

APLICACIONES DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT A LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

*Jorge Oviedo Albán**

RESUMEN

El presente estudio se refiere a uno de los principales instrumentos del derecho mercantil internacional: los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, conjunto de reglas sugeridas por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado con sede en Roma, que representan una aproximación a la unificación y armonización del derecho mercantil internacional y resultan aplicables a los contratos, en principio, por expreso acuerdo entre las partes contratantes. Los principios UNIDROIT contienen conceptos y reglas comunes a varios sistemas jurídicos imperantes en el mundo, de ahí que tal como se explica, laudos internacionales los tomen como ley para los contratos, o como medio para interpretar o complementar instrumentos normativos internacionales, destacándose entre ellos, la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada por el Congreso por medio de la Ley 518 de 1999. Se abordan algunos aspectos generales de los principios, en un análisis que se construye a partir de los conceptos desarrollados por laudos y sentencias arbitrales internacionales, además de la consulta de doctrina especializada sobre el tema.

ABSTRACT

This study concerns one of the main instruments of international commercial law: the UNIDROIT principles for international commercial contracts, which is a set of rules suggested by the Institute for the Unification of Private (civil?) law in Rome, which represents an attempt to unify and make compatible the codes of international commercial law, and is applied to contracts, in principle by the express agreement of the contractual parties. The UNIDROIT principles contain concepts and laws which are common to the different legal systems in force throughout the world, and are taken to be law in arbitrators' decisions relating to contracts, or as a means of interpreting or complementing international legal instruments, among which is the United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods, approved by Congress under law #518 of 1999. Covered here are a number of general aspects of these principles in an analysis which is based on concepts arising from arbitrators' decisions and international arbitrators' sentences, and the consultation of specialized works on the subject.

* Abogado de la Universidad Javeriana con especialización en derecho comercial de la misma Universidad. Actualmente es profesor de la Universidad de la Sabana.

INTRODUCCIÓN

La realidad global de las relaciones económicas¹ ha traído consecuencias jurídicas, consistentes básicamente en un intento por armonizar, cuando no por unificar los instrumentos regulatorios. A nivel de derecho mercantil internacional, son claros los resultados en materia de armonización de instrumentos de derecho uniforme, que superan a los de derecho internacional privado, toda vez que a diferencia de éstos, los primeros no intentan resolver conflicto de leyes, sino que son en si mismos, leyes sustanciales, aplicables a la relación de fondo². Entre los instrumentos del derecho mercantil uniforme, se destaca la Convención de Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada en América Latina por Argentina, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Perú, Uruguay, Venezuela y recientemente Honduras, donde entró en vigor el 1º de noviembre de 2003. El convenio de Viena es calificado por Zimmermann como el “...más escrupulosamente preparado y significativo para la unificación del derecho privado...”³.

También hemos destacado en otra oportunidad⁴ la presencia dentro del panorama de instrumentos jurídicos del derecho mercantil uniforme, de reglas y costumbres, sugeridas en el primer caso, o recopiladas en el segundo, por parte de instituciones como el Instituto para la Unificación del Derecho Privado

¹ “...la globalización se refiere literalmente al límite de la integración internacional entendido como un creciente número de economías nacionales mutuamente interconectadas a través del intercambio de bienes, servicios y factores de producción. La mundialización profundiza la internacionalización, particularmente integrando actividades geográficamente dispersas en el interior de las empresas multinacionales. Pero también implica fenómenos nuevos; en concreto, la mundialización significa tanto la transformación de las modalidades de la internacionalización para las empresas y las naciones como una modificación de sus relaciones mutuas. La internacionalización se refiere simplemente a la creciente extensión geográfica de las actividades más allá de las fronteras nacionales. Desde esta especial perspectiva, la globalización es una forma más avanzada y compleja de la internacionalización que implica una integración funcional de actividades económicas geográficamente dispersas. Es un fenómeno mucho más reciente que la internacionalización”. FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos, *Sistema del comercio internacional*, Civitas, Madrid, 2001, p. 299 y 300.

² Es necesario tener en cuenta que el “...proceso de unificación del Derecho –en particular, del mercantil– discurre en la actualidad por dos cauces diferentes: la integración en organizaciones supranacionales (...) y la labor de armonización –legislativa o no– promovida y desarrollada por Estados, organismos internacionales (auspiciados por entes públicos y privados) y los propios particulares”. (...) “A través de las Convenciones, se está creando un Derecho Uniforme sustantivo de la materia patrimonial privada, que atiende más a las exigencias del tráfico internacional que a la mera armonización de los ordenamientos mercantiles internos (OLIVENCIA), superando el método conflictual por el de la regulación material uniforme”. PENDON MELENDEZ, Miguel Ángel, Comentarios al preámbulo de los Principios de UNIDROIT, en MORAN BOVIO, David (Coord.), *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 24 y 25.

³ ZIMMERMANN, Reinhard. “Rasgos fundamentales de un derecho contractual europeo”, en *Estudios de Derecho Europeo*, Civitas, Madrid, 2000, p. 119.

⁴ Cf., OVIEDO ALBÁN, Jorge, “Un nuevo orden internacional de los contratos: Antecedentes, instrumentos y perspectivas”. *Revista Jurídica del Perú*, Año LII No 40, 2002.

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

– UNIDROIT- y la Cámara de Comercio Internacional de París. Hemos querido destacar en este trabajo, los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, básicamente en las funciones y aplicaciones que los mismos están llamados a cumplir dentro del entorno del derecho de los negocios internacionales⁵. Teniendo en cuenta que la idea latente en estas reglas es propender por la adopción de instrumentos uniformes del derecho de los negocios internacionales, haremos una referencia comparativa con la Convención de Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional y en algunos apartes a los Principios del Derecho Europeo de Contratos⁶.

1. EL INSTITUTO PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO: UNIDROIT

El Instituto para la Unificación del Derecho Privado –UNIDROIT-, es una organización intergubernamental creada en 1926, bajo el auspicio de la Liga de Naciones, restablecida en 1940 sobre las bases de un tratado internacional, el Estatuto Orgánico de UNIDROIT. Su sede se encuentra en Roma 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 económica⁷. Son miembros del instituto estados de los cinco continentes, que representan una variedad de sistemas legales, políticos, y económicos⁸. En la actualidad, UNIDROIT cuenta con 58 miembros.

⁵ Sobre el tema puede verse mi artículo “Los principios UNIDROIT para los contratos internacionales” en Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR, La Ley – Síntese Editora, año 6 No 5, Buenos Aires – Argentina, p. 11 a 35.

⁶ Los Principios del Derecho Europeo de Contratos (en adelante PECL), han sido concebidos bajo ideas y propósitos similares a los Principios de UNIDROIT, básicamente “... como una respuesta a la necesidad de la Unión de contar con una infraestructura de Derecho de contratos, para tratar de consolidar de este modo el volumen, rápidamente extensivo, de Derecho comunitario dedicado a la regulación de específicos contratos. Los autores esperan que la formulación de los PECL deriven algunos beneficios que, según ellos, son los siguientes: a) La facilitación del comercio transfronterizo dentro de la Europa comunitaria, ... b) Un reforzamiento del mercado único. ... c) La creación de una infraestructura técnica de Derecho comunitario en materia de contratos. ... Los PECL pueden ser – se dice – un puente entre el *Civil Law* y el *Common Law*. ... e) Los PECL quieren ser los fundamentos o los cimientos de la futura legislación europea. ... f) Los PECL pretenden ser una moderna formulación de la *lex mercatoria*. DÍEZ PICAZO; ROCA TRIAS; MORALES. *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 76 a 78. Cf., MURILLO COLQUE, María Luisa, “El proceso de armonización y unificación del derecho contractual en el ámbito del derecho privado”, en Revista de Derecho, Universidad de Piura, V 3, 2002, p. 127 y ss.

⁷ PERALES VISCASILLAS, María Del Pilar, El derecho uniforme del comercio internacional: los principios de unidroit, *Pace Law School Institute of International Commercial Law*. <http://www.cisg.law.pace.edu>. LEVY, DAVID, “Contract formation under the UNIDROIT Principles of International commercial Contracts, UCC, Restatement, and CISG”. cit., pp. 253 y 254.

⁸ *International Institute for the Unification of Private Law*, <http://www.unidroit.org>

De acuerdo con el Estatuto Orgánico de UNIDROIT del 15 de marzo de 1940, aprobado en Colombia por medio de la Ley 32 de 1992, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, tiene por objeto, según el art. 1º:

... estudiar los medios de armonizar y coordinar el derecho privado entre los estados o entre grupos de estados y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos estados de una legislación de derecho privado uniforme. A tal fin, el Instituto:

- a) Prepara proyectos de leyes o convenciones con miras a establecer un derecho interno uniforme⁹;*
- 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 difusión¹⁰.*

Precisamente, entre los antecedentes de la Convención de 1980 sobre compraventa de mercaderías, se encuentra el trabajo de UNIDROIT. En efecto, los antecedentes de la Convención de Viena de 1980 para la compraventa internacional de mercaderías, se remontan a los trabajos de la comisión designada por la Asociación de Derecho Internacional reunida en Estocolmo en 1924, los trabajos de la Comisión de UNIDROIT de 1930 que preparó un proyecto de Ley Uniforme de la compraventa internacional, el proyecto de Ley Uniforme sobre venta internacional de objetos mobiliarios corporales de 1939,

⁹ La Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI) se creó con la finalidad de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional.

¹⁰ Señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-048 de 1994, M.P. Fabio MORÓN DÍAZ, al declarar la exequibilidad del Estatuto Orgánico de UNIDROIT: "*La señora ministra de Relaciones Exteriores en la exposición de motivos de la ley que ahora se revisa, expuso que el gobierno presentó el proyecto a la aprobación del Congreso una vez el acuerdo fue firmado ad referendum, de conformidad con el compromiso implícito en su firma, el mismo año de 1940. Por las circunstancias de la época, la ley aprobatoria no alcanzó a ser expedida, y con el correr de los años Colombia siguió participando en el Instituto sufragando cuotas pero sin obtener real beneficio de sus actividades. Por ello quiere ahora el gobierno solicitar la aprobación legislativa para que podamos ratificar el Estatuto Orgánico vigente del mencionado instrumento y participar en forma decidida en los esfuerzos que viene realizando esta institución en aras de armonizar la legislación de los países allí representados*".

Son evidentes 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".

(...)

Adicionalmente, la iniciativa del gobierno encuentra justificación en la circunstancia de que en UNIDROIT toman asiento importantes juristas del mundo y en que allí se debaten temas de indudable importancia y utilidad, para el desarrollo de la legislación y la doctrina colombianas en el campo del derecho privado, lo cual está unido al hecho de que se viene participando en el Instituto desde su creación".

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

la Conferencia Internacional de La Haya de 1964, donde se aprobaron la LUVI, o Ley Uniforme sobre la venta internacional de objetos mobiliarios corporales, y la LUF, o Ley Uniforme sobre la formación de los contratos de venta internacional de objetos muebles corporales¹¹.

Entre otros, los instrumentos legales sobre los cuales ha trabajado el Instituto, están, además de las Convenciones sobre normas uniformes referidas, la Convención internacional sobre el contrato de viaje, la Convención sobre normas uniformes en la expresión de la voluntad internacional, la Convención UNIDROIT sobre *leasing* financiero internacional y la Convención UNIDROIT sobre *factoring* internacional.

