

# LOS PRINCIPIOS DEL UNIDROIT ANTE LA PROBLEMÁTICA DEL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES EN EL CONTINENTE AMERICANO

*Hernany Veytia Palomino*<sup>1</sup>

*Sumario: I. Introducción; II. La experiencia arbitral en materia comercial; III. La armonización y unificación del derecho en la práctica; IV. La CIDIP V; V. Consideraciones finales.*

## I. INTRODUCCIÓN

En la conferencia inaugural de un seminario organizado en la sede del Instituto para la Unificación del Derecho (UNIDROIT)<sup>2</sup>, el coordinador del Grupo de Trabajo que elaboró los Principios para la

---

<sup>1</sup> La autora desea dejar patente su agradecimiento al doctor Walter Rodino y la doctora Lena Petters del UNIDROIT, así como al profesor Joachim Bonell, director del Centro de Estudios de Derecho Comparado y Extranjero, y muy especialmente al profesor Sandro Schipani, director del Centro de Estudios Latinoamericanos de la II Universidad de Roma Tor Vergata, por el apoyo brindado. Algunas de las ideas que ahora se esbozan ya han sido presentadas en el Seminario «Il Progetto UNIDROIT “Principi per i contratti commerciali internazionali” e l’unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano» que se llevó a cabo en el UNIDROIT, los días 13 y 14 de diciembre de 1993.

<sup>2</sup> El UNIDROIT es una organización intergubernamental independiente, situada en Roma, cuyo objetivo es estudiar los medios de armonizar y coordinar el derecho privado entre los Estados o entre grupos de Estados, y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos Estados, de una legislación de derecho privado uniforme.

El instituto fue creado en 1926 como un órgano auxiliar de la Sociedad de Naciones. Después de la disolución de la misma, fue reconstruido en 1940 en virtud de un acuerdo multilateral, el Estatuto orgánico de UNIDROIT.

UNIDROIT cuenta como miembros, Estados que pertenecen a los cinco continentes y que representan diversos sistemas jurídicos, económicos y políticos.

El Instituto se financia mediante una contribución anual básica del Gobierno italiano y mediante las contribuciones anuales de los demás Estados miembros, que son fijadas por la Asamblea General. Varios estudios preparados por el UNIDROIT han sido aprobados como Convenciones en Conferencias Diplomáticas convocadas por Estados Miembros; y al respecto pueden mencionarse las siguientes:

1) Convención de La Haya del 1º de julio de 1964, que establece una Ley Uniforme sobre formación de los contratos de compraventa internacional de bienes muebles corporales;

2) Convención de La Haya del 1º de julio de 1964, que establece una Ley Uniforme sobre la compraventa internacional de bienes muebles corporales;

### Contratación mercantil internacional, el profesor Michael Joachim Bonnel, hacia notar las fuentes <sup>3</sup> y criterios que inspiraron este documento del

---

- 3) Convención de Bruselas del 23 de abril de 1970 sobre contrato de viaje;
  - 4) Convención de Washington del 26 de octubre de 1973, que establece una Ley Uniforme sobre la forma del testamento internacional;
  - 5) Convención de Ginebra del 17 de febrero de 1983 sobre representación en materia de compraventa internacional de mercaderías;
  - 6) Convención de Ottawa del 28 de mayo de 1988 sobre arrendamiento financiero internacional; y
  - 7) Convención de Ottawa del 28 de mayo de 1988 sobre factoraje (*factoring*) internacional.
- En otras ocasiones, los trabajos del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado han sido utilizados como punto de partida para la elaboración de Convenciones aprobadas bajo los auspicios de distintas organizaciones internacionales, que se encuentran vigentes en la actualidad. Así ha ocurrido en los siguientes casos:
- a) Convención de 1954 sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO);
  - b) Convención Europea de establecimiento de 1955 (Consejo de Europa);
  - c) Tratado Benelux de 1955 relativo al seguro obligatorio de la responsabilidad civil en materia de vehículos de motor (Bélgica, Holanda y Luxemburgo);
  - d) Convención de 1956 relativa al contrato de transporte de mercancías por carretera-CMR (Comunidad Económica Europea en colaboración con la Organización de Naciones Unidas);
  - e) Convención de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimenticias para con los niños (Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado);
  - f) Convención europea de 1959 relativa al seguro obligatorio de responsabilidad civil en materia de vehículos de motor (Consejo de Europa);
  - g) Convención de 1961 sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Organización Internacional del Trabajo, OIT, en colaboración con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI);
  - h) Protocolo No. 1 relativo a los derechos reales sobre barcos de navegación interior; y Protocolo No. 2 relativo al embargo preventivo y a la ejecución forzosa sobre los barcos de navegación interior, adicionales a la Convención de 1965 sobre la matriculación de los barcos de navegación interior (Comunidad Económica Europea en colaboración con la Organización de las Naciones Unidas); y
  - j) Convención de las Naciones Unidas de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, UNCITRAL).

