ley uniforme en materia de compraventa de bienes muebles corporales, aconsejaron limitar el ámbito del proyecto inicial, redactándose finalmente un proyecto de ley sobre la formación del contrato de compraventa.



Los seis párrafos que integran el Preámbulo, agrupados bajo la rúbrica Propósitos de los Principios, exponen y recogen las ideas generales que inspiran la finalidad, la redacción misma y la posible aplicación de los Principios; se convierte, por tanto, en sus auténticas directrices, esenciales a la hora de interpretar y contemplar como un todo la labor realizada.

En el año 2001 se publicó la segunda versión de la traducción oficial al idioma español, realizada por el profesor Alejandro Garro. Se publica otra edición en el año de 2004 con 185 artículos. Posteriormente, fueron diez los capítulos que contienen disposiciones aplicables a todo el iter contractus, desde su etapa de gestación hasta su conclusión mediante el cumplimiento o incumplimiento del mismo agregando tres capítulos más a la estructura previamente mencionada, los cuales son: Capítulo 8. Compensación. Capítulo 9. Cesión de créditos, transferencia de obligaciones y cesión de contratos. Capítulo 10. Prescripción.

Según opinión de expertos, los Principios 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. Michael Bonell establece que “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, su valor deriva solamente de su fuerza persuasiva.²⁷

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.

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. Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los Principios Generales del Derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes. Estos Principios pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla (rule) de derecho aplicable a dicho contrato. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de Derecho Uniforme. Estos Principios pueden servir como modelo para la legislación a nivel nacional e internacional.

Anota María del Pilar Perales Viscasillas 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.²⁸

²⁷ Bonell, Michael Joachim. **The UNIDROIT principles of international commercial contracts: Why? What? How?** Pág. 1126.

²⁸ Perales Viscasillas, María del Pilar. **El derecho uniforme del comercio internacional: los principios de unidroit.** Pág. 254.



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 que los principios serán aplicables a los contratos cuando así lo hayan acordado las partes.

Dentro del articulado de los Principios Unidroit, pueden contenerse algunas disposiciones que en efecto concuerden con lo que se puede entender por tales, mientras otras, serían más bien reglas comunes al tráfico internacional sobre obligaciones y contratos, sea que estén contenidas en disposiciones legales codificadas o se constituyan como costumbres.

El límite que encuentran los Principios está constituido por las normas imperativas nacionales e internacionales.²⁹ En este sentido el Artículo 1.4 señala que estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, independientemente que tengan origen nacional, internacional, o incluso supranacional, siempre y cuando resulten aplicables conforme al Derecho Internacional Privado.

3.2 Los principios unidroit

²⁹ A pesar de que los Principios han sido concebidos para los contratos mercantiles internacionales, no existe ningún impedimento para que los particulares puedan aplicarlos a contratos estrictamente internos o nacionales. Sin embargo, tal acuerdo se encuentra sujeto a las normas imperativas del país cuyo ordenamiento jurídico sea aplicable al contrato.



Los Principios 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.

En este sentido, puede decirse que si las partes al escoger singulares regulaciones de los Principios no dicen nada acerca de la aplicación del Capítulo I de los Principios, el mismo resultará inmediatamente incorporado, a menos que las partes contratantes hayan modificado o variado en su contrato algunas de las disposiciones que componen el primer capítulo, que tienen, como la mayor parte de los preceptos del texto romano, carácter dispositivo.

Se encuentran entonces, principios generales que tratan de gobernar cualquier tipo de transacción privada, sea de carácter nacional o internacional. Estos principios son los enumerados a continuación:³⁰

a. El principio de libertad de contratación: Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido. Lo anterior es lo que establece el Artículo 1.1 de los Principios Unidroit, consagrándose el principio de la libertad de contratación o freedom of contract, el cual es una manifestación por excelencia del Principio de la Autonomía de la Voluntad, explicado anteriormente.

³⁰ Ferrari, F. **Defining the sphere of application of the 1994 unidroit principles of international commercial contracts.** Pág. 153.



Esta disposición plasma claramente el principio ampliamente reconocido en la contratación internacional, en virtud de que son las partes contratantes quienes pueden perfeccionar un contrato, así como determinar su contenido en la forma en que éstas estimen convenientes a sus necesidades e intereses.

Sin embargo esta libertad tiene algunos límites. Tres de éstos están establecidos en las Disposiciones Generales: i) Las reglas imperativas, nacionales o internacionales, que resulten aplicables (Artículo 1.4); ii) El deber de actuar con buena fe y lealtad negocial (Artículo 1.7); iii) La limitación que suponen los usos internacionales y las prácticas establecidas por anterioridad con el contratante (Artículo 1.8).

b. El principio de libertad de forma y de prueba: El Artículo 1.2 establece que 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.

El principio de libertad de forma y de prueba, tienen aplicación en la fase de la formación contractual, como también al momento de perfección y ejecución del contrato. La redacción tan flexible de esta disposición da pie a que puedan ser incluidos entre los elementos de prueba los registros computarizados y en consecuencia, el intercambio de declaraciones de voluntad vía el intercambio electrónico de datos (EDI) o mediante el correo electrónico (E-mail), así como la prueba de que el contrato se ha perfeccionado por esos medios es perfectamente admisible.



Con la consagración del principio de libertad de forma, se persigue simplificar y facilitar al máximo la contratación internacional, de acuerdo con la tendencia generalizada a la conclusión oral (por teléfono) de los contratos que después resultarán refrendados o confirmados por escrito. No se subordina ni la conclusión, ni la prueba, ni la modificación del contrato al cumplimiento de formalidad alguna. Si es cierto que con ello, en cierta medida, se sustrae a las partes la posibilidad de reflexionar más ampliamente sobre el alcance del negocio que celebran, lo que se facilitaría con la lectura detenida, también lo es que en la contratación internacional concurren comerciantes capaces, por formación y por ejercicio profesional, de valorar adecuadamente desde sus inicios, la relevancia jurídica y económica de los actos que realizan.

Además, el riesgo que suponen los supuestos de incumplimiento de las obligaciones o la realización de actos no conformes con lo pactado oralmente, son compensados por la vía de las sanciones morales, al margen de las posibles legales, como la pérdida de la reputación del contratante que no respeta aquello que manifestó. Desde esta perspectiva, resulta evidente la conexión de lo anterior con el principio de la buena fe y la lealtad negocial que preside la contratación internacional, el cual será explicado más adelante.

c. El principio de carácter vinculante de los contratos (*pacta sunt servanda*): El Artículo 1.3 establece que: Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para



las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos principios.