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

2. LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT PARA LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

2.1. Aspectos generales: Origen, estructura, propósito y naturaleza jurídica de los Principios

En el año de 1968, con ocasión de la celebración de los 40 años de fundación de UNIDROIT, surgió la idea de crear un cuerpo normativo para los contratos comerciales internacionales. El Consejo Directivo de UNIDROIT en su reunión de 1971 incluyó en la agenda de trabajo la preparación de un ensayo de unificación relativo a la parte general de los contratos, sin embargo, no fue sino hasta 1980 cuando se creó el grupo de trabajo, que se constituyó con representantes de diversas culturas y sistemas jurídicos del mundo, representantes de llamado *Civil law*, del *Common law*, y de los sistemas socialistas¹². Igualmente fueron consultados expertos académicos y abogados

¹¹ Cf., PARRA ARANGUREN, Gonzalo, "Legislación uniforme sobre la compraventa internacional de mercaderías", en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas Venezuela, No 35, 1986, p. 9 y ss.

¹² BONELL, Michael Joachim, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?" *Tulane Law Review*, Vol. 69 April 1995, n° 5, p. 1126. BONELL, MICHAEL JOACHIM, "Unification of Law by Non – Legislative means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts", *cit.*, p. 618 y ss.

dedicados al derecho de contratos, así como organismos gubernamentales y de negocios¹³. Las labores terminaron en el año de 1994 con la publicación de los *Principios para los contratos comerciales internacionales*. Los *Principios de UNIDROIT*, originalmente fueron redactados en inglés, y en aras de facilitar su difusión y utilización, se redactaron comentarios a cada artículo por parte del grupo de trabajo. Con los mismos objetivos, se han traducido a diferentes idiomas. En el año 2001 se publicó la segunda versión de la traducción oficial al idioma español, realizada por el profesor ALEJANDRO GARRO¹⁴.

Según opinión de expertos, Los *Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales*, representan una nueva aproximación al derecho de los negocios internacionales, y son un intento por remediar muchas de las deficiencias surgidas del derecho aplicable a tales negocios¹⁵. No están concebidos como una forma de modelo de cláusulas contractuales para ningún tipo de convenio en particular, ni constituyen una forma de convención internacional de Ley Uniforme para los contratos internacionales, y como se verá más adelante, derivan su valor solamente de su fuerza persuasiva.

Los *Principios* son un intento por enunciar reglas que son comunes a la mayoría de sistemas legales existentes, y al mismo tiempo, adoptar soluciones que mejor se adapten a las necesidades del tráfico internacional¹⁶.

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

¹³ LEVY, *cit.*, p. 256. BONELL, “*The UNIDROIT Principles...*” *cit.*, pág. 1147.

¹⁴ La versión oficial junto con los comentarios pueden consultarse en: <http://www.unidroit.org>.

¹⁵ BONELL, “*The UNIDROIT Principles...*”, *cit.*, p. 1123.

¹⁶ BONELL, “*The UNIDROIT Principles...*”, *cit.* p. 1129. FARNSWORTH, E. Allan, *Contracts, 3a*, Aspen Law & Business, New York, 1999, p. 29. “Se advierte una marcada influencia de la Convención de Viena, y de modernos instrumentos legislativos tales como el Código de Comercio Uniforme Norteamericano (*Uniform Commercial Code U.C.C.*), el Código Civil Holandés de 1992, los Incoterms de 1990, etc.”. MURILLO COLQUEZ, *cit.*, p. 140.

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

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

Acorde con las necesidades antes planteadas, el propósito de los *Principios* es bastante claro, en el preámbulo de los mismos se dispone que:

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

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”.

Tal como anota Perales, 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 contratantes¹⁷.

La respuesta a cuál puede ser la fuente de su obligatoriedad se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes, principio rector del derecho contractual, es decir: los principios serán aplicables a los contratos, cuando así lo hayan acordado las partes¹⁸. Pero, como lo veremos, varios tribunales internacionales

¹⁷ *Ibidem, op. cit.*

¹⁸ De acuerdo con lo expresado en el preámbulo, Cf., LARROUMET, Christian, *La valeur des principes D'UNIDROIT applicables aux contrats du commerce international*, No 11, *La semaine juridique, Juris- Classeurs Périodiques, édition général*, Paris (1997-1), pp. 147-152. Sobre este punto indican CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ: “En los contratos internacionales, presentan carácter dispositivo, pues sólo se aplican previa elección de los mismos por las partes y pueden ser modulados por las mismas”. *Derecho internacional privado*, V. 1, 2ª, Comares, Granada 2000, p. 44.

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 mundo¹⁹.

En principio, entonces, tienen un carácter eminentemente potestativo. Además de acuerdo con esta naturaleza, cuando las partes en un contrato acuerden someterse a ellos, igualmente pueden excluir la aplicación de algunas de sus normas, (salvo las que expresamente los prohíban), o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones²⁰.

Debemos, sin embargo, tratar de aclarar lo que puede entenderse como *Principios*. Toda vez que creemos que dentro del articulado de los *Principios de 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. En anteriores ocasiones nos hemos manifestado de acuerdo con la posición que ha pretendido ver a los *Principios de UNIDROIT* como manifestación de la costumbre internacional, y como fiel reflejo de la *lex mercatoria*²¹. Hoy no somos partidarios de hacer tal afirmación de manera tajante. Primero, por lo que hemos manifestado anteriormente, en el sentido de que la *lex mercatoria* la asumimos como la denominación dada al derecho mercantil internacional, que está constituido por varias fuentes: los principios generales del derecho relativos a las relaciones comerciales internacionales; los usos y prácticas uniformes observados en la práctica comercial internacional y reglas consagradas por la práctica arbitral internacional²².

En segundo lugar, puede ser que algunos de los artículos de los *Principios* reflejen costumbres internacionales, pero también otros serán reflejo de lo que

¹⁹ En el comentario oficial al preámbulo se anota: “*Los Principios constituyen un conjunto de normas de derecho contractual comunes a diversos ordenamientos jurídicos, mejor adaptadas a las exigencias del comercio internacional*”.

²⁰ Cf. Artículos 1.5, 1.7, 3.19, 5.7 (2), 7.4.13 (2), 7.1.6.

²¹ Cf. OVIEDO ALBÁN, Jorge, “Los *Principios* UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales. (Su importancia en la armonización y unificación del derecho privado)”, *Universitas*, No 100, Pontificia Universidad Javeriana, p. 121 y ss.

²² CALVO CARAVACA – CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, cit., p. 44.

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

conocemos como principios generales del derecho²³, y otras más, serán disposiciones creadas legislativamente, que en el caso de los *Principios* han sido adoptadas bajo el entendido de que pueden facilitar el comercio internacional²⁴. Por ejemplo, véase el caso de la norma sobre incumplimiento esencial, también reflejada en la Convención sobre compraventa internacional²⁵. El hecho de que otros códigos contengan soluciones diferentes sobre el particular, significa que esas reglas son propias de algún sistema, y no reflejen propiamente los usos del tráfico, ni los principios generales del derecho. Cuestión diferente sucede con el principio de buena fe, ese sí criterio fundante. Por ello, lo que proponemos es distinguir en cada caso concreto, para concluir si nos encontramos efectivamente ante una norma que sea reflejo de un principio de derecho, o más bien una regla adoptada por consenso.

El tema lo desarrollaremos un poco más a fondo cuando veamos las aplicaciones jurisprudenciales, sobre todo en cuanto al alcance de la utilización de los *Principios de UNIDROIT* como *lex mercatoria*²⁶.

Es preciso detenernos en el análisis de cada uno de los puntos indicados en el preámbulo, lo que nos permitirá entender el contexto general de los *Principios*. El límite que encuentran los *Principios* está constituido por las normas imperativas nacionales e internacionales²⁷. En este sentido el artículo 1.4 que dispone: “*Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter*

²³ “Los principios generales del derecho son normas jurídicas fundamentales, imperativas, tópicas, axiológicas, implícita o explícitamente positivas, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento”. VALENCIA RESTREPO, HERNÁN, *Nomóárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*, 2ª, Temis, Bogotá, 1999, p. 55.

²⁴ Según CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ se trata de una serie de principios positivizados, cuya verdadera fuente directa es la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa, y ciertas prácticas arbitrales. *Derecho internacional privado*, p. 44.

²⁵ Cf. artículo 7.3.1. de los *Principios* y artículo 25 de la Convención.

²⁶ ARCE ARGOLLO se manifiesta de la siguiente manera: “*Debe ser clara la intención de las partes de someter un determinado contrato a los Principios de UNIDROIT, pues si se utilizan los términos de lex mercatoria o de principios generales del derecho, sin que sea clara la referencia a los Principios de UNIDROIT, a pesar de que lo señale el preámbulo, esto puede dar lugar a confusiones.*

El concepto de lex mercatoria es motivo de grandes disputas en el derecho del comercio internacional. Su nombre, y lo que implica, es muy atractivo: una ley especial que rige las relaciones del comercio internacional. Es un concepto elegantemente formulado en latín. Es un concepto misterioso; suscita preguntas fundamentales, ¿qué significa el término lex mercatoria?, ¿quién, y dónde codificó esta ley?, ¿con qué autoridad lo hizo?, ¿cómo se modifica y evoluciona? Pero, sobre todo, es peligroso someterse a una lex mercatoria ya que su contenido no se conoce. Se corre el riesgo que, finalmente, la lex mercatoria aplicable será lo que digan los árbitros en su laudo”. ARCE GARGOLLO, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, Porrúa, 7ª, México, 2000, p. 61. El autor basa su comentario en ABASCAL ZAMORA, José María, “Los principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT”, serie de artículos publicados en el periódico *El Financiero*, México a partir de enero 8 de 1997.

²⁷ 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. Comentario al preámbulo en la edición del Ministerio de Justicia.

imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado”.

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

2.2. *Ámbito de aplicación*

Conforme a lo dispuesto en el preámbulo, los *Principios* son aplicables a los contratos mercantiles internacionales, en aquellos eventos en los que las partes hayan acordado regular dichas relaciones contractuales conforme a estos, incluso tratándose de contratos nacionales²⁸. Pueden ser además utilizados como modelo para la legislación interna de los países o legislación internacional. Los *Principios* no sólo se limitan a la regulación de contratos específicos, sino que también pueden ser utilizados para la interpretación y complemento de disposiciones uniformes internacionales. No obstante las varias aplicaciones posibles de los *Principios*, estos están concebidos principalmente para regular contratos mercantiles internacionales²⁹, razón por la cual es menester determinar lo que se entiende por tales.

2.2.1. *Mercantilidad del contrato*

Sin definir lo que se entiende por contrato, los *Principios* delimitan el tipo de negocios jurídicos a los cuales se aplica al utilizar el término contratos mercantiles, dándole un sentido amplio a la expresión “mercantilidad” que no se limita a la tradicional discusión sobre su naturaleza civil, o mercantil, sino que más bien buscan abarcar el mayor número de operaciones mercantiles posibles de manera que tal como se afirma en el comentario al preámbulo, entre

²⁸ Así se expresa en el comentario al preámbulo: “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”. Esto, siempre y cuando se observen los límites impuestos por la ley imperativa.

²⁹ El campo de aplicación de los *Principios* es más pretencioso que el de algunas regulaciones del derecho mercantil internacional, que sólo se aplican – en principio – a contratos de compraventa internacional de mercaderías. Los PECL o Principios Europeos para la contratación, igualmente tienen un ámbito material de aplicación más amplio, pero incluso, superior a los principios de UNIDROIT, dado que no se califican como contratos comerciales, sino que por el contrario, tal como se indica en el art. 1.101, sección I, capítulo I, “Los presentes principios tienen por objeto ser aplicados con carácter general como Derecho de Contratos en la Unión Europea”. En DÍEZ PICAZO, et. al., *Los Principios...* ya citado, p. 21.

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

los cuales se destacan entre otros, los contratos de prestación de servicios profesionales³⁰, excluidos de la materia mercantil según algunas posiciones legislativas como es el caso del Código de Comercio colombiano en el artículo 23.