Para mayor información sobre la importancia del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, UNIDROIT, en la futura uniformidad jurídica del hemisferio americano, puede consultarse el magnífico libro del profesor venezolano Parra Aranguren, Gonzalo: **Curso General de Derecho Internacional Privado, Problemas Selectos y Otros Estudios**. Caracas, Fundación Fernando Parra Aranguren, 1992.

<sup>3</sup> El Grupo de Trabajo tomó en cuenta el Código de Comercio Uniforme (*Uniform Commercial Code*) y la Segunda Recopilación del Derecho de los Contratos (*Restatement the Second of the Law of Contracts*), ambos de los Estados Unidos de Norteamérica; y el Código Civil de Holanda (1980), la Ley China sobre contratos económicos internacionales (1985) y el Proyecto de Código Civil de Quebec, sancionado en fecha reciente por la Legislatura (22 de diciembre de 1991).

Asimismo fueron consultadas las reglas elaboradas por organizaciones internacionales especializadas, como los Incoterms, a los que nos referiremos más adelante, las Reglas y Prácticas Uniformes para Créditos Documentarios que mantiene al día la Cámara de Comercio Internacional; las Condiciones Generales para el suministro (y erección) de fábricas y maquinarias de la Comunidad Económica Europea; las Condiciones de los contratos internacionales para obras de ingeniería civil de la FIDIC (*Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils*), por ejemplo, para trabajos eléctricos y mecánicos.

Unidroit; sin embargo lo que saltaba a la vista era que estaban absolutamente influenciados y fundados en los *primorum principiorum*<sup>4</sup>, es decir, en el sentido común<sup>5</sup>.

## II. LA EXPERIENCIA ARBITRAL EN MATERIA COMERCIAL

El sentido común es la sabiduría práctica, la prudencia en el caso concreto. Sin embargo, al tratar de aplicarlo a las relaciones que surgen con motivo del tráfico internacional, cabría preguntarse: ¿El sentido común realmente es «común» para todas latitudes y tiempo? Para poder resolver tal pregunta se revisaron bastantes de las decisiones arbitrales publicadas en los últimos veinte años, y antes de dar una respuesta a la pregunta quisiera llamar la atención sobre dos puntos:

---

<sup>4</sup> Cfr. *S. Th. I q. 1, a. 3, ad 2; I, q. 78, a4 ad 1.*

<sup>5</sup> Que con frecuencia en el comercio internacional es el menos común de los sentidos. «*Si tratta di una percezione intellettuale (non sensoriale) di qualcosa di reale, di certamente obiettivo, ma difficilmente giustificabile e comunicabile per via di astratta razionalità (anche se un'intesa, per altre vie, si finisce sempre per trovare)...*». Livi, Antonio: **Filosofia del Senso Comune**. Milano Ed. Ares. p.10.

1. Existe una cierta aversión en Latinoamérica a recurrir al arbitraje <sup>6</sup>, y los Principios recomiendan combinar la referencia a ellos –en uso de la libertad de contratación que gozan las partes– con un acuerdo de recurrir al arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

2. Antes de 1985 <sup>7</sup>, los árbitros citaban frecuentemente una *lex mercatoria* <sup>8</sup> y con fundamento en ella resolvían una controversia; sin

---

<sup>6</sup> No obstante que los países del sistema interamericano han suscrito tratados en materia de arbitraje comercial internacional, entre ellos citamos los siguientes:

a) Tratado de Derecho Procesal Internacional, firmado en Montevideo, Uruguay en 1889 y el Tratado que en la misma materia se suscribió en la misma ciudad en 1940 (Organization of American States. **Treaty Series No. 9**. Para el texto en español véase OEA/SER.Q11.8 CJI-14, 1973.

