

ÍNDICE

<b>Prólogo</b>	1
<b>Introducción</b>	iv
<b>Capítulo I</b>	
Los instrumentos jurídicos contractuales internacionales, resultado de un trabajo comparativo	1
1.1 Las tareas actuales del derecho comparado	1
1.2 El trabajo comparatista y armonizador en la elaboración de los instrumentos jurídicos contractuales internacionales	7
<b>Capítulo II</b>	
El derecho uniforme del comercio internacional (DUCI)	13
2.1 El derecho del comercio internacional en la época actual	13
2.2 El derecho uniforme del comercio internacional	15
2.2.1 La sistemática del derecho uniforme del comercio internacional	15
2.2.1.1 Rasgos comunes del derecho uniforme del comercio internacional	17
2.2.1.2 Origen y forma del derecho uniforme del comercio internacional	21
2.2.1.2 La autonomía del derecho uniforme rasgo común o rasgo no común del comercio internacional?	26

Reservados todos los derechos de conformidad con la ley.  
No se permite la reproducción total o parcial, en cualquier forma y  
por cualquier medio, sin el permiso previo del titular del copyright.

2.3 Régimen jurídico de la contratación en el derecho del comercio internacional.....	29	4.2.2 El anteproyecto de Código Europeo de Contratos (PECL-Comisión Lando).....	59
<b>Capítulo III</b>		<b>Capítulo V</b>	
El derecho comunitario europeo y el sistema contractual uniforme.....	35	Estructura y contenido de algunos instrumentos jurídicos internacionales y comunitarios.....	65
3.1 El derecho comunitario europeo.....	35	5.1 La Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías.....	65
3.2 El sistema contractual uniforme.....	40	5.2 Los Principios Unidroit para los contratos internacionales.....	79
<b>Capítulo IV</b>		5.2.1 Los Principios Unidroit en su versión de 1994, sus disposiciones generales.....	79
Algunos instrumentos jurídicos del derecho uniforme internacional y del derecho comunitario europeo en materia contractual.....	49	5.2.2 La nueva edición de los Principios Unidroit de 2004. Principales regulaciones.....	82
4.1 Instrumentos jurídicos contractuales del derecho uniforme del comercio internacional.....	49	5.2.3 Estructura y contenido.....	85
4.1.1 La convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías.....	49	5.3 Los principios de Derecho Europeo de Contratos.....	92
4.1.2 Los principios Unidroit para los contratos internacionales.....	51	5.3.1 Consideraciones generales.....	92
4.1.2.1 Naturaleza Jurídica .....	51		
4.1.2.2 Semejanzas y diferencias con la lex mercatoria .....	54		
4.1.2.3 Los Principios Unidroit en la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales .....	56		
4.1.2.4 Contribución de los Principios Unidroit a la contratación mercantil internacional .....	57		

## Prólogo

93

5.3.2 Características generales.....	93
5.3.3 Estructura y contenido general.....	95
5.4 El anteproyecto de Código Europeo de Contratos.....	105
5.4.1 Estructura.....	105
5.4.2 El estilo jurídico.....	106
5.4.3 Su contenido.....	107
5.5 Algunas consideraciones respecto a la legislación contractual guatemaalteca.....	115

La enseñanza del Derecho Mercantil representa un reto que bien vale la pena asumir. Lo es más, cuando el curso versa sobre temas que como la contratación mercantil internacional involucra una normativa uniforme y cambiante que ha sido resultado de un largo trabajo emprendido por instituciones internacionales, estudiósos del derecho mercantil y comerciantes.

La contratación mercantil y su normativa no son susceptibles de circunscribirse a lo local en su interpretación y aplicación, particularmente por la diversidad de relaciones económicas que este campo se genera, tomando en cuenta que vivimos en un mundo globalizado.

La tendencia expansiva del derecho sobre contratación mercantil, entre otros factores, se debe a la enorme difusión que han tenido las actividades comerciales celebradas entre nacionales de diferentes países motivadas por la movilización de sus transacciones, favoreciendo y estimulando de esa manera la penetración del derecho mercantil en todos los ámbitos de la contratación, al extremo de tornar poco menos que imposible la estricta separación e individualización de los actos llamados "de comercio"; precisamente esa natural comercialización y el deseo de facilitar las transacciones, han venido aconsejando el estudio del derecho comparado en búsqueda de la armonización, o en el mejor de los casos, la unificación de las legislaciones.

Mencionar que el derecho mercantil codificado se "fossilizó" porque en él desfilan "las momias" de los contratos que hace tiempo desaparecieron del mundo de los negocios, los cuales han sido reemplazados por otros que los Códigos no registran, resulta en la actualidad una afirmación no tan cierta. Lo cierto es, que con el desarrollo de las economías y mercados, las reglas contractuales han cambiado adecuándose a los intereses de los contratantes, quienes actúan a partir de las transformaciones de la industria y la economía pero encuadrando su actuación dentro del marco jurídico que resulte aplicable, de donde la actividad contractual de los comerciantes por flexible que parezca, debe en determinados casos someterse al derecho codificado.

El esfuerzo del autor de esta obra tiene como finalidad esencial la de introducir al lector en cuatro de los más importantes instrumentos jurídicos Internacionales del Sistema Contractual. Se encuentra en la obra una guía bien documentada, explicada con un lenguaje sencillo y adaptado a la terminología jurídica propia del Derecho Mercantil.

Su utilidad es valiosa para el estudioso del derecho, especialmente para quienes están en contacto diario con el tema de la contratación internacional. Asimismo, se traduce en un aporte para el estudiante de derecho ávido del conocimiento de los contratos mercantiles, ahora más cuando el comercio trasciende fronteras y el ordenamiento jurídico debe adaptarse a la diversidad de normas en continua renovación, exigiendo imperativamente la armonización de la norma con la realidad social en el tiempo y en los espacios territoriales.

El libro sirve como punto de partida para que otros profesionales en futuras investigaciones profundicen en los diversos temas que son abordados.

Acorde con su finalidad, el libro somete al lector en la reflexión respecto de la tendencia unificadora de las normas contractuales en materia mercantil, sin excluir la contratación civil.

La obra se justifica por la gran difusión que en la actualidad tiene el derecho contractual internacional en materia mercantil y su constante uso en la práctica. Destaca el afán del autor de contribuir a la difusión de los instrumentos jurídicos desarrollados, así como de introducir al lector en el conocimiento del contexto en que los mismos fueron elaborados así como en su estructura formal.

El autor busca lo esencial de los instrumentos jurídicos utilizando la doctrina con acierto para contribuir a la mejor comprensión del texto, guardando fidelidad entre lo breve y lo claro.

Sin duda, el estudio de los instrumentos jurídicos internacionales de materia contractual nos otorga una nueva visión jurídica, lo que contribuye a comprender y reflexionar acerca de la realidad de la normativa contractual de nuestro derecho; es el estudio de temas de actualidad, como el que es abordado por el autor, lo que nos actualiza permitiéndonos ser mejores críticos del derecho.

Por ello resulta pertinente citar al maestro Joaquin Garriguez, con la frase: "atiende al derecho vivo, el que se aplica en la práctica y no al derecho, el que se petrifica en los Códigos".

Ovidio David Parra Vela  
Guatemala de La Asunción.

## INTRODUCCIÓN

La facilidad con que circulan las personas y los capitales, el desarrollo social y económico de los países, la forma en que se organizan las regiones, entre otros factores, exigen y justifican actualmente un nuevo orden jurídico del comercio internacional.

A su vez, la diversidad de ordenamientos jurídicos y la distinta forma de regular la materia contractual en los distintos países, exige la armonización del derecho a efecto de solventar los obstáculos al comercio internacional.

El derecho contractual internacional se ha manifestado en instrumentos jurídicos de distinta naturaleza y forma, algunos elaborados con intervención del Estado, otros por iniciativa de particulares y como parte de un derecho no legislado, etc.

Si bien es cierto, los instrumentos jurídicos internacionales en materia contractual están diseñados para regir la contratación internacional, pretendiendo armonizar la normativa de los distintos países, también lo es que favorecen la modernización y armonización de los derechos nacionales a fin de facilitar y hacer más efectivas las negociaciones internas y externas.

Ante la diversidad de instrumentos internacionales que regulan la materia contractual, en el presente trabajo nos hemos decidido por aquellos que siendo de distinta naturaleza son representativos de la tendencia unificadora de nuestros días. En tal sentido, abordamos: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios de Unidroit, los Principios de Derecho Europeo de Contratos y el Anteproyecto del Código Europeo de Contratos.

Hemos seleccionado normativa comunitaria porque tradicionalmente el derecho latinoamericano ha basado su derecho privado en modelos europeos, por lo que es innegable la existencia de una cultura jurídica europea. Asimismo, es manifiesta una actitud intelectual arraizada en Latinoamérica hacia la comparación caracterizada por la particular relación entre Europa y el resto del mundo, sobre todo en la presente época caracterizada por la globalización y la determinante influencia política y económica que ejerce la Unión Europea sobre los países del mundo y, particularmente, sobre los países latinoamericanos.

Además, el marco jurídico en donde la armonización ha logrado acercarse al modelo requerido es la comunidad europea. Aún y cuando los logros puedan ser parciales,

esta comunidad ha avanzado indefectiblemente hacia la armonización. El marco jurídico europeo ofrece una estructura jurídica común que estimula la convergencia de los demás sistemas jurídicos, y, al mismo tiempo, Latinoamérica ha ofrecido tradicionalmente cierta "permeabilidad" para recibir normatividad europea.

Consideramos que el conocimiento de los principales rasgos característicos de los instrumentos jurídicos internacionales y comunitarios puede contribuir en la tarea de actualización y armonización de los derechos nacionales, particularmente del derecho contractual guatemalteco.

Asimismo, consideramos que el conocimiento de la estructura y contenido formal de los instrumentos jurídicos internacionales y comunitarios, permitirá identificar algunas instituciones, principios y normativa que, mediante futuras investigaciones, puedan ser objeto de estudios tendientes a determinar la viabilidad de su integración al derecho contractual guatemalteco.

El presente trabajo se limita a enfocar el derecho comparado únicamente con el objeto de resaltar su importancia como presupuesto para la elaboración de los instrumentos jurídicos internacionales, proporcionando, asimismo, el contexto al que responde dicha normativa, para luego describir sus principales características, su estructura y contenido formal.

El trabajo se encuentra dividido en cinco capítulos: el primero trata sobre el trabajo comparativo previo exigido para la elaboración de los instrumentos jurídicos internacionales en materia contractual; los capítulos segundo y tercero tratan el contexto de los referidos instrumentos jurídicos, exponiendo lo relativo al derecho uniforme del comercio internacional y al sistema contractual uniforme de la unión europea; en el cuarto capítulo, se exponen en forma general los principales rasgos y características de los instrumentos jurídicos internacionales y comunitarios, objeto del presente trabajo; y el último capítulo describe la estructura y contenido formal de los referidos documentos: la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, los Principios de Unidroit, Los Principios de Derecho Europeo de contratos y el anteproyecto del Código Europeo de contratos, para finalizar haciendo algunas consideraciones respecto a la legislación contractual guatemalteca.

## Capítulo I

### Los instrumentos jurídicos contractuales internacionales: resultado de un trabajo comparativo.

#### 1.1 Las tareas actuales del derecho comparado

Para efecto del presente trabajo, nos interesa conocer cuáles son las tareas que conciernen al derecho comparado porque los instrumentos jurídicos internacionales en materia contractual, que constituyen su objeto, sin duda son producto de un trabajo comparativo y armonizado.

En la época actual, son tareas vigentes del derecho comparado la búsqueda del perfeccionamiento de las leyes y la unificación del derecho, sin embargo, esta última ya no se concibe como la única preocupación del derecho comparado ni tampoco, con tanto espíritu idealista como en el pasado. Si bien han sido consideradas las posibilidades de llegar a una unificación jurídica con las ventajas que ello representaría, también se acepta que la idea de unificar el derecho mediante la unificación legislativa ha sido limitada a determinadas áreas del derecho, lo que tiene especial atractivo en disciplinas jurídicas relativamente "nuevas" que puedan favorecer esta unificación al ser evidente su utilidad, tales como, el Derecho ambiental, el Derecho marítimo, el Derecho espacial, el Derecho informático, esferas en las que no se tropieza con demasiados valladuras y en las que las ventajas de una regulación uniforme son evidentes. No obstante, en lo referente a la materia que, como el Derecho contractual, integra el Derecho mercantil o comercial, la creación de un Derecho común, la *"lex mercatorum"* que el comercio internacional exige, habrá de confiarse a otros métodos, lo que por supuesto no descarta la posibilidad de alcanzar esa meta a través de la unificación de leyes, entendidas éstas en *lato sensu*, tan es así que, como lo señala el autor René David<sup>1</sup>, los esfuerzos de los juristas con vistas a la unificación del Derecho por vía legislativa se han intensificado en el marco de las diversas comunidades regionales del mundo, como ocurre en la Unión Europea.

De cualquier manera, lo importante es que la fórmula de la unificación legislativa, que antes se consideraba la única solución posible, ha dejado de ser considerada como tal, de tal manera que no es ya la única fórmula aceptable, ni la más deseable. En la época presente, a la par de la unificación, se menciona la armonización del Derecho como una de las tareas nuevas del Derecho comparado.

<sup>1</sup> David, René. Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Editorial Aguilar. Madrid 1959. pp 7

Para la elaboración de los instrumentos jurídicos internacionales en materia contractual, es relevante una tarea diferente asignada al derecho comparado: la comprensión de los distintos puntos de vista o criterios jurídicos sobre los distintos sistemas de derecho, lo que "constituye la condición sine que non para el mantenimiento y el progreso de nuestra civilización".<sup>2</sup>

Este nuevo campo de acción para el derecho comparado, ha sido útil para la elaboración de los instrumentos jurídicos internacionales y comunitarios en materia de derecho contractual, toda vez que viene a ser en un valioso instrumento para el desarrollo y renovación de la ciencia jurídica en general y un medio indispensable para conocer, comprender y profundizar en los derechos nacionales con el objeto de encontrar un instrumento jurídico internacional que los armonicice. De ahí su importancia para analizar determinado ordenamiento jurídico nacional en un momento dado y buscar condiciones para su desarrollo.

Rodiére, afirma: "El Derecho comparado tendría el mérito de proporcionar al arte legislativo proyectos de reforma y motivos para admitir, o rechazar, determinados modelos, según que estuvieran o no en armonía con la infraestructura de nuestras instituciones".<sup>3</sup>

El estudio de los derechos nacionales con el apoyo del derecho comparado con fines de unificación o de armonización mediante la elaboración de instrumentos jurídicos internacionales, se justifica porque no solo la consolidación y desarrollo del mercado internacional así lo exige, sino pretender encerrar la ciencia jurídica dentro de las fronteras de un Estado y exponerla o perfeccionarla sin tomar en cuenta la teoría y la práctica extranjeras, significa olvidarse del contexto y limitar así el desarrollo de un sistema o de un derecho nacional. Como lo afirma David René: "El Derecho no puede ser estudiado exclusivamente desde una perspectiva puramente nacional. El nacionalismo jurídico es más bien provincialismo, inconciliable con el auténtico espíritu científico, y representa un empobrecimiento y un peligro para el desarrollo y la aplicación del Derecho nacional".<sup>4</sup>

Por ello, el desarrollo del derecho nacional y su armonización regional e internacional exige analizar su contexto internacional.

Respecto al estudio previo de los derechos nacionales, el derecho comparado proporcionó a los autores de los instrumentos jurídicos internacionales las

herramientas necesarias para entenderlos, comprenderlos y formular así una nueva regulación. El Derecho comparado para estudiar el derecho nacional de los distintos países, proporcionó, como lo señala David René: "la perspectiva necesaria para percibir adecuadamente las líneas maestras de ese Derecho. Nos pone de relieve el carácter contingente, accidental, de ciertas normas o instituciones, a las que, de no ser por la comparación, estaríamos tentados de atribuir un carácter necesario y permanente. Permite igualmente un planteamiento más correcto de ciertos problemas y una comprensión del carácter inadecuado o anticipado de algunas de nuestras instituciones. Han sido los juristas ingleses quienes se han encargado especialmente de poner de relieve esta función del Derecho comparado, tan importante como en Inglaterra, lo es en Francia y en los demás países".<sup>5</sup>

De tal manera que, esta última tarea del derecho comparado, adquirió esencial importancia para permitir a los elaboradores de los instrumentos jurídicos contractuales internacionales, poder diferenciar el carácter necesario o contingente de cierta normativa contractual de los derechos nacionales, así como comprender el carácter adecuado o inadecuado o inapropiado de regular de tal o cual manera, algunas de las instituciones de los ordenamientos jurídicos internos en materia contractual.

En tal sentido, no podemos dejar de considerar que los instrumentos jurídicos internacionales, objeto del presente trabajo, han sido producto de un trabajo armonizador previo que necesariamente tuvo que tomar en cuenta estas nuevas tareas del derecho comparado, principalmente la referente a la comprensión de los distintos derechos nacionales y sistemas jurídicos vigentes.

Sin duda, las funciones o tareas del derecho comparado suponen, en primer término, una reflexión sobre sus diversas concepciones. Dentro de éstas, nos interesa el derecho comparado como instrumento para mejorar y para comprender mejor los derechos nacionales.

R. Rodière, señala: "Mario Sartati ha puesto en evidencia la interdependencia entre el fin propuesto a los estudios de Derecho comparado y el del campo de investigación necesario a los comparatistas. Este será más amplio, si uno se propone puras investigaciones comparativas que si prefiere mejorar la ley nacional o explicar sus textos oscuros".<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Ibídem, pp. 8 cita textual

<sup>2</sup> Rodière, R. *Introducción al Derecho Comparado*. Publicado en: Revista No. 1 Colegio de Abogados de Guatemala Editorial.... Guatemala, Enero-junio 1975, pp. 23. Cita textual.  
- David René, Op. Cfr. pp. 9. cita textual

<sup>3</sup> Idem. Cita textual

<sup>4</sup> Sartati, Mario. *Introduzione allo Studio del diritto comparato*. Turin, 1933, pp. 111 y ss.  
Citado por Rodière, R. Op. Cfr. P.P. 17. Traducción del Autor. Cita textual

Lo que consideramos relevante de la afirmación anterior, es el reconocimiento que hace el autor, de la superación o mejora de una ley nacional como uno de los fines del derecho comparado, lo que se traduce también en la sujeción de determinada legislación nacional al derecho internacional.