Se consagra en este Artículo un principio fundamental del Derecho Contractual, el cual es el principio de pacta sunt servanda. El fundamento último del principio se encuentra en la necesidad de dotar de certidumbre y seguridad las transacciones comerciales.

Este principio, el cual es sólidamente aceptado y configurado en los diversos derechos nacionales, se ve limitado en su aplicación por algunas reglas del texto de Unidroit, cuyo objetivo es lograr un justo equilibrio entre las partes contratantes. Son ejemplos de ello, el Artículo 2.20 que se refiere a las estipulaciones sorprendentes; el Artículo 3.10 que se refiere a la excesiva desproporción; el Capítulo 6º, Sección 2ª, que se refiere a la excesiva onerosidad sobreviniente o Hardship; y el Artículo 7.1.7 que se refiere a la fuerza mayor o force majeure.

d. El principio de primacía de las normas de carácter imperativo: El Artículo 1.4 establece que 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.

Al igual que los principios mencionados anteriormente, éste es un principio plenamente aceptado en el comercio internacional, al menos por los jueces nacionales, aunque el



mismo no aparezca plasmado expresamente en los diversos textos que componen el Derecho Uniforme del Comercio Internacional.

El Derecho se presenta, esencialmente, como instrumento ordenador de las relaciones sociales; de ahí que genéricamente sus normas se califiquen como imperativas, en el sentido de que el mandato que contienen presenta la finalidad de ser cumplido. En múltiples ocasiones, sin embargo, la norma no pretende regular necesariamente el problema social, sino simplemente prevenir las carencias o las ausencias en los supuestos en que los particulares no han querido o no han sabido proveer las pertinentes soluciones o la regulación detallada aplicable a la relación particular. En estos supuestos, el Derecho prima la autorregulación de las relaciones entre los particulares como medio más adecuado para el logro de la satisfacción de los sujetos en la transacción que se realiza.

Se trata pues, de un principio que restringe la libertad de las partes contratantes, quienes no podrán convenir de forma contraria a las normas imperativas (*ius cogens*) del derecho nacional que resulte aplicable ya que la elección de las partes de los Principios Unidroit como ley aplicable al contrato no desplaza a las reglas imperativas del derecho interno.

e. El principio de la naturaleza dispositiva de los principios: El Artículo 1.5 de los Principios Unidroit acoge una tendencia firmemente asentada en el comercio internacional, que es la naturaleza dispositiva de los instrumentos que conforman el



Derecho Uniforme. Específicamente establece que las partes pueden excluir, derogar o modificar el efecto de alguna de las disposiciones de estos Principios, a menos que en ellos se haya dispuesto algo diferente.

En virtud de lo preceptuado en este Artículo, las partes pueden alterar o derogar un número importante de las reglas contenidas en los Principios. Se facilita con ello la posibilidad de que las partes seleccionen los preceptos que mejor se adecúen a sus específicas necesidades en cada caso, en un intento de hacer los Principios más atractivos para los sujetos que a ellos pudieran someter la regulación de sus operaciones.

El significado y alcance de la imperatividad que los propios Principios se auto atribuyen en determinadas disposiciones y que se configuran como los límites a esta libertad de exclusión de su aplicación, admite que el carácter imperativo de una regla pueda atribuírsele no en forma expresa, sino que se le reconozca implícitamente conforme al contenido y finalidad de la norma.

Se trata de una manifestación o pronunciamiento de un principio que carece, en realidad, de verdadera eficacia por dos razones. La primera porque la autonomía de la voluntad, en virtud de la cual se reclama la aplicación de los Principios, no puede verse limitada por propia definición o por una simple auto declaración del carácter imperativo del precepto. La segunda, porque la violación del principio de imperatividad establecido no comporta consecuencia alguna.



f. Los principios de interpretación e integración: Los principios establecen: (1) En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación. (2) Las cuestiones que se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios, aunque no resuelta expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes.

Lo anterior, es lo que establece el Artículo 1.6 de los Principios Unidroit, el cual se refiere a dos cuestiones principales, la interpretación del texto y la integración de las lagunas que éste pueda presentar. La primera de las cuestiones se regula en el párrafo primero; la integración de los Principios se contempla en el segundo.

La estrecha relación existente entre la interpretación (actividad de búsqueda del sentido de la norma) y de integración (operación lógico jurídica consistente en la búsqueda de la solución a los problemas que, debiendo tenerla, carecen de ella en el texto), aconseja precisar el significado y el alcance de cada una y, por tanto, el análisis separado de los dos párrafos que componen el Artículo. Sí debe recordarse en este momento que una cosa es la interpretación de normas y otra la interpretación del contrato al que la norma se aplica, incluso si ésta se incorpora como contenido negocial de aquél. Consciente de la distinción, los Principios fijan los criterios para su interpretación en este Artículo, mientras que la interpretación del contrato se somete a lo establecido en el Capítulo 4 de los Principios Unidroit.



g. El principio de buena fe y lealtad negocial: El Artículo 1.7 establece: (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

El reconocimiento del principio de buena fe y lealtad en los negocios, no expresamente como un principio de interpretación del texto de los Principios, sino como una premisa de comportamiento obligatorio para las partes contratantes durante todo el transcurso de la negociación, tanto durante la fase de formación del contrato como durante su ejecución, es una de las mayores y más acertadas innovaciones que presentan los Principios respecto de otros textos de Derecho Uniforme.

Se formula en este Artículo, uno de los preceptos cuya finalidad es la de contribuir a garantizar el equilibrio y la equidad en las relaciones comerciales internacionales en las que las partes hayan reclamado como aplicables los Principios.

Las partes deben actuar conforme a la buena fe durante toda la vida del contrato, pero también en la fase pre y post contractual. Se trata de que las partes observen la corrección adecuada en el comercio; esto es una actuación honesta en todas las fases de la contratación. Es por esto, que este Artículo debe necesariamente conectarse con el Artículo 1.6 con referencia a la interpretación e integración de los principios, estableciendo los criterios para el desarrollo de esa labor en forma autónoma y con el Artículo 1.8 que se refiere a los usos del comercio internacional y prácticas establecidas entre las partes, el cual se explica a continuación.



h. El principio de primacía de los usos y las prácticas: El Artículo 1.8 establece: (1) Las partes están obligadas por cualquier uso en cuya aplicación hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. (2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el tráfico mercantil de que se trate por sujetos participantes en dicho tráfico, a menos que la aplicación de dicho uso no sea razonable.