b) La Convención Bolivariana relativa a la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros suscrita en Caracas, Venezuela en 1991 (La Convención Bolivariana fue suscrita en Caracas el 18 de julio de 1911 y prácticamente reproduce las disposiciones del Tratado de Montevideo de 1889). Véase el «National Report» escrita por el doctor Gonzalo Parra Aranguren en **Yearbook Commercial Arbitration**, v. III, 1978, p.149.

c) La Convención de Derecho Intenracional Privado (Código de Bustamante) firmada en La Habana, Cuba en 1928 (86 L.N.T.S. 246 No. 1950 (1929). Para el texto español véase OEA/SER. K/XXXI. CIDIP/9, 1974)

d) La Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros suscrita en Nueva York en 1958 (**Yearbook Commercial Arbitration**, v. IV, p.226).

e) La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá en 1975 (**International Handbook Commercial Arbitration**, v. 1 General Introduction to Inter-American Commercial Arbitration, por Charles N. Norberg, Anexo I; para los textos en español, inglés, portugués y francés, véase **Documentos Oficiales de la OEA**, Serie sobre Tratados, n. 42).

f) La Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros suscrita en Montevideo en 1979 (textos en español, inglés, portugués y francés, véase **Documentos Oficiales de la OEA**, Serie sobre Tratados, n. 51).

Tomado de Siqueiros, Jose Luis: «El arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada», en **Varia Jurídica de la Escuela Libre de Derecho**. Ed. Porrúa, p.68; 1992.

La Convención Interamericana para el Arbitraje Mercantil Internacional, se encuentra abierta a firma para todos los miembros de la OEA y ya la han ratificado Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Los Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Sin embargo, hasta la fecha casi no existen decisiones arbitrales donde una de las partes sea latinoamericana. Posiblemente esta actitud se modifique en los próximos años, ante las ventajas que ofrece el arbitraje internacional como un mecanismo de solución de controversias. Prueba de ello está en que, recientemente, México adoptó la ley modelo de UNCTRAL, reformando los artículos relativos de su código de comercio.

<sup>7</sup> M. de Benedetti, ha llegado a afirmar que es posible trazar una curva creciente durante los años 70, llegando a su punto más alto a principios de los ochenta e iniciando un movimiento decreciente a poco tiempo después.

<sup>8</sup> Es decir, que existiera, al margen de los derechos nacionales, un conjunto de normas autónomas e instituciones vigentes para el comercio internacional y que fueran comúnmente aplicadas por los comerciantes en el entendido de que se tratara de *regulae iuris* (normas de derecho) o al

embargo, a partir de esa fecha cada vez existe mayor duda en si se trata de un simple «último recurso» cuando los árbitros no se encuentran facultados para actuar *ex equo et bono*<sup>9</sup>, y con tal criterio vago se propicia un estado de incerteza en el comercio internacional.

### III. LA ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO EN LA PRÁCTICA

Cierto jurista alemán comparaba a las leyes con los trajes: decía que existían trajes que quedaban grandes, pero se esperaba que con el paso del tiempo el país creciera y entonces estaría a la medida; existen trajes que quedan pequeños, son las legislaciones anacrónicas en las que la realidad ha superado a la norma; existen leyes que son totalmente diversas a la realidad, en las que no es un traje sino un disfraz.

Siguiendo con dicha comparación se podría hablar también de cierta especie de trajes que se presentan como hechos a la medida para responder a las exigencias prácticas del comercio internacional: los uniformes. Hoy en día parece que es la «moda» en el Derecho Internacional, como lo demuestra el gran número de convenciones

---

menos, que los otros comerciantes se comportaran observando las mismas reglas (definición dada por el profesor Aldo Frignani, ordinario de derecho privado comparado en la Universidad de Turín y publicada en: **Il Diritto del Commercio internazionale. Manuale teorico-practico per la redazione dei contratti**, IPSOA, 1992. p.25).

La Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los contratos internacionales, de la que trataremos más adelante, ha reconocido la existencia y necesidad de la llamada *lex mercatoria* al establecer en el Artículo 10 que:

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

<sup>9</sup> Cfr. comentario b al Preámbulo de los Principios.

internacionales, leyes uniformes, códigos de conducta, leyes modelo y códigos tipo que se han elaborado en los últimos años <sup>10</sup>.