El estudio de las leyes extranjeras entra en el orden de la documentación que reunieron los juristas encargados de elaborar la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios de Derecho Contractual Europeo o el anteproyecto del Código Europeo de Contratos.

Históricamente los pueblos han buscado en las legislaciones extranjeras modelos colectivos que les permitan una vida mejor. En la antigüedad se enviaban comisiones a Atenas para estudiar las leyes de Solón. El Código de Napoleón fue el modelo casi indiscutido de la Europa mediterránea y de la Europa central, antes de ser el modelo de los legisladores de América Latina.

Puede, entonces, destacarse la importancia que tiene el derecho comparado como un instrumento para mejorar la ley nacional o para elaborar un instrumento jurídico internacional, pero a la vez, debe definirse la extensión o alcance de una investigación comparativa. ¿Será que la misma debe limitarse a los datos legislativos o, por el contrario, deberá involucrar la manera de cómo la ley extranjera se aplica en el extranjero?

Cuando las investigaciones de derecho extranjero se destinan a promover la reforma de las leyes nacionales comparándolas con leyes de determinado país, podría caerse en el error de afirmar que lo importante es el conocimiento de la ley del país de que se trate, haciendo abstracción de la forma en que es interpretada o aplicada en ese país; de esa cuenta, cuando se pretende emitir o reformar una ley nacional, se buscará únicamente lo que dice una ley extranjera sobre determinada materia. De acuerdo con esto, simplemente habrá que limitarse a estudiar la ley extranjera y no el derecho extranjero.

Un razonamiento concebido en esa forma no tendrá en cuenta las disparidades que pueden separar las distribuciones de las diferentes fuentes del Derecho positivo en cada uno de los países.

Para que la imitación de una ley extranjera permita elaborar o reformar una ley nacional, y que ésta sea en la práctica interpretada como lo es en el extranjero, sería necesario que la función de los tribunales nacionales fuera la misma que la función de los tribunales extranjeros. Entonces, efectivamente, desde los mismos

puntos de partida, habría posibilidades de llegar a los mismos resultados por caminos judiciales parecidos.<sup>7</sup>

Está claro que el trabajo de elaboración judicial no será el mismo en Europa que en un país latinoamericano. La imitación de una ley europea para que llegue a un cierto resultado en un país latinoamericano no deberá hacerse con la imitación de la ley europea, sino con la imitación del "resultado" al cual ha llegado la ley europea con la interpretación judicial.

Los estudios de derecho extranjero se justifican en la medida en que presentan al legislador un cuadro completo de las realidades jurídicas. Este resultado sólo puede obtenerse con el examen de todos los esfuerzos de interpretación práctica y jurisprudencial desarrollados en el extranjero sobre la regla de derecho considerada. Entonces se debe presentar a los legisladores el cuadro de las leyes extranjeras y de la manera como han sido interpretadas y aplicadas realmente en los países que las han promulgado.

En algunos casos, el legislador nacional atendiendo a realidades distintas tendrá también que separarse de la forma en que se legisla en el extranjero, aunque esencialmente no existan diferencias.

Entonces, resulta válido que cuando se trata de mejorar un derecho nacional tomando en cuenta leyes extranjeras, el estudio de la elaboración y de la interpretación de la ley extranjera resulta necesario para llegar al resultado buscado que es el de introducir, no una ley extranjera sino una realidad jurídica dada la que se admira y es eficaz en determinado país.

De la misma manera, la elaboración de instrumentos jurídicos internacionales requiere el estudio de realidades jurídicas distintas de diversos países y no solamente de sus leyes extranjeras.

Ahora bien, cuando se trata de armonizar el derecho nacional con instrumentos jurídicos internacionales, el texto legal de estos últimos puede ser suficiente para justificar su adopción en un derecho nacional. Los instrumentos jurídicos internacionales pretenden uniformar o armonizar relaciones jurídicas de varios países, es decir, regular realidades jurídicas distintas, por lo que resultaría inútil realizar una interpretación práctica y jurisprudencial sobre las reglas de derecho que han sido objeto ya de una comparación previa.

<sup>7</sup> Rodríguez, R. Op. Cif. Pg. 19

Aunque similar a la anterior, otra concepción distinta afirma que el Derecho comparado es un instrumento de progreso del Derecho. El Derecho comparado sirve para la comprensión del derecho nacional y esta mejor comprensión debiera facilitar la reforma de los sistemas jurídicos, en el momento en que las investigaciones del derecho extranjero sugieren modelos para reformar la normativa nacional. Según esta concepción, el derecho comparado permitiría a la vez, criticar la legislación interna de cada país, invitar a cambiártala e indicar en qué sentido y siguiendo qué modelo.<sup>8</sup>

Así pues, el derecho comparado puede ser el medio para comprender en mejor forma los derechos nacionales y los sistemas jurídicos por cuanto la observación de instituciones extranjeras comparadas con sus semejantes de determinado país permitiría comprenderlos mejor.

En la elaboración de los instrumentos jurídicos internacionales y comunitarios, el derecho comparado ayudó a establecer la red sutil y profunda de los lazos y de las relaciones entre las diversas instituciones de un mismo sistema y entre las instituciones de distintos sistemas (el *civil law* y el *common law*). Permitió en el conjunto de las instituciones y de las reglas de un sistema jurídico, señalar lo que es esencial lo que constituye la naturaleza íntima del sistema, lo que constituyen las bases, lo que no se puede prescindir sin hacer una revisión general de las ideas morales que las han inspirado y de las estructuras sociales y económicas que las sustentan.<sup>9</sup>

El derecho comparado ilustró al elaborador de los instrumentos jurídicos internacionales lo que podía acomodarse a los cambios sin afectar la estructura de los ordenamientos nacionales.

El derecho comparado más que las divergencias jurídicas entre los ordenamientos jurídicos permitió a los elaboradores de los instrumentos jurídicos internacionales, conocer las necesidades permanentes de la vida social subordinando la técnica institucional a las necesidades sociales. En síntesis, el derecho comparado proporcionó una base intelectual para la interpretación y el análisis de distintos sistemas jurídicos nacionales.

Sin duda, ha sido importante el trabajo comparativo realizado en búsqueda de la armonización y unificación de los derechos nacionales a través de la elaboración de instrumentos jurídicos internacionales; sea estos convenciones, principios o textos legales

En la actualidad, por exigencias de cooperación internacional y por la acción de organismos de integración internacionales, la unificación y la armonización del derecho ya se está produciendo en las diversas áreas del derecho. Ejemplo de ello: la Unión Europea y los Tratados de Libre Comercio.

Cabe destacar, que la tendencia unificadora del derecho internacional no consiste en una unificación racionalista del derecho sino en una unificación determinada por las necesidades del tráfico mercantil y del mercado internacional. La unificación no es completa pero no puede negarse que existe una tendencia progresiva a la coordinación como exigencia del nuevo modelo social.

En los instrumentos jurídicos internacionales y comunitarios viene produciéndose desde hace años un importante fondo común sustancial en el derecho occidental. Un acercamiento, un diálogo jurídico inteligible entre sistemas jurídicos nacionales y a nivel más general, entre las dos grandes tradiciones o familias jurídicas del occidente: la corriente angloamericana y la continental europea. Este acercamiento entre el mundo del "common law" y el del "civil law", es cada día más factible porque ambos son integrantes de una misma cultura jurídica y en consecuencia ofrecen numerosos y relevantes puntos de confluencia compartiendo semejantes valores éticos, filosóficos y religiosos.

Lo anterior contribuye a la unificación sectorial del derecho y a fomentar la cooperación internacional en determinados ámbitos.

Desde un punto de vista teórico, el derecho comparado ha posibilitado una mejor comprensión del fenómeno jurídico y desde una perspectiva pragmática, ha permitido conocer más exactamente los derechos y sistemas que rigen en los distintos países, lo cual ha sido enriquecedor en el proceso de elaboración de los distintos instrumentos jurídicos internacionales en materia contractual.

**1.2. El trabajo comparatista y armonizador en la elaboración de los instrumentos jurídicos contractuales internacionales**

El anudamiento de relaciones jurídicas internacionales entre los pueblos, precisa de la formulación de reglas jurídicas comunes para brindar seguridad jurídica a quienes despliegan transacciones y negocios internacionales.

Para algunos autores, la armonización legislativa es un estadio en el que existe un mínimo de divergencias significativas entre los derechos estatales y en el

<sup>8</sup> Ibidem, pp. 23  
<sup>9</sup> Ibídem, pp. 25

que las convergencias son más amplias, facilitando así la solución de controversias que envuelven los ordenamientos jurídicos involucrados.<sup>10</sup>

La armonización, como lo concibe Pablo Lerner, "es un proceso por el cual las barreras entre los sistemas jurídicos tienden a desaparecer y los sistemas jurídicos van incorporando normas comunes o similares".<sup>11</sup>

Son muchos y variados los caminos para alcanzar la armonización. Sobre todo en materia contractual han cobrado especial importancia las vías descentralizadas, o sea aquellas por las que transitan las iniciativas privadas no por vía de autoridad pública. En ese sentido, es dable mencionar la importancia que ha adquirido la práctica del comercio internacional. Hoy en día, comerciantes y árbitros internacionales basan su actividad no necesariamente en disposiciones legales imperativas sino en textos generalmente aceptados en forma voluntaria. Los principios carecen de fuerza obligatoria y están destinados a servir de modelo a las futuras leyes o como en el caso de los principios Unidroit, si las partes en un contrato remiten expresamente a ellos como ley aplicable. En el comercio internacional los principios pueden ser adoptados voluntariamente por los comerciantes en los negocios internacionales; entre los de mayor difusión podemos mencionar los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales Unidroit y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL).

Es en los principios en donde la armonización del derecho contractual comparado encuentra su mayor expresión, pues se trata de trabajos que parten de la base de la existencia de soluciones jurídicas distintas que buscan encontrar el denominador común que sirva de base a una futura legislación transnacional. Su estudio equivale a no al estudio de la normativa de un país determinado, sino al estudio de una solución común o de un denominador común para varios países o, en el mejor de los casos, para algunas regiones; podemos afirmar que son verdaderamente proyectos de futura legislación.

El proceso de armonización no es un proceso único que necesariamente debe desembocar en una legislación única para los distintos países. Existe, sobre todo

en materia contractual, la posibilidad de basar la actividad de las partes en textos uniformemente aceptados por diversos países.

¿Por qué en el presente trabajo se aborda el derecho contractual europeo? Tradicionalmente el derecho latinoamericano ha basado su derecho privado en modelos europeos; es innegable que existe una cultura jurídica europea. Asimismo, la época presente se caracteriza por la globalización y la determinante influencia política y económica que ejerce la Unión Europea sobre los países del mundo y, particularmente, sobre los países latinoamericanos. Por otra parte, el marco jurídico en donde la armonización ha logrado acercarse al modelo requerido es la comunidad europea. Aún y cuando los logros puedan ser parciales, la Unión Europea ha avanzado indefectiblemente hacia la armonización. El marco jurídico europeo ofrece una estructura jurídica común que estimula la convergencia de los demás sistemas jurídicos.

Adicionalmente, la visión comparatista europea tiene en nuestros días una connotación especial en función de la reacción actitud de los académicos estadounidenses hacia la comparación y la armonización.

¿Por qué la normativa contractual? Como lo señala el autor Pablo Lerner: "el derecho privado ofrece un incentivo por una natural tendencia a buscar una normativa común en las transacciones internacionales y por el hecho de tener el derecho privado raíces comunes".<sup>12</sup>

En materia contractual, revisite especial importancia el fenómeno de armonización porque es un hecho que si los comerciantes cuentan con una base legal común se posibilitará un tráfico más acelerado y eficiente. A pesar que las fronteras entre el derecho público y privado tienden a desaparecer, los principales esfuerzos de armonización pertenecen al derecho privado y, dentro de éste, es en el campo de la contratación y de las obligaciones en donde se centran con mayor atención estos esfuerzos.

La normativa internacional y comunitaria es reflejo de un trabajo armonizador previo, el que aspira a formular un texto legal que represente los distintos derechos nacionales y los distintos sistemas vigentes en ellos, dicha normativa se encuentra elaborada en función de un número amplio de sistemas y pretende encontrar el común denominador entre ellos, busca formular un perfil común que permita salvar las diferencias entre los sistemas jurídicos.

<sup>10</sup> Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Scott, Luciana B. "Armonización Legislativa en el MERCOSUR: La interacción entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Comunitario" 2006, [www.cael.com.ar/jgs/2006/pdf/12\\_de\\_enero\\_de\\_2009.pdf](http://www.cael.com.ar/jgs/2006/pdf/12_de_enero_de_2009.pdf)

<sup>11</sup> Ponencia presentada y defendida ante la Comisión 10 (Derecho Privado Comparado Armonización Legislativa en el MERCOSUR) de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, septiembre de 2005.

<sup>12</sup> Lerner, Pablo SOBRE ARMONIZACIÓN, DERECHO COMPARADO Y LA RELACION ENTRE AMBOS. Ensayo publicado en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVII núm. II, setiembre-diciembre de 2004. México, D.F. pp. 921

La armonización requiere un estudio contextual. Algunos de los proyectos armonizadores son básicamente "textualistas" (análisis basado en el texto jurídico). Sin embargo, la armonización no plantea un textualismo que pescinda del contexto, sino que por el contrario es un textualismo que está destinado a apoyarse e integrarse en el contexto. Por ello el texto característico de los proyectos de armonización, recibe la forma de lo que se conoce como "soft law", es decir, expresado en normas cuyo contenido es flexible. Se trata de una normativa abierta, compleja en gran medida por principios generales que deben ser aplicados en las decisiones judiciales. Se afirma que ésta es la mejor manera de superar las diferencias producto de los distintos contextos culturales, económicos o de otra índole.

Un texto único vigente para distintos países no implica una misma interpretación, adquiere entonces importancia lo contextual; es decir, el contexto legal y no menos importante, el contexto cultural, social y económico donde se vaya a aplicar la norma en cuestión.

Ahora bien, la formulación de la armonización en forma de principios generales, puede llegar a darle a los textos armonizantes un contenido simbólico más que normativo, ya que en última instancia la normatividad va a depender de la interpretación que se le dé, la cual puede variar de un lugar a otro.

Por otra parte, consideramos que debe distinguirse la labor del comparatista y la del armonizador. El comparatista pretende desarrollar un análisis de las soluciones estudiadas, elaborar una teoría jurídica o simplemente hacer crítica de su propio sistema jurídico a la luz de otras experiencias, pero el comparatista no se pretende ver como legislador. El derecho comparado no pertenece al mundo de lo normativo pero puede ser instrumento para ello. El comparatista puede pretender, en primer lugar, entender el sistema jurídico que estudia y posteriormente puede pretender cambiar o remodelar el sistema jurídico nacional, o ambas cosas a la vez. El derecho comparado plantea un marco descriptivo, de análisis no un marco normativo, porque esto último más se acerca a lo que es la armonización, pero es claro que se convierte en un instrumento de esta última. Es objetivo del armonizador la formulación de un texto que llegue a ser derecho positivo pero para ello no puede prescindir del derecho comparado.

El comparatista en cierta forma también persigue objetivos normativos porque en algunos casos, como consecuencia de la elaboración de un trabajo comparativo surge la base para la formación de un derecho unificado.

Algo que los instrumentos jurídicos internacionales no pudieron dejar de considerar es que en realidad no existe un sistema jurídico puro, es decir, libre de influencias extranjeras, de la misma manera que no existe un solo sistema

jurídico que a pesar de dichas influencias no tenga rasgos de particularidad. Los sistemas jurídicos evolucionan sobre la base de imitaciones o transferencias de un sistema a otro.

En tal sentido, de acuerdo con la teoría de Watson<sup>13</sup>, los sistemas jurídicos van evolucionando sobre la base de elementos tomados o trasladados de otros sistemas. Históricamente, la idea de transplante se ha dado a través de la adopción de una tradición o cuerpo jurídico o a través de la adopción de determinados institutos. Existe generalmente un sistema (dominante) que proyecta sus instituciones hacia otros sistemas jurídicos que los adoptan.

Tradicionalmente, se habla de transplantes que se han dado de modelos "dominantes" hacia sistemas "permeables" a influencias extranjeras. En este esquema surgen claramente modelos que han tenido primacia. Tal el caso del Código Francés, del BGB alemán o, en distinta medida, el Código Civil.

Tradicionalmente los trasplantes de uno a otro sistema ha tenido lugar tomando en cuenta, por una parte, la existencia de modelos "dominantes" y por otra parte, la "permeabilidad" a influencias extranjeras de algunos sistemas. Sin embargo, hoy en día se afirma que no existen modelos a tomar sino que la comparación es la que proporciona las bases del trasplante.

En los instrumentos jurídicos contractuales internacionales y comunitarios, la comparación dio como resultado un producto propio, obtenido mediante la sistematización de las similitudes y cerrando la brecha entre las diferencias. Naturalmente, se dieron reciprocas influencias entre los distintos sistemas, no debe olvidarse que los sistemas tienden a nutrirse reciprocamente cada vez más de otros sistemas.

El estudio comparativo de la normativa contractual existente en los distintos derechos nacionales, previo a la elaboración de los instrumentos jurídicos internacionales, no se limitó a sistematizar las similitudes y cerrar la brecha entre las diferencias. No se trató tan solo de cerrar la brecha de las diferencias, sino en dar la mejor solución a estas últimas buscando la aceptación por los Estados receptores. Por ejemplo, es la situación que se advierte en los Principios de Derecho Contractual Europeo y en los Principios de Unidroit, los que van sirviendo de modelo a legisladores de distintos países y, paulatinamente, incorporándose a los sistemas jurídicos y haciendo que las diferencias entre los derechos nacionales vayan desapareciendo.