Entre las pretensiones de toda norma se encuentra, además de la de formular un mandato, la de adecuarlo convenientemente a la realidad social que pretende regular en el momento de su aplicación. Un texto de carácter internacional con pretensiones de contribuir a la uniformidad del Derecho del Comercio Internacional debe contemplar y aproximarse a la realidad de las relaciones cuya regulación asume. Se trata de atender a las prácticas efectivamente seguidas en la contratación mercantil internacional en cuanto a la expresión de los intereses que asisten a cada una de las partes y a las soluciones por ellas delimitadas.

Este Artículo expresa una de las características esenciales de los Principios que es el propósito de compromiso con la praxis comercial elaborada por los profesionales de una determinada especialidad y la garantía de una constante adaptación a la realidad a la que sirve.



i. El principio de llegada o de notificación: El Artículo 1.9 establece lo siguiente:

(1) Cuando sea necesaria una notificación, ésta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias. (2) La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida. (3) A los fines del párrafo anterior, se considera que una comunicación llega al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal. (4) A los fines de este Artículo, la palabra notificación incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención.

Para aclarar un poco el término establecimiento mencionado anteriormente, el Artículo 1.10 establece que si una de las partes tiene más de un establecimiento, éste será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato en el momento de su celebración.

El principio de llegada es reconocido por los Principios Unidroit como determinante del momento clave por el cual cualquier comunicación es efectiva. Concretamente, dedica cuatro apartados a regular algunos aspectos en relación a las comunicaciones que se envíen entre las partes. Esta disposición puede concebirse como una de las más importantes dentro de las Disposiciones Generales al aplicarse a todas las fases de la vida del contrato, tanto en la etapa precontractual como en la post contractual.



3.3 Los principios unidroit y la lex mercatoria

Los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, publicados en 1994 son el resultado, como se menciona anteriormente, de años de investigación comparativa e intensiva y de deliberaciones de un grupo de funcionamiento especial integrado por los representantes de todos los sistemas legislativos principales del mundo.

Aunque los Principios Unidroit sean aplicados en la práctica solamente debido a su valor persuasivo, pueden tener un papel muy significativo en muchos contextos. En primer lugar, los legisladores tanto nacionales como internacionales, debido a las soluciones modernas y funcionales adoptadas por ellos, encuentran la inspiración en estos Principios para la preparación de la nueva legislación. También pueden proveer de reglas y criterios a las Cortes de los Estados y árbitros privados en lo concerniente a interpretar y suplir los instrumentos internacionales existentes. Igualmente, las partes pertenecientes a diversos sistemas legislativos y con diferentes lenguajes, pueden utilizar los Principios Unidroit como guía para bosquejar su contrato.

Sin embargo, se considera que es aún más importante que estas mismas partes en una transacción comercial internacional puedan pactar que la relación se rijan por este grupo de reglas en vez de elegir un derecho nacional, y que sean estos principios la ley apropiada en su contrato. De esa manera, los árbitros pueden encontrarlos convenientes cuando están invitados a decidir según los usos y costumbres del Comercio Internacional.



Anteriormente, el contenido de la lex mercatoria y de los Principios Generales del Derecho era obscuro. Con la aparición de los Principios Unidroit, que se unen a los principios contractuales establecidos en la Unión Europea, como referencia a la ley aplicable a los contratos comerciales, es cuando se observan como herramientas esenciales al momento de la solución de controversias por parte de los árbitros internacionales.

Estos principios han sido enumerados luego de diversos estudios de los expertos en la materia, como constitutivos de la lex mercatoria. En este sentido Jaime Jaramillo Vargas citando a Mustill enumera los siguientes:³¹

- a) Pacta sunt servanda, el contrato es ley para las partes.

- b) Rebus sic stantibus, los cambios sustanciales en las condiciones de contratación pueden generar la revisión del mismo.³²

- c) Abus de Droit, que es el ejercicio de un derecho excediendo los límites fijados por la buena fe o por el fin por el cual ese derecho se ha conferido.

- d) Culpa in contrayendo, que es la culpa en que incurre una de las partes al momento en que el contrato se contrae o propone y que causa la anulación de un negocio.

³¹ Jaramillo Vargas, Jaime. **Ob. Cit.** Pág. 60.

³² Conocido también en doctrina como teoría de la imprevisión.



e) Buena fe, que se refiere a que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.³³

f) El soborno genera la nulidad o ineficacia del contrato.

g) Un Estado no puede evadir sus obligaciones negando su propia capacidad de realizar un acuerdo arbitral.

h) El interés de un grupo de compañías es considerado como un todo al contratar en nombre de todas ellas.

i) Las partes deben negociar de buena fe si llegaran a presentarse circunstancias no previstas.

j) La golden clause que se refiere a que los contratos son válidos y por lo tanto ejecutables.

k) Una de las partes puede ser excusada del cumplimiento de sus obligaciones, si hay un incumplimiento sustancial por parte de la otra.

³³ Jaramillo Vargas. **Ob. Cit.** Pág. 61.



l) Una parte no puede ser exonerada de sus obligaciones en razón a sus propios actos si éstos hacían parte de sus obligaciones.

m) Los tribunales están obligados a aceptar los alcances dados por las partes al contrato.

n) Los daños causados por incumplimiento se limitan a las consecuencias previsibles de ese incumplimiento.

o) La parte que sufrió el incumplimiento debe mitigar sus pérdidas.

p) Los daños por falta de entrega de mercancías se calcularán teniendo como referencia el precio de los bienes en el mercado y el precio al cual el comprador adquiere bienes equivalentes para reemplazar los otros.

q) Una parte debe actuar prontamente para exigir sus derechos para que no se entienda que ha renunciado a ellos.

r) La falta de respuesta de la correspondencia es considerada como evidencia de asentimiento a sus términos.

3.4 Los principios unidroit aplicables a los contratos mercantiles internacionales



Los Principios Uniroit resultan de aplicación cuando las partes acuerdan que su contrato se gobierne por ellos. Su ámbito de aplicación es más amplio que la Convención de Viena, así como sus objetivos, al aplicarse de forma general a contratos mercantiles internacionales.