Ante los beneficios de la uniformidad, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías estimó que la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuiría a la supresión de los obstáculos jurídicos

---

<sup>10</sup> Transcribimos las citadas en el reciente artículo de Rafael Illescas Ortiz: «El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su sistemática», en **Revista de Derecho Mercantil**. No. 207. Enero-marzo, 1993. Madrid, p.90.

I. LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS:

- i. La Convención de Viena de 1980, derecho sustantivo en materia.
- ii. Los Incoterms 1990, derecho contractual relativo, principal pero no exclusivamente, a las modalidades de entrega.
- iii. La Convención sobre la Prescripción de 1974.
- iv. Contratos internacionales similares o afines:
  - a) La construcción de plantas industriales y su Guía Jurídica de UNCITRAL;
  - b) El denominador de comercio compensatorio internacional (trueque o *barter*) y su Guía Jurídica de UNCITRAL;
  - c) Los contratos con entes públicos.

II. LA FINANCIACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL:

- i. La Convención de Naciones Unidas de 1988 sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, Nueva York, 1988.
- ii. La Convención de UNIDROIT de 1988 sobre *leasing* internacional.
- iii. La Convención de UNIDROIT de 1988 sobre *factoring* internacional.

III. EL TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

- i. La decreciente singularidad del transporte marítimo:
  - a) El Convenio de Bruselas de 1924.
  - b) Las Reglas de Hamburgo, 1978.
- ii. El transporte aéreo: el Convenio de Varsovia de 1929 y sus epígonos.
- iii. La forzosa regionalidad del transporte terrestre: las diversas convenciones de dimensión europea (CMR, CIM, ADR, ATP, COTIF, etcétera).
- iv. El transporte multimodal y la Convención de 1980.
- v. Las terminales de transporte y su responsabilidad internacional: la Convención de Viena de 1991.

IV. EL PAGO Y LAS GARANTÍAS

- i. Los créditos documentarios (RUU).
- ii. El pago por medios electrónicos: guía jurídica y ley modelo de UNCITRAL.
- iii. Las garantías a primera demanda y sus diversas modalidades: las Reglas Uniformes de la CCI y las proyectadas normas de UNCITRAL.

V. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

- i. El arbitraje comercial internacional.
  - a) La Convención de Nueva York de 1974.
  - b) La Convención de Ginebra de 1961.

con que tropieza el comercio internacional y promovería el desarrollo del comercio internacional; sin embargo se ha corrido un riesgo: el de la interpretación uniforme.

¿Cómo evitar que en distintas partes del mundo se interpreten en diverso sentido normas concebidas en ámbitos internacionales? <sup>11</sup>. En diversos foros se ha puesto de relieve este problema; pocas soluciones se presentan tan viables como la de contar con unos principios que satisfagan los requerimientos del comercio internacional, como se puso de manifiesto en el artículo 7 de la CIM:

---

c) La Ley modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional.

d) El reglamento de arbitraje de UNCITRAL.

ii. La conciliación comercial internacional: el Reglamento de conciliación de UNCITRAL.

Sin embargo, no quiere decir que el mismo esfuerzo que se ha puesto en redactar y firmar estos documentos internacionales se haya puesto en ratificarlas y aplicarlas; por ejemplo, de las 32 Convenciones de La Haya, México ha aprobado la de obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial y la de los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. La situación de los Estados Unidos no es mejor; al respecto el profesor de la Universidad de Columbia Alejandro Garro ha escrito (en **Focus Americas, An analytical review of law & business in the Western Hemisphere**. Volume 2, No.3. Abril 1994, p.15) que sólo ha ratificado dos de las 20 Convenciones Interamericanas (**Service of Documents Abroad and its additional protocol and the Panama Convention on International Commercial Arbitration**); 4 de las Convenciones de La Haya (**Abolishment of Legalization Requirements, Service of Documents Abroad, Taking of Evidence Abroad, and Child Abduction**); dos de las Convenciones de UNCITRAL (**1958 New York Convention on International Commercial Arbitration and CISG**), y hasta la fecha ninguno de los instrumentos elaborados por UNIDROIT.