<sup>13</sup> IBIDEM pp. 954

Lerner, afirma: "el derecho comparado adquiere una relevancia particular y es recibido como un mecanismo de análisis y modernización del sistema jurídico"<sup>14</sup>, si bien puede ofrecer soluciones buenas, equilibradas y coherentes, nunca serán perfectas ni absolutas.

Algo que los instrumentos armazones del derecho europeo no han dejado de considerar es que el estudio comparativo no supone una total uniformidad en las condiciones socio-económicas del lugar, de la misma manera que el euro no supone la existencia de las mismas condiciones económicas en todos los países de la comunidad europea y ni siquiera dentro de cada uno de los países.<sup>15</sup>

El trabajo comparativo ha sido un impulsor de los cambios en Europa y en el mundo, y el molde en el cual ha sido diseñada la normativa contractual europea e internacional. Sin embargo, no debe olvidarse que la comparación no está destinada a cristalizar soluciones sino a plantear el fundamento teórico para una constante renovación.

Comparación y armonización se necesitan mutuamente, aun cuando cada una de ellas transite por distintos senderos. Ambas convergen hacia un destino común: el surgimiento de una cultura jurídica más amplia que esté acorde con una era de cambios que nos llevan inexorablemente a una armonización de los sistemas jurídicos; una era de convergencia, pero también llena de contradicciones.<sup>16</sup>

Es relevante la utilidad del derecho comparado en la armonización de los sistemas jurídicos vigentes que se manifiesta a través de los instrumentos jurídicos internacionales. En este orden de ideas, la función que desempeña se centra en el empleo del método comparativo, como paso previo a la acción armonizadora. De la comparación puede resultar una igualdad, una similitud o una identidad de razones jurídicas, siendo un paso decisivo en el logro de un sistema que encierra una razón nueva, producto de la suma de razones de los sistemas jurídicos objeto de la armonización. Esto es lo que mueve a afirmar que el derecho comparado ayuda a conocer y a comprender una perspectiva ajena, moviéndose entre la explicación y la comprensión.<sup>17</sup>

## Capítulo II

### El derecho uniforme del comercio internacional (DUCI):

#### 2.1 El derecho del comercio internacional en la época actual

A nivel mundial y en las últimas décadas el comercio internacional ha experimentado importantes modificaciones en su volumen y en sus características. Actualmente se ha incrementado el flujo comercial entre los distintos países, acompañado de un enorme desarrollo tecnológico y del perfeccionamiento de los medios de transporte y comunicación acaecidos en los últimos años. Este aumento considerable en el volumen global de las transacciones realizadas, y en el valor de las mismas, viene acompañado de un paralelo incremento en cuanto a su complejidad. El mito de la "tipicidad" del contrato desaparece porque las modalidades contractuales existentes hasta el momento se ven notablemente alteradas, apareciendo nuevas variedades: muchas de las cuales carecen en la actualidad de una debida reglamentación jurídica e incluso de un parágrafo lógico en las diversas legislaciones.

Este incremento cuantitativo y cualitativo del comercio deja, además, al descubierto una profunda alteración de los parámetros sobre los que tradicionalmente se ha articulado la actividad mercantil internacional. De esa manera, la nueva realidad presenta cambios en relación con los sujetos del comercio, algo que queda de manifiesto al observar la participación directa del Estado en la actividad económica, o la creciente presencia de empresas mal llamadas "multinacionales", que diseñan su actuación desde posiciones de universalidad. Estos cambios, sin embargo, no se limitan a este ámbito, también el objeto o los bienes susceptibles de transacción sufren alteraciones relevantes. del comercio de productos naturales se pasa a los grandes proyectos industriales, a los intercambios de software, a las licencias de know-how, por mencionar algunos. Incluso la forma de realizar estas transacciones varía: frente a una contratación basada en una confrontación directa de la voluntad de las partes se generaliza, en la actualidad, una contratación entre ausentes, caracterizada por la crisis del principio de la autonomía de la voluntad y, consecuentemente, por el constante incremento del uso de los contratos tipo y de las condiciones generales de la contratación.

<sup>14</sup> IBIDEM, pp. 959

<sup>15</sup> IBIDEM, pp. 966

<sup>16</sup> Garrido Gómez, María Isabel, LA UTILIDAD DEL IUSCOMPARATISMO EN LA

ARMONIZACIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS. Publicado en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI, num. 108, septiembre-diciembre de 2003. pp. 907

De tal manera que en la época actual puede hablarse de una nueva realidad del comercio internacional claramente diferenciada, en muchos aspectos, de la

práctica comercial internacional de hace algunos años, lo que presenta una incidencia directa en el régimen jurídico de la contratación.<sup>17</sup>

En las últimas décadas se ha venido construyendo un conjunto de normas jurídicas de muy diversa índole, procedencia y formulación, destinadas a disciplinar el comercio internacional y, de modo particular, los aspectos jurídicos privados de las relaciones comerciales internacionales. La elaboración de dicha normativa ha coincidido con la recepción de los exacerbados nacionalismos dominantes en el pasado y con ocasión de la sustitución paulatina de una sociedad internacional fundada en el concepto del estado soberano por la derivada de un concepto más amplio del orden mundial cimentado en el reconocimiento de la mutua interdependencia humana.

Las nuevas circunstancias políticas y los nuevos factores económicos comenzaron a permitir, por una parte, un notable incremento del comercio internacional, y por la otra, la sustitución de las normas jurídicas nacionales, sustitutivas y de conflicto, por otras normas que, cuando menos en su origen, no pueden así ser calificadas. Estas nuevas normas resultan destinadas más a prevenir que a resolver los problemas complejos derivados del tráfico mercantil. Por razón de su contenido, las normas que van paulatinamente apareciendo resultan susceptibles prima facie de una clasificación dual: normas, primero, que tienden a permitir o meramente facilitar el comercio internacional y reglas, segundo, cuyo objeto relevante es disciplinar las relaciones comerciales internacionales individualmente consideradas en sus aspectos obligacionales y de derecho privado.<sup>18</sup>

La apertura e integración de los mercados mundiales o regionales se configuran como respuestas actuales de la economía, como mecanismos o instrumentos, estructural o coyunturalmente idóneos, para ampliar la demanda y adaptarla a la oferta creciente y diversificada de bienes y servicios; la demanda, a la vez que la oferta, en una economía abierta a las leyes y reglas de un mercado caracterizado por la libre competencia entre productos y servicios, sean nacionales o extranjeros, se adapta y moviliza en el mercado ampliado, procurando mejores condiciones de competitividad productiva, industrial, comercial y de servicios. Tal apertura supone, por su parte, eliminar en mayor o menor grado las trabas a la

libre circulación de bienes y servicios en el mercado ampliado, sean arancelarias o no arancelarias, unida, eventualmente, a la libre circulación de personas y de capitales en el mismo espacio geopolítico y económico-social. Es por ello, que pese a los innegables logros de la codificación del Derecho Internacional Privado, no puede desconocerse que el método más radical y eficaz para resolver los conflictos de leyes consiste en su eliminación a través de la unificación y armonización material de los derechos nacionales.

En tal sentido, como lo señala Vladimír Aguilar, la construcción paulatina de un derecho privado uniforme constituye uno de los aspectos más destacados del desarrollo jurídico actual. "El aislamiento nacional de la ciencia jurídica se verá superado por el Derecho privado uniforme impuesto desde y por los convenios internacionales".<sup>19</sup>

## 2.2 El derecho uniforme del comercio internacional

### 2.2.1 La sistemática del derecho uniforme del comercio internacional

En el pasado —particularmente antes del siglo XIX— no se reconocía la existencia del sistema de derecho uniforme. Al principio y luego de su aparecimiento, se negaba la existencia del sistema, desde la calificación de las prácticas y normas que integran su derecho uniforme como reglas "lagunares" o "contradicitorias", hasta el señalamiento de "la falta de un sistema o, al menos, su carácter incompleto"; de tal manera que la percepción doctrinaria generalizada de los diversos países ha sido contraria a la índole sistemática del nuevo derecho uniforme del comercio internacional. Muchas razones han existido para fundamentar esa percepción, dentro de ellas el carácter prematuro en el tiempo con que se produce la crítica de las diversas reglas uniformes existentes. En efecto, por su propia naturaleza, estas reglas van apareciendo poco a poco, especialmente a lo largo del siglo pasado, además de poseer procedencias dispares y someterse a formulaciones de diversa naturaleza.

Después de las últimas décadas del siglo XX y en los inicios del presente, el panorama es distinto y la conclusión es otra: la fecundidad con la que se ha producido el paso del tiempo en relación con el derecho uniforme solo puede ser comparada con el incremento económico que los intercambios internacionales han experimentado en las pasadas décadas. Hoy en día el escenario que integran las normas del derecho uniforme ya no es tan asistemático ni tan

<sup>17</sup> Espugues Mota, Carlos. *REGIMEN JURIDICO DE LA CONTRATACION*, publicado en INTERNACIONAL Editorial Tramontana, Madrid, 1989. Pp. 54  
x Illescas Orts, Rafael y Perales Viscosillas, Pilar. *Derecho Mercantil Internacional*: El Derecho Uniforme, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2003 pp. 27-26

<sup>18</sup> Aguilar Guerra, Vladimír Osman. *El Negocio Jurídico*. Serviprensa, Guatemala, 2006 pp. 81 Cita literal

incompleto. En la actualidad es un conjunto de reglas que, a pesar de su variada naturaleza, cubren la mayor parte de las realidades y exigencias materiales que el comercio internacional demanda: las modalidades básicas de intercambio de bienes y servicios se encuentran sólidamente gobernadas por convenios y alrededor de aquéllas y estos, una tupida red de disposiciones diversas regulan facetas, accesorias y complementarias, dotado todo ello de coherencia interna y orden.<sup>20</sup>

Sin embargo, a pesar de su desarrollo, el sistema tiene una acentuada nota de provisionalidad, algunas de sus normas son solo proyectos y muchas normas que lo componen se encuentran aún en el proceso que las ha de conducir a su plena vigencia; no obstante estas debilidades, el sistema uniforme de derecho contractual del comercio puede en la actualidad considerarse existente como uno de los efectos generados por la globalización económica en el derecho, reflejado en convenciones internacionales, la mayoría promovidas por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), así como el conjunto de reglas recopiladas y promovidas por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en París. Asimismo, se destacan los instrumentos de soft law o derecho no legislado, los cuales dependen en principio de la voluntad autónoma.

En síntesis, podemos afirmar la existencia de una sistemática en el derecho uniforme del comercio internacional que se adecúa a su objeto material: la realidad del comercio internacional.

El desarrollo y la racionalidad del derecho privado uniforme se explica cuando, como lo señala Zimmermann, las reglas particulares y las soluciones a casos concretos son deducidas de proposiciones generales, entendidas y relacionadas unas con otras, realizando el esfuerzo de racionalizar la aplicación de la ley, pues la racionalidad es un presupuesto esencial para la consecución de la justicia;<sup>21</sup> en atención a las específicas y variables condiciones y exigencias de cada época, variables por naturaleza.

Este dinamismo se acentúa, cuando, en su parte general y en su parte especial, en cada uno de los temas del derecho contractual del comercio se integran normas uniformes, diversas, producidas por distintas fuentes, dotadas de diferenciada naturaleza y en un estado permanentemente evolutivo de vigencia contempladas desde una perspectiva universal.

<sup>20</sup> Illescas Ortiz Raúl y Perales Viscosillas, *Pilar Op. Cit.* pp. 71  
<sup>21</sup> Zimmermann, Reinhard Estudios de Derecho Privado Europeo. Civitas Ediciones, S. L. Madrid, 2000 pp. 34

### 2.2.1.1 Rasgos comunes del derecho uniforme del comercio internacional

Existen características del derecho uniforme del comercio internacional que se advierten en la totalidad de las normas que constituyen su sistema. Los que denominaremos rasgos comunes

Dentro de los rasgos comunes de las normas que integran el derecho uniforme de la contratación internacional, podemos mencionar: la internacionalidad, la uniformidad, el contenido obligacional privado de la normativa y la libertad de contratar o de pacto. Sin embargo, es aun discutible si la autonomía de las normas en lo que se refiere a su producción y su aplicación, constituye un rasgo común del mencionado derecho; y, en cuanto a la categoría de las normas se considera que no existe un elemento común de las mismas, ni por su forma externa ni por su procedencia.

#### a) Internacionalidad:

Con relación a la sistematica del derecho uniforme del comercio internacional, Jorge Oviiedo, considera que ésta no ha sido bien entendida, "al ser vista como el surgimiento de normas e instrumentos aislados sin relación entre sí, y que por el contrario, la sistematica de este derecho será consolidada a medida que se pretenda la uniformidad de su interpretación desde la óptica de su naturaleza esencialmente internacional y no desde la óptica de los derechos locales, pensados para otro tipo de realidades económicas, ajenas a la integración o globalización".<sup>22</sup>

Por su origen y por su campo de aplicación las normas que integran el derecho uniforme de la contratación internacional se caracterizan por ser internacionales ya que, en razón de su campo de aplicación, tienen por objetivo la disciplina del comercio internacional. De modo más preciso y siguiendo las pautas definitorias de la internacionalidad de operaciones de comercio internacional utilizadas en los más difundidos instrumentos integrantes del derecho uniforme de contratación internacional, habrá que decir que tienen por objeto los contratos generalmente comerciales de diversa naturaleza que se celebran entre partes que tienen sus establecimientos en Estados diferentes (artículo 1º de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías).

<sup>22</sup> Oviedo Albán, Jorge Reseña de "Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme" de Rafael Illescas Ortiz y Pilar Perales Viscosillas. Publicado en: Revista Dikaios, noviembre. Año XVI, 18 No. 011 Universidad de La Sabana Bogotá, Colombia 2004 pp. 160. Cita textual

En los contratos comerciales tienen cabida un número muy variado de prestaciones de servicios, financiamiento y de transporte, principalmente, así como muchos aspectos de la actividad industrial o transformadora e incluso la construcción transfronteriza de infraestructuras y su explotación por empresarios establecidos en el extranjero. En cambio, actividades como la extractiva, la pesca, la minería y la agricultura siguen siendo actividades muy ligadas a la soberanía económica de los Estados. La referencia general al término comercio, sirve para manifestar la finalidad o connotación empresarial y profesional que han de poseer las operaciones y contratos del comercio internacional. Por otra parte, la razón por la cual la compraventa de mercaderías destinadas al consumo quedan excluidas de los instrumentos jurídicos internacionales se debe a que en algunos países estas transacciones están sujetas a diversos tipos de leyes nacionales destinadas a proteger al consumidor.

El término comercio es empleado en sentido impropio y en su seno se comprenden otras transacciones internacionales que, además de suponer un intercambio se producen con finalidad empresarial, aunque no suponen actividades propiamente mercantiles como las transacciones en el campo de la prestación de servicio, de la transformación de la naturaleza y de la circulación de capitales.

Internacional es también el origen de las normas que integran el derecho uniforme de la contratación internacional. Su nacimiento es fruto de la iniciativa y actividad de varios países soberanos, lo que incluye una ulterior intervención legislativa nacional necesaria para la vigencia y aplicación de las normas. Sin embargo, en ocasiones, las normas son formalmente consideradas uso o costumbre del comercio internacional, habiendo sido generadas por la práctica reiterada en el intercambio internacional de que se trate y, consiguientemente, al margen del poder normativo internacional de los estados nacionales.<sup>23</sup>

#### b) Uniformidad:

Otro de los rasgos comunes que presenta el nuevo sistema de normas está constituido por la uniformidad de las reglas establecidas, entendida como aspiración esencial del sistema. Dicha uniformidad, constituye al mismo tiempo la técnica de normativización de los conflictos objeto de disciplina por parte del derecho uniforme del comercio internacional que persigue establecer una regla única, de validez potencialmente universal, para disciplinar una conducta transfronteriza cualquiera que sea la nacionalidad de las partes obligadas, el lugar de la prestación o elemplazamiento de la cosa en relación con el cual la conducta debe ser satisfecha.<sup>23</sup>

El derecho uniforme de comercio internacional se adecua más a las necesidades del tráfico internacional porque es preventivo y no únicamente resolutorio de conflictos; satisface la exigencia del pleno conocimiento previo por las partes del alcance de las obligaciones contraídas, de los derechos adquiridos y de los medios de cumplimiento, hace del conocimiento de las partes con anterioridad la jurisdicción que lo ha de aplicar.

En el sentido expuesto, el derecho uniforme es un derecho previsor y no meramente resolutor. Se compone de un conjunto de reglas sustantivas, prefijadas de disposiciones materiales sobre el régimen jurídico de las operaciones de comercio internacional sometidas al mismo, en tal sentido queda señalado que se trata de un sistema material y no adjetivo o formal. En efecto, las normas que lo integran no remiten a otras disposiciones nacionales, antes bien, disciplinan directamente la materia contemplada.

En el sentido opuesto, el derecho uniforme es un principio auto sostenido y dinámico, no estático. En efecto, las reglas que integran el derecho uniforme del comercio internacional son uniformes a la hora de su formulación o reformulación pero, simultáneamente, dichas reglas se reclaman de la uniformidad a la hora de su aplicación, esta exigencia parece imprescindible en la medida en que son reglas con una vigencia potencialmente global y a ser aplicadas por tribunales de muy diversa naturaleza, ubicación y nacionalidad. La uniformidad, en estas circunstancias, no solo es una condición necesaria que inicialmente ha de satisfacer la regla comercial internacional, es también un requisito de su aplicación universal permanente.

#### c) El carácter privado de sus normas:

Otro de los rasgos comunes de las normas que integran el derecho uniforme del comercio internacional es el carácter estrictamente jurídico-privado de las normas que lo integran y de las relaciones que constituyen el campo de aplicación de aquéllas.