Podría afirmarse en un comienzo que los *Principios* han dejado además a un lado los clásicos criterios “objetivo”, y “subjetivo” para la determinación de la naturaleza mercantil de ciertos actos jurídicos, porque se busca más bien que puedan aplicarse tanto en aquellos países cuyas regulaciones mercantiles acogen el criterio objetivo, como aquellos que se matriculan en el contrario³¹.

A pesar de que la intención de los *Principios* es la de abarcar el mayor número posible de operaciones económicas, se ha excluido expresamente a aquellas operaciones denominadas “de consumo”³², entendiéndose por tales según el comentario al preámbulo contenido en los *Principios*³³, las que son celebradas por aquella persona que, en su actividad contractual, no efectúa un acto de comercio, ni obra en ejercicio de su profesión³⁴.

³⁰ Es de tener en cuenta la consideración de ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS para quienes el contenido del Derecho mercantil internacional reviste un carácter empresarial y profesional, “...con el que se connota el campo de aplicación de las normas internacionales: cuando, así pues, se afirma que este conjunto de normas compone el DUCI – Derecho Uniforme del Comercio Internacional-, está poniéndose de relieve el carácter empresarial de las transacciones disciplinadas, las cuales, por otra parte, no resultan ser exclusivamente comerciales en sentido propio: son también transacciones en el campo de la prestación de servicios, de la transformación de la naturaleza y de la circulación de capitales. Por consiguiente, el calificativo comercial y el término comercio son empleados en sentido impropio o figurado y en su seno se comprenden otras transacciones internacionales que además de suponer un intercambio se producen con finalidad empresarial: profesionalmente así pues”. ILLESCAS ORTIZ, Rafael; PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Universidad Carlos III. Madrid. 2003, pp. 30 y 31.

³¹ El comentario oficial dispone: “La restricción del ámbito de aplicación de los Principios a los contratos “mercantiles” no pretende apoyarse en la tradicional distinción que existe en algunos sistemas jurídicos entre el carácter “civil” y “mercantil” de las partes y/o de los negocios jurídicos. No se trata de condicionar la aplicación de los Principios al carácter formal de comerciantes que puedan tener las partes o la naturaleza mercantil del contrato”.

³² Igual exclusión se encuentra en el Código de comercio colombiano, el cuál dispone en su art. 23: “No son mercantiles: 1. La adquisición de bienes con destino al consumo doméstico o al uso del adquirente, y la enajenación de los mismos o de los sobrantes”. En este mismo sentido el artículo 326 del Código de comercio español: No se reputan mercantiles: 1º. Las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquieren”.

³³ “El propósito es excluir del ámbito de los Principios las llamadas “operaciones de consumo”.

³⁴ En efecto, BONELL afirma que “The idea is rather that of excluding from the scope of the UNIDROIT Principles the so called “consumer transactions”, i.e. transactions involving a party which is not acting in the course of its trade or profession”. BONELL, Michael Joachim, “The UNIDROIT Principles of international commercial Contracts. Nature, Purposes and first experiences in practice”. Cf. BONELL, *Unification of Law by Non – Legislative Means*, cit., p. 621. PERALES VISCASILLAS explicando el punto afirma que: “Los Principios hablan de contratos mercantiles, pero sin especificar que contratos quedarán incluidos bajo su órbita. Lo cual es problemático porque, de una parte, existen legislaciones con una doble regulación de los contratos según su naturaleza civil o mercantil -por ejemplo la española (arts. 325 y 326 C. Co.), francesa, alemana y austriaca - mientras que, de otra, algunas legislaciones tratan de forma unitaria a los contratos -por ejemplo, la italiana, y la suiza-, sin perjuicio, de la existencia de algunas reglas especiales aplicables, la mayor parte de las veces, a los contratos mercantiles. No obstante, del comentario al preámbulo se deriva que no se pretende fomentar la “batalla entre códigos”, sino excluir del ámbito de los principios las operaciones de consumo, confirmando así una tendencia ya clásica en el derecho uniforme del comercio internacional. La razón de la exclusión de los contratos con consumidores radica en la no interferencia con las leyes nacionales imperativas que están destinadas a proteger a la llamada “parte débil” en la relación contractual. Y es que es evidente que en el derecho uniforme del comercio internacional no hay parte débil o, al menos, las diferencias entre las partes contratantes no son tan

Sin embargo, en nuestro parecer, no fue acertada la distinción entre operaciones de consumo y su limitación frente a otras operaciones económicas, pues a pesar de atribuir las primeras a aquellos actos celebrados por consumidores, no aclaró satisfactoriamente cuando un contratante actúa como tal, es decir; deja viva la discusión entre los criterios para distinguir cuando nos encontramos o no frente a un acto de comercio, sin tener en cuenta la finalidad buscada consistente en abarcar el mayor número posible de operaciones mercantiles. Además, es de tener en cuenta que la realidad de la economía y el derecho muestran como las normas que en su momento fueron exclusivas para los sujetos que se calificaron como “comerciantes”, cada vez más rigen a todos aquellos protagonistas del mercado, entre los cuáles se encuentran individuos, empresas, sociedades, incluso estados³⁵.

A nuestro modo de ver, debió aprovecharse la ocasión, e intentar una fórmula que unifique los actos mercantiles con los actos civiles, si es que en realidad se quería, como se mencionó, abarcar todo tipo de operaciones económicas y no distinguir entre operaciones civiles y mercantiles, pues como anotamos – insistimos- sí se distinguió.

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

Sobre este punto, es de anotar que el comentario al preámbulo de los *Principios de UNIDROIT* va acorde con la exclusión hecha en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, de las “compraventas de consumo”. En efecto, se excluyen del campo de aplicación de la Convención las compraventas de mercaderías, según el art. 2 “*compradas para uso*

acusadas como sucede en la contratación con consumidores”. PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. *El derecho uniforme del comercio internacional: los Principios de UNIDROIT*, Pace Law School Institute of international commercial law, <http://www.cisg.law.pace.edu>

³⁵ RANDALL, Kenneth C.; NORRIS, John E. “A new paradigm for *Internacional Business Transactions*”. 71 Washington University Law Quarterly 599, Fall, 1993. Tal como afirman los autores: una transacción internacional incluye compraventas, licencias e inversiones; en una transacción de negocios internacional las partes pueden ser individuos, pequeñas y grandes empresas multinacionales e incluso países.

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiere tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso"³⁶. Sin embargo, es preciso indicar que los Principios son más ambiciosos que la Convención de Viena sobre compraventa al regular (salvo la exclusión anotada) todo tipo de contratos, mientras la Convención sólo se aplica a los contratos de compraventa³⁷, igualmente, no importa para efectos de su aplicación, el tipo de bienes sobre los cuales recaerán los contratos, como en principio si importa para efectos de la Convención sobre compraventa³⁸.

2.2.2. Internacionalidad del contrato

En un contrato puede haber varios criterios que permitirían pensar en su carácter internacional, tales como: la nacionalidad de las partes intervinientes, la ubicación de los bienes objeto del contrato, el lugar de celebración, el lugar de ejecución, el domicilio de las partes o la localización de su establecimiento, el lugar de pago, el lugar de destino de los bienes, el transporte del mismo, entre otros. En torno a lo anterior las leyes nacionales suelen regular los siguientes aspectos³⁹: a. La capacidad de las partes contratantes; b. Los requisitos de forma del contrato; c. La naturaleza y efectos del contrato; d. La

³⁶ Cf., CAFFARENA LAPORTA, Jorge, quien afirma: "El motivo fundamental para excluir las compras de consumo es evitar que las reglas de la Convención entren en conflicto con las normas imperativas de protección a los consumidores existentes en numerosos países. Además se ha considerado que económicamente estas ventas tienen escasa importancia para el comercio internacional". En DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *La compraventa internacional de mercaderías*, Civitas, 1999, pp. 60 y 61.

³⁷ Puede consultarse a FERRARI, Franco, *La compraventa internacional: aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, y PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, *La formación del contrato en la compraventa internacional*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, y PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, *El contrato de compraventa internacional de mercancías*. Pace Law School Institute of international commercial law, <http://www.cisg.law.pace.edu>

³⁸ Con la utilización de la expresión mercaderías, algunos autores expresan que se delimita la naturaleza mercantil de la Convención. Quedarían excluidas las compraventas de bienes corporales muebles que no tengan como objeto bienes que "circulen" o estén llamados a hacerlo, dentro del tráfico económico. En cuanto al concepto de mercaderías: la Convención no las define, sin embargo la doctrina y jurisprudencia se han orientado hacia un concepto que es el de bienes muebles corporales como objeto característico de las transacciones comerciales, y el art. 2º enumera algunos bienes sobre cuyas operaciones de compraventa no se aplica la Convención, que son: los valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero, buques, embarcaciones, aerodeslizadores aeronaves, y electricidad. La doctrina y jurisprudencia han agregado que la venta de bienes muebles incorporales está excluida del campo de aplicación de la normativa vienesa, como sería el caso de las invenciones industriales, las marcas o nombres comerciales, el *Know how*. Sin embargo, la doctrina llama la atención para que la no inclusión de una definición de mercadería en la Convención no debe servir de pretexto para acudir al derecho nacional en busca de definición. Cf., *OLG. KÖLN* 26 de agosto de 1994, comentado por FERRARI, *op. cit.*, p. 146. Según FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, y CALVO CARAVACA, "Son mercancías, a efectos de la Convención, las cosas corporales de naturaleza mueble de todo tipo, como, por ejemplo, automóviles, maquinaria, programas de ordenador, fruta o libros. ... Aun cuando puedan ser objeto de compraventa, quedan, por consiguiente, excluidos de la Convención las empresas, los bienes inmuebles, así como los derechos incorporales -por ejemplo, cesiones de créditos, los denominados derechos (patrimoniales) de autor o las licencias de patentes-". FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 567.

³⁹ CAICEDO CASTILLA, José Joaquín, *Derecho internacional privado*, Temis, 1960, p. 320. Igualmente BONELL, *Unification of Law by Non-Legislative Means*, cit., p. 621.

ejecución del contrato, pero no contienen una definición exacta de que es un contrato internacional, cosa que tampoco hacen las reglas de carácter internacional, sino que solamente “... indican cuándo un contrato es regulado por dicha normativa, es decir, cuándo un contrato es internacional a los efectos de la aplicación de dicha normativa”⁴⁰, tal como sucede con la Convención de Viena sobre compraventa internacional.

Para determinar la categoría *contrato internacional* se han desarrollado diversas tesis, entre las que destacan la “tesis del elemento extranjero puro” y la “tesis del efecto internacional”. De acuerdo con la primera, “... un contrato es *internacional* cuando presenta, al menos, un *elemento extranjero*, cualquiera que sea dicho elemento”⁴¹. Por su parte, la tesis del “efecto internacional” es aquella que afirma que un contrato es internacional “... cuando produce << efectos conectados con otros países >> o afecta a los intereses del comercio internacional”⁴², tesis desarrollada en el arbitraje privado internacional⁴³.

Los *Principios de UNIDROIT*, no adoptan claramente ningún criterio para establecer la internacionalidad del contrato. En el comentario al preámbulo se afirma que estos deben ser interpretados de la manera más amplia posible. El carácter internacional de los contratos mercantiles tiene una amplia connotación, ya que tal como lo afirma el preámbulo, únicamente se excluyen las relaciones contractuales ausentes de todo elemento de internacionalidad, es decir, cuando los elementos esenciales del contrato tengan conexión con una sola nación⁴⁴.

⁴⁰ CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. *Configuración básica del contrato internacional*, en CALVO CARAVACA – CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores). *Curso de contratación internacional*, Madrid, Colex, 2003, p. 97.