<sup>11</sup> «*Those who favoured Article 17 of ULIS (Uniform Law on the International Sale of Goods. 1964 Hague Conference Records, I, 333-348) stressed that such a provision was needed to emphasize that the uniform law was an international instrument which should be interpreted and applied in a uniform manner. After all, it was pointed out, if courts were permitted to turn to their domestic law, this would preclude the application of the uniform law in many cases that the drafters and the parties themselves had wanted to be covered by the uniform law. It would also involve a great amount of uncertainty because the relevant rules of private international law for the determination of which national law should be applied in each case are neither clear nor uniform. In opposition to those favouring Article 17 of ULIS, it was first of all argued that the guidance therein provided for the interpretation of the uniform law was manifestly inadequate. The uniform law did not specify or indicate the "general principles" on which it was based, and it was even questionable whether any such general principles could ever be found. Furthermore, the very idea of considering the uniform law as a body of law totally separated from the various national laws was rejected... To suggest that without having recourse to national law seemed to be entirely unrealistic and unpractical.* Bonell en Bianca-Bonell, **Commentary on the International sales Law**, pp.67-68. Giuffré. Milán 1987 (el subrayado es nuestro).

«1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

»2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado»<sup>12</sup>.

Los Principios del UNIDROIT aprobados en mayo de este año, no son ni una ley uniforme ni una ley modelo, sino que pretenden, entre otros fines, servir por su misma autoridad como criterios uniformes para la interpretación y ser de alguna utilidad para futuros legisladores<sup>13</sup>, en palabras de J. Bonell:

«... no se propone unificar los derechos nacionales vigentes bajo la forma de una convención internacional o una ley modelo. Su objetivo es sobre todo el de enunciar de modo sistemático los principios y las reglas en materia contractual que resultan –a nivel europeo con aspiraciones universales– mayormente aceptadas y/o más aptas a las particulares exigencias de las relaciones del comercio internacional. Una vez aprobada podría considerarse un moderno *ius commune*, para ser considerado como punto de referencia, entre otras cosas para poder definir mejor el contenido de la llamada *lex mercatoria* que así, perdería el carácter de vaguedad y arbitrariedad que actualmente la caracteriza»<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> No podemos dejar de llamar la atención en que este importante artículo en la discusión final de la Convención se aprobó con 41 votos a favor y 0 en contra, más 5 abstenciones (6ª. Séance Plénière. Martes 8 abril 1980, 10 hrs. President: M. Eörsi (Hongrie) A/Conf 97/SR 6 en Nations Unites A/CONF 97/19. «Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises», Vienne, 10 mars-11 avril 1980. **Documents officiels. Documents de la Conférence et comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de commission principales.**

<sup>13</sup> Cfr. Bonell, M.J. A., «“Restatement” of Principles for international commercial contracts: An academic exercise or a practical need?», en **Revue de Droit des Affaires Internationales**. No. 7, 1988, p.874.

<sup>14</sup> Bonell, M.J. «La Moderna Lex Mercatoria, tra mito e realtà», en **Rivista di Diritto Internazionale**. Giuffrè. Aprile. 1993, p.332.

## VI. LA CIDIP V

Del 14 al 18 de marzo de 1994, bajo los auspicios de la OEA y del gobierno mexicano, en la sede de la Secretaría de Relaciones Exteriores en el Distrito Federal se llevó a cabo la V Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado con el propósito de celebrar negociaciones diplomáticas para la firma de dos convenciones: una sobre contratación internacional y la otra sobre tráfico internacional de menores. Participaron diecinueve países del continente americano <sup>15</sup>.

El presidente de la CIDIP V fue el profesor José Luis Siqueiros quien además fue el jefe de la delegación mexicana <sup>16</sup>. El presidente de la Comisión que negoció el proyecto de convención sobre derecho aplicable a los contratos internacionales fue el jefe de la delegación venezolana, el profesor Gonzalo Parra Aranguren. Durante los días que duró la Conferencia se trabajó intensamente. Se discutieron los diversos artículos y finalmente se aprobó en sesión plenaria el 18 de marzo pasado. El texto del artículo 9 en su segundo párrafo quedó de la siguiente forma:

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

---

<sup>15</sup> Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Estados Unidos de Norteamérica, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela y observadores permanentes ante la Organización de los Estados Americanos como Corea, España, Italia, Rumania, Rusia y observadores de organismos internacionales, de entidades interamericanas no gubernamentales y gubernamentales como la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya.