Las normas que integran el derecho uniforme del comercio internacional no aspiran a interferir en la soberanía económica de los estados, sino más bien aspiran a que la soberanía de los estados les permita gobernar las conductas privadas y libres de sus ciudadanos individuales, personas físicas y jurídicas, los cuales se reclaman del derecho uniforme. En este sentido se trata de un verdadero orden jurídico-privado que se limita a disciplinar las relaciones entre los individuos que, en el marco de los flujos comerciales establecidos por los Estados

<sup>23</sup> Héctor Ortiz, Rafael y Peralta Viscocillas, *Plur. Op. Cif. Pp. 32*

conforme a normas públicas, celebran contratos con ánimo de participar en la circulación de bienes, servicios y capitales que dichos flujos generan o permiten.

En consecuencia, el derecho uniforme del comercio internacional se compone de normas que disciplinan las relaciones mercantiles entre clientes y proveedores, entre fabricantes y comerciantes, entre finanziadores y financiados, establecidos en diferentes Estados y territorios de distinta soberanía. El derecho uniforme, sin embargo, en absoluto interfiere, ni mucho menos regula, el ejercicio de los poderes soberanos por parte de los diferentes Estados en los que radican los establecimientos principales y secundarios de los sujetos privados e individuales como operadores del comercio internacional. Régimen aduanero, aranceles, tipo de cambio, flujos monetarios y comerciales, estándares técnicos, cupos, contingentes, balance de cuentas públicas, son extremos, entre otros, en los que el derecho uniforme del comercio internacional no interviene en modo alguno.<sup>24</sup>

d) La libertad de contratación y de pacto a favor de los operadores económicos internacionales:

La libertad de pacto se entiende como la libertad de pactar o no pactar, suministrar o no suministrar, intercambiar o no intercambiar; el operador libremente decide comprometerse en una relación contractual con un tercero, nadie puede verse obligado a celebrar un contrato comercial internacional en contra de su voluntad.

La libertad de pacto implica la libertad de las partes para fijar libre y conocidamente las cláusulas negociales que han de gobernar sus relaciones, incluida la libertad de utilizar a tal fin cláusulas tipo.<sup>25</sup>

La libertad de contratación, como lo señalan los comentaristas del Código Civil francés, "consiste en afirmar el culto a la voluntad individual, permitiendo en consecuencia al sujeto de derecho participar en las relaciones contractuales que libremente decida".<sup>26</sup>

La libertad de pacto implica también la posibilidad que gozan las partes de determinar el derecho al que sometieren subsidiariamente su contrato. Se autoriza la conducta de los contratantes no solo a establecer excepciones o modificar efectos de las Convenciones, sino que incluso llegan a excluir la plena aplicación del instrumento en beneficio de otro derecho al que decidan someterse. Por supuesto que el ejercicio de esta libertad es posible siempre que el contrato en

relación con el cual se ejercita sea susceptible de sumisión a la Convención de que se trate.

La libertad de pacto fundamenta asimismo, la facultad, ciertamente malizada, que tienen las partes de someter a arbitraje sus eventuales y futuras discrepancias sobre el contrato pactado, así como de decidir el reglamento de administración del arbitraje y el derecho aplicable al fondo del asunto.

La matización de la libertad a la que se ha hecho referencia se encuentra determinada por la necesidad que las partes poseen de obtener la cooperación del Estado de que se trate para la ejecución del laudo. Precisamente tal cooperación, necesaria en caso de no acatamiento del laudo, es la que permite que el Estado fije ciertos límites a la libertad de pacto aplicable al arbitraje; en caso de que las partes, a la hora de pactar, hayan desbordado tales límites nacionales, el Estado podrá negarse al reconocimiento del laudo con el que el arbitraje culminó. Y, consiguientemente, negará su ejecución. Esta realidad indiscutible desencadena la consabida discusión acerca de la autonomía del derecho uniforme del comercio internacional.

#### 2.2.1.2 Origen y forma del derecho uniforme del comercio internacional

En el derecho uniforme del comercio internacional existen también elementos diferenciadores o rasgos que no son comunes, ciertos caracteres de las normas que integran tal sistema que no son compartidos por la totalidad de ellas, aspecto éste que no impide que las disposiciones, parcialmente diferenciadas, deban ser consideradas integrantes o componentes del derecho uniforme. En este orden de ideas existen dos notas significativas, el origen o la fuente de producción de las respectivas normas y la forma externa de las mismas. Siendo oportuno reiterar que estas diferencias de origen y conformación no imposibilita que formen parte del sistema y, tampoco influyen de modo apreciable en la fuerza obligatoria de las mismas.

##### a) Fuentes de producción de las normas:

Las fuentes de producción de las normas que integran el derecho uniforme del comercio internacional no son únicas ni homogéneas. Primordialmente es el Estado el creador de dichas normas, pero también se reconoce en la sociedad mercantil o universalidad de mercaderes su índole originaria de reglas a través de los usos o costumbres de comercio.

Existe un paralelismo entre el derecho mercantil nacional y el internacional. Sin embargo, es importante tener presente que independiente de cuál haya sido su fuente concreta de producción, la norma formara parte del derecho uniforme del

<sup>24</sup> Ibidem, pp. 36.

<sup>25</sup> Ibidem, pp. 38.

<sup>26</sup> Aguilar Guerra, Vladimir Osmani, Op. Cit. Pp. 49-50 Cita textual.

comercio internacional cuando reúna las características comunes a las que se hizo referencia con anterioridad.

La primera de las grandes fuentes de producción de normas comerciales uniformes, al igual que acontece con los derechos mercantiles nacionales, son los Estados que en virtud de su poder convencional pueden establecer instrumentos internacionales de derecho uniforme en el campo comercial aplicables a actos y operaciones realizados en su territorio o a empresarios cuyo establecimiento principal o secundario radique en su indicada soberanía.

En el campo mercantil internacional, dos son los organismos que promueven derecho uniforme: CNUDMI o UNCITRAL, comisión especializada y permanente de la Asamblea General de las Naciones Unidas; y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado –UNIDROIT-, organización intergubernamental independiente que divide sus tareas preparatorias del derecho uniforme entre las dos ramas del derecho privado, el civil y el mercantil.<sup>27</sup>

Como nota común a todas las Convenciones, fruto de la actividad normativa de los Estados, hay que mencionar el carácter multilateral de dichas convenciones, dependiendo su vigencia de la ratificación por parte de los Estados y quedando sus textos abiertos permanentemente a la adhesión ulterior de otros Estados.

Pero junto al poder normativo del Estado, participan en la elaboración del sistema uniforme los propios sujetos de la actividad a uniformar, los operadores económicos, la comunidad comercial internacional o la *societas mercatorum*, quienes intervienen decisivamente en la formación de abundantes normas que integran el derecho uniforme del comercio internacional, constituyendo éste el otro polo del dualismo al que se hizo referencia con anterioridad.

Durante muchos siglos los operadores del comercio internacional han venido creando con sus hábitos referidos de conducta una serie de pautas que se convierten en pautas socialmente exigibles en relación con el tráfico internacional cuando pueden ser calificadas de razonables, ciertas y notorias.

En la actualidad, más que costumbres basadas en la reiteración de conductas se produce la formulación de reglas uniformes en forma escrita, cuya vigencia se fundamenta, no tanto en la condición de uso de comercio sino en la incorporación expresa de las mismas a un pacto escrito.

En ese orden de ideas, han surgido las agencias formuladoras que no se asocian, ni en su organización ni en su funcionamiento a los Estados o a los organismos internacionales, sino de manera directa a la sociedad de mercaderes y a sus

asesores en cuestiones relativas al comercio internacional. A este conjunto de elementos diversos se le ha denominado el establishment económico-jurídico internacional y constituye su manifestación la Cámara de Comercio Internaciona (CCI), radicada en París.<sup>28</sup>

La CCI con su conducta formuladora de reglas mercantiles no estatales, reduce los usos de comercio a la condición de meras cláusulas convencionales, cuya fuerza de obligar radica en la libertad de pacto ejercitada por las partes y no en la satisfacción por las normas de las ya expresadas condiciones de ser reglas razonables, ciertas y notorias.

La participación activa de las agencias formuladoras, sin embargo, no significa que la costumbre mercantil haya desaparecido. Las fuerzas sociales de conductas, paulatinamente sometidas a la convicción social generalizada de su exigibilidad, siguen actuando al margen de las agencias, costumbres mercantiles siguen creándose y, en muchos casos, su recopilación escrita o la mutación de su naturaleza a cláusulas convencionales no es necesaria ni se produce.

### b) Formulación y naturaleza heterogénea de las normas integrantes:

La función más elemental de la forma es la de dar a conocer el acto jurídico realizado. "Con esta función, que puede denominarse función de publicidad, la forma proporciona un dato objetivo de conocimiento del acto contractual, lo que hace posible su eficacia jurídica, su interpretación y su protección jurisdiccional".<sup>29</sup> Al igual que las normas que integran los ordenamientos nacionales, las que integran el derecho uniforme, dado que poseen origen diverso, se vienen subsiguientemente sometidas a diversas formalizaciones y, como consecuencia de ello, gozan de naturaleza jurídica distinta. En tal sentido, las fuentes propiamente dichas del derecho uniforme del comercio internacional son más complejas de lo que resultan ser las fuentes en los ordenamientos nacionales, pero al igual que en éstas últimas, existe entre ellas un cierto escalonamiento, la respectiva preferencia dependerá de la forma que revisan unas y otras, lo que, a su vez, es determinante de la correlativa naturaleza jurídica.

La forma que revisan algunas normas que integran el derecho comercial uniforme, constituye un derecho acusadamente convencional porque la aplicación de las normas dependerá de la voluntad libremente expresada de las partes que intervienen en una concreta relación comercial internacional, se somete la relación libremente establecida a reglas preexistentes no imperativas, cuya sometimiento efectuada por las partes interesadas.

<sup>27</sup> Micas Ortiz, Rafael y Pérez Viscasillas, Pilar. Op. Cif. Pp. 44.

<sup>28</sup> IBIDEM. Pp. 46  
Aguila, Guerra, Vladimir Osman. Op. Cif. Pp. 207 Cita textual.

A continuación nos referiremos brevemente a la distinta formulación que asumen diversas fuentes del derecho contractual internacional y de lo cual se determina su naturaleza heterogénea:

Las Convenciones y Tratados internacionales constituyen las normas más identificables del derecho uniforme del comercio internacional y, al mismo tiempo, las menos autónomas e independientes en su producción y aplicación desde la perspectiva de los destinatarios de ellos.

La exigibilidad de la costumbre mercantil obedece a la convicción social y no al pacto individual. La norma consuetudinaria tampoco requiere una formulación escrita previa, y el hecho de que se formule por escrito no la hace perder su naturaleza consuetudinaria. Se afirma que la calificación de una práctica como uso o costumbre del comercio internacional depende de la amplitud de su conocimiento y de la regularidad en su observancia en el tráfico de que se trate.

Los usos y prácticas negociables carecen de la generalidad y observancia de la costumbre internacional y se originan singularmente en virtud de la conducta negocial que las propias partes han establecido a lo largo de contratos anteriormente pactados entre ellas. Constituyen estos usos y prácticas verdaderos precedentes negociales que en relaciones contractuales anteriores, ya consumadas o en ejecución, las mismas partes han establecido entre sí a los fines de satisfacción del cumplimiento de las reciprocas obligaciones concertadas. En la medida en que carecen de carácter general, una norma de esta índole difícilmente puede catalogarse como fuente de derecho; más bien es una manifestación de la voluntad individual o un precedente tácitamente aceptado en su aplicación a la relación actual por una parte sin contradicción por la otra. Sin embargo, en el marco del derecho uniforme del comercio internacional, abundantes textos generales atribuyen valor normativo a tales precedentes contractuales porque resultan útiles para solucionar lagunas existentes en el contrato sometido a interpretación. Es ésta reiterada alusión la que hace que estos usos y prácticas merezcan una cierta categorización como fuentes, máxime cuando el éxito disciplinador de algunas de tales prácticas determina su paulatina y constante difusión.

Las recopilaciones y codificaciones de usos y prácticas se caracterizan por constituir la formulación escrita y apropiadamente ordenada de una serie de pautas de conductas a seguir por las partes en los contratos a los que se refieren las recopilaciones en cuestión que son sectoriales y no generales. Este género de recopilaciones presentan, además, la peculiaridad de integrar en su seno normas prácticamente inexistentes, al menos parcialmente, antes de la confección de la recopilación no es que se recopilen a posteriori efectivas pautas de conducta socialmente exigibles y ampliamente respetadas con anterioridad a dicha

recopilación, antes bien, se produce una formulación de normas *ad hoc* y ex novo a las que se le atribuye por su agencia formuladora la expresada condición de recopilación de usos, reglas o prácticas. El sometimiento de una determinada relación obligacional a la recopilación no puede ser sino consecuencia de un pacto expreso de sumisión incluido por las partes en el contrato de que se trate.

Las cláusulas contractuales vienen a ser condiciones generales aplicables a los contratos, formuladas por algunos de los sectores económicos del comercio, los empresarios y sus asociaciones internacionales, en los que más frecuentemente intervienen aquéllos como parte, por ejemplo en los contratos de transporte.

Estos clausulados o condiciones generales constituyen auténticos elementos contractuales y una parte del negocio de que se trate porque condiciones particulares y otras disposiciones específicas completan en cada caso el contrato.

La libertad de pacto está en la base del funcionamiento de este elemento de uniformidad del derecho del comercio internacional. Es la voluntad del empresario que redispone las condiciones, o miembro de la asociación que predispuso, y la de su contraparte, las únicas determinantes de la incorporación de las aludidas condiciones o cláusulas al contrato que celebran.

Las guías jurídicas a semejanza de las cláusulas contractuales, se elaboran con la finalidad de establecer un cuadro jurídico apropiado para que las partes en un contrato internacional fijen de común acuerdo el contenido obligacional del mismo. Pero, a diferencia de las cláusulas contractuales, las guías jurídicas no ofrecen a dichos contratantes ni un articulado preciso ni un conjunto de reglas objetivamente formuladas a las que han de someterse. En efecto, las guías jurídicas, en primer término, detectan, para el género de contrato al que se refieren, las cuestiones y materias de mayor importancia sobre las que las partes han de convenir si se pretende concertar un contrato completo; en segundo lugar, ofrecen una solución convencional para dichos problemas desde una posición justa y equitativa, insertando incluso un ejemplo literal de cláusula en ciertas ocasiones.

Las guías jurídicas requieren en su uso una constante determinación de la voluntad de los contratantes sobre cada una de las cuestiones en ellas contempladas, sobre las que todo contrato del género debe de convenir si se pretende alcanzar un pacto íntegro y eficaz, así como sobre la disciplina convencional aconsejada para cada una de aquéllas por el propio texto de la Guía.

Las leyes modelo constituyen respecto de los Estados lo mismo que las guías jurídicas representan para las personas individuales: frente a los Tratados o

convenios internacionales, las leyes modelos suponen un instrumento soft de uniformación internacional del derecho del comercio. En efecto, los Estados, frente a la ley modelo, gozan de una plena libertad de disposición a diferencia de la que disfrutan frente a las Convenciones, en caso de decidir su ratificación.

La ley modelo es un texto prejurídico con plena apariencia jurídica preparado por una agencia formuladora y presentado a los Estados para que estos, en el uso de la soberanía, lo utilicen para confeccionar y promulgar una ley interna mediante la tramitación del correspondiente texto jurídico nacional, de acuerdo con el procedimiento legislativo interno y sin que respecto del mismo pueda aplicarse el mecanismo de ratificación concerniente a los instrumentos internacionales.

La fuerza uniformadora de estos documentos internacionales es reducida, no solo los Estados son soberanos y libres para decidir si adoptarlos o no sino que, además, en caso de una decisión favorable a la adopción o transposición nacional de una ley modelo, dicha operación es modular en intensidad, extensión y tenor literal por cada uno de sus destinatarios, los diferentes Estados.<sup>30</sup>

En cuanto a las recopilaciones de principios contractuales internacionales, es conocida la actividad de las agencias formuladoras y entre ellas de UNIDROIT, destinada a la recopilación, identificación y formulación de principios universalmente aplicables a los contratos internacionales.

Estas recopilaciones poseen finalidades concretas y por el momento poseen para cada relación concreta la fuerza de obligar a las partes de la propia relación, siempre que éstas hayan querido someterse expresamente a dichos principios en el caso concreto de que se trate.

### 2.2.1.3 La autonomía del derecho uniforme: ¿rasgo común o rasgo no común del comercio internacional?

En el campo del derecho mercantil se observa la tendencia hacia un derecho contractual autónomo en gestación, al margen y por encima del derecho

<sup>30</sup> Esta forma de operar de las leyes modelo ha sido sintéticamente expresada en alguna ocasión por el Secretario General de Naciones Unidas, quien con ocasión de la consideración del proyecto de una de las leyes modelo preparadas por UNCTAD, indicaba de modo literal que "El método de unificar y mejorar las leyes nacionales es el de una ley modelo. El texto (de la misma), en su versión definitiva, será recomendado a todos los Estados para que lo incorporen a sus respectivas legislaciones".

promulgado por el Estado, y ello al amparo de la autonomía privada y de la libertad para negociar.<sup>31</sup>

Podemos entender por autonomía del derecho uniforme, su cualidad para existir y desarrollarse al margen de los Estados, al amparo exclusivo de la fuerza generadora desplegada por la sociedad civil y económica global.

Asimismo, podemos afirmar que son dos las características principales de la autonomía. La primera, una constante dinámica creadora de normas configuradas bajo alguna de las diversas formas ya mencionadas, cláusulas contractuales, usos internacionales de comercio y recopilaciones o codificaciones de aquello, llevadas a cabo no tanto por los Estados sino por los operadores, las agencias o el "establishment", usos y recopilaciones que constituirían el núcleo normativo del ordenamiento autónomo. En segundo lugar, sería la aplicación del indicado conjunto de reglas, en caso de conflicto entre sus destinatarios, por los tribunales arbitrales, esporádica o permanentemente constituidos por los sujetos del tráfico comercial internacional, con la finalidad específica de excluir a los tribunales estatales.