⁴¹ CARRASCOSA, *ib. op. cit.*, p. 98. Sobre el punto indica además: “En efecto, <<elemento extranjero>> es cualquier dato presente en el contrato que no aparece conectado con el país cuyos tribunales conocen del asunto. No importa pues, en este plano, ni su *naturaleza* –elemento personal, real, local o *conductista*, voluntario etc. -, ni su *intensidad de extranjería* – más o menos conexión con otros ordenamientos o Estados-, ni su *relevancia*- importancia objetiva en el contexto de la relación-”. *cit.*, p. 98

⁴² CARRASCOSA, *cit.*, p. 99

⁴³ Según indica CARRASCOSA, esta tesis es sugestiva pues en ella “... la internacionalidad se hace derivar de los efectos de las relaciones jurídicas y no de sus elementos, lo que acentúa el carácter finalista de la tesis (...) Pero la tesis del efecto internacional, sin embargo, parece excesiva e imprecisa (A. BUCHER): a) Es excesiva porque contratos sin elementos extranjeros se consideran internacionales, sólo en base a los efectos << internacionales >> que producen; b) Es imprecisa porque resulta difícil prever cuándo un contrato produce o puede producir efectos internacionales, mientras que es más sencillo detectar los elementos extranjeros de un contrato”. *Op. cit.*, p. 99.

⁴⁴ BONELL, “Unification of Law by Non- Legislative Means, The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts”, *The American Journal of Comparative Law*, V. XL, Summer, 1992, No 3, p. 621.

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Los *Principios*, quisieron adoptar un criterio lo suficientemente amplio en su interpretación, que permitiera excluir solamente los casos en que dentro del contrato no existiera ningún elemento internacional, es decir, cuando todos los elementos relevantes en el contrato en cuestión estuvieran conectados con un solo país⁴⁵.

En la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, el carácter internacional está determinado de la siguiente manera:

Artículo 1º. 1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en estados diferentes:

- a) Cuando esos estados sean estados contratantes; o*
- b) Cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante.*

(...)

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

A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.

El criterio determinante es la ubicación del establecimiento⁴⁶, sin importar la nacionalidad de las partes, ni la de aquél. Debe agregarse que no importa para

⁴⁵ En el comentario al preámbulo se afirma: "El carácter "internacional" de un contrato puede definirse de varias formas. Las soluciones adoptadas tanto en las legislaciones nacionales, como internacionales oscilan entre aquellas que requieren que el establecimiento o la residencia habitual de las partes se encuentren en países diferentes y otras que adoptan criterios más generales, como el requisito de que el contrato ofrezca "vínculos estrechos con más de un Estado", "implique una elección entre leyes de diversos estados" o "afecte los intereses del comercio internacional".

⁴⁶ Aunque no es objeto propio de este trabajo nos permitimos señalar que sobre el concepto "establecimiento", la doctrina ha sentado varias posiciones. La inclusión de una definición sobre el concepto establecimiento fue un tema ampliamente discutido al seno de la conferencia de Viena de 1980 que condujo a la adopción de la Convención. En las actas de la sexta reunión plenaria se pueden apreciar los argumentos en pro y en contra de incluir una definición de la expresión *place of business*. La delegación de Argentina y Bélgica propuso adoptar una definición de dicha expresión, con un doble criterio: *Place of business* tiene que ver con una activa y permanente organización establecida en un Estado determinado, y de otra parte está relacionado con la determinación de ser una evidencia externa de quien tiene el poder de negociar o emprender operaciones de compra y venta. Igualmente se consideró que al requerir que *place of business* fuera una organización permanente, se excluiría a los agentes que tuvieran poder de representar a la compañía o de negociar sin poder de representarla. Igualmente, un agente no puede ser considerado como *place of business* de la parte contratante, porque es un intermediario independiente y compra o vende en su propio nombre, y no en el de la otra parte. Tras debatir el tema, la propuesta de incluir una definición de *place of business*, fue rechazada por 23 votos contra 17 y 5 abstenciones. Aunque el concepto de organización estable no quedó incluida en el art. 1º de la Convención, algún sector de la doctrina insiste en afirmar que el establecimiento o *place of business* es toda "instalación de una cierta duración, estabilidad y con determinadas competencias para dedicarse a los negocios". El término "establecimiento", a nuestro modo de ver debe ser entendido, siguiendo a GARRO, en el marco de la Convención, como el lugar donde se celebran los negocios de manera

la determinación de la internacionalidad, bajo la Convención de Viena, la ubicación de los bienes objeto del contrato, ni el lugar de su ejecución⁴⁷.

Es más satisfactoria, a nuestro juicio, la solución dada por los *Principios de UNIDROIT*, toda vez que en la Convención, la internacionalidad se ve limitada y no abarca todas las compraventas que revistan el carácter de internacionales, de acuerdo con que alguno de sus elementos lo sea⁴⁸.

Aunque más adelante nos referiremos a las funciones de los principios de UNIDROIT analizadas fundamentalmente a partir de decisiones arbitrales y fallos de cortes locales, es del caso citar por la pertinencia y relevancia con el concepto de contrato internacional⁴⁹, la Decisión de la Corte Suprema de Venezuela en el caso de *Bottling Companies Vs. Pepsi Cola Panamericana S.A.* Se trataba un contrato celebrado entre dos compañías venezolanas, en el cual estipularon que cualquier diferencia que pudiera surgir debería ser sometida a arbitraje en Nueva York, bajo las reglas de Arbitraje de la CCI. Cuando una de las partes hizo valer la cláusula, la otra la objetó como inválida y solicitó que fueran los tribunales venezolanos los que se declararan competentes para solucionar la disputa. Confirmando la decisión de la Corte de Caracas, la Corte Suprema de Venezuela rechazó el requerimiento y sostuvo la validez de la cláusula arbitral. Basó su decisión en la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento de fallos arbitrales extranjeros y la Convención interamericana de 1975 sobre arbitraje comercial internacional, ambas fueron ratificadas por Venezuela y expresamente afirman la naturaleza obligatoria del acuerdo por el cual las partes en un contrato comercial

habitual, y no como el lugar donde el comerciante tenga la locación o lugar físico para desarrollar su negocio. En este sentido se pronunció la jurisprudencia alemana (aunque para el caso de la Convención de La Haya de 1964), "Hay establecimiento allí donde está situado el centro de la actividad empresarial dirigiendo la participación en el comercio, de modo que se establezca una vinculación adecuada entre la misma empresa y el estado en que opera, con tal que esté caracterizado por un efectivo poder autónomo". BGH, 2 de junio de 1982, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, p. 2731, citada por FERRARI, FRANCO, *La compraventa internacional. Aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*, Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 67. GARRO, Alejandro, "La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: su incorporación al orden jurídico argentino", *Pace School of Law Institute of International Commercial Law*, <http://www.cisg.law.pace.edu>

⁴⁷ La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales establece en su art. 1:

"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."

⁴⁸ CARRASCOSA critica la solución de los Principios de UNIDROIT diciendo "Qué son los << elementos trascendentes >> del contrato no se sabe; qué son << puntos de conexión con una nación >> tampoco se sabe". *Cit.*, p. 100.

⁴⁹ Corte Suprema de Venezuela (Cámara política y administrativa), Decisión de 9 octubre de 1997 caso de *Bottling Companies Vs. Pepsi Cola Panamericana S.A. UNILEX*.

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

internacional deciden someter cualquier diferencia a arbitraje. Y si bien era cierto que en el caso en cuestión, ambas partes eran compañías venezolanas, la Corte se atuvo a que las dos convenciones podían ser aplicadas desde que una de las dos fuera considerada como subsidiaria de una Compañía de los Estados Unidos. En soporte de esta amplia interpretación, del concepto de “contrato internacional” de acuerdo con el art. 1 de la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial, la Corte se refirió entre otros, al preámbulo y al comentario de los Principios de UNIDROIT según el cuál el concepto de contrato internacional debe ser entendido de la forma mas amplia posible, para finalmente excluir solo aquellas situaciones que no tuvieran ningún elemento internacional, como cuando todos los elementos del contrato en cuestión están conectados con un solo país.

2.3. Funciones de los Principios: aplicaciones jurisprudenciales

Los *Principios de UNIDROIT*, al recoger reglas de distintas culturas jurídicas y económicas permitirán el acceso a innovadores soluciones que contribuirán a enriquecer y renovar nuestra jurisprudencia, por otra parte, son un paso adelante en la necesidad planteada de armonizar y 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, que pasaremos a analizar a continuación, indicando algunas aplicaciones jurisprudenciales⁵⁰. Sin embargo, podemos adelantarnos a lo que será estudio detallado, diciendo que en general los papeles fundamentales asignado a los *Principios* y desarrollados por la jurisprudencia, especialmente, laudos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), se pueden resumir en: papel o función normativa, y papel o función interpretativa.

2.3.1. Aplicación de los Principios como ley del contrato

Basado en el principio de la *autonomía de la voluntad*, las partes en un contrato pueden escoger a los *Principios* como "ley del contrato". Precisamente, en el

⁵⁰ Los casos han sido tomados de la selección hecha por UNIDROIT, <http://www.UNIDROIT.org> *Selected case law relating to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. Igualmente de la base de datos UNILEX. Sobre cada una de estas funciones ver: BONEL: OP. cit., p. 1141 y ss.

comentario al preámbulo se recomienda que: "cuando las partes deseen adoptar los Principios como el derecho aplicable a su contrato, es aconsejable combinar la adopción de los Principios con un acuerdo de arbitraje"⁵¹.

Serían aplicables los *Principios de UNIDROIT* de manera directa al contrato. En este caso los *Principios* se aplicarán con exclusión de la ley nacional, siempre y cuando no intenten derogar las normas de carácter imperativo de cada país⁵².

Lo que nos parece interesante, es la existencia de varios casos que han sido objeto de decisión en tribunales de arbitramento y en cortes locales o extranjeras, sobre contratos en los cuales se han aplicado los *Principios* como ley del contrato⁵³, en algunos casos incluso, sin que haya mediado pacto entre las partes en tal sentido. Podría ser incluso más claro, el hecho de que sea en casos en que mediante pacto arbitral, sean los tribunales de arbitramento internacionales, los que puedan acudir a los *Principios* para fallar conforme a ellos, pues tal como señala Bonell, los árbitros no necesariamente están obligados a basar su decisión en una ley doméstica particular⁵⁴. Esta posibilidad se evidencia aún más, cuando, los árbitros están expresamente autorizados por las partes para decidir *ex aequo et bono*⁵⁵. Cabe destacar los casos en que los jueces han encontrado aplicables los *Principios de UNIDROIT*

⁵¹ Igual sucede con los PECL: art. 1.101 (2) "Los Principios se aplican cuando las partes hayan convenido incorporarlos a sus contratos o que tales contratos se rijan por ellos".

⁵² OLAVO BAPTISTA, Luiz, *The UNIDROIT Principles for International Commercial Law Project: Aspects of International Law*. Tulane Law Review, Vol. 69, No 5, April 1995, p. 1220. FERRARI, Franco, *Defining the sphere of application of the 1994 "UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts"*, Tulane Law Review. Vol. 69, N° 5, April 1995, p. 1227- 1228.

⁵³ Recuérdese que cuando las partes han decidido someter el contrato a un arbitraje, "...en este caso los árbitros no están ligados a las normas de conflicto del foro con lo cual los Principios del UNIDROIT en cuanto reglas de derecho podrán ser elegidas por las partes para arreglar sus diferencias, aplicándose éstas independientemente de los ordenamientos internos (salvo en lo referente a las disposiciones imperativas contenidas en los mismos). PARRA RODRÍGUEZ, Carmen, El nuevo derecho internacional de los contratos, Universidad Externado de Colombia, J.M. Bosch Editor, Barcelona. 2002, p. 194. Igualmente téngase en cuenta el art. 17 el Reglamento de Arbitraje de la CCI: "1. Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas". En esta eventualidad estaríamos refiriéndonos a una aplicación indirecta de los Principios, originada no en el acuerdo contractual, sino en la posibilidad de los jueces o árbitros para determinar la ley aplicable al contrato.