Éstos, en relación con la Convención, tratan de complementar ciertos aspectos no regulados por el último texto, como las cuestiones de validez que de otra forma se regularía por el derecho nacional no uniforme. Existe la posibilidad de la confluencia de los Principios y la Convención en una misma transacción, ello pese que si bien parece que en el contrato es posible que los mismos se consideren aplicables por los tribunales nacionales o arbitrales cuando las partes hayan acordado que su contrato se someta a los Principios Generales del Derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes,³⁴ o porque reflejan principios generales que se extraen de otros textos internacionales, como por ejemplo, la Convención de Viena, o incluso porque se entiende que son los principios generales en los cuales la Convención se basa.

Sobre la aplicación de los mismos, no faltan ejemplos de éstos en la jurisprudencia.³⁵

En la sentencia de la Cour d'appel of Grenoble de 23 de octubre de 1996 en Francia, el tribunal, en orden a determinar su competencia conforme al Artículo 5.1 de la Convención de Bruselas, entendió que el lugar de ejecución era el lugar donde el pago

³⁴ Merece también destacar la iniciativa de CENTRAL (Center of Transnational Law) que ha elaborado una lista de principios, reglas y estándares de la *lex mercatoria*.

³⁵ Farnsworth, E. **Duties of good faith and fair dealing under the unidroit principles, relevant international conventions and national laws.** Pág. 201.



debía realizarse, esto es, en el establecimiento del vendedor. La regla mencionada de la Convención, continuó el tribunal, es generalmente entendida en el sentido de expresar el principio general de que el pago de cualquier suma adecuada debe realizarse en el establecimiento del acreedor; principio que aparece expresamente reconocido en el Artículo 6.1.6 de los Principios Unidroit, el cual establece:

(1) Si el lugar de cumplimiento no está fijado en el contrato ni es determinable con base en aquél, una parte debe cumplir: (a) en el establecimiento del acreedor cuando se trate de una obligación dineraria; (b) en su propio establecimiento cuando se trate de cualquier otra obligación. (2) Una parte debe soportar cualquier incremento de los gastos que inciden en el cumplimiento y que fuere ocasionado por un cambio en el lugar de su establecimiento ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato.

Pese a que en la actualidad los Principios Unidroit han ganado un cierto consenso entre la doctrina y su aplicación práctica es creciente, siendo su utilidad percibida tanto por los abogados como por los árbitros y jueces, su aplicación, especialmente por los jueces nacionales, no está exenta de dificultades, por lo que lo más conveniente es recomendar su expresa inclusión en el contrato.

En ese mismo orden de ideas y para un adecuado uso de los Principios en conjunción con la Convención de Viena, es aconsejable el uso de la siguiente cláusula:

Este contrato se gobernará por la Convención de Viena de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y, en relación con aquellas materias no



expresamente resueltas en la Convención o en conformidad con sus principios generales, por los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, siendo considerada como ley aplicable, en su defecto, la Ley del Estado correspondiente.

Los principios pueden ser muy útiles para su utilización y comparación con las disposiciones de la Convención de Viena, de tal forma que sirvan para su estudio, así como modelo para la redacción de contrato, modificando o complementando aquellas disposiciones de la Convención que no se consideren apropiadas en una determinada situación.

Por otra parte, la influencia de los Principios y la Convención es mutua, ya que muchas de las disposiciones de los Principios se inspiran en la Convención de Viena, lo que demuestra que ésta contiene una regulación en muchas ocasiones general, por tanto susceptible de ser aplicada a cualquier contrato y no únicamente a los de compraventa internacional, siendo bastante ilustrativa la Parte II de la Convención dedicada a la formación del contrato. Es más, su regulación corresponde con la realización de los Códigos de los sistemas del civil law o los restatements de los sistemas anglosajones en sede de teoría general. Ello hace que la regulación vienesa no sea exclusiva de los contratos de compraventa internacional de mercaderías, sino que la misma sea válida para los de compraventa interna y, en general, para cualquier contrato, internacional o no, mercantil o no.



Lo anterior viene a suponer que los textos mencionados formen un conjunto de reglas íntimamente relacionadas desde una perspectiva general de los contratos y que en la actualidad el derecho nacional de los contratos no puede dejar a un lado la normativa comunitaria e internacional, máxime cuando sean parte de su propio derecho interno.





CAPÍTULO IV

4. Importancia de los principios unidroit en la contratación mercantil internacional

4.1 Ámbito de aplicación

En el preámbulo de los principios se establece: (1) Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. (2) Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. (3) 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. (4) Estos Principios pueden proporcionar una solución a una cuestión suscitada cuando se pruebe la imposibilidad de establecer la regla relevante del derecho aplicable. (5) Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales del Derecho Uniforme. (6) Estos Principios pueden servir como modelo para la legislación a nivel nacional e internacional.

El Preámbulo tiene la finalidad de exponer al lector las líneas generales del texto al que precede e introducirle al contenido a modo de aclaración y de resumen. Puede afirmarse que el Preámbulo de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales supera la labor de todo prefacio que tradicionalmente se espera. En efecto, los propósitos de los principios que el citado texto recoge son, en realidad, una parte sustancial de las reglas que el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT, ha pretendido agrupar.



Los postulados recogidos en el Preámbulo se redactaron inicialmente como artículos de los Principios. Adoptada la decisión de suprimirlos en cuanto parte del articulado, su inclusión en el Preámbulo les confería el carácter de directrices determinantes en la formulación, interpretación y aplicación del resto de texto. De esa forma, se ha preservado su carácter de criterios orientadores y declaración de principios del resto del articulado que, además, deben considerarse reclamados cuando las partes opten por la aplicación de cualquiera de los capítulos de los Principios.

Al mismo tiempo, se relacionan en el Preámbulo reglas esenciales directamente aplicables como cualquier otro precepto acogido en los Principios, sin cuya recepción en el texto carecería de buena parte de su interés en la medida en que no se le reconocerían algunas de sus posibles funciones más destacadas, ni la naturaleza de las normas que en esta denominación se agrupan.