Pero las fuentes del derecho uniforme del comercio internacional antes descritas no excluyen a aquellas normas que, reuniendo las características comunes anteriormente referidas, tienen como fuente de producción a los Estados. En el derecho uniforme del comercio internacional conviven normas de producción autónoma con normas de producción estatal.<sup>32</sup>

Sin embargo, no es el sistema de fuentes lo que caracteriza una disciplina o sistema de normas sino la materia u objeto a que las propias normas van destinadas por sus creadores, sean estos el Estado, la sociedad civil y económica de determinadas zonas geográficas o la universitas mercatorum.

En lo que se refiere al sistema de fuentes del derecho uniforme, la autonomía existe tan solo relativa y parcialmente; los Estados ciertamente, participan, aun cuando no de la manera protagonica con la que actúan en el marco de los ordenamientos nacionales, en la producción de normas internacionales uniformes. Correlativamente, las sociedades mercantiles gozan de una iniciativa y facultad de formalización de las que los Estados carecen dada su restrictiva dimensión. Esta correlación, sin embargo, no puede conducir a afirmar la autonomía normativa del derecho uniforme del comercio internacional.

<sup>31</sup> Galindo Garfias, Ignacio Teoría General de los Contratos. Editorial Porrúa, México. Pp. 15  
<sup>32</sup> Mescas Ortiz, Rafael y Pérez Viscosillas, Pilar. Op. Cit. Pp. 66.

Lo mismo puede afirmarse al considerar la otra faceta del sistema de normas que es el de su aplicación. No puede ser ignorada la trascendente significación y la amplia difusión del arbitraje.

La importancia de esta autonomía arbitral se acentúa en los tiempos actuales en función de diversos hechos nuevos recientemente observados. En primer término, se constata el reforzamiento del poder de los usos comerciales internacionales cuya aplicación es llevada a cabo directamente por los árbitros; en segundo lugar, se detecta la aparición de los principios generales de la contratación mercantil internacional, cuya observancia habría de ser vigilada por los árbitros (el caso de los Principios de Unidroit). Además, es una realidad el creciente establecimiento de tribunales arbitrales permanentes, cuyos servicios de resolución de controversias son ofrecidos a los contratantes internacionales. Son los datos anteriores los que acentúan la autonomía del derecho uniforme en lo que respecta a su aplicación.

En lo referente a la aplicación directa de los usos por los árbitros al caso controvertido, han de tenerse presente ciertas realidades normativas recientes: instrumentos internacionales invitan a las partes de los contratos mercantiles internacionales a que reconozcan el poder normativo de los usos mercantiles e igualmente se les insta a que atribuyan a los árbitros facultades para que tomen en consideración los usos aplicables al caso cada vez que sean convocados para resolver alguna controversia surgida con ocasión del incumplimiento de un contrato mercantil internacional. Igualmente se viene recomendando a los Estados que efectúen idéntico reconocimiento. Como ejemplo de los instrumentos internacionales anteriores, podemos mencionar: el Reglamento de arbitraje de UNCITRAL.<sup>33</sup> La ley modelo de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional e incluso, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio internacional, cuando se refiere al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales.

Otro dato significativo en relación con la creciente autonomía del derecho uniforme relativo a su aplicación, está constituido por los principios generales de la contratación comercial internacional, que son una especie de grandes reglas básicas emanadas de la práctica y cuya aplicación por los tribunales arbitrales contribuiría a completar, en ausencia de estipulación expresa de las partes y de uso mercantil aplicable, con exclusión de la remisión significativa a los ordenamientos nacionales. Los principios poseen una considerable importancia y cumplen igualmente un decisivo papel en orden a asegurar la aplicación autónoma del derecho uniforme.

<sup>33</sup> IBIDEM Pág. 67

El tercer dato en relación con la creciente autonomía del derecho uniforme, siempre con relación a su aplicación, lo constituye el establecimiento y actividad constante de tribunales arbitrales permanentes destinados a resolver por vía arbitral controversias referentes a contratos comerciales internacionales. La existencia de estas instituciones atribuye al derecho que aplican una definitiva apariencia de autonomía; en efecto, estos centros permanentes de arbitraje son constituidos por empresarios, cámaras de comercio o árbitros profesionales sin participación alguna de los Estados en los que radican o en los que se suscitan los conflictos que dirimén.

Ahora bien, a pesar de todo lo señalado, no puede afirmarse que exista plena autonomía del derecho uniforme. Si bien es cierto se puede detectar una considerable y creciente dosis de autonomía, también lo es que el establecimiento final del proceso de aplicación arbitral de las normas uniformes, convencionales, consuetudinarias y contractuales, generales o particulares, que lo integran, continúa dependiendo del auxilio estatal a ser prestado por la unidad política en la que radican los bienes con cargo a los cuales el deudor condenado debe ser compelido a la satisfacción de su deuda. Ciertamente, la discrecionalidad estatal en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros es cincuenta años y, que los Estados han venido adquiriendo compromisos jurídicos formales en orden a la eliminación de incertidumbres en la materia; sin embargo, la necesidad generalizada del aludido reconocimiento estatal de una parte y la subsistencia de la excepción de orden público de otra, componen substancialmente el punto débil de la autonomía del derecho uniforme.

En estas condiciones, no puede afirmarse de modo categórico la autonomía del sistema, lo cual no significa que el derecho uniforme no haya venido adquiriendo con celerridad una categorización dogmática que lo aleja acentuadamente de los diferentes derechos nacionales y de los diversos sistemas jurídicos que en el mundo existen. Tampoco ello significa que en la actualidad pueda negarse la existencia de una sistemática de dicho derecho adecuada a la realidad efectiva de su objeto material.

### 2.3 Régimen Jurídico aplicable a la Contratación en el Derecho del Comercio Internacional

Necesariamente, en materia contractual, al referirnos al régimen jurídico aplicable debemos hacer relación al principio de la autonomía de la voluntad. En términos generales, el problema de la autonomía privada o autonomía individual, se presenta complejo en su naturaleza, en su estructura y en sus fundamentos y límites. Esta complejidad se acrecienta si tomamos en cuenta que en su esencia

misma, se encuentran entrelazados conceptos como el de la libertad personal, en toda su extensión, y la idea de orden público, en relación con el interés individual.

La trascendencia y la naturaleza de esas cuestiones no podrían ser abarcadas en una breve exposición, como lo exige la índole de este trabajo, por ello nos proponemos solamente exponer brevemente algunas ideas, como simples apuntamientos del tema.

La autonomía de los particulares en el ámbito del derecho privado, se manifiesta como la libertad de la persona para ordenar sus propios intereses, mediante la celebración de actos y contratos. El poder reconocido por el derecho objetivo a los particulares, para crear relaciones jurídicas interpersonales válidas y por lo tanto jurídicamente cojeribles. Tal es el sentido general con el que comúnmente se emplea el concepto.<sup>34</sup>

En los ordenamientos jurídicos de distintos países aparece una generalizada aceptación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes como principio rector del contrato, tanto en el plano estrictamente interno como en el plano internacional. Es en aplicación de dicho principio que las partes deciden iniciar una relación, determinando con quién, cómo y a qué ley someter su relación contractual. No obstante, esta generalizada aceptación debe matizarse a la vista de la interpretación diferenciada que se le atribuye en los diversos sistemas.

Lo que no da lugar a dudas es que el principio de la autonomía de la voluntad no tiene un significado único. La doctrina, al referirse a este principio en el ámbito del Derecho Internacional Privado, distingue entre "autonomía material" y "autonomía conflictual", dos conceptos que se entienden diferentes pero que, a su vez, están profundamente interrelacionados.<sup>35</sup>

La denominada "autonomía material" hace referencia a la capacidad que tienen las partes para especificar los exactos términos del contrato, su contenido, sus cláusulas, sus condiciones. La noción coincide con el margen de actuación concedido en este sector por un concreto ordenamiento jurídico en el nivel estrictamente interno.

Por su parte, la "autonomía conflictual" refiere a la capacidad de las partes para elegir el derecho aplicable a un contrato, en otras palabras, para remitirse a un

ordenamiento en aras a la determinación de la normativa que regulará un contrato.

Uno y otro concepto poseen una base común y su interrelación es plena. La autonomía conflictual presume y determina a la material porque quien tiene capacidad para vincular un contrato a un ordenamiento determinado (autonomía conflictual) tiene, con posterioridad, plena capacidad para que dentro de los límites fijados por dicho ordenamiento, convenga sobre el clausulado del contrato (autonomía material). Obviamente, la comprensión de la autonomía material varía según que se refiera a una situación estrictamente interna o internacional, es decir, según que dependa o no del previo ejercicio de la autonomía conflictual.

En un contrato internacional son dos datos básicos los que determinan que su ejercicio difiera respecto de un contrato interno: en primer lugar, aparece condicionada, como requisito fundamental, por la necesidad de verificar el previo ejercicio de la autonomía conflictual. Sólo cuando se haya precisado qué ordenamiento va a regular el contrato, se procederá a especificar sus exactos términos, respetando los límites establecidos por el derecho elegido.

En segundo lugar, la capacidad de autorregulación respecto de un contrato internacional será, generalmente, más amplia que la existente con relación a un contrato estrictamente interno. Existirá un mayor número de opciones cuando se trata de un contrato vinculado a más de un ordenamiento jurídico.

Para solucionar el problema de la ley aplicable a las partes, los legisladores proporcionan soluciones alternativas que tradicionalmente, difieren de unos países a otros, tanto en sus enunciados como en su valoración. Las posturas mantenidas al respecto han variado en las últimas décadas. Encontramos desde posiciones articuladas sobre la utilización de un conjunto más o menos amplio de criterios rígidos

—por ejemplo: ley del lugar de celebración del contrato, ley del lugar de ejecución del contrato— hasta posturas aparentemente más realistas, haciendo prevalecer el principio de la autonomía de la voluntad, en las que el juez, mediante el análisis del contenido del contrato, deberá averiguar la auténtica voluntad de las partes, ya sea la voluntad presunta o hipotética, ya meramente la voluntad tácita. Sin embargo, consideraremos que la escasa virtualidad de estas soluciones ha llevado a favorecer soluciones más flexibles, objetivas y justas, articuladas en torno a la noción de vinculación.

El resultado final de este proceso ha dado lugar al abandono de la búsqueda de "cuálquier voluntad", y a la consolidación de una posición mucho más objetiva elaborada en torno a la noción de vinculación más íntima. Postura que, aparentemente, permite alcanzar una solución más segura y previsible. De

<sup>34</sup> Galindo Garfias, Ignacio. Op. Cit. Pp. 4  
<sup>35</sup> Espiugues Mata, Carlos. Op. Cit. Pp. 57

acuerdo con esta posición, la ley que gobierna el contrato será aquella que, tras analizar la globalidad del negocio jurídico, aparezca como más vinculada con el mismo.

En la actualidad el criterio de la más íntima conexión encuentra un apoyo mayoritario en la doctrina y en la jurisprudencia de los diversos países y es adoptado en distintos textos legales, específicamente podemos mencionar el artículo 4 del Convenio de Roma de 1980. Sin embargo, desde el momento de su formulación, la idea de la conexión más íntima y real ha sido subsecuentemente objeto de diversas interpretaciones y críticas, según se haya optado por entenderla como un mero recuento de datos fácticos o introduciendo una valoración que incorpore un cierto factor subjetivo a través del análisis de la intención de las partes e, incluso, de los intereses de los ordenamientos aparentemente conectados con el negocio.<sup>36</sup>

No podemos dejar a un lado la práctica arbitral. Un análisis de la práctica desarrollada en el seno de la CCI muestra algunas reglas tradicionalmente utilizadas por los árbitros para determinar la ley aplicable a determinado contrato, en defecto de una manifestación de voluntad por las partes: estas reglas, entre otras, han sido: la aplicación de las normas materiales del lugar en que se desarrolla el arbitraje; la aplicación de las normas de conflicto del lugar de desarrollo del arbitraje; aplicación acumulativa de las normas de conflicto de los ordenamientos en conexión con la relación contractual, aplicación de la norma de conflicto directamente elegida por los árbitros, y la aplicación de los principios generales del derecho internacional privado.

A las reglas anteriores se suman otros criterios utilizados por los árbitros como la aplicación de las normas de conflicto del país del que es nacional el árbitro, aplicación de las normas del país cuyos tribunales hubieran conocido en caso de no haberse acudido al arbitraje, las normas del lugar donde se prevea se va a ejecutar el mismo, etcétera....

No obstante, la práctica demuestra que los árbitros tienden crecientemente a obviar la selección y aplicación de una norma de conflicto como paso previo y necesario a efecto de localizar el derecho aplicable en defecto de elección por las partes.<sup>37</sup>

No podemos dejar de señalar que la indicación que el contrato sera regulado por tal o cual ordenamiento jurídico que se constituirá en "ley del contrato", no resuelve todos los problemas derivados de la determinación del derecho aplicable

al negocio jurídico. La mayoría de los sistemas jurídicos atribuyen al contrato un carácter de fenómeno unitario, que incide directamente en la amplitud del ámbito de aplicación de la ley que lo regula. A primera vista, una visión de este orden implicaría el sometimiento de todo el negocio jurídico a una sola ley: la ley del contrato. Sin embargo, los diversos legisladores, aún reconociéndole una gran amplitud, suelen sustraer algunos aspectos de su ámbito, sometiéndolos —con un tratamiento individualizado— a un ordenamiento jurídico distinto, por ejemplo, la capacidad para celebrar el contrato y su forma.

En todo caso, deberá tenerse presente que el rol de la autonomía de la voluntad no puede traducirse en una supremacía absoluta de los derechos subjetivos contractuales, pues ello daría lugar a admitir la inexistencia de límites impuestos a la libertad contractual<sup>38</sup> lo que significa un total alejamiento de la realidad.

### Capítulo III

#### El derecho comunitario europeo y el sistema contractual uniforme.

Los instrumentos legales del derecho contractual internacional son generados en el comercio internacional, al cual nos referimos en el capítulo anterior, pero a la vez provienen de un sistema contractual uniforme recientemente implantado en la Unión Europea. En el presente capítulo vamos a hacer una breve referencia al derecho comunitario europeo y a la nueva tendencia de implementar un sistema contractual uniforme.

##### 3.1 El derecho comunitario europeo;

El orden jurídico comunitario ha venido a constituir un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional, en beneficio del cual los estados parte han limitado, aunque restringidamente, sus derechos soberanos, y en donde los sujetos lo son también de los Estados miembros. Se trata de un derecho independiente de la legislación de los estados miembros pero aplicable a cada uno de ellos y destinado a engendrar derechos que inciden en el patrimonio de las personas.<sup>30</sup>

Podríamos definir al derecho comunitario como una rama del derecho internacional, público o privado, en tanto vincula Estados soberanos y a sus particulares, que establece normas que regulan las relaciones entre los mismos, y sus habitantes, en virtud de poseer intereses comunes en materia internacional, política, social y económica. Esos intereses comunes son la causa de que, generalmente los Estados asociados formen una comunidad geográfica unida por su proximidad, aunque ésta no sea condición necesaria para constituirla. Esta comunidad adopta la forma de una persona jurídica supranacional, que interactúa en una posición intermedia entre los Estados y la comunidad general de Estados. El Derecho Comunitario es de real importancia para el Derecho Constitucional, al que se vincula por intermedio de los órganos de la comunidad y de la formación de tratados. La comunidad es, entonces, una organización internacional de los Estados miembros a los que se aplica directamente el Derecho Comunitario original, constitutivo del ente, y derivado, creado por los órganos instituidos en el tratado fundacional de la comunidad.

Ahora bien, la Unión Europea es una creación del derecho y es conforme al mismo que persigue sus objetivos. Es el derecho el que rige la convivencia

<sup>30</sup> Santer, Jacques. El Derecho Comunitario. Instrumento de la Integración Europea. Universidad de Alicante. España 1995. pp. 4

económica y social de los pueblos de los Estados miembros. El derecho comunitario es la base del sistema institucional, establece los procedimientos para la adopción de decisiones emanadas de las instituciones comunitarias y regula las relaciones entre ellas. Los Estados miembros disponen de una serie de instrumentos jurídicos que en forma de reglamentos, decisiones generales CECA, directivas, recomendaciones CECA y decisiones individuales, permiten adoptar actos jurídicos con efectos vinculantes para los Estados miembros y sus nacionales. De esta forma, también el individuo, el nacional de cada uno de los Estados, se convierte en soporte de la Comunidad. El ordenamiento jurídico comunitario influye en su vida cotidiana en forma cada vez más directa. Le concede derechos y le impone obligaciones, de manera que el individuo, ciudadano de su país y de la comunidad, está sometido a ordenamientos jurídicos de diferentes niveles, como los que observamos en los Estados federales. Al igual que cualquier ordenamiento jurídico, el comunitario dispone de un sistema completo de protección jurídica para resolver los litigios en torno al mismo y para velar por su cumplimiento. El derecho comunitario determina igualmente la relación entre la comunidad y los Estados miembros, correspondiendo a estos últimos el deber de adoptar todas las medidas apropiadas para cumplir las disposiciones emanadas de los Tratados o de los actos de las instituciones comunitarias. Es a los Estados a quienes corresponde ayudar a la Comunidad a llevar a la práctica su misión y abstenerse de todo lo que pueda poner en peligro la realización de los objetivos de los tratados. De esa cuenta, los Estados miembros son responsables ante los ciudadanos de la Unión de todos los perjuicios provocados por las infracciones del derecho comunitario.<sup>40</sup>

En el derecho comunitario europeo, la Unión Europea como organización supranacional, está regida por un orden jurídico que se compone de un derecho primario y un derecho derivado.

El Derecho primario es la fuente originaria de la que deriva el resto del ordenamiento comunitario que le está subordinado. Este derecho da origen a la Unión y se manifiesta en una serie de tratados celebrados entre Estados que en esa forma renuncian parcialmente a su soberanía con el objeto de constituir una organización supranacional. De tal manera que la Unión se encuentra integrada con los tratados que la fundaron. Estos tratados son: 1) El tratado de París de 1951 que creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. 2) El Tratado de Roma de 1957 que estableció la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica. 3) El Tratado de la Unión Europea o

Tratado de Maastricht de 1992; y los diversos tratados por los que se adhieren los diferentes países que componen la Unión.