⁵⁴ BONELL, *The UNIDROIT Principles of International Commercial ... cit.*, p. 1144.

⁵⁵ BONELL, *ib. op. cit.*, p. 1144. Téngase en cuenta que el artículo 208, del Decreto 1818 de 1998 (compila las normas aplicables a la conciliación, arbitraje, amigable composición y conciliación en equidad), establece: "1. El tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables. 2. El tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley. 3. Las disposiciones de los precedentes apartados de este artículo no impedirá al tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*".

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

asimilándolos a la *lex mercatoria*, a la “justicia natural”, entre otros conceptos, como lo veremos en el punto siguiente⁵⁶.

Un caso en el que las partes designaron a los *Principios de UNIDROIT* como ley del contrato, y el tribunal falló conforme a esta estipulación es el decidido por un Tribunal Arbitral en Milán (Italia)⁵⁷. Se trataba de un contrato de agencia comercial para la distribución de artículos de mobiliario, concluido entre una compañía italiana (como principal) y un agente en los Estados Unidos. El principal declaró terminado el contrato ante la inejecución del agente (ausencia de resultados esperados). El agente, que era el demandante, alegó terminación injusta por parte del principal, y reclamó indemnización por los daños causados. Las partes estuvieron de acuerdo en que el Tribunal Arbitral aplicara los *Principios de UNIDROIT*. El árbitro aplicó las siguientes disposiciones de los *Principios*, y en algunos casos refiriéndose también a los comentarios:

- Artículo 1.3 para afirmar el carácter obligatorio del acuerdo entre las partes⁵⁸.
- Los artículos 4.1 y 4.2 para interpretar la declaración escrita de una de las partes como constitutiva del aviso de terminación;
- Artículo 7.3.1 para excluir el derecho a terminar el contrato por una inejecución “esencial”, o “incumplimiento esencial” con respecto a un evento sobre el cual las partes tenían expresamente estipulado renegociar si éste ocurriera.
- Artículo 7.3.5 para afirmar la validez de un término del contrato, según el cual en caso de terminación, expresamente se concedía al principal el derecho a la restitución del promocional material y al agente el derecho a una comisión por órdenes hasta ahora recibidas;
- Los artículos 7.4.1 y 7.4.2 para afirmar el derecho de la parte afligida para ser compensada totalmente por el daño que ha derivado como consecuencia de la inejecución de la otra parte, pero excluir compensación por el sufrimiento emocional y aflicción, pues la parte afligida es una entidad corporativa;

⁵⁶ De todos modos téngase en cuenta la duda que asalta a algún sector de la doctrina sobre si deben considerarse los *Principios* como reflejo de la *lex mercatoria*, a la cual hicimos referencia anteriormente.

⁵⁷ *Arbitral Award. National and International Arbitral Tribunal of Milan (Italy)*, 1. XII. 1996. UNIDROIT. [http://www.unidroit.org/Selected case law relating to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts](http://www.unidroit.org/Selected%20case%20law%20relating%20to%20the%20UNIDROIT%20Principles%20of%20International%20Commercial%20Contracts).

⁵⁸ Art. 1.3. UNIDROIT. (*Carácter vinculante de los contratos*). “*Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios*”.

- Los artículos 7.4.3 y 7.4.4 para limitar la compensación a los costos que se derivan de la inexecución y al daño previsible.
- El artículo 7.4.9 para confirmar la validez de la cláusula del contrato que proporciona derecho a la parte afligida a recibir intereses desde cuando el dinero es debido, y el artículo 7.4.13 para confirmar la validez de la tasa de interés acordada (15%).

También se encuentra como ejemplo, el laudo 8331 de la Cámara de Comercio Internacional⁵⁹, donde el demandante era un fabricante sueco y la demandada una compañía iraní. El caso concernía a un memorando de entendimiento por medio del cual las partes acordaron concluir un contrato de venta de camiones y piezas de repuesto y en general indicaron su intención de iniciar un acuerdo para establecer una ensambladora para la producción del mismo tipo de camiones en el país comprador. Mientras las ventas objeto del contrato estaban concluyendo, el vendedor se negó a participar en negociaciones para montar la ensambladora argumentando que el comprador carecía de la organización empresarial necesaria para el llevar a cabo el proyecto. Las partes acordaron que el Tribunal Arbitral podría aplicar los acuerdos relevantes entre ellas y tener en cuenta si fuere necesario y apropiado, los *Principios de UNIDROIT*. En esta decisión el Tribunal Arbitral aplicó en particular dos artículos de los *Principios*, el art. 4.5, además de los comentarios al mismo, para concluir que al memorando de entendimiento se le debía dar efecto en su totalidad y no solamente en lo concerniente a la parte referida a la conclusión del contrato de venta, y el artículo 5.4. (2), para concluir que la declaración de la intención de las partes para entrar en unas negociaciones con el propósito de llegar a un acuerdo para establecer una ensambladora implicaba una obligación de hacer el mayor esfuerzo para lograr el resultado. De acuerdo con el Tribunal Arbitral, el vendedor al negarse a iniciar las negociaciones quebrantó esta obligación y su argumento de que el comprador no tenía la organización empresarial necesaria no era excusa válida.

⁵⁹ *Arbitral Award. December 1996. ICC Arbitration (Paris). UNIDROIT. UNILEX. BONELL, MICHAEL JOACHIM, The principles of international commercial contracts. Nature, Purposes and First Experiences in Practice. Igualmente en: ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 10, n° 2, Fall 1999, pp. 26 y ss. Final award in case 8331, date: December 1996, lenguaje: English, Claimant: Swedish manufacturer, respondent: Iranian company, place of arbitration: Paris, France.*

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Sin embargo es preciso citar algunas consideraciones doctrinales y arbitrales según las cuáles es un objetivo muy ambicioso el considerar a los principios de UNIDROIT como ley del contrato, toda vez que los mismos “presentan lagunas” y los “... tribunales estatales suelen exigir (...) que todo contrato tenga su propia Ley estatal reguladora”, y además que “Éste objetivo es también de difícil consecución: ante las lagunas de los Principios UNIDROIT, los árbitros recurrirán a una Ley estatal; también aplicarán leyes estatales imperativas para garantizar la ejecución futura del laudo”⁶⁰. En el sentido de esta postura crítica el laudo 9419 CCI dictado en Lugano en septiembre de 1998⁶¹. El caso involucraba a una compañía suiza (Demandante) de Dirección de *countertrade*⁶² y un exportador (demandado, ubicado en Liechtenstein). Los problemas se referían al pago y la entrega. En la cláusula de arbitraje no se especificaba la ley aplicable al contrato. El demandante sostuvo que en ausencia de cualquier referencia a una ley nacional específica, se debía regir por los principios reconocidos de comercio internacional, la *lex mercatoria*, la cuál se encuentra en los principios de UNIDROIT. El árbitro expresó que no estaba de acuerdo con la existencia de la *lex mercatoria* y consideraba que la búsqueda de una ley que pudiera aplicarse a una relación contractual, necesariamente debe llevar a la identificación de una ley nacional. Sobre los Principios de UNIDROIT, consideró que se podían usar cuando las partes los involucraran voluntariamente en su relación contractual, y podían ayudar al árbitro a confirmar la existencia de usos particulares del comercio pero no pueden constituir un cuerpo normativo en si mismo que pueda considerarse como una ley supranacional aplicable que reemplace la ley nacional, basado además en lo que se indica en el preámbulo a los Principios de UNIDROIT. Finalmente el árbitro encontró que las partes implícitamente habían escogido la ley francesa, como la ley aplicable al contrato y aplicable por consiguiente la Convención de Viena de 1980. En el laudo arbitral 8502⁶³, el tribunal decidió aplicar a la disputa la Convención de Viena de 1980 y los Principios de

⁶⁰ CALVO CARAVACA – CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable al contrato internacional”, en *Curso de contratación internacional* cit., p. 55.

⁶¹ ARBITRAL AWARD – ICC Arbitration (Lugano) – September 1998 – Award No. 9419 (final award – in Italian). UNILEX. ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 10 / No. 2, 104. También hacen referencia a este caso CALVO CARAVACA – CARRASCOSA GONZÁLEZ en “Curso de contratación internacional”, ya citado, p. 55.

⁶² Sobre *Countertrade*: FOLSOM, GORDON, SPANOGLE: op. cit., p. 155 y ss. MARZORATI, Osvaldo J. *Derecho de los negocios internacionales* 2ª, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 329 y ss.

⁶³ ARBITRAL AWARD – ICC Arbitration (Paris) – November 1996 – Award No. 8502. ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 10 / No. 2, 72. UNILEX.

UNIDROIT “como practicas evidentemente admitidas bajo la ley del comercio internacional”.

2.3.2. Aplicación de los Principios como *lex mercatoria*

Según lo dispuesto en el preámbulo de los *Principios* que hemos citado anteriormente, estos pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la *lex mercatoria*, o expresiones semejantes⁶⁴.

Aunque puede entenderse incluido en el punto anteriormente explicado, el grado de aplicación, es diferente al anterior, pues en este caso las partes, en principio, no hacen expresa referencia a los *Principios de UNIDROIT* como regla del contrato⁶⁵. Se puede discutir en consecuencia, si las partes si han escogido la ley por la cual el contrato se gobernará y en especial, si se han referido a los *Principios UNIDROIT*.

Asimismo, entra en la discusión su naturaleza, es decir: si en realidad los *Principios* reflejan aquellas reglas superiores anteriores a todo derecho positivo, o son reflejo de costumbres o de reglas sobre las cuales se han puesto de acuerdo un grupo de juristas. Sobre esto, creemos, debe tenerse sumo cuidado, e insistir en que cuando decimos que los *Principios UNIDROIT* hacen parte de la *lex mercatoria* moderna, no confundamos este último término, solamente con los usos y costumbres del tráfico internacional, sino que la utilicemos en un sentido amplio que contenga todas las fuentes del derecho aplicable a las transacciones internacionales⁶⁶. No dudamos sobre el consenso que existe sobre ellos, y sobre la forma ágil en que se constituyen, al no requerir ser concebidos como ley positiva ni como tratado internacional. Sin embargo, insistimos en que no todas sus disposiciones constituirán principios, sino tan sólo algunas de ellas. Otras, en efecto, serán reglas sugeridas a las

⁶⁴ Igualmente los PECL: Art. 1.101. (3) Los Principios pueden ser aplicados cuando las partes hayan convenido que su contrato se rija por los <<principios generales del Derecho>>, por la *lex mercatoria* o hayan utilizado cualquier fórmula análoga

⁶⁵ FERRARI, FRANCO: op. cit., p. 1220

⁶⁶ Tal como indica JUENGER, la *lex mercatoria* es un concepto que connota un grupo de normas transnacionales las cuales regulan de manera directa, sin intervención de las reglas sobre escogencia de leyes. JUENGER, Friedrich, “The *lex mercatoria* and private international law”, Louisiana Law Review, summer, 2000, 1133.