<sup>16</sup> La delegación mexicana la integraron no solamente altos funcionarios de Relaciones Exteriores sino también expertos internacionalistas de gran prestigio académico tanto en México como en el extranjero de la talla de Laura Trigueros, Fernando Vázquez Pando, Leonel Pereznieta, Víctor Carlos García Moreno y María Elena Mansilla. En las negociaciones de la convención del derecho aplicable a los contratos internacionales, participaron los tres primeros acompañados de los Asesores Externos de la Consultoría Jurídica de la SER, Alejandro Ogarrio y Julio Treviño, entre otros.

Al incorporar como criterio subsidiario «los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales» indirectamente se incorporan, entre otros, los principios elaborados por el UNIDROIT y los llamados Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional de París <sup>17</sup>.

Indudablemente, uno de los mayores aciertos de la Cidip V fue incorporar estos principios generales aceptados por organismos internacionales, ya que éstos han establecido normas generales que han sido concebidas fundamentalmente para los contratos internacionales.

Como los principios de los que trata la Convención representan principios de derecho contractual comunes a varios ordenamientos jurídicos o que se adaptan mejor a las exigencias del comercio internacional, pueden ser la mejor opción como derecho que regule el contrato.

La Convención otorga la facultad al tribunal para que pueda aplicar en lugar de un derecho extranjero, eventualmente aplicable al contrato, los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. Además, en ciertas ocasiones la dificultad para establecer el derecho extranjero aplicable puede obedecer al carácter específico de las fuentes jurídicas extranjeras apropiadas y/o al costo que implicaría acceder a ellas.

---

<sup>17</sup> Los Incoterms presentan los problemas que suelen surgir en el comercio internacional relativo al paso del riesgo y transmisión de la propiedad. El uso de las siglas de los grupos:

\*E.- Ex works;

\*F.- Que incluye fca (*free carrier*), fas (*free alongside ship*) y fob (*free on board*);

\*C.- Que incluye cif (*cost and freight*), cif (*cost, insurance and freight*), cpt (*carriage paid to*), cip (*carriage and insurance paid to*);

\*D.- Que incluye daf (*delivered at frontier*), des (*delivered ex ship*), deq (*delivered ex quay*), ddu (*delivered duty unpaid*), ddp (*delivered duty paid*), han sido de gran utilidad sobre todo porque se han convertido en usos comerciales para los contratatas de todos los sistemas jurídicos. La primera vez que la Cámara Internacional de París publicó estos Incoterms fue en 1936 y se han reformado y adicionado en 1953, 1967, 1976, 1980 y 1990. La última revisión ya incorpora los contratos que se celebran utilizando mensajes electrónicos (los llamados EDI: *Electronic Data Interchange*).

Por este motivo recurrir a los principios generales en lugar de aplicar el derecho extranjero debe ser un último recurso. Sin embargo, puede justificarse recurrir a los principios no sólo ante la imposibilidad de establecer la norma idónea del derecho aplicable, sino también ante el desproporcionado esfuerzo y/o costo que implicaría su investigación.

Hasta ahora la práctica usual de los tribunales ante estas situaciones era aplicar la *lex fori*. Otra ventaja que tendrán los principios será la de evitar aplicar un derecho que, en la mayoría de los casos, suele ser más familiar para una de las partes que para la otra <sup>18</sup>.

En cuanto a la determinación del derecho aplicable, la solución de la Convención ha sido la mejor: porque si se hubiera elegido como primer criterio los principios generales en lugar de los vínculos más estrechos frecuentemente se hubiera tenido que buscar otro derecho aplicable. Piénsese por ejemplo en las autorizaciones administrativas que deban ser tramitadas. ¿Con base a cuál derecho se determinarían? Lo mismo puede decirse respecto al registro público de los actos que así lo requieran; los derechos de terceros que deban ser respetados, las prácticas restrictivas del comercio internacional, y definir cuales son las normas que tengan carácter imperativo.

La salvaguarda de las normas imperativas ha sido contemplada en el artículo 11 de la Convención del Derecho aplicable, con la peculiaridad de que queda a la discreción del foro aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.