El derecho derivado, en cambio, se integra por todas las normas dictadas por los órganos de la Unión en aplicación de los tratados correspondientes. Dichas normas pueden adoptar, fundamentalmente, la forma de reglamentos, directivas o decisiones. Son obligatorias, en mayor o menor medida, para los Estados partes.

En el supuesto de conflictos entre ambos derechos, prevalece en principio el derecho originario por tratarse de un derecho constitutivo y de su característica de generalidad.

El derecho comunitario europeo se caracteriza también por su aplicabilidad directa, de manera que no requiere de acto alguno del Estado miembro que lo haga aplicable en el mismo. La aplicación directa es la que da vida a la organización supranacional. Es decir, no se necesita transformación o incorporación en el Derecho interno. De esa cuenta, los habitantes de un Estado miembro pueden solicitar su aplicación inmediata; y para los efectos de obtener la integración se establece un orden jerárquico, conforme el cual el Derecho comunitario es superior respecto de los ordenamientos jurídicos internos nacionales.<sup>41</sup>

El ordenamiento jurídico comunitario está presidido por el principio de repartición distributiva de competencias que tiene como corolario la aplicación directa y la primacía del derecho comunitario, tal como lo señalamos líneas atrás. El Tribunal Constitucional Alemán, ha señalado que la legitimidad de la delegación de competencias entraña necesariamente el reconocimiento de los efectos de los actos adoptados por el nuevo titular del poder de tal forma que dichos actos tengan efecto directo en el derecho interno y que prevalezca frente al derecho interno que se les oponga.

Los tratados comunitarios constituyen la carta constitucional de la comunidad, tal como en más de una ocasión lo ha señalado el Tribunal de Justicia, anuncian principios fundamentales cuyo respeto se impone a los Estados miembros, como por ejemplo la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, la supresión de los derechos de aduana entre los Estados o la interdicción de toda discriminación fiscal de las importaciones de otros estados.

La comunidad se encuentra sólidamente fundada en el derecho y, al mismo tiempo, estrechamente sometida al imperio de la ley.

<sup>40</sup> Borchardt, Klaus-Dieter, el ABC del Derecho comunitario Oficina de Publicaciones Oficiales de las comunidades Europeas. 5<sup>a</sup> Edición. Luxemburgo, 2000.

<sup>41</sup> Jean-Victor Louis. El Ordenamiento Jurídico Comunitario Editorial Reus. 1996 pp. 176

Las reglas contenidas en los tratados se sitúan en la cima de la jerarquía del orden jurídico comunitario y prevalecen sobre todo el resto del derecho comunitario, ya se trate de actos derivados o de actos convencionales. La única excepción a esta jerarquía, se encuentra constituida por los tratados celebrados por los Estados miembros con terceros estados, siempre que estos últimos daten de fecha anterior a la vigencia de los tratados de la Unión.

Dentro de las disposiciones normativas de la comunidad que integran el derecho derivado, podemos mencionar los reglamentos, las directivas, las decisiones, las recomendaciones y los dictámenes. El reglamento se caracteriza por tener un alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obliga al Estado destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, permitiendo a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios para obtener el resultado. La decisión es obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios. Las recomendaciones y los dictámenes no son vinculantes.

En estricta observación del principio de legalidad, todos los actos de derecho comunitario derivado se encuentran sometidos a un régimen jurídico que condicione su validez al hecho mismo de que sean adoptados por las instituciones que tienen atribuidas competencias para ello; a la obligación de que los actos se encuentren debidamente motivados; al principio de irreactividad; a la sustitución inmediata del ámbito de aplicación de los actos antiguos por los nuevos; y a la retirada del acto ilegal en un plazo determinado.<sup>43</sup>

Los principios generales del derecho constituyen también una fuente del derecho comunitario. El Tribunal de Justicia de la comunidad europea ha precisado que el respeto de los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza ese tribunal, agregando que la salvaguardia de esos derechos, se debe garantizar en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros.<sup>44</sup>

En el ordenamiento jurídico comunitario los Estados han aceptado voluntariamente no ejercer de manera individual ciertos derechos soberanos, sino más bien ejercerlos de manera conjunta. Así pues, más que una cesión de la soberanía o una " fusión de soberanías", el fenómeno comunitario debe describirse esencialmente como un "ejercicio en común de soberanías".<sup>45</sup>

Hemos mencionado algunas notas características de la comunidad europea y de su derecho. Sin embargo no podemos dejar de mencionar uno de los elementos más característico de los tratados comunitarios, la atribución a las Instituciones de la tarea de alcanzar los objetivos del tratado.

Estos objetivos deben alcanzarse con arreglo al principio de realización progresiva, que se encuentra inserto en la base misma del sistema; y que permite modular dentro de un objetivo común los ritmos de la integración europea, según las necesidades y especificidades de cada uno de los Estados miembros.<sup>46</sup>

El establecimiento progresivo primero de una unión aduanera, posteriormente del mercado interior, en el transcurso de un periodo que finalizó el 31 de diciembre de 1992, o el actual proceso de puesta en marcha de la unión económica y monetaria, son ejemplos de esa integración europea progresiva.

No podríamos finalizar esta breve referencia al derecho comunitario europeo sin mencionar su sistema de institucionalización para la creación de normas. Como quedó señalado, en el ordenamiento jurídico comunitario, los Estados depositan parte de su soberanía en las instituciones de la comunidad, a quienes confieren poderes legislativos.

Las instituciones comunitarias han venido a constituirse en verdaderos pilares de la estructura del orden jurídico comunitario, son en cierto sentido, los órganos constitucionales de la comunidad europea.

Las instituciones comunitarias (el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión, el Tribunal de Justicia, el Tribunal de Cuentas) tienen asignadas en los tratados constitutivos de la comunidad, la función de alcanzar las metas y objetivos previstos, para lo cual disponen de las competencias necesarias que les permitan tomar decisiones propias en todas las áreas de acción comunitaria.<sup>47</sup>

Uno de los aspectos que falta abordar es lo relativo a las relaciones del derecho comunitario con el derecho interno de cada uno de los estados miembros.

La pluralidad de los ordenamientos internos y la existencia de relaciones que desbordan los límites fronterizos colocan a los particulares en la posibilidad de encontrar soluciones contradictorias en los diferentes ordenamientos, de donde surge la necesidad de encontrar respuestas adecuadas a partir del desarrollo del derecho internacional privado, cuya dogmática trata de fijar los tipos de contactos

<sup>43</sup> Sañier Jacques Op Cit Pp. 15

<sup>44</sup> Ibidem Pp. 16

<sup>45</sup> Ibidem Pp. 6

<sup>46</sup> Ibidem Pp. 7

<sup>47</sup> Ibidem

significativos sobre toda una gama de vinculaciones posibles que sirven para caracterizar de internacionales determinadas relaciones, enfrentando así a la idea "del poder" que se deriva de la de soberanía, conforme los postulados sostenidos por los autores clásicos.

Sin embargo, la integración conlleva un nuevo concepto de soberanía, que se concreta en un sistema de integración que supone un grado de interdependencia entre los Estados, lo que no significa que se renuncie a la soberanía, sino que entiende ésta con otra noción más desarrollada y con una organización del mercado común la que es respuesta por aquellas instituciones supraestatales que se vayan generando en el camino hacia una comunidad de derecho.

Estamos en presencia de una construcción tendiente a establecer un ordenamiento jurídico autónomo, distinto al del orden jurídico internacional y de los órdenes jurídicos nacionales. Se trata de salvaguardar la originalidad de la construcción comunitaria, de afirmar y de defender la identidad de la Comunidad, protegiéndola de una reducción al modelo ordinario de las organizaciones internacionales y contra una dilución en el medio internacional que las contiene.

La idea de un orden jurídico autónomo tanto por su inspiración propia como por sus implicaciones técnicas a permitido progresar en el camino de la integración en cumplimiento de sus objetivos, entre los cuales pueden mencionarse: la libre circulación de bienes y servicios, el arancel exterior común y la coordinación de las políticas macroeconómicas y sectoriales entre los países miembros, todo expresado en el principio de la armonización de las legislaciones. Principio a partir del cual las asimetrías existentes entre los distintos ordenamientos internos tienden a desaparecer buscando un sistema de articulación entre el derecho comunitario y los distintos ordenamientos internos.<sup>4)</sup>

### 3.2 El sistema contractual uniforme:

La elaboración de un derecho privado armónico y uniforme en Europa conlleva la formación de un núcleo común del derecho europeo, identificando el sustrato común de sus diferentes instituciones, en especial aquellas que provienen de una misma tradición jurídica.

El estudio de los presupuestos e instrumentos en que se ha fundado el "derecho privado comunitario", en vías de consolidación, pareciera ser una condición indispensable si se trata de integrar un sistema contractual civil y mercantil

determinado en torno a un "derecho privado global", cuando menos en el campo de las obligaciones y contratos.

Para tal efecto, resulta importante abordar las diferentes iniciativas de armonización jurídica, identificando las "fuentes" que las han influenciado tomanto como base el derecho romano como elemento común de especial incidencia en las mismas.

El profesor Casinios Mora<sup>4)</sup>, sostiene que las bases para la elaboración doctrinal de un Código Europeo de Contratos, se fundaron en dos presupuestos de común aceptación: - el reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad como principio vigente en todos los países y el reconocimiento de la impronta romana presente en mayor o menor medida en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.<sup>5)</sup>

Además, cualquier propuesta de integración deberá ser complementada con la incorporación de elementos representativos del Civil Law y del Common Law, restando antecedentes y experiencias jurídicas comunes. De tal manera que el reconocimiento del derecho romano como elemento conformador de la tradición jurídica de los países comunitarios, y como principal nexo de unión de sus derechos internos, resulta primordial en la comprensión de los problemas jurídicos que se plantean en el moderno derecho.

En consecuencia, podemos afirmar que en la unificación jurídica contractual comunitaria, el derecho romano constituye un presupuesto para la unificación y un instrumento en el proceso unificador. Es, entonces, un medio catalizador en el desarrollo del proceso con el que se pretende unificar el "derecho privado comunitario". Ante la incertidumbre que genera la múltiple concurrencia de ordenamientos o sistemas jurídicos internos, el soporte que constituye el tronco común del derecho romano y la tradición románistica representa la vía adecuada en la búsqueda de los elementos tradicionales o comunes de los sistemas jurídicos.

El profesor Casinios Mora ha señalado "No cabe duda de que el derecho romano es presupuesto de unificación jurídica. No hay más que levantar acta del hecho de que Europa debe a la creación jursprudencial romana la definición de las más importantes instituciones y de las categorías básicas del derecho privado y

<sup>4)</sup> Profesor de Derecho Comercial y Director del Departamento del área en la Universidad Sergio Arboleda. Miembro líder del Grupo de Investigación Globalización y Derecho de la misma Universidad.

<sup>5)</sup> Espinosa, Quintero, Leonardo. "Hacia un sistema contractual uniforme. Modelos Comparados". Revista Ciénzar. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá. Colombia. Enero 2004 pp 4-5

también del público, los tribunales de la Unión Europea han recurrido al derecho romano y al sus comunes en las ratones decidiendo de sus resoluciones.<sup>52</sup>

La búsqueda del derecho contractual uniforme no es reciente. La pretendida finalidad de encontrar la unidad legislativa, jurisprudencial, doctrinal y contractual ha sido una ardua labor desde hace algún tiempo y, a la fecha, se sigue trabajando en diversos ámbitos. De los primeros pasos hacia una mayor uniformidad, se ha llegado a propuestas más ambiciosas como los "Restatements of law" del "American Law Institute", los "Principios de derecho contractual europeo", el proyecto de UNIDROIT de principios para los contratos comerciales internacionales, que buscan codificar principios generales en materia contractual pero con carácter universal. A estos esfuerzos se suma, un amplio elemento de cláusulas standard, condiciones generales, contratos tipo, formularios y demás instrumentos de uniformidad contractual generados a iniciativa de las empresas, asociaciones y corporaciones profesionales.

El derecho romano se ha considerado como elemento informador de la unificación del derecho contractual internacional. Su terminología es empleada frecuentemente en las leyes y principios uniformes. Desde la autonomía de la voluntad, pasando por la consensualidad, la libertad de forma, el clásico principio de *pacta sunt servanda*, la excesiva onerosidad, la rescisión por lesión, la cláusula *rebus sic stantibus*, la *restitutio in integrum*, han desempeñado especial importancia en las propuestas de unificación. Las barreras u obstáculos generados por la pluralidad de elementos culturales e idiomáticos de las distintas regiones geográficas han sido superadas con la unidad que proporciona el derecho e instituciones de fuente común romana.

La tradición romanista ha sido el elemento conciliador de las dos fuentes fundamentales en la meta de unificación efectiva. Por ejemplo, el "anteproyecto de Pavia" se inspiró en el *Contract Code* redactado por H. McGregor para la Law Comision inglesa en 1965 (como síntesis del derecho inglés y escocés) y el Código civil italiano (por el influjo del Código civil francés y del BGB alemán), como lo refiere Vattier.<sup>53</sup>

De la misma manera, principios como la buena fe y lealtad negocial, libertad de contratación y libertad de forma, equilibrio contractual, propios del derecho romano, son conciliables con aquellos otros del Common Law como él de

"Reasonable o reasonable" de uso frecuente en los países anglosajones, como lo refiere el profesor Valiño del Río.<sup>52</sup>

Sin embargo, la interconexión y acercamiento entre los diferentes sistemas y ordenamiento jurídicos puede complicar la uniformidad. La tendencia mundial a buscar sistemas jurídicos armónicos y flexibles en los cuales cada vez sean mayores los puntos de aproximación que los de distanciamiento en materia contractual, que constituye el lenguaje universal más hablado en un espacio económico globalizado y transnacional, reacio a las "nacionalidades", se enfrenta a problemas de "interconexión" de los ordenamientos jurídicos y del sistema de fuentes del derecho". El profesor Martín-Retortillo, al referirse a los mismos, sostiene: "Cuando acabamos apenás de iniciar un nuevo siglo y un nuevo milenio, me da la impresión de que uno de los problemas jurídicos más vivos con el que nos encontramos hoy los juristas tiene que ver con el intenso proceso contemporáneo, no sólo de acercamiento y aproximación, sino también de mezcla y convivencia de diversos sistemas jurídicos, forzados así a integrarse, bien lejos de un panorama en el que la consistencia de cada sistema jurídico nacional, era, al menos en apariencia, mucho más nítida y diferenciada".<sup>53</sup>

A pesar de la complejidad de elaborar un derecho privado uniforme para la Unión Europea, el punto es que se justifica porque resulta difícil concebir un mercado único regido por una pluralidad de ordenamientos legales.

El autor Vaquer Aloy al referirse a la elaboración del código europeo de derecho de obligaciones, manifiesta: "no es posible una verdadera reunificación jurídica en Europa si no se realiza una labor previa de comprensión de las diversas variedades jurídicas nacionales a partir de su nexo histórico común ... el profesor Zimmermann propone buscar los fundamentos ideológicos, sistemáticos y conceptuales comunes a los distintos derechos privados nacionales para, de este modo, formar el núcleo de un nuevo derecho común europeo que pueda constituir la base de un Código Civil para toda Europa".<sup>54</sup>

Para lograr la ansiada reunificación jurídica en Europa, será aconsejable un mismo Código para toda Europa o resulta conveniente hacerla sobre la base de los llamados Principios generales de la contratación internacional, que puedan ser incorporados en sus respectivos contratos por las partes.

<sup>52</sup> Valiño del Río, Emilio Historia de los modernos intentos de unificación en el ámbito del derecho privado patrimonial, en AA.VV Derecho Patrimonial Europeo. Thomson Aranzadi. Navarra 2003, pp. 414.

<sup>53</sup> Martín-Retortillo B. Lorenzo La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el Sistema de fuentes del derecho. Madrid Thomson Civitas 2004, pp. 16. Cita textual.

<sup>54</sup> En palabras de Vaquer Aloy, Antonio, al prolongar la traducción de la obra del profesor Zimmermann, Reinhard Estudios de derecho privado europeo. Madrid. Civitas 2000, pp. 12.

Zimmermann, al estudiar las diferencias entre el common law y el civil law, sostiene que "... bajo la apariencia de contraposición y diversidad, existe una pluralidad de puntos de contacto y de soluciones comunes a unos mismos problemas".<sup>56</sup>

Un "nuevo derecho común europeo" será viable en la medida en que se identifiquen los grandes principios que lo nutren en cada una de sus instituciones. En el caso de la institución contractual no cabe duda se está ante un vasto campo el que se abre a los ojos del investigador para realizar múltiples propuestas en materia de armonización de los sistemas jurídicos nacionales.

Algunos autores han manifestado su oposición a la codificación o a ver en ella la solución para la armonización de los diversos sistemas jurídicos nacionales. Savigny, considera que es importante buscar los grandes principios que subyacen en la variedad de sistemas, llegando incluso a encontrar puntos importantes de aproximación o acercamiento entre sistemas —aparentemente— tan diversos como el del civil law y el common law.<sup>57</sup>

Consecuencia de esta propuesta se planteaba la posibilidad de construir un sistema lógico y coherente de conceptos, reglas y principios que se fundamentaba en el más importante cuerpo del derecho romano, las Pandecias o Digesto. Debe recordarse que la escuela pandectista aseguró a Alemania el liderazgo en el mundo de la ciencia jurídica del siglo XIX.