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

partes, aplicables por acuerdo expreso. En este sentido se pronuncia PERÁLES VISCASILLAS, al decir que:

No creemos, por el contrario, que los mismos resulten aplicables, o al menos no de forma automática, cuando los contratantes hayan sometido su contrato a los “principios generales del derecho” o a la lex mercatoria. Ni los principios son usos ni, por supuesto, puede decirse que exista una potestad legislativa creadora tras ellos. Ciertamente que algunas de sus disposiciones recogerán el modo de proceder usual y normal en la contratación internacional, otras, por el contrario, no podrán así calificarse desde el momento en que responden a un intento por conciliar diversos principios y normas que respondan, a su vez, a distintas concepciones, políticas y jurídicas. No obstante, ha de admitirse la posibilidad de que los principios se reconozcan como lex mercatoria por los operadores del comercio internacional, así como por los jueces nacionales y los árbitros.⁶⁷

La doctrina ha reconocido que es en los *Principios de 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*⁶⁸, igualmente por su propensión a ser reglas dotadas de neutralidad y a permitir una interpretación basada en reglas comunes⁶⁹. Pueden, citarse varios laudos y fallos internacionales, donde se ha llegado a la conclusión de que efectivamente los *Principios de UNIDROIT* reflejan la *lex mercatoria*, los usos y costumbres, las prácticas corrientes del comercio, o en algunos casos, que son la manifestación de la “justicia natural” o principios generales del derecho.

Uno de los casos más interesantes es el contenido en el laudo 7110 de la Cámara de Comercio Internacional, de 1995, que pasamos a relatar: 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. Los contratos no señalaban escogencia expresa de una ley, pero contenían en la mayoría de los casos referencia a la “justicia natural”. Con respecto de la posición del demandante a la ley aplicable:

⁶⁷ PERALES VISCASILLAS, “El derecho uniforme del comercio internacional”, cit. p. 7.

⁶⁸ FERRARI, Franco: op. cit., p. 1232.

⁶⁹ OLAVO BAPTISTA, Luiz, cit., p. 1224

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

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

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

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

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

El tribunal determinó que son los *Principios de UNIDROIT* los que se adaptan especialmente a las necesidades de las transacciones internacionales y disfrutan de acuerdo general internacional aunque no reflejan un sistema nacional específico. El tribunal sostuvo que esos "principios generales" eran principalmente reflejados por los *Principios de UNIDROIT* sobre contratos

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

comerciales internacionales y que sin perjuicio de tomar en cuenta las provisiones del contrato y los usos del comercio pertinentes, los contratos se rigieron y por ello deben ser interpretados de acuerdo con los *Principios de UNIDROIT*.

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

1. Los *Principios de UNIDROIT* son una recopilación de principios aplicables a los contratos comerciales internacionales hechos por un distinguido grupo de expertos internacionalistas provenientes de los sistemas prevalentes en el mundo, sin la intervención de los estados o gobiernos, ambas circunstancias redundan a la alta calidad y neutralidad de su producto y esta aptitud se refleja en el presente escenario de consenso sobre las reglas legales internacionales y los principios que gobiernan las obligaciones contractuales en el mundo, principalmente sobre las bases de su imparcialidad y adecuación a las transacciones internacionales que quepan dentro de su perspectiva;
2. Al mismo tiempo, los *Principios de UNIDROIT* se han inspirado en textos de leyes uniformes internacionales alrededor las cuales disfrutan de amplio reconocimiento 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...
3. (...)
4. Los *Principios de UNIDROIT* (véase el preámbulo) han sido específicamente concebidos para ser aplicados al los contratos comerciales internacionales en instancias en las cuales, como en el caso que acontece, en que las partes han acordado que sus transacciones serán gobernadas por reglas generales y principios (...)⁷⁰.

⁷⁰ *Partial Awards in case 7110. Dates: June 1995, April 1998, February 1999. Original: English. Claimant: State party (State X), Respondent: Private conductor (United Kingdom), Place of arbitration: The Hague, Netherlands. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in ICC Arbitration. ICC International Court of Arbitration Bulletin. Vol. 10, No 2, Fall 1999, p. 49. También puede consultarse en UNIDROIT <http://www.unidroit.org> Selected case law relating to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.*

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

En otros casos, igualmente los tribunales arbitrales han aplicado, ante la ausencia de escogencia de ley aplicable, los *Principios de UNIDROIT*. Pueden verse, entre otros, el laudo 7375, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, de fecha 5 de junio de 1996⁷¹. El caso concernía a un suministro concluido entre un vendedor de los Estados Unidos y un comprador de un país del Oriente Medio que reclamó daños y perjuicios con intereses en relación con la entrega retardada de los bienes. En el contrato no se incluyó una cláusula de 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 constituyó un contrato implícito (opción negativa). Esto dejó a la Corte las opciones de aplicar una ley neutra, 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 escoger una solución no nacional, que llevara a la aplicación de reglas de derecho generalmente aceptadas. La Corte sostuvo esta última solución, para mantener un equilibrio entre las partes, haciendo justicia a ambos de manera objetiva.

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 de UNIDROIT*.

En laudo de fecha 10 de diciembre de 1997, de un tribunal *Ad hoc*, en Buenos Aires – Argentina, al no haber escogido las partes la ley aplicable, el árbitro

⁷¹ UNIDROIT <http://www.unidroit.org> *Selected case law relating to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. UNILEX, y en ICC *International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10/ No 2 – Fall 1999.
60

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

aplicó los *Principios de UNIDROIT*. El fallo involucró un contrato entre los accionistas de una compañía argentina y una compañía chilena para la venta por el primero de 85% de las acciones de la compañía argentina. Un tiempo después de la conclusión del contrato, el comprador descubrió que la compañía argentina había escondido deudas y suspendió el pago del resto del precio de la compra. Los vendedores demandaron pretendiendo el pago completo. 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 se descubrieron.

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 de UNIDROIT* basado en que ellos constituyen los usos observados en el tráfico internacional⁷² y reflejados en soluciones adoptadas por diferentes sistemas legales y en la práctica contractual internacional. Y como consecuencia, de acuerdo con el art. 28 (4) de la Ley modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional, estos podían prevalecer sobre la ley doméstica⁷³.

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 aviso apropiado de anulación según el artículo 3.14 de los *Principios de UNIDROIT*. 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

⁷² Sobre la aplicación de los *Principios de UNIDROIT* como reglas que gobiernan el contrato, cuanto los términos de referencia entre las partes del contrato señalan los “principios generales del derecho y los usos del comercio internacional”, puede consultarse también el laudo 8264 ICC, abril de 1997. En este caso el tribunal se refirió a los principios de UNIDROIT como reglas extensamente aceptadas en todos los sistemas legales y en la práctica comercial internacional. UNIDROIT [http://www.unidroit.org Selected case law relating to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts](http://www.unidroit.org/Selected%20case%20law%20relating%20to%20the%20UNIDROIT%20Principles%20of%20International%20Commercial%20Contracts).

⁷³ “Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio

- 1) El Tribunal Arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.
- 2) Si las partes no indican la ley aplicable, el Tribunal Arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.
- 3) El Tribunal Arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.
- 4) En todos los casos, el Tribunal Arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”.

versión modificada. El laudo estima aplicable a la controversia sobre adquisición de acciones la ley argentina por “*elección táctica de la misma, pero la cuestión de la notificación de anulación de la adquisición de acciones se interpreta con arreglo a los Principios UNIDROIT*”⁷⁴. Además, el tribunal sostuvo que la conducta subsecuente del demandado (en particular su propuesta para terminar el contrato por acuerdo, el pago de una parte del precio, y el haber entrado en negociaciones con vista a modificar el contrato, llevó a una confirmación del contrato según el artículo 3.12 de los *Principios de UNIDROIT* (en este punto el tribunal también se refirió expresamente al Comentario al artículo 3.12). Acerca de la demanda para una reducción del precio, el tribunal concedió una reducción sumando a sólo 65% de las deudas ocultas.

Otro caso que puede tenerse como referencia, donde el árbitro fue el Abogado colombiano GUILLERMO GAMBA, es el laudo 9797, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, de fecha julio 28 de 2000⁷⁵. Las partes solicitaron en este caso al tribunal decidir de conformidad con los términos del contrato, teniendo en cuenta los principios de equidad. El tribunal manifestó que los *Principios de UNIDROIT* son fuente fidedigna del derecho comercial internacional en el arbitraje internacional por contener ellos en esencia una compilación de aquellos *principes directurs* que disfrutaban de aceptación universal y además son el núcleo de aquellas nociones fundamentales que son aplicadas en la práctica arbitral.

Igualmente cabe citar el fallo de la Corte de Arbitraje de Londres (*London Court of Arbitration*) que aplicó los Principios de UNIDROIT considerándolos principios generales. En efecto, en 1995, se dictó el laudo a partir de un caso en el que las partes habían pactado que su contrato se rigiera por “*Anglo-Saxon principles of law*”. El Tribunal arbitral consideró que en ausencia de una especificación sobre que significa exactamente esta fórmula, al haber hecho referencia a los principios legales del Derecho anglosajón, ello equivale a

⁷⁴ CALVO CARAVACA – CARRASCOSA GONZÁLEZ: op. cit. p. 55.

⁷⁵ *Arbitral Award. ICC. International Court of Arbitration. 28 VII 2000. Case No 9797. Andersen Consulting Business Unit Member Firm v. Arthur Andersen Business Unit Member Firm and Andersen Worldwide Societé Cooperativé.* UNIDROIT <http://www.unidroit.org>. UNILEX.

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

hacerlo a los Principios de UNIDROIT y en particular a las reglas de interpretación contenidas en ellos⁷⁶.

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

El fallo concierne a un contrato entre un español y una compañía francesa para realizar trabajos de construcción en un tercer país. Enfrentado con varios imprevistos y dificultades que substancialmente aumentaron el costo de la construcción, el contratista pidió la renegociación del contrato, invocando excesiva onerosidad según los arts. 6.2.2 y 6.2.3 de los *Principios de UNIDROIT*. Según el contratista, aunque el contrato contuvo una cláusula donde se escogió la ley española, los *Principios de UNIDROIT* son los aplicables, toda vez que ellos reflejan verdaderos usos del comercio que el tribunal debía de todos modos que tener en cuenta de acuerdo con el art. VII de la Convención de Ginebra de 1961 sobre arbitraje internacional y el art. 13 (5) de las reglas de la CCI sobre arbitraje. Decidiendo la pertinencia de los *Principios UNIDROIT*, el Tribunal Arbitral recalcó que de acuerdo con el preámbulo de los *Principios*, ellos son aplicables sólo cuando las partes lo han acordado expresamente de esa manera o el contrato se refiere a los principios generales del derecho o la *lex mercatoria* como ley aplicable.

Acerca del argumento según el cual los *Principios UNIDROIT* representan verdaderos usos del comercio, para ser incluso tenidos en cuenta en donde las partes, como en el caso, han escogido una ley doméstica particular como ley que gobierna el contrato, el tribunal arbitral sostuvo que en el particular, las disposiciones de los *Principios de UNIDROIT* sobre excesiva onerosidad

⁷⁶ 1995. *London Court of arbitration (England)*. UNILEX.

(*hardship*), al menos en la actualidad, no corresponden a una práctica corriente en el comercio internacional⁷⁷.

2.3.3 Aplicación de los Principios como forma de interpretar o complementar instrumentos internacionales y leyes nacionales. Relación con la Convención de Viena de 1980 y otros instrumentos

Cuando los principios son utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales vigentes y leyes nacionales, no se parte de la idea de que aquéllos excluyan la aplicación de estas. Incluso pueden utilizarse para interpretar la voluntad de las partes⁷⁸.

Fallos arbitrales y decisiones de las cortes se han referido a los *Principios*, demostrando que una solución particular pese a estar basada en la ley doméstica aplicable al caso concreto, también se adecua a los estándares internacionalmente aceptados. En otros, se han tomado a los *Principios de UNIDROIT* como forma de interpretar o complementar la ley doméstica aplicable⁷⁹. El siguiente es un caso de un fallo pronunciado en 1990, por la Corte de Arbitraje de Berlín aún antes de que la versión final de los *Principios de UNIDROIT* fueran publicados.