---

<sup>18</sup> Cfr. comentario al preámbulo de los Principios para los Contratos mercantiles internacionales aprobados por el Consejo de Dirección del UNIDROIT, en mayo de 1994.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

Antes de concluir este trabajo, nos gustaría expresar dos comentarios sobre los Principios del UNIDROIT: el primero es si se está incurriendo en el riesgo <sup>19</sup> de «congelar» los principios en menoscabo de su dinamismo y evolución histórica <sup>20</sup>, y el segundo: en si al otorgar tal grado de discrecionalidad al Tribunal <sup>21</sup> no se incurre en el defecto que se quería corregir, de vaguedad e inseguridad. A lo largo de los Principios encontramos que se hace referencia a las circunstancias del caso en todos los capítulos de los Principios; aproximadamente se hace una expresa mención de ellas en más de 49 ocasiones <sup>22</sup>. ¿Qué tan objetiva podría considerarse la valoración de las circunstancias? <sup>23</sup>.

Sin embargo esto, que aparentemente pudiera ser una imperfección de los Principios se presenta como una de sus mejores características. Allan Farnsworth, miembro del grupo de Trabajo, las considera

---

<sup>19</sup> El grupo de trabajo ha manifestado que son sujetos a revisión, de la misma forma que los Incoterms.

<sup>20</sup> Expresión tomada de Siqueiros, José Luis: «La Codificación del Derecho Internacional Privado en el Continente Americano», en *Jurídica*, No. 14. 1982, p.244.

<sup>21</sup> Incluye tanto a juez como al árbitro, Cfr. Artículo 1.10

<sup>22</sup> Cfr. Comentario 2 al Artículo 1.8; Artículo 1.9 (1) y comentario; Artículo 1.10 y comentario 2; comentario 2 al Artículo 2.1; Artículo 2.6 y comentario; Artículo 2.8 y comentario; comentario 2 al Artículo 2.10; comentarios y ejemplos al Artículo 2.11; Artículo 2.13 (2) (b) y comentarios; comentario 3 al Artículo 2.18; comentario, al Artículo 3.3; Artículo 3.4; 3.5 y comentarios; comentarios al Artículo 3.7; Artículo 3.8, Artículo 3.9 y comentario; comentario 1 al Artículo 3.11; comentario 2 al Artículo 3.13; comentario al Artículo 3.14; Artículo 3.15; Artículo 3.16 y comentario; Artículo 4.1; comentarios al Artículo 4.2, Artículo 4.3; ejemplo 1 del Artículo 4.7; Artículo 4.8 y comentario; comentarios al Artículo 5.3; Artículo 5.4; Artículo 5.6 comentarios al Artículo 5.7; Artículo 6.1.1. y comentarios; Artículo 6.1.2 y comentarios; Artículo 6.1.4; comentarios al Artículo 6.1.5; comentarios al Artículo 6.1.5; comentario 2 al Artículo 6.1.6; comentario 2 al Artículo 6.1.9; Artículo 6.1.14; comentarios al Artículo 6.1.15; Artículo 6.1.16; Artículo 6.1.17; comentarios al Artículo 6.2.1 comentarios al Artículo 6.2.2; comentarios al Artículo 6.2.3; comentarios al Artículo 7. 1.3; Artículo 7.1.4 y comentarios; comentarios al Artículo 7.1.6; comentarios al Artículo 7.2.2; comentario 3 al Artículo 7.3.1; comentario 2 al Artículo 7.3.4; comentario 1 al Artículo 7.4.1; Artículo 7.4.6 (2); comentario al Artículo 7.4. 12 y Artículo 7.4.13 (2).

<sup>23</sup> «*In the same circumstances, ... the second objective element, taking into account every varying situations, refers to the conditions on world and regional markets, to legislation, politics and climate, also to prior contracts and dealings and to other facts, in short: to a whole spectrum of facts and events at the relevant time. As under Article 8 paragraph (3) of the Convention, "due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case will"*», en Bianca-Bonell, **Commentary on the International sales law**, p.219.

«válvulas de escape» que brindan flexibilidad para que el juez o árbitro utilice su sentido común al aplicar los Principios <sup>24</sup>.