Es por eso que el Preámbulo constituye en realidad un auténtico capítulo preliminar de los Principios toda vez que en él se encuentran algunos de los principales presupuestos del texto y la declaración de su naturaleza misma.

a. Los principios como reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales: En el momento de contratar, las partes manifiestan su voluntad de obligarse y se comprometen a realizar una determinada actividad comercial. Por ello, el alcance que tenga la fuerza de obligar de los contratos no se limita a lo expresamente



pactado, debiendo atenderse, para determinar la lógica extensión de lo acordado, principalmente al criterio de la buena fe. De esta forma, deben considerarse comprendidas en el contrato, las estipulaciones implícitas que sean de desarrollo de las expresamente consignadas, las materias accesorias y de matiz meramente ejecutivo, y en general, todas aquellas que constituyen el lógico y necesario cumplimiento del fin propuesto por las partes.

Es importante entonces, reconocer que los Principios establecen un conjunto de reglas generales aplicables a cualquier contrato mercantil internacional. Éstos tienen su origen en normas que son comunes a diversos ordenamientos jurídicos y bien pudiera decirse que se trata de una serie de principios que se dirigen a elaborar un código uniforme en materia de contratos mercantiles internacionales, que sea válido para cualquier sistema jurídico, económico o político; así como para cualquier tipo de contrato que pueda caracterizarse por su internacionalidad.

Sin embargo, es importante tener presente que existe una limitación en el sentido de que el contrato se encuentra sujeto a las normas imperativas del país cuyo ordenamiento jurídico sea aplicable al contrato, tal como se expuso anteriormente.

b. La aplicación de los principios al contrato en virtud del acuerdo expreso de las partes: Como se menciona anteriormente, el segundo párrafo del Preámbulo es claro en establecer que los Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones normativas.



La fuente de su obligatoriedad se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, que los principios serán aplicables a los contratos, cuando así lo hayan acordado las partes. Sin embargo, 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.

Los Principios, 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.³⁶

c. La aplicación de los principios al contrato como *lex mercatoria*: Según lo dispuesto en el preámbulo de los Principios, éstos pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los Principios Generales del Derecho, la *lex mercatoria*, o expresiones semejantes.

En principio, no se hace expresa referencia alguna a los Principios Unidroit como regla del contrato. Entonces, es discutible si las partes han escogido la ley por la cual el contrato se gobernará y en especial, si se han referido a los Principios. Asimismo,

³⁶ Artículos 1.5, 1.7, 3.19, 5.7 (2), 7.4.13 (2), 7.1.6.



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 cuales se han puesto de acuerdo un grupo de juristas.

Es necesario aclarar e insistir que cuando se habla que los Principios Unidroit son parte de la lex mercatoria moderna, no se confunda el último término refiriéndose solamente a los usos y costumbres del tráfico internacional, sino que se utilice en un sentido amplio que contenga todas las fuentes del derecho aplicable a las transacciones internacionales.

Por lo anterior, es importante señalar que es indiscutible el consenso que existe sobre éstos y sobre la forma ágil en que se constituyen al no requerir ser concebidos como ley positiva ni como tratado internacional.

Por otro lado, es importante insistir en que no todas sus disposiciones constituirán principios, sino tan sólo algunas de ellas. Otras, en efecto, serán reglas sugeridas a las partes, aplicables por acuerdo expreso. En este sentido se pronuncia Perales Viscasillas,³⁷ al establecer 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,

³⁷ Perales Viscasillas. **Ob. Cit.** Pág. 253.

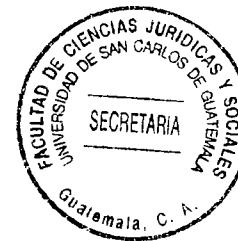
puede decirse que exista una potestad legislativa creadora tras ellos. Ciertamente que algunas de sus disposiciones recogerán el modo de proceder usual y normal en la contratación internacional, otras, por el contrario, no podrán así calificarse desde el momento en que responden a un intento por conciliar 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.

La doctrina ha reconocido que es en los Principios Unidroit donde las partes y los árbitros pueden encontrar las reglas aplicables cuando se trata de clarificar conceptos referentes que pueden ser un tanto vagos, tales como los principios generales o la *lex mercatoria*, igualmente por su propensión a ser reglas dotadas de neutralidad y a permitir una interpretación basada en reglas comunes.

El profesor Garro,³⁸ indica tres razones para aplicar los Principios como *lex mercatoria* cuando las partes así lo han estipulado en su contrato:

- El deseo de las partes de someter su contrato a algún tipo de regulación que no está conectada con un determinado derecho nacional.
- Los Principios establecen un conjunto de reglas bien definidas, por lo que se reducen las incertidumbres e incoherencias típicas de la *lex mercatoria*.

³⁸ Garro, Edward. **The contribution of the unidroit principles**. Pág. 104.



- Las reglas de los Principios están especialmente diseñadas para las disputas que surgen en el comercio internacional.

Los jueces nacionales difícilmente aplicarán los Principios como *lex mercatoria* cuando las partes hayan sometido su contrato a expresiones de ese tipo o semejantes; sin embargo, es muy posible que en un arbitraje internacional árbitros no se muestren tan recelosos ante una aplicación así. En ese sentido, el nuevo Reglamento en su Artículo 17 de igual manera establece, en lo que se refiere a las normas jurídicas aplicables al fondo, que a falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas así como en todos los casos, el tribunal arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes.

4.2 Los principios unidroit como complemento para la interpretación de instrumentos internacionales vigentes

El quinto párrafo del Preámbulo señala que estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de Derecho Uniforme.

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.

Esta función de los Principios debe ser estudiada con sumo cuidado y cautela porque se corre el peligro de acudir a los Principios Unidroit antes que a los propios principios generales, los cuales pueden ser deducidos del texto internacional, objeto de interpretación, cuando llegue a existir una laguna.

4.3 Los principios unidroit como modelo para la legislación a nivel nacional o internacional

El último apartado del Preámbulo contiene una de las funciones más importantes de los Principios Unidroit. En ese sentido establece que estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales del Derecho Uniforme.

Los principios se han redactado atendiendo a las exigencias del tráfico internacional, y aunque en múltiples ocasiones recogen reglas consagradas por los ordenamientos nacionales previstas en atención a sus respectivos ámbitos, sus preceptos pueden no responder a las necesidades o enfoques de la actividad mercantil interna o nacional de los estados. Debe tenerse presente entonces, el hecho que los textos internacionales



responden a las ideas de cooperación y compromiso entre intereses y principios diferentes, que naturalmente se evidenciarán tanto en su redacción como en su interpretación y aplicación.