El caso correspondía a un contrato para el transporte de maquinaria entre una unidad económica de la República Democrática Alemana y otra unidad económica de otro país europeo del este. Cuando, sobrevino la reunificación de Alemania, los mercados occidentales fueron abiertos a las empresas de la antigua GDR, la maquinaria en cuestión perdió todo valor para el importador alemán. Más tarde invocando que sobrevino un cambio radical de las circunstancias existentes al tiempo de la conclusión del contrato el deudor se negó a entregar la maquinaria y pagar el precio. El Tribunal Arbitral decidió en su favor y en orden a probar que el principio según el cual un cambio sustancial

⁷⁷ *Arbitral award. 1997. ICC arbitration, case n° 8873. UNIDROIT.* [http://www.unidroit.org/Selected case law relating to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts](http://www.unidroit.org/Selected%20case%20law%20relating%20to%20the%20UNIDROIT%20Principles%20of%20International%20Commercial%20Contracts).

⁷⁸ PARRA RODRÍGUEZ: op. cit., p. 1142.

⁷⁹ Pueden verse, entre otros, los siguientes fallos en el sentido expresado: *Arbitral award Arbitral Court of the Economic Chamber and the Agrarian Chamber of the Czech Republic. 17 II 1996. Arbitral Award. International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce. ICC. 4. IX. 1996. Arbitral award. ICC arbitration, 1998. 8223. UNIDROIT.* [http://www.unidroit.org/Selected case law relating to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts](http://www.unidroit.org/Selected%20case%20law%20relating%20to%20the%20UNIDROIT%20Principles%20of%20International%20Commercial%20Contracts). CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ dividen en dos grupos diferentes las decisiones que han servido para interpretar el derecho nacional aplicable designado por el Derecho Internacional Privado, y aquellas que han servido para reforzar la interpretación dada por el Derecho nacional. *Curso de contratación internacional*, pp. 55 y 56.

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

en el equilibrio original del contrato puede justificar la terminación del mismo es cada vez más aceptado a nivel internacional referido entre otros a las estipulaciones contenidas en los *Principios de UNIDROIT*⁸⁰.

En el laudo 8240 de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de 1995, relacionado con un contrato de distribución, en el cual actúan como parte demandante un distribuidor de Suiza y uno de Singapur y como demandado un suministrante belga. Después de terminado el contrato por acuerdo entre las partes, la cuestión se refirió a cómo regular la devolución de las existencias. Aunque las partes indicaron que sería la ley suiza la que regularía el contrato, el Tribunal Arbitral decidió que la tasa de cambio para el pago debía efectuarse conforme a la moneda local, en referencia a que el artículo 6.1.9. (3) de los *Principios de UNIDROIT* para los contratos comerciales internacionales consagra una regla similar a la ley suiza⁸¹. Otros laudos han tomado a los *Principios de UNIDROIT* como forma de interpretar la ley doméstica. Puede citarse como ejemplo el laudo de 4 de diciembre de 1996 en Roma, donde, para cumplir la obligación de un Tribunal Arbitral bajo las leyes nacionales de proceder a tener en cuenta los usos comerciales, se tuvo en cuenta los *Principios UNIDROIT* como parámetro de principios y usos del comercio internacional. Debe destacarse lo anterior, aunque la ley aplicable según el contrato era la italiana, de acuerdo con ésta, el tribunal debía tener en cuenta los términos del contrato y los usos del comercio⁸².

En el laudo arbitral 1046 CCI (Barranquilla - Colombia)⁸³, las partes escogieron como ley aplicable la colombiana. El Tribunal decidió aplicar la ley colombiana, las previsiones contenidas en el contrato, y los usos relevantes del tráfico, en concordancia con el art. 17.2 de las Reglas de arbitraje CCI. Efectivamente, el Tribunal aplicó las disposiciones relevantes del Código de

⁸⁰ El art. 6.2.1. de *Los Principios* dispone: "Salvo lo dispuesto en esta sección con relación a la "excesiva onerosidad" (*hardship*), las partes continuarán obligadas a cumplir sus obligaciones a pesar de que dicho cumplimiento se haya vuelto más oneroso para una de ellas". El art. 6.2.2. por su parte dispone: "Se presenta un caso de "excesiva onerosidad" (*hardship*) cuando ocurren sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento en el costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución del valor de la prestación a cargo de la otra...". *Schiedsgericht Berlin*. 00.00. 1990. N° SG. 126/90. UNILEX.

⁸¹ BONELL, The principles of international commercial contracts. *Nature, Purposes and First Experiences in Practice*, en: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, V. 10, No 2, Fall 1999, p. 26 y ss.

Artículo 6.1.9. (moneda de pago): "Si una obligación de dinero se expresa en moneda diferente a la del lugar del pago, éste podrá hacerse en la moneda de dicho lugar a menos que: ... (3) El pago en la moneda del lugar deberá efectuarse conforme a la tasa de cambio prevaleciente en ese lugar en el momento que debe hacerse el pago".

⁸² *Arbitral award, 4 XII 1996. Rome (Italy). UNIDROIT.*

⁸³ *Arbitral award 10346. ICC International Court of Arbitration (Barranquilla - Colombia). 2000. UNILEX.*

comercio colombiano, y como soporte de las soluciones adoptadas se refirió a los principios de UNIDROIT, tanto a las reglas (*black letter rules*) como a los comentarios a las mismas⁸⁴.

Otro grupo de decisiones arbitrales se han referido a la función de los *Principios* como forma de interpretar o llenar vacíos contenidos en convenciones internacionales. Por la pertinencia a la que llama por el hecho de ser el objeto de este trabajo, nos referiremos de manera principal a la utilización de los *Principios* UNIDROIT como forma de interpretar o llenar lagunas de la Convención de Viena sobre compraventa internacional, indicando igualmente, que un sector de la doctrina también se orienta a sostener que si se llegaren a encontrar vacíos en la Convención sobre compraventa, pueda acudirse a los *Principios UNIDROIT* para regularlos⁸⁵. Pero antes de relacionar algunos laudos que han fallado en esta dirección es preciso señalar que en relación con la compraventa internacional, la Convención establece en el art. 7 (2) que:

*Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.*⁸⁶

El artículo 9º por su parte establece:

- 1) *Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.*
- 2) *Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y*

⁸⁴ Art. 871 del Código de comercio colombiano, en concordancia con el art. 5.3 UNIDROIT. También hizo referencias a los arts. 1.7; 7.4.3; 7.4.8.; y 7.4.4.

⁸⁵ Cf., GARRO, Alejandro, *The Gap Filling Role of the UNIDROIT principles in international sales law: Some comments on the interplay between the Principles and the CISG*. *Tulane law review*, 1995, No 69, p. 1168.

⁸⁶ Art. 1.106 (2) PECL. *“Interpretación e integración. (...) (2) Aquellas cuestiones que se encuentren dentro de la finalidad de estos Principios, pero que no estén especialmente reguladas por ellos, deberán resolverse de acuerdo con las ideas subyacentes a los Principios y, en su defecto, según el sistema legal que sea aplicable de acuerdo con las reglas del Derecho internacional privado”*.

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

*regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.*⁸⁷

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

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

A pesar de la claridad de lo anteriormente mencionado, nos parece ilustrativo citar la característica o función que le ha sido asignada a los *Principios de UNIDROIT* para los contratos comerciales internacionales, como forma de interpretar o complementar instrumentos internacionales vigentes, así como la ley nacional, y por consiguiente ser tenidos como reflejo de aquellos principios en los que se basa la Convención⁸⁸. En el preámbulo de los *Principios* se establece que éstos pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme⁸⁹.

Uno de ellos está relacionado con la disputa surgida en virtud de los contratos suscritos entre un vendedor austriaco y un comprador alemán para el suministro de acero. Los contratos estaban gobernados por la Convención de Viena para la compraventa internacional de mercaderías (CISG). El vendedor fue llamado a responder por los daños y defectos de los bienes enviados. Como

⁸⁷ Art. 1.105 PECL “*Usos y prácticas*. (1) Las partes están vinculadas por cualquier uso convenido o por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

(2) Las partes están vinculadas por los usos que personas en la misma situación que ellas, consideren generalmente aplicables, excepto cuando la aplicación de tales usos no fuera razonable”.

⁸⁸ Art. 1.101 (4) PECL: “Los Principios pueden facilitar soluciones para las cuestiones que se hayan planteado en aquellos puntos en que el sistema de normas jurídicas aplicable lo haga”.

⁸⁹ En este sentido FOLSOM, GORDON, SPANOGLE. En las transacciones en que la Convención sea aplicable, el fallador debe tener en cuenta que el artículo 7 (2) de la CV, lo autoriza para consultar los principios generales del derecho comercial internacional, y que son los *Principios UNIDROIT* una de las fuentes de esos principios generales. *Internacional Business Transactions in a nut shell. Sixth edition, West, Group, St. Paul Minn.*, p. 99. Igualmente BONELL, *The UNIDROIT Principles and CISG. Pace Law School Institute of International Commercial Law*, <http://www.cisg.law.pace.edu>

quiera que la Convención no determina el monto aplicable, el árbitro decidió compensar esta deficiencia teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 7 (2) de la Convención, que citamos anteriormente. Asimismo, se tuvo en cuenta que uno de los principios que rigen dicha Convención es el contemplado en el art. 74, según el cual:

La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podría exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.

Según el tribunal, se deduce que en el evento de incumplimiento por parte del deudor en pagar la obligación en dinero, el acreedor tiene derecho a la tasa de interés correspondiente a la comúnmente cobrada en su país para el pago del dinero debido, o en cualquier otro país en el que las partes hayan estado de acuerdo. El soporte de esta solución fue el art. 7.4.9 (2), de los *Principios de UNIDROIT*, según el cual:

Si una parte no paga una suma de dinero cuando corresponde, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago.

(2) El tipo de interés será el promedio bancario en los préstamos bancarios a corto plazo a favor de clientes calificados y que sea el ordinario para la moneda de la obligación en la plaza donde haya de hacerse el pago. En caso de no existir dicho tipo en tal lugar, se aplicará el tipo corriente en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de aquel tipo en todos esos lugares, el tipo de interés será el que se considere apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago.⁹⁰

Otro ejemplo es el laudo 8769 de la Corte Internacional de Arbitraje, Cámara de Comercio Internacional, de diciembre de 1996, donde la ley aplicable era el

⁹⁰ En inglés: *M.J. (ed.) UNILEX. International Case Law & Bibliography on the UN Convention on contracts for the International Sale of Goods, Transnational Publishers, Inc, Ardsley, NY, December 1998 release, E. 1994 - 14.*
68

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

derecho francés y la Convención de Viena de 1980. En relación con el interés reclamado, el tribunal encontró que la Convención en el art. 78 no regula este aspecto y por ello decidió aplicar una tasa de interés razonable comercialmente, y se refirió al art. 7.4.9 (2) de los *Principios* UNIDROIT⁹¹.

Por otra parte, es de señalar que la Convención y los *Principios* UNIDROIT tienen principios y reglas similares, como por ejemplo varias normas sobre criterios interpretativos, como lo destacaremos en el acápite siguiente, la importancia señalada a los usos y costumbres⁹², el capítulo sobre formación del contrato⁹³, la posibilidad de celebrar contratos con precio abierto⁹⁴, y el incumplimiento esencial⁹⁵, para indicar solamente algunas.

Finalmente y sobre este punto, queremos hacer referencia expresa a lo que tiene que ver con el carácter internacional de la Convención y de los *Principios* y de la necesidad de buscar la uniformidad en su aplicación. Este aspecto está expresado en el artículo 7º de la Convención, en los siguientes términos: "*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...*".