Es indudable que en los últimos años se ha producido un proceso de unificación jurídica en campos tan diversos como el derecho de la competencia, el derecho antitrust, la propiedad intelectual, el derecho del trabajo y el derecho de sociedades. Sin embargo, la situación actual en lo que se refiere a la unificación jurídica en Europa dista de ser satisfactoria, puesto que se trata tan sólo de un derecho parcialmente más o menos uniforme, insertados inorgánicamente en el ordenamiento jurídico nacional de cada uno de los países europeos. Ciertamente, no se ha obtenido la coherencia y racionalidad deseadas. Por ello, sigue cuestionándose la elaboración de un Código Civil Europeo y, más aún, surgen encontradas opiniones en cuanto a la necesidad de crear una ciencia jurídica que pueda ser común a toda Europa y que sea capaz de edificar los cimientos sobre los que descansen el derecho privado europeo. De cualquier manera, se han dado pasos firmes en la armonización jurídica europea. La ciencia jurídica europea tiene como base el convercimiento de que la materia jurídica no constituye un conjunto arbitrario de reglas, sino que se puede reducir a un sistema racional con suficiente consistencia lógica que

pretende demostrar que dichas reglas y las soluciones a casos concretos pueden ser deducidas de proposiciones generales y ser entendidas y relacionadas unas con otras realizando el esfuerzo de racionalizar la aplicación de la ley, toda vez que la racionalidad es un presupuesto esencial para la consecución de la justicia. Además, importante es reconocer que no se puede entender el derecho aislado de su pasado, por lo que es ineludible conceptualizar el método que debe utilizarse como jurídico científico esencialmente histórico.

Asimismo, debe aceptarse que el moderno derecho contractual general procede del contrato consensual romano y no de las obligaciones stricti iuri. Así como que la responsabilidad en los contratos consensuales, en particular la compraventa, debía de ser analizada conforme el estándar flexible de la buena fe, sin existir razón alguna para enjuiciárla de acuerdo a la estricta categoría de los tipos de incumplimiento específicos, característicos del moderno derecho alemán.

Zimmermann, refiere que el código civil francés (y, bajo su estela, los restantes ordenamientos latinos) descansa sobre un concepto unitario de incumplimiento. Especialmente, es en el Derecho Inglés donde se ha desarrollado un concepto general que abarca todas las formas de incumplimiento contractual, el que merced a Ernst Rabel se acogió primero en el poco exitoso derecho de compraventa de la Haya de 1964 y finalmente en la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, criterio que ha orientado a la comisión alemana para la reforma del derecho de obligaciones y presumiblemente al legislador holandés, a los principios *Uridroit* y a la Comisión Lando sobre los principios del derecho contractual europeo.<sup>58</sup>

No obstante la diversidad y fragmentación del derecho europeo habría que establecer si existen fundamentos sistemáticos, conceptuales, dogmáticos e ideológicos comunes, capaces de formar el núcleo común del derecho europeo y específicamente del derecho contractual europeo. Una especie de derecho natural, como lo denominaron algunos, no en el sentido de un sistema de reglas con pretensiones de validez axiomática, sino de principios, razonamientos e instituciones que comparten los ordenamientos jurídicos europeos como consecuencia de su desarrollo histórico común.

El autor Reinhard Zimmermann, señala que actualmente constituye un presupuesto esencial para el nacimiento de un derecho privado europeo la "organización progresiva de una ciencia del derecho" que supere fronteras territoriales y que fortalezca una tradición común. Esta "organización progresiva" debería posibilitar y fomentar las relaciones entre los distintos ordenamientos

<sup>56</sup> Cited by Espinosa Quintero. Leonardo. Op. Cit. pp. 11 Cita textual  
<sup>57</sup> Cited by Espinosa Quintero. Leonardo. Op. Cit. pp. 12

<sup>58</sup> Ibidem. Pp. 13-14  
Ibidem. Pp. 15

jurídicos, comprender su idiosincrasia, así como proporcionar una "gramática" jurídica común que posibilite la discusión de los problemas jurídicos y permita valorar comparativamente las posibles soluciones disponibles. Debería suministrar un "amazon" sistemático y conceptual, de reglas y principios jurídicos, que permita contemplar los ordenamientos jurídicos existentes como variaciones nacionales de un mismo tema.

Historicamente, el desarrollo de los contratos consensuales constituye uno de los logros más remarcables del derecho romano. Su número era limitado, sólo si el acuerdo entre las partes podía ser calificado como empleo verdadero, focialito conducto, mandatum o societas, era exigible. Estos cuatro contratos constituyen el fundamento del moderno derecho contractual general. Sin embargo, la superación del numerosus clausus romano de los contratos constituyó el pre requisito esencial para el desarrollo de una moderna teoría general del contrato.

El estudio de la legislación o de la ciencia jurídica con el propósito de crear una nueva tradición jurídica europea, estaría condenada al fracaso si se pierden de vista los fundamentos históricos comunes del derecho privado europeo. Fundamentos que proporcionan el punto de partida para cualquier intento de reunificación.

La creación de una nueva tradición jurídica contractual europea es compleja. No puede soslayarse que los problemas de derecho contractual analizados en el contexto del derecho romano y del derecho moderno, acusan dificultades y marcadas diferencias en su trato.

Por ejemplo, problemas como el del cumplimiento específico, la afectación de terceros (los conceptos de contrato a favor de tercero, de representación y de cesión de créditos), permanecían ajenos al pensamiento jurídico romano en razón de la relación intensamente personal entre las dos partes que habían concluido el contrato. Sostiene Zimmernmann que estas tres instituciones "... comunes en nuestros días, sólo consiguieron consolidarse tras siglos de dura pugna con el concepto romano de obligación..."<sup>50</sup>

Vale la pena advertir, que si bien es cierto, el civil law y el common law se diferencian en muchos aspectos, también lo es que tienen elementos comunes que los hacen notablemente semejantes, toda vez que son y eran expresiones de una única y misma tradición, construida sobre los mismos fundamentos histórico-intelectuales, que operaba con los mismos métodos, sistemas e instituciones y las mismas ideas, lo que evidencia la viabilidad de su armonización.

El mercado único exige un derecho uniforme. La unificación del derecho privado, especialmente la del derecho contractual europeo, edificada sobre la aproximación del derecho contractual civil y mercantil de los Estados miembros han sido objeto de diversos pronunciamientos en Europa, que se pueden agrupar en dos grandes modelos de propuestas de armonización, uniformidad y posterior unificación.

El primer modelo, se ha inspirado en los *Restatements* del American Law Institute, con una metodología de trabajo consistente en la identificación de los "principios" que imperan en la jurisprudencia haciendo recomendaciones para el futuro, con un valor netamente persuasivo. Su función es la de clarificar y simplificar el derecho vigente. En este primer modelo o metodología, se ubican los principales trabajos de un buen número de grupos académicos que se han empeñado en la unificación, en los últimos años.<sup>51</sup> De este modelo de jurisprudencia de conceptos<sup>52</sup>, se vira a otro que busca propiciar la unificación mediante una ley, con eficacia vinculante y obligatoria. Este es el proyecto que ha expuesto G. Gandolfi y consiste en la elaboración de un verdadero código europeo de contratos, el cual ha suscitado una abundante literatura recopilada en parte por P. Stein y cuenta con él decidido apoyo de autores como G.B. Ferri y J.L. De Los Mozos.

Por la complejidad que caracteriza la unificación, en ella no deben excluirse o ahorrarse esfuerzos, de tal suerte que los dos modelos o metodologías esbozadas, contribuyen cada una, a su manera, con dicho propósito.

Es pertinente, señalar que las tendencias a una unificación jurídica mundial, más generalizada y no tan solo europea, no excluye en absoluto esta última<sup>53</sup>. Es más, podríamos afirmar con certeza que la unificación jurídica europea viene a constituir un eslabón necesario para obtener la unificación mundial. Sin duda, el proceso de construcción de un nuevo derecho privado común a todos los países de la Unión Europea (UE), ha logrado la participación de los estudiósos del tema, en diversos y múltiples escenarios. Desde los muy difundidos estudios de comisiones y organismos públicos y privados como UNIDROIT y LANDO, con varios años de estudios realizados, hasta algunos estudios más actualizados, como los realizados por la Society Of European Contract Law (SECOLDA), pasando por innumerables congresos, revistas y

<sup>50</sup> El Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos que descansa en el case law, con reglas aplicables sólo a aquellos términos y condiciones que las partes no han establecido por sí mismas en los documentos contractuales. Versión en castellano con estudio preliminar y traducción a cargo de Garrido, J. M., editada por Marcial Pons, Madrid 2002, pp. 40.

<sup>51</sup> Schulze, Reiner Zimmeermann, Reinhard Monografías jurídicas. Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación Marcial Pons, Madrid, 2002 pp. 9.

coloquios, a los que se refiere ampliamente la profesora Esther Arroyo, en su estudio preliminar<sup>47</sup> a la obra: textos básicos de derecho privado europeo<sup>48</sup>.

Se trata, entonces, de la construcción de un derecho privado común que pretende consolidar la integración económica. En un plazo que además de comprender la libre circulación de personas, de servicios, de mercancías y de capitales, comprenda también un proyecto de unificación jurídica que incluye la creación de una ciencia jurídica común, que dé sentido y cohesión al nuevo ordenamiento jurídico europeo, necesario para evitar fragmentos de legislación inconexa, y en cuya interpretación y desarrollo es fundamental la jurisprudencia del TJCE.<sup>49</sup>

Ahora bien, el núcleo fundamental de la regulación comunitaria es el derecho de obligaciones y contratos. La aspiración a un Derecho común privado, justificada en la Unión de Estados, es anterior a la existencia de la Unión Europea y se remonta, a varios esfuerzos previos exitosos, como las leyes uniformes sobre formación del contrato de venta internacional de bienes muebles corporales, aprobados por la Conferencia Internacional de la Haya, abiertos a la firma de los Estados en julio de 1964.

Soluciones similares a problemas comunes, en un contexto de un nuevo *ius commune Europeae*, es el esfuerzo en el que se han empeñado múltiples actores buscando la unificación alrededor de un código europeo de contratos. A la estrategia, se ha sumado la reflexión sobre la formación jurídica europea y la movilidad del jurista europeo del presente siglo.

La aspiración a un Derecho común privado armónico y uniforme, tanto en la UE como en Estados Unidos y en los demás ámbitos regionales, como el Latinoamericano, implica un largo recorrido del cual aún falta mucho camino por recorrer, y requiere una mirada obligatoria a los aportes realizados en este campo, por UNIDROIT, por la Comisión LANDO, por la Academia de los privatistas Europeos, con sede en Pavia y por los más de diez grupos académicos participes de la orientación metodológica identificada como del "modelo doctrinal" para distinguirlo del "modelo legal".

#### Capítulo IV

Algunos instrumentos jurídicos del derecho uniforme internacional y del derecho comunitario europeo en materia contractual:

- 4.4- Instrumentos Jurídicos contractuales del derecho uniforme del comercio internacional;
- 4.4.1- La Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías proporciona un texto uniforme del derecho sobre esta materia, habiendo sido preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI) y aprobada el 11 de abril de 1980.

Los primeros indicios respecto a la preparación de un derecho uniforme para la compraventa internacional de mercaderías tienen lugar en Roma en el año 1930 siendo un aporte del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Mas adelante, y después de una larga interrupción como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, el proyecto fue presentado en 1964 a una conferencia diplomática celebrada en la Haya, la que adoptó dos convenciones, una sobre la compraventa internacional de mercaderías y la otra sobre la formación de los contratos para la compraventa internacional de mercaderías.

Poco tiempo después de aprobadas ambas convenciones, sus disposiciones fueron ampliamente criticadas ya que reflejaban las tradiciones jurídicas y las realidades económicas de la Europa continental occidental, es decir, la región que había participado más activamente en su preparación. Por tal razón, una de las primeras tareas emprendidas por la CNUDMI, a raíz de su organización en 1968, fue consultar a los Estados su intención o no de adherirse a las mismas y las razones que justificaran su postura.<sup>50</sup> Con vista en las respuestas recibidas, la CNUDMI decidió estudiar otras convenciones con el objeto de modificarlas y hacerlas susceptibles de una aceptación más amplia por parte de países con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos. Como resultado de este estudio, el 11 de abril de 1980 se adoptó por una conferencia diplomática la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa

<sup>47</sup> Vid. Arroyo A. Esther. Estudio preliminar: las perspectivas de un derecho privado europeo. En Schulze, Reiner Zimmermann, Reinhard Op. Cit. Pp. 17-66.  
<sup>48</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

<sup>49</sup> Gárriz, Alejandro Miguel & Zupp, Alberto Luis. Compraventa Internacional de Mercaderías. Convención de Viena de 1980. Buenos Aires: La Roca, 1990. Pp. 37

Internacional de Mercaderías, donde se combina la materia de las dos convenciones precedentes a las que hemos hecho referencia.

A la fecha, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías ha sido ratificada por una buena cantidad de países, que la han aceptado como el conjunto de reglas unificadoras que regulan la parte más significativa de su contenido internacional. Su aceptación representa una vigencia internacional significativa para una convención que incorpora normas de derecho uniforme en materia mercantil. La presencia de la convención no tiene casi parangón con otros tratados elaborados por UNCITRAL, a excepción de la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros que también ha sido ratificada por varios países.

La Convención a la que en adelante llamaremos CCIM ha sido aceptada por países de todas las tradiciones jurídicas, desde las legislaciones codificadoras de corte civil románista y el common law, pasando por aquellos con fuerte influencia del derecho islámico. Ha sido adoptada por países de economía planificada y centralizada, como también por los que propagan un acendrado capitalismo liberal sin intervención estatal, por países cuya economía depende fundamentalmente de la exportación de materias primas como por aquellos cuya fuente de recursos más importante es la exportación de bienes manufacturados con un alto componente tecnológico. La CCIM es derecho vigente en países de larga tradición democrática y también en países de tradición autocrática que transitán un frágil proceso de transición democrática. Este crisol de ordenamientos jurídicos en el texto uniforme de la Convención solo pudo lograrse a través de compromisos. Aunque éste es precisamente su punto más vulnerable, constituye a la vez uno de los pilares sin los cuales difícilmente hubiera sido posible obtener un reconocimiento tan difundido.<sup>15</sup>

La CCIM es un proyecto reunificador de aproximaciones diversas a la compraventa de bienes muebles corporales. Debe destacarse que se adoptó una modalidad vinculante distinta a la utilizada por los textos anteriores aprobados en las conferencias de La Haya, produciendo un texto de ineludible aplicación al entrar en vigor (salvo que, obviamente, sea dejada total o parcialmente sin efecto por las partes, o que los países contratantes hicieran expresa reserva a alguna de sus disposiciones). Se trata pues, de un tratado inmediatamente aplicable ('self-executing'), transformándose así en el derecho interno de la compraventa internacional. De esa cuenta, en un contrato de compraventa que cumple con los escasos factores de internacionalidad que señala su primer artículo, si las partes guardan silencio sobre la ley aplicable, o declaran aplicable la ley de un Estado

parte, será regulado por la Convención y no por el derecho doméstico de determinado Estado.

Hay un elemento adicional que explica la amplia aceptación que ha despertado la CCIM que consiste en un esfuerzo genuino por difundir la jurisprudencia elaborada sobre sus disposiciones a fin de lograr un consenso internacional genuino para interpretar y aplicar este instrumento bajo prauias hermenéuticas armónicas. Se puede advertir en la lectura de la jurisprudencia, el deseo de interpretar la Convención conforme sus propias reglas internacionales de interpretación, por lo general mucho más flexibles que las domésticas.

Es difícil precisar las razones que han tenido algunos países latinoamericanos que se resisten a ratificar la Convención de Viena; sin embargo, para muchos autores esto obedece más al desconocimiento que a razones puntuales de conveniencia.

#### 4.1.2- Los principios Unidroit para los contratos internacionales

##### 4.1.2.1 Naturaleza jurídica:

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado elaboró en 1994 los Principios Unidroit. El referido Instituto es una organización intergubernamental independiente, con sede en Roma, que tiene como objetivo estudiar los medios para armonizar, organizar y coordinar el derecho privado entre los Estados y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos países de una legislación de derecho internacional privado uniforme. Persigue la unificación del derecho privado recurriendo, en cuanto sea necesario, a las normas de conflictos de leyes. Dicha organización está integrada por Estados Miembros, pertenecientes a los cinco continentes, representativos de diversos sistemas jurídicos.

Diversos autores se han pronunciado sobre los Principios Unidroit. Friedrich Junger los ha definido como una codificación supranacional de derecho convenido. Para Valeri, acogiendo lo indicado en el Preambulo de los Principios, afirma, que son un conjunto de normas de derecho contractual comunes a diversos ordenamientos jurídicos, mejor adaptadas a las exigencias del comercio. Operto Badán señala, que los principios constituyen un ordenamiento de tipo privado, proveniente de un organismo internacional, que no adopta por sí ninguna de las técnicas normativas tradicionales. Pérez Viscasillas indica que los mismos constituyen el último de los esfuerzos por uniformar el derecho sustancialmente aplicable a los contratos comerciales internacionales, y los enmarca junto con

<sup>15</sup> IBIDEM, pp. 46

¿A qué clase de contratos se aplican? Los principios están dirigidos a regular los contratos comerciales internacionales. De manera que adquiere relevancia la característica de internacionalidad. No se adopta ningún criterio que determine esta internacionalidad, pero dicho concepto debe ser interpretado en el sentido más amplio posible, a fin de excluir de dicha calificación sólo aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad, es decir, cuando los elementos trascendentales del contrato tienen puntos de conexión única y exclusivamente con una sola nación. Asimismo, aún y cuando no se define el carácter mercantil del contrato, éste ha de interpretarse en su sentido más amplio, quedando excluidas las operaciones llamadas de consumo.

Tomando en cuenta su Preámbulo, los propósitos de los Principios son variados: Establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales; se aplican cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones, cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los "principios generales del derecho", la "lex mercatoria" o expresiones semejantes; pueden ser aplicados cuando las partes no han elegido alguna ley para regular el contrato; pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme o para interpretar o suplementar una ley nacional, y pueden servir de modelo para la legislación a nivel nacional o internacional.