Debe también recordarse que la norma interna, la cual es una manifestación de la soberanía, no puede desvincularse de la opción política que en última instancia la respalda y que a veces ésta resulta incompatible con la concepción misma del Derecho Uniforme.

Jorge Parra Aranguren señala que los Principios han recibido un vigoroso impulso en la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, aprobada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIPV), celebrada en México en 1994; impulso que en las palabras del autor se resume: “Los Principios abandonan el campo académico para convertirse en un factor determinante en la solución de las controversias derivadas del comercio mercantil internacional.”³⁹

Esta influencia de los textos que componen el Derecho Uniforme del comercio internacional sobre los diversos derechos internos, puede también predicarse de las Leyes Modelos redactadas por UNCITRAL, cumpliéndose a de esta manera el papel preponderante que tienen asignadas esas leyes y haciendo así honor a su nombre. El ejemplo más resaltante es la Ley Modelo Sobre Arbitraje Comercial Internacional de

³⁹ Parra Aranguren, Jorge. **Aspectos de derecho internacional privado de los principios para los contratos mercantiles internacionales elaborados por el unidroit.** Pág. 179.



1985, la cual ha influido grandemente en la redacción de más de 30 textos de leyes nacionales

4.4 Aplicaciones jurisprudenciales

Los Principios Unidroit, al recoger reglas de distintas culturas jurídicas y económicas, permiten el acceso a innovadores soluciones que contribuyen a enriquecer y renovar la jurisprudencia internacional, además de ser un paso adelante en la necesidad de unificar el derecho privado a nivel internacional, como una respuesta jurídica al fenómeno económico de globalización.

Derivado de lo enunciado en el Preámbulo, se han identificado algunas funciones que pueden tener los Principios en la práctica. Se puede así, mencionar el caso contenido en el laudo 7,110 de la Cámara de Comercio Internacional de 1995.⁴⁰

Se trataba de un conflicto originado entre dos contratantes, uno de los cuales pertenecía a un Estado no europeo y el otro era una compañía inglesa. El tribunal fue llamado a determinar la ley aplicable porque los contratos no señalaban escogencia expresa de una ley, pero contenían en la mayoría de los casos referencia a la justicia natural.

⁴⁰ Marella, Fabricio. **The unidroit principles of international comercial contracts in ICC arbitration.** Pág. 81.



Con respecto a la posición del demandante a la ley aplicable, adujo primero en su demanda que en los contratos no hubo una escogencia explícita de ésta y como las partes habían firmado los contratos en Estado X, podía aplicarse la regla *lex loci contractus* que es una regla comúnmente aplicada 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 que no podían ofrecer al tribunal arbitral reglas suficientemente precisas para decidir las disputas que eran el asunto o materia de ese arbitraje.

Continúa insistiendo 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 además de también ser este Estado el lugar de ejecución contractual y que ese contrato era una parte de un proyecto grande para los efectos relacionados con el Estado X.

Por otra parte, el demandado sostuvo que la ley sustantiva aplicable era la del Reino Unido, por ser la más directamente relacionada y por ser el lugar de residencia del obligado de la prestación.

El tribunal arbitral escogió el método directo y aplicó los Principios Generales del Derecho y dedujo 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 regirse 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 Unidroit los que se adaptan especialmente a las necesidades de las transacciones internacionales y disfrutan de acuerdo general internacional aunque no reflejan un sistema nacional específico. El tribunal sostuvo, además, que esos principios generales eran principalmente reflejados por los Principios 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 Unidroit.

Con respecto a las demás razones por las cuales ese tribunal consideró que los Principios Unidroit eran el componente central de las reglas y principios generales con respecto a las obligaciones contractuales internacionales que disfrutan de amplio consenso internacional, los cuales constituyen la propia ley de los contratos, son que:

a) Los Principios 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 en la alta calidad y neutralidad de su producto y esta aptitud se refleja en el 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) Los Principios Unidroit se han inspirado en textos de leyes uniformes internacionales alrededor las cuales disfrutaban de amplio reconocimiento internacional y generalmente son consideradas como el reflejo de los usos y prácticas del comercio internacional en el campo de la compraventa internacional de mercaderías, la cual ya la han ratificado alrededor de 40 países, a saber, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

c) Los Principios Unidroit, han sido específicamente concebidos para ser aplicados a los contratos comerciales internacionales en instancias en las cuales, como en el caso que acontece, en que las partes han acordado que sus transacciones serán gobernadas por reglas generales y principios.

El tribunal arbitral sostuvo que los Principios 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 otros casos, igualmente, los tribunales arbitrales han aplicado, ante la ausencia de escogencia de ley aplicable, los Principios Unidroit. Tal es el caso del laudo 7,375 de la



Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, de fecha 5 de junio de 1996.⁴¹

Se trata de un caso que involucraba un contrato de suministro entre un vendedor de los Estados Unidos y un comprador de un país del Oriente Medio, siendo este último quien reclamó daños y perjuicios con intereses en relación con la entrega retardada de los bienes.

En las cláusulas del contrato no se incluyó alguna que estipulara la escogencia de la ley aplicable al contrato. La Corte encontró que la ausencia de una cláusula en tal sentido significa que ninguna de las dos partes está preparada para aceptar la ley doméstica de su contraparte y que por lo tanto, las partes constituyeron un contrato implícito, o como se vio en el caso anterior, una opción negativa.

Esto dejó a la Corte las opciones de aplicar una ley de carácter neutral, que fue considerado artificial y arbitrario; adoptando la doctrina de *trunc commun* que significaría una investigación prolongada del derecho comparado y podría llevar a no encontrar una solución; o bien, escoger una solución no nacional, que llevara a la aplicación de reglas de derecho generalmente aceptadas. Obviamente, la Corte sostuvo esta última como la solución ideal, para mantener un equilibrio entre las partes, haciendo justicia a ambos de manera objetiva.

⁴¹ Marella, Fabricio. **Ob. Cit.** Pág. 84.

De esa manera, la Corte decidió que el contrato debía ser gobernado por reglas generales del derecho y que las reglas generales de derecho aplicables a obligaciones contractuales internacionales que tenían amplio reconocimiento y consenso internacional de la comunidad mercantil internacional, incluyendo conceptos considerados como pertenecientes a la *lex mercatoria* y manifestación de principios y reglas generalmente aceptadas, eran los Principios Unidroit.