La redacción coincide con la del art. 1.6. (1) de los *Principios de UNIDROIT*, así: "*1) En la interpretación de estos principios se tendrá en cuenta su carácter*

⁹¹ *Arbitral award*, 8769. ICC Arbitration, dec. 1996. UNILEX.

⁹² Cf. Artículos 8 y 9 de la Convención, y 1.8 de los *Principios*.

⁹³ "*Los Principios comerciales internacionales elaborados muy recientemente por el Instituto de Roma o UNIDROIT han sido comparados con los Restatements americanos por su carácter de recomendaciones. Se trata de una serie de Principios que se dirigen a elaborar un Código Uniforme en materia de contratos internacionales, recibiendo una inspiración clara de la Convención de Viena de 1980. De hecho, la parte dedicada a la formación de los contratos internacionales (artículo 2), excepto por algunos matices y por la extensión de su contenido, es una copia exacta de su paralela en el texto vienés. Esto significa, en nuestra opinión, que los Principios de UNIDROIT han de ser interpretados teniendo muy presente la historia legislativa de cada uno de los preceptos de la Convención de Viena, sin que esto sea obstáculo para que quizá pueda producirse una influencia recíproca entre ambos, esto es, que los Principios de UNIDROIT puedan servir como un instrumento para interpretar e integrar el derecho uniforme*". PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, La <batalla de los formularios> en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una comparación con la sección 2-207 UCC y los *Principios de UNIDROIT*". *Pace Law School Institute of international commercial law*, <http://www.cisg.law.pace.edu> Igualmente la autora ha señalado: "*Es importante resaltar que los Principios de UNIDROIT y la Convención contienen principios similares y que los primeros pueden ser muy útiles para regular cuestiones que no están suficientemente cubiertas por la Convención o que no se regulan por ella y que, en consecuencia, pasarían a ser gobernadas por el derecho nacional no uniforme*". Igualmente la autora recomienda el uso de una cláusula que permita el adecuado uso de los *Principios* en conjunción con la Convención de Viena, que es del siguiente tenor:

"*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 de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, siendo considerada como ley aplicable en su defecto, la Ley del Estado ...*". PERALES VISCASILLAS, El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980). *Pace Law School Institute of international commercial law*, <http://www.cisg.law.pace.edu>.

⁹⁴ Cf. artículo 55 de la Convención, y 5.7 de los *Principios*.

⁹⁵ Cf. artículo 25 de la Convención y 7.3.1 (1) de los *Principios*.

internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación".

Significa esto que el criterio bajo el cual deben interpretarse las normas de la Convención y en consecuencia, aunque así no lo diga la Convención expresamente, ejecutarse el contrato siempre teniendo en cuenta este aspecto. Esto lo explica la tendencia misma del derecho comercial hacia la internacionalización, a la cual nos referimos y la tendencia histórica y la esencia del derecho mercantil. Así, cuando un término equívoco, (o que tenga diversas acepciones en un sistema jurídico determinado, diferente en cada país), se encuentre en la Convención, debe acudirse al concepto que de él se tenga en el comercio internacional, antes que en la ley doméstica.

De la misma manera se pronuncia el art. 3º de la Ley 527 de comercio electrónico, que está a su vez inspirada en la ley modelo de UNCITRAL:

Interpretación. En la interpretación de la presente ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional, la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

Las cuestiones relativas a materias que se rijan por la presente ley y que no estén expresamente resueltas en ella, serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que ella se inspira.⁹⁶

En el comentario al artículo mencionado de los *Principios de UNIDROIT*, se expresa la intención anotada,

En cuanto a la finalidad de los Principios en su conjunto, y en la medida en que su propósito fundamental es el de brindar un marco uniforme a los contratos mercantiles internacionales, este artículo se refiere expresamente a la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación, esto es, asegurar que en la práctica y en la medida de lo posible, sean interpretados y aplicados de la misma forma en diferentes países.

⁹⁶ Criterio éste que también se reproduce en la ley modelo de UNCITRAL sobre firma electrónica, adoptada el 5 de julio de 2001

“Artículo 4. Interpretación

1. En la interpretación de la presente Ley se tendrán en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe.

2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa esta Ley”.

70

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Sobre este particular, queremos insistir, aunque el tema no es objeto específico este trabajo, en que para efectos de interpretar la Ley 527, debe tenerse en cuenta, según la disposición que anotamos, su carácter internacional. Por esto creemos que los *Principios UNIDROIT* pueden ser tomados para lograr tal finalidad, además de la misma Convención de Viena.

Conviene señalar adicionalmente en este apartado, que existen abundantes decisiones donde se ha acudido a los Principios de UNIDROIT para *reforzar la interpretación dada por el Derecho nacional*⁹⁷

2.3.4 Aplicación de los Principios como modelo para la legislación nacional o internacional y para la redacción de contratos

Se ha señalado además cómo los legisladores nacionales e internacionales podrían encontrar una fuente de inspiración en los *Principios de UNIDROIT* para la preparación de nueva legislación⁹⁸, en el campo de las reglas generales de los

⁹⁷ “aplicación <<ad abundantiam>> de los Principios UNIDROIT”. CALVO CARAVACA – CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 56. En el caso colombiano, podemos citar algunos fallos arbitrales que se han referido a los principios UNIDROIT en este sentido, como son: Laudo Arbitral de Guillermo Alejandro Forero Sáchica vs. Consultoría Óscar G. Grimaux y Asociados, SAT, y Citeco Consultora S.A. de Mayo 10 de 2000. En *Laudos Arbitrales*. Cámara de Comercio de Bogotá – Legis. (C.D. Rom). En este caso, al determinar las fuentes aplicables al contrato, el Árbitro tuvo entre otras los principios de UNIDROIT. Al tomar la decisión (Fijación de un criterio para determinar la actualización de condena) optó por adoptar como criterio el de aplicar a los saldos intereses mensuales sin capitalización de los mismos, tomando para ello la tasa bancaria corriente certificada por la Superintendencia Bancaria. Citó el art. 7.4.9. de los Principios para reforzar su decisión al optar por dicha tasa. Igualmente tuvo en cuenta el art. 7.3.5 de los Principios en el sentido de que la terminación del contrato releva a las partes de la obligación de efectuar y aceptar prestaciones futuras. En el Laudo Arbitral de Augusto Ruiz Corredor y Cía. Ltda., vs. Constructora Andrade Gutiérrez S.A. Mayo 30 de 2002. En *Laudos Arbitrales*. Cámara de Comercio de Bogotá – Legis. (C.D. Rom). El Tribunal citó el art. 6.2.2. de los Principios al establecer que debía entenderse por excesiva onerosidad. En el Laudo Arbitral de Cooperativa Nacional de Ahorro y Crédito Ltda., Crear Cooperativa vs. Hernando Horta Díaz. Junio 5 de 2002. Publicado en *Laudos Arbitrales*. Cámara de Comercio de Bogotá – Legis. (C.D. Rom). El Árbitro consideró que la conducta de apoyo mutuo derivada del Principio de Buena Fe de los contratos contenido en el art. 1603 del C.C., es lo que se conoce generalmente como “deber de colaboración”, postulado que, por ejemplo, se recoge en el art. 5.3 de los “Principios sobre los contratos comerciales internacionales” del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). En el Laudo Arbitral de Teleconsorcio S.A. vs. Radiotrónica S.A. y Sistemas Asesorías y Redes S.A., SAR S.A. — Radiotrónica S.A. vs. Teleconsorcio S.A., NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & Co Ltd. y Sumitomo Corporation. Agosto 22 de 2002. En *Laudos Arbitrales*. Cámara de Comercio de Bogotá – Legis. (C.D. Rom). El Tribunal consideró que “No se ignora por el fallador que el derecho comparado parece haberse orientado, de una manera cada vez más pronunciada, aun cuando al parecer con menor técnica, al menos en el campo del derecho privado, no así en el administrativo, hacia la posibilidad de que cualquiera de las partes que encuentre producida la causal de terminación anticipada que se contiene entre nosotros en el artículo 870 del Código de Comercio, tome la iniciativa de dar por terminada su vinculación contractual en los negocios denominados como bilaterales. En igual sentido se pronuncian las reglas de UNIDROIT (art. 7.3.1, N° 1), que en su condición de principios internacionales están orientando al derecho comercial y constituyen, cada vez más, como expresión eximia de la llamada “*lex mercatoria*”, un punto de referencia de primer orden para el estudio de la evolución moderna del derecho mercantil. Todo lo anterior, es obvio, sin perjuicio de la posterior revisión de esta medida en el ámbito jurisdiccional, cuando quiera que la otra parte disienta de ella y los contratantes no se avengan a una autocomposición sobre este particular”.

⁹⁸ De hecho, *Los Principios*, han servido de fuente para recientes legislaciones como es el caso del nuevo Código Civil holandés, el nuevo Código Civil de Québec, y del nuevo Código Civil de la Federación Rusa, la nueva ley china en materia de contratos (1999) y varios proyectos de reforma, entre ellos en Argentina. OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, *Compraventa internacional de mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2002, p. 156. BONELL, *op. cit.*, p. 1141. MARZORATI, Osvaldo J. *Derecho de los negocios internacionales*, T. 1, 3ª, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 26. “Asimismo, la Comisión Alemana para la reforma del Derecho de obligaciones manifiesta en sus trabajos la influencia de la Convención de Viena y los Principios de Unidroit, como también ocurre en Europa central y oriental en países como Yugoslavia, Checoslovaquia y los países que formaban la antes denominada Unión Soviética los

contratos o con respecto a tipos específicos de negocios debido a las soluciones modernas y funcionales adoptadas; se observa también, que las partes pertenecientes a sistemas legales diferentes o que hablen lenguajes distintos podrían usar dichos *Principios* como una guía para elaborar sus contratos⁹⁹.

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

Igualmente, algunos doctrinantes señalan que los *Principios UNIDROIT* pueden servir como guía para la redacción de contratos comerciales internacionales¹⁰⁰. Esto, pues no son pocas las diferencias que puede el sentido de algunas palabras y vocablos técnicos y jurídicos en términos en los diferentes países y sistemas legales. De esta manera, al redactar los contratos conforme a la terminología empleada en los *Principios*, estarán evitando posibles diferencias en su entendimiento.

Con lo anterior no pretendemos agotar la explicación sobre la totalidad de los temas contemplados en los *Principios de UNIDROIT*, sino tan sólo mostrar de manera introductoria su importancia en el desarrollo del derecho mercantil internacional.

cuales están realizando una modernización de sus códigos. En América Latina, la Comisión encargada del Proyecto de Código civil argentino, en la Nota de Elevación al Poder Ejecutivo, destacó la relevancia que tuvieron en la redacción del citado Proyecto los instrumentos de unificación y armonización internacionales del Derecho contractual. Asimismo, algunos de países de Asia y África han utilizado esta tendencia en la reforma de sus códigos y legislación de derecho privado”. MURILLO COLQUE, María Luisa, cit., p. 133 y 134. LANDO, Ole, “Salient features of the principles of european contract law: a comparison with the UCC”. Pace International Law Review, Special edition, Comparison of the principles of european contract law with the uniform commercial code, vol. XII, fall 2001, number II, Pace Int'l L. Rev., Pace University School of Law White Plains, New York, p. 341

⁹⁹ “En una encuesta de septiembre de 1996, el 59% de las respuestas recibidas indicaron que los Principios fueron utilizados como modelo para la preparación de contratos y también para superar la barrera de idiomas durante la negociación”.

MARZORATI, *Derecho de los negocios internacionales*, 3ª, cit., p. 26.

¹⁰⁰ BONELLI, *The UNIDROIT Principles* ..., p. 1143