La doctrina no es uniforme en cuanto a determinar su naturaleza jurídica. Por una parte, los Principios Unidroit han sido considerados una recopilación de soluciones a casos que frecuentemente ocurren en el campo de las relaciones internacionales de índole comercial. Ello ha motivado a que en el estudio de los mismos se haga alusión a los Restatement of Contracts. Se asemejan en extracto a la recopilación de sentencias que resuelven problemas contractuales, dictadas por órganos jurisdiccionales angloamericanos que causan precedente para casos análogos, una vez que son publicadas. En cuanto a su forma de presentación, varios autores afirman que se asimilan a la compilación de decisiones desarrollada en los Restatement of Contracts, siendo éstos guía y modelo para la elaboración de los Principios Unidroit.

En este mismo sentido, Bonell, citado por Rosett<sup>56</sup>, afirma que los Principios Unidroit constituyen un Restatement internacional de legislación contractual, los

Universidad Panamericana En dicha ponencia hace referencia al tratamiento que Joaquín Bonell hace de los Principios Unidroit.  
56 Hernández, Fernando, citado por Agustín Andrada, Alex & María Fernández, Nelly. Los Principios Unidroit en las Relaciones Comerciales Internacionales. Artículo publicado en revista de Derecho No. 25. Universidad del Norte. Barranquilla. Colombia. 2006. Pp. 55.

cuales han capturado la esencia de las normas jurídicas reguladoras de la materia, sin contar con un tratamiento representativo de codificación.

Tal como se encuentran previstos en el segundo párrafo de su Preámbulo, los principios también han sido considerados como recomendaciones, ya que se les atribuye un carácter facultativo, cuando se afirma la potestad que tienen las partes de incluirlos en los contratos que celebren.

Por otra parte, se le ha dado a los Principios el carácter de *lingua franca*: "...un lenguaje común, que obvie las discusiones meramente semánticas, pero que además exprese un sistema racional y ético también común, producto del espíritu pluralista y de tolerancia tan pregonado en nuestro tiempo, que implica deposición de principios, búsqueda desprevenida de lo óptimo en cada sistema, respeto de sanas costumbres comerciales generalizadas, intuición de respuestas apropiadas, vigencia de una ética rigurosa... los Principios de Unidroit estimulan esa apertura, a la vez que contribuyen a situarnos en el ámbito universal, hablando la *lingua franca*".<sup>57</sup> Bajo esta característica han sido descritos como accesibles y fáciles de utilizar debido a su naturaleza de ser neutrales, cortos y concisos, precisos y poseer un lenguaje escueto, con explicaciones y exposición de casos a manera de ejemplos, sencillamente comprensibles, por lo cual se presentan como una *lingua franca* que facilita la realización de los negocios.

Además, tomando en cuenta el párrafo cuarto del Preámbulo de los Principios en su edición de 1944, han sido considerados reglas de derecho casuísticas flexibles o blandas, por lo cual se les ha asemejado a las denominadas *no rules*. En efecto, pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla de derecho aplicable a dicho contrato.

Como consecuencia de las opiniones expuestas, podría afirmarse que los Principios tienen naturaleza híbrida, debido a que por una parte su origen proviene de la aplicación de prácticas consuetudinarias para resolver los conflictos entre los comerciantes, poseen en principio un carácter facultativo, siendo recomendaciones que conforman un soft law, cuyo carácter vinculante depende únicamente de la convicción que conforman la presentación se asemeja a los Restatemts norteamericanos.

= Arthur Rosett es profesor de leyes en la Universidad de California. El artículo 'Los principios Unidroit y la Armonización de las leyes comerciales internacionales' fue presentado como ponencia en el "Seminario sobre Contratos Internacionales", realizado en México, D.F. en noviembre de 1990, organizado por la

Asimismo, se afirma que los Principios Unidroit constituyen un derecho contractual, codificado supranacionalmente, los cuales fácilmente pueden ser adaptados a los distintos ordenamientos jurídicos, dado que se adecuan a las exigencias actuales de las relaciones mercantiles internacionales.

De conformidad con los propósitos de los Principios señalados en el Preámbulo, éstos constituyen recomendaciones particulares, accesibles de seguir y fáciles de utilizar por los operarios mercantiles que, de ser aplicados, resultan oportunos en ofrecer soluciones armónicas, uniformando así las reglas del comercio internacional. Por otra parte, tomando en cuenta su redacción, es por lo cual se consideran soluciones casuísticas, similares a las reconciliaciones que con frecuencia han sido elaboradas por el derecho angloamericano. Por ello, dada la multiplicidad de consideraciones válidamente argumentadas, es por lo cual se colige que los Principios Unidroit poseen una naturaleza jurídica sui géneris, en cuanto a su creación, interpretación, alcance y aplicabilidad, resultando imposible ubicarlos en alguna de las consideraciones específicas expuestas, dado que con cada una de ellas presentan puntos de convergencia. Sin embargo, en la actualidad los Principios Unidroit funcionan como una nueva lex mercatoria, aplicable por los operadores del comercio internacional, y de esta forma son considerados por la mayor parte de la doctrina.<sup>68</sup>

#### 4.1.2.2 Semejanzas y diferencias con la lex mercatoria:

Es opinión generalizada que hablar de lex mercatoria es hablar del sistema jurídico que proviene de los comerciantes. Las normas o reglas que constituyen lex mercatoria son producto de prácticas, usos y costumbres de los comerciantes, es decir, ellos las formulan para hacer regir sus relaciones de manera que en sus contratos, al acordar someterse a aquéllas, se vuelven obligatorias para las partes. Son ley entre ellos y pueden hacerse valer ante tribunales nacionales apoyándose en el principio de la autonomía de la voluntad.

Desde esta perspectiva, las partes, en los contratos internacionales, pueden pactar que sus controversias no sean regidas por un derecho nacional. En cambio, las someten a las costumbres o usos del comercio internacional; o bien, a las reglas comunes a todos o a la mayor parte de los Estados comprometidos o para aquellos que están de alguna manera vinculados a la controversia. En la práctica, cuando estas reglas comunes son indeterminables, el árbitro generalmente aplica la regla o elige la solución que le parece como la más apropiada y equitativa, tomando en cuenta los derechos de los diversos sistemas legales.

Para la autora Sara Feldstein de Cárdenas, "este procedimiento judicial, que es en parte una aplicación de las reglas legales y en parte una selección y proceso creativo, es la aplicación de la llamada lex mercatoria"<sup>69</sup>

En este sentido, buena parte del sector académico ha señalado que los Principios Unidroit se enmarcan como la representación de la lex mercatoria. La doctrina que favorece la semejanza entre los Principios Unidroit y la lex mercatoria encuentra el fundamento de su posición en la afirmación contenida en el tercer párrafo del Preámbulo de los Principios, que expresamente señala: Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato sea rija por los "principios generales del derecho", la "lex mercatoria" o expresiones semejantes.

Para Jorge Oviedo<sup>70</sup>, los Principios Unidroit forman parte de la lex mercatoria moderna, entendida ésta en su sentido amplio, de forma que contenga todas las fuentes del derecho del comercio internacional y no únicamente los usos y costumbres mercantiles.

Por su parte, Perales Viscansillas<sup>71</sup> afirma que los Principios Unidroit no constituyen desde un sentido estrictamente jurídico lex mercatoria, pero admite que son reconocidos como tales por los operadores del comercio internacional, jueces nacionales y árbitros. Por ello, considera que sería deseable y conveniente que los tribunales, tanto jurisdiccionales como arbitrales, los aplicasen en aquellas situaciones en que ofrezcan una solución acorde con la práctica comercial internacional.

Por el contrario, otro sector académico se pronuncia en el sentido de considerar que los Principios Unidroit son contrarios a la lex mercatoria, argumentando que ésta como fuente naciente en época de la Edad Media, ha sido desarrollada en la actualidad y ha producido instituciones autónomas que se diferencian de su origen. En tal sentido, señalan que la lex mercatoria constituye fuente del derecho no objetivado, sin carácter orgánico, no sistematizada, a diferencia de los Principios Unidroit, que son disposiciones debidamente estructuradas, organizadas y compiladas. De otra parte, esta posición doctrinaria sostiene que la lex mercatoria puede ser reconocida en tratados internacionales, pero cuando ello ocurre, las reglas dejan de ser parte de la lex mercatoria para ser derecho positivo del Estado que es parte de ese tratado. Así mismo, se ha señalado que aun cuando los redactores de los Principios Unidroit los igualan con la lex

<sup>68</sup> Feldstein de Cárdenas, Sara. Contratos Internacionales. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Argentina, 1995. Pp. 160. Cita textual

<sup>69</sup> citado por Aguirre & Manastis Fernández Op. Cit. Pp 58

<sup>71</sup> IDEM

mercatoria, no quiere ello decir que efectivamente lo sean, ya que cuando las partes señalan que se acogen a los usos mercantiles, ello no debe entenderse como referidos a los Principios Unidroit.

En síntesis, respetando opiniones contrarias, resulta innegable la semejanza de los Principios Unidroit con una contemporánea noción de *lex mercatoria*, dotada de los rasgos particulares de una compilación o codificación internacional, de origen y uso común, entendida en sentido amplio como fuente a la cual acuden operarios, jueces y árbitros para dar respuesta a problemas derivados de las relaciones mercantiles internacionales. Desde este punto de vista, los principios Unidroit pueden considerarse como una nueva *lex mercatoria*, ya que constituyen el núcleo de una forma novedosa de regulación de las relaciones comerciales, en especial, los contratos internacionales.

#### 4.1.2.3 Los Principios Unidroit en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales

Generalmente, la elaboración y formulación de normas internacionales se lleva a cabo por medio de un procedimiento seguido ante organizaciones interestatales. En el continente americano esta labor de legislación ha sido realizada por la Organización de los Estados Americanos. El proceso legislativo en la OEA usualmente culmina en la aprobación de tratados o convenios, después de haber sido sometidos a un procedimiento preparatorio para su elaboración, en el cual existe una etapa previa de negociación, seguida del consentimiento para su redacción definitiva, la posterior autenticación con el respectivo canje o depósito y la ulterior publicación.

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

El 18 de noviembre de 1989, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó la Resolución AG/RES XIX-0-89, por medio de la cual en su párrafo cuarto acordó deliberar sobre contratación internacional y ser ésta incluida en el temario de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, realizada en 1994 en la ciudad de México, D.F. Esta conferencia tiene especial importancia porque aprobó la Convención

Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, también conocida como Convención de México o por sus siglas, CIDACI.<sup>73</sup>

El articulado de la Convención destaca por su contenido innovador, en cuanto a la regulación de las nuevas modalidades de la contratación internacional utilizadas como consecuencia del desarrollo del tráfico privado mercantil, tendiente a una apertura en los negocios comerciales en el actual proceso de globalización. Una de las novedades legislativas se plasma en la implícita referencia que se hace de los Principios Unidroit cuando se ordena la aplicación de los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales, en caso que las partes no hubiesen seleccionado el derecho aplicable utilizando para ello el principio de la autonomía de la voluntad. De esta forma, la aplicación de los principios generales del derecho comercial internacional conduce a la aplicación de los Principios Unidroit.<sup>74</sup>

Por otro lado, el artículo 10 de la Convención acoge la *lex mercatoria*, naturaleza con la que se ha caracterizado a los Principios Unidroit, como fuente usual de aplicación en la contratación mercantil. Por ello, se afirma que la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales tiene el mérito de ser un instrumento jurídico internacional que le atribuye a la *lex mercatoria* –tratamiento dado a los Principios Unidroit– un lugar dentro de la jerarquía de las fuentes, como fuente auxiliar en materia de contratación comercial.

En opinión de Tatiana de Maekelt: "las soluciones internacionales y el contenido de las más recientes legislaciones internas apoyan la autonomía de la voluntad plena, sin limitación alguna, permitiendo elegir entre las distintas fuentes del Derecho, normas, principios generales y la 'lex mercatoria', siendo esta última muchas veces la más adecuada en el ámbito del comercio internacional".<sup>75</sup>

#### 4.1.2.4 Contribución de los Principios Unidroit a la contratación mercantil internacional

<sup>73</sup> Aguirre Andrade, Aix & Manasia Fernández, Nelly Op. Cit. Pp. 67

<sup>74</sup> Ver artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.

<sup>75</sup> De Maekelt, Tatiana Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, comentarios, jurisprudencia) Volumen II, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren, editor, Colección Libros Homenajes No. 1, Caracas, Venezuela 2001. Pp. 376. Cita textual.

Los Principios Unidroit pretenden armonizar los ordenamientos jurídicos de los países latinos que siguen la tendencia románica de un derecho genérico y expreso con los sistemas jurídicos de los países anglosajones fundamentados en el common law. En el proceso de elaboración de los Principios se procuró la representación de los diferentes sistemas de derecho y, como consecuencia, los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales funcionan bajo la figura de un *restatement* internacional que rechaza conceptos que se encuentran en estos regímenes, debido a lo cual forman un conjunto de reglas concebidas en función de las exigencias de los contratos comerciales internacionales. Dicho de otra manera, los Principios de UNIDROIT tratan de configurarse como un *Restatement* internacional de los Principios generales del derecho de los contratos mercantiles.

Otra de sus contribuciones ha sido la de colaborar con la labor de unificación que se proponen distintos organismos internacionales. Esta intención por lograr un derecho común a los diferentes ordenamientos jurídicos de los países de la comunidad internacional se realiza generalmente por medio de los instrumentos jurídicos vinculantes, como son los tratados y convenios, las convenciones internacionales y las leyes modelos, así como todas aquellas regulaciones supranacionales que se llevan a efecto por la voluntad de los Estados en asumirlos como derecho obligatorio. Los Principios Unidroit constituyen instrumentos jurídicos no vinculantes, utilizados en las relaciones mercantiles internacionales, en las cuales prevalece la aplicación de los usos y costumbres del comercio internacional o *lex mercatoria*, así como de los principios generales de comercio internacional establecidos por los contratantes mediante cláusulas que se agregan en los contratos pactados por los sujetos contratantes. La actual tendencia de la globalización apunta hacia un derecho común, y en tal virtud, los Principios Unidroit constituyen un instrumento funcional dentro de la actual fase de globalización del intercambio comercial internacional.

Los Principios Unidroit fueron diseñados para servir a múltiples aplicaciones. En una primera idea, los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales se asemejan al derecho de gentes previsto en el derecho romano y, por ende, aplicable a toda relación jurídica de derecho mercantil privado con elementos foráneos. En materia estictamente contractual, las partes pueden elegirlos como reglas aplicables a sus contratos mercantiles internacionales. Pueden asimismo, ser utilizados como medios de interpretación y de complementación de los instrumentos jurídicos utilizados por la comunidad internacional, que de acuerdo con las tendencias contemporáneas se realizan tomando en cuenta la uniformidad y autonomía de las reglas internacionales. De la misma manera, ante una solución arbitral o judicial, los árbitros y cortes internacionales tienen la posibilidad de aplicarlos como preceptos generales, con lo cual evitan las particularidades de las normas de derecho interno. Además, la

aplicación de los mismos se extiende y constituye una guía para la redacción de contratos comerciales internacionales, ya que proveen de información de las distintas vicisitudes que en la práctica acontecen en el mundo de los negocios.

#### 4.2 - Instrumentos jurídicos contractuales del derecho comunitario europeo:

##### 4.2.1- Los principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL-Comisión Lando)

Los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (en adelante PECL, del inglés *Principles of European Contract Law*) han sido elaborados al mismo tiempo en que la codificación o la renovación de la misma, ha sido retomada en varios países y regiones. Ejemplo de ello ha sido el nuevo Código Civil holandés, en vigor desde el 1º de enero de 1992, el reciente Código Civil de Quebec, vigente a partir de principios de 1994, en 1996, el proyecto inglés de una codificación del derecho contractual, redactado por McGregor, conjuntamente publicado por la famosa editorial italiana Giuffrè y su homólogo inglesa Sweet and Maxwell, la renovación de libros enteros de códigos vigentes (como el libro II del BGB), la redacción de códigos regionales (como el Código Civil escocés o el Código Civil Catalán) y, en fin, los diversos esfuerzos que varios países de Europa central y oriental han venido realizando para sustituir los códigos de derecho privado socialistas por códigos modernos.<sup>75</sup>

Los PECL, adquieren una posición trascendental y, tal vez, estratégica, respecto a las medidas de reforma del derecho privado, planificadas o ya realizadas (como el Código Civil holandés o el derecho unificado sobre compra-venta internacional), pudiendo influir de manera eficaz, precisamente, sobre las iniciativas de unificación del derecho de las obligaciones o de los contratos en la propia Unión Europea o en los proyectos de codificación en Europa central y oriental.

Los PECL son un producto de la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, entidad constituida entre 1980 y 1982, a solicitud de la entonces Comunidad Europea (hoy Unión Europea), por iniciativa y bajo la presidencia de Ole Lando, de la Escuela de Negocios de Copenhague.

En la introducción al texto de los PECL, el propio Lando expresa que, durante los largos años de estudio e investigación, de cotejo y de síntesis, la Comisión estuvo animada por el intento de formular principios jurídicos idóneos que constituyeran

<sup>75</sup> Quintana Adriano, Elvia Arcelia. *Coordinadora. Panorama Internacional de Derecho Mercantil, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Tomo II. México 2006. Pp. 382-383.*

el basamento conceptual necesario para la realización de un derecho contractual europeo.<sup>76</sup> La elección, en primer lugar, de la materia contractual y en segundo lugar, de los institutos de cumplimiento incumplimiento y de sus remedios como primer espacio de operatividad de los PECL, se justifica si se considera la importancia que reviste esta materia y particularmente estos elementos del derecho privado a nivel comunitario. Por supuesto que han sido más numerosas las intervenciones del legislador comunitario sobre la materia referente a los contratos en particular, pero no puede negarse que estos últimos imponen la existencia de una infraestructura unitaria que represente el común denominador de las normativas especiales relativas a cada uno de los tipos contractuales. Bajo esta perspectiva los PECL que la Comisión ha redactado y difundido representan la instrumentalización respecto a la concretización de una meta final del más amplio alcance: la construcción de un verdadero y propio código europeo de los contratos.

De tal manera, que de las declaraciones del propio Lando ubicadas en la parte que precede la exposición de los PECL, emerge la