Otro caso de aplicación jurisprudencial, es el laudo de fecha 10 de diciembre de 1997,⁴² en el que un tribunal ad hoc de Buenos Aires, Argentina, aplicó los Principios Unidroit al no haber escogido las partes la ley aplicable en caso de suscitarse algún punto controvertido del contrato.

El fallo al que se hace referencia, involucró un contrato entre los accionistas de una compañía argentina y una compañía chilena para la venta de 85% de las acciones de la compañía argentina.

Luego de la conclusión del contrato, el comprador descubrió que la compañía argentina por elección táctica de la misma, había escondido algunas deudas, por lo que la compañía chilena suspendió el pago del resto del precio de la compra. Fue entonces cuando los vendedores demandaron pretendiendo el pago completo de la obligación contraída.

⁴² Derains, Y. **Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional**. Pág. 134.



En su defensa, el comprador pidió al tribunal confirmar la anulación del contrato y pidió se resarcieran los daños y perjuicios ocasionados, o a falta de lo anterior, reducir el precio del contrato en proporción a las deudas que hasta ese momento tenía la compañía argentina y que se omitieron mencionar en el momento de la celebración del contrato.

De nuevo, el contrato no contenía una cláusula de escogencia de ley aplicable y las partes autorizaron al tribunal a actuar como amigable componedor. A pesar del hecho que ambas partes habían iniciado sus reclamaciones basados en la ley argentina, el tribunal decidió aplicar los Principios Unidroit basándose en que éstos constituyen los usos observados en el tráfico internacional y reflejan soluciones adoptadas por diferentes sistemas legales en la práctica contractual internacional. Con base en lo anterior y de acuerdo con el Artículo 28, inciso cuarto, de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, se estableció que estos Principios podían prevalecer sobre la ley doméstica.

Haciendo las consideraciones necesarias, el tribunal rechazó el argumento propuesto por el demandado según el cual el contrato se incumplió por un error y sostuvo que la comunicación del demandado a los demandantes informando del descubrimiento de las deudas ocultas, no podría ser considerado como un aviso apropiado de anulación según el Artículo 3.14 de los Principios Unidroit, el cual establece que el derecho a anular un contrato se ejerce cursando una notificación a la otra parte.



En consecuencia, no solamente no se indicaba la intención de no cumplir el contrato, sino que su intención era persuadir a los demandantes de que su propósito era continuar con el contrato, sólo que en una versión modificada.

El tribunal estimó que era necesaria para la solución de la controversia, también, la aplicación de la Ley de Adquisición de Acciones, la cual es interpretada por los Principios Unidroit. Además, el tribunal sostuvo que la conducta subsecuente del demandado, específicamente su propuesta para terminar el contrato y de resarcir daños y perjuicios o de reducir el pago de la compra en virtud de las deudas que se ocultaron por acuerdo; llevó a una confirmación del contrato de conformidad con el Artículo 3.12 de los Principios Unidroit, es cual establece que la anulación del contrato queda excluida si la parte facultada para anularlo lo confirma de una manera expresa o tácita una vez ha comenzado el plazo para notificar la anulación.

4.5 Actualidad

Anteriormente se expuso que se le ha dado suma atención e importancia a los Principios Unidroit desde su aparición en el año de 1994, de hecho está en segundo lugar después de la atención que se le presta a la lex mercatoria.

La aplicación de los Principios Unidroit tiene un gran campo, ya que pueden ser aplicados en una gran variedad de contextos, tal como se expone en las líneas que conforman el Preámbulo. Es así, que del estudio de Marella sobre la aplicación de



estos Principios en los arbitrajes llevados a cabo por la CCI, específicamente dentro del arbitraje, existen tres categorías de aplicación en las cuales son particularmente útiles:⁴³

a) Los Principios pueden ser aplicados propiamente como la ley del contrato en virtud de escogencia expresa de las partes o mediante la cual implícitamente esa decisión pueda apreciarse.

b) No obstante, las partes hayan escogido una ley específica, los Principios pueden ser aplicados cuando sea haga difícil determinar reglas específicas en la ley nacional aplicable. A este respecto, los Principios han sido utilizados para llenar vacíos en las leyes internas así como para dar una interpretación internacional a esas leyes nacionales.

c) Los Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar otros instrumentos de leyes uniformes, en especial la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías.

La expuesta categorización es la es aplicada actualmente por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con relación a la aplicación de los Principios Unidroit en el arbitraje de la Cámara.

Como se explicó anteriormente, los Principios Unidroit han sido utilizados como la *lex contractus* en algunos casos llevados a la CCI. Lo primero que examina el tribunal

⁴³ Marella, Fabricio. **Ob. Cit.** Pág. 86.



arbitral es el punto relativo a la elección del derecho y no encontrando ninguna elección expresa, esta ausencia les hace llegar a la conclusión de que cada parte lo que realmente deseó fue excluir la aplicación de la ley nacional de la otra.

El tribunal arbitral interpreta una escogencia implícita que hace referencia a los principios de la justicia natural. Esto es interpretado por la mayoría de los tribunales en el sentido de que lo que las partes han querido es la aplicación de principios o reglas generales no derivadas de ningún sistema legal nacional.

Es entonces cuando el tribunal encuentra en los Principios Unidroit esas reglas o principios generales aplicables a las obligaciones contractuales y es cuando sostiene que los contratos deben ser regidos e interpretados de acuerdo a los Principios Unidroit en las materias de su alcance y también para otras materias o asuntos como reglas o principios generales aplicables a las obligaciones contractuales internacionales en los cuales haya consenso internacional.

En efecto en el laudo dictado en el asunto 7,375 el tribunal sostuvo que ante la ausencia de elección de una ley, el contrato debe ser interpretado como si cada parte hubiese deseado evitar la legislación nacional de la otra parte u otra ley en general. Es entonces, cuando el contrato se desnacionaliza y se aplican los Principios Generales del Derecho y los Principios Unidroit en cuanto éstos puedan ser considerados como el reflejo de principios y reglas generalmente aceptadas en el ámbito internacional.



Por otro lado, los Principios Unidroit han sido aplicados como complemento o interpretación de la ley nacional en algunos casos recientes de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). 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.

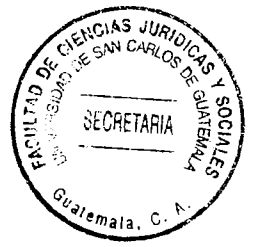
De igual manera los Principios Unidroit han sido utilizados como complementos de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías en algunos casos.