El positivismo jurídico está aún muy arraigado en Latinoamérica; retomando las palabras del comparatista J. Henry Merryman: «La certeza jurídica se ha convertido en un super valor, en un dogma incuestionable, en una meta fundamental» <sup>25</sup>. No pretendemos decir que la seguridad jurídica no sea un valor del derecho, porque efectivamente lo es; lo que preocupa es que los criterios de discrecionalidad, de recurrir a los deberes del buen padre de familia al sentido que le habrían dado personas razonables de la misma condición que las partes y en circunstancias similares podrían parecer a alguno «carentes de técnica jurídica»; sin embargo qué mejor que desear que las relaciones contractuales sean de acuerdo a la buena fe.

La doctrina de todos los tiempos liga a la buena fe los principios éticos, como la honestidad, la lealtad y el comprometerse a la palabra dada. Es la encarnación del hombre *prudens, peritus, diligens* <sup>26</sup>. ¿No es tiempo ya de que el contrato deje de ser visto simplemente como el punto de toque de dos voluntades contrapuestas, como Saille y la doctrina del siglo XIX lo conciben? ¿Será posible considerar al contrato como un proyecto en común para lograr los fines deseados? ¿El principio de buena fe puede iluminar, penetrar, influir, inspirar y difundir todo el derecho contractual?

A primera vista podría parecer, al leer el índice de los Principios, que coincide con el del libro de las obligaciones de un código civil, sin embargo un atento análisis de ellos llevarán a la conclusión que se tratan de criterios lo suficientemente flexibles para hacer frente a las exigencias que presenta la práctica comercial internacional.

---

<sup>24</sup> Farnsworth, Allan: «Closing Remarks, Symposium: Contract Law in a Changing World», en *American Journal of Comparative Law*. Vol 40. No. 3, 1992.

<sup>25</sup> Merryman, John Henry: *The Civil Law Tradition, an introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. 2a. Ed. Stanford University Press. 1990. p.48.

<sup>26</sup> Sobre la buena fe en la contratación internacional, Cfr. Veytia, Hernany: «La contratación internacional en el derecho internacional privado», en *Ars Iuris*. No. 10, 1993.

El proporcionar tanta facultad al sentido común, a la valoración de las circunstancias, no es algo nuevo ni mucho menos exclusivo de los Principios, en el texto de la Convención de Viena <sup>27</sup> se hace referencia a las circunstancias en más de once ocasiones <sup>28</sup>. Si nos preguntáramos cuáles son las circunstancias que el tribunal deberá tomar en consideración <sup>29</sup> encontraríamos que serían especialmente las enunciadas en el artículo 4.3 de los Principios: las negociaciones preliminares entre las partes; cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas; el comportamiento de las partes ulterior a la celebración del contrato; el contexto comercial y finalidad del contrato; el sentido generalmente atribuido a los términos y expresiones en el tráfico comercial de que se trate y los usos.

De esta forma, contar con los Principios y con la Convención Interamericana sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales coadyuvará sin duda a «realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto», como lo establece la CIDIP.

© Índice General

© Índice ARS 12

---

<sup>27</sup> La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Adoptada en la Conferencia Diplomática de Viena, el 11 de abril de 1980. Entró en vigor el 1º de enero de 1988. Al 28 de abril de 1992 contaba con 34 ratificaciones, adhesiones y aprobaciones –Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bielorrusia, Bulgaria, Canadá, Checoslovaquia, Chile, China, Dinamarca, Ecuador, Egipto, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Guinea, Hungría, Iraq, Italia, Lesotho, México, Noruega, Países Bajos, República Árabe Siria, Rumania, Senegal, Sierra Leona, Túnez, Uganda y Zambia– (Cfr. Olivencia, Manuel: «UNCITRAL: Hacia un Derecho Mercantil Uniforme en el siglo XXI», en **Revista de Derecho Mercantil**. Núm. 207, Enero-marzo, 1993 p.90 *et seq.*

<sup>28</sup> Artículo 8 (2); Artículo 10 (a); Artículo 18 (2); Artículo 21 (2); Artículo 25; Artículo 27; Artículo 32 (2); Artículo 33; Artículo 35 (2) (b); Artículo 38 (1) y Artículo 46 (3).

<sup>29</sup> En cuanto a la incerteza en la valoración de las circunstancias, véase Nicholas en Bianca-Bonell, **Commentary on the International sales law**, p.498.