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 que se desarrollada de forma totalmente independientemente en un nivel internacional, existiendo una gran necesidad de una herramienta comparativa de emergencia como lo son los Principios 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.



CONCLUSIONES

1. El Estado de Guatemala no presta una debida atención al tema de los Principios Unidroit en las contrataciones mercantiles internacionales, por lo que resulta problemático que los operadores del comercio se amparen bajo estas normas al momento de enfrentar problemas derivados de este tipo de transacciones comerciales.
2. Los comerciantes guatemaltecos no toman en cuenta los Principios Unidroit al momento de celebrar los contratos comerciales correspondientes, por lo que ponen en riesgo la seguridad jurídica que éstos representan para sus relaciones contractuales a nivel nacional o internacional.
3. En Guatemala no existe un cuerpo legal que establezca la correcta aplicación de los Principios Unidroit por parte de los operadores comerciales al momento de hacer cualquier tipo de contratación mercantil internacional, razón por la cual no existe una certera noción de la importancia de éstos en el ámbito internacional, ni las ventajas que se podrían obtener al momento de utilizarlos.
4. Actualmente no se cuenta en el pensum de estudios de la carrera de ciencias jurídicas y sociales de las distintas universidades del país, específicamente en el curso de Derecho Mercantil, una cátedra dedicada a orientar a los futuros abogados la relevancia que tienen los Principios Unidroit en la contratación mercantil internacional y el gran aporte que éstos representan a la comunidad comercial internacional.





RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala debe prestar cuidadosa y mayor atención al tema de los Principios Unidroit, toda vez que éstos son de vital importancia en cualquier tipo de contratación mercantil internacional, y es precisamente por eso que los operadores del comercio deben atender a este conjunto de normas bajo las cuales pueden ampararse en caso de suscitarse algún tipo de controversia derivada de la negociación comercial.
2. Los comerciantes guatemaltecos deben tomar cada vez más en cuenta los Principios Unidroit en el momento de la celebración de sus contratos, no sólo porque representa seguridad jurídica para sus relaciones contractuales, sino porque la Corte Internacional de Arbitraje considera que éstos se adaptan especialmente a las necesidades de cualquier tipo de transacción internacional, sin reflejar un sistema nacional específico.
3. En Guatemala se debe implementar un reglamento de aplicación de los Principios Unidroit para que los operadores de comercio del país, además de tener una noción de la importancia que tienen éstos en el comercio, puedan disfrutar de la seguridad jurídica que reflejan estos Principios en cualquier tipo de contratación mercantil internacional.
4. Se debe incluir en el pensum de estudios de la carrera de ciencias jurídicas y sociales la cátedra sobre los Principios Unidroit con el propósito de dar a conocer a



los futuros abogados, el origen, estructura, naturaleza, propósito, ventajas de su aplicación, ya que éstos son un gran aporte de la comunidad comercial internacional que se han inspirado en textos de leyes uniformes internacionales, disfrutando de amplio reconocimiento internacional.



BIBLIOGRAFÍA

BONELL, Michael. **The unidroit principles of international commercial contracts:**

Why? What? How? Estados Unidos. Tulane Law Review. 1995.

CALVO CARAVACA, A. **La Convención de Viena de 1980 sobre venta**

internacional: algunos problemas de aplicación. España. Ed. Evelio Verdera y

Tulles. 1994.

CERVANTES AHUMANDA, Raúl. **Derecho mercantil.** Primer Curso. México. Ed.

Porrúa. Segunda Edición. 2000.

DE PINA VARA, Rafael. **Elementos del derecho mercantil mexicano.** México. Ed.

Porrúa. Segunda Edición. 1996.

DERAINS, Y. **Jurisprudencia arbitral de la cámara de comercio internacional.**

España: Gráficas Joaquín Morales. 1985.

FARNSWORTH, E. **Duties of good faith and fair dealing under the unidroit**

principles, relevant international conventions and national laws. Estados

Unidos. Tulane Journal of International and Comparative Law, 1994.

FERRARI, F. **Defining the sphere of application of the 1994 unidroit principles of**

international commercial contracts. Estados Unidos. Tulane Law Review. 1995.

GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil.** México. Ed. Porrúa. 1987.

GARRO, Edward. **The contribution of the unidroit principles.** Estados Unidos:

Magic Prints. Segunda Edición. 1994.



HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio. **Problemas contemporáneos del derecho procesal civil internacional venezolano.** Venezuela. Ed. Sherwood. 2004.

JARAMILLO VARGAS, Jaime. **La lex mercatoria: mito o realidad.** Colombia: Tercer Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, octubre 20, 21 y 22 de 1998.

MARELLA, Fabricio. **The unidroit principles of international commercial contracts in ICC arbitration.** Francia: International Court of Arbitration Bulletin. 2004.

MATUTE, Carlos. **Marco jurídico de la compraventa internacional de mercancías.** Venezuela: Instituto de Derecho Comparado. 2002.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan. **Diccionario para juristas.** Ed. Porrúa. México. 2003.

PALLARES, Jacinto. **Derecho mercantil.** México: Dirección General de Publicaciones UNAM. 1987.

PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. **El derecho uniforme del comercio internacional: los principios de unidroit.** Pace law school institute of internacional comercial law. España. 2003.

PARRA ARRANGUREN, Jorge. **Aspectos de derecho internacional privado de los principios para los contratos mercantiles internacionales elaborados por el Unidroit.** México. Ed. París. 1994.

PÉREZ VARGAS, Víctor. **Elementos del negocio jurídico.** Derecho Privado. Tercera Edición, Costa Rica. 1994.

RABEL, Ernst. **Das recht des werenkaufs.** Alemania: De Gruyter. Tomo I (1936) y II (1958).



VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** Tomo I. Sexta Edición. Ed. Universitaria. 2004.

Legislación:

Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados. Austria. 1969.

Convención de Viena de Sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Austria. 1980.

Ley Uniforme Sobre la Formulación de Contratos de Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales. Holanda. 1964.

Ley Uniforme Sobre la Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales. Holanda. 1964.

Principios Sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Instituto Internacional Para la Unificación del Derecho Privado. Italia. 2007.

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Francia. 1998.

Ley Uniforme Sobre la Formulación de Contratos de Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales. Holanda. 1964.

Ley Uniforme Sobre la Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales. Holanda. 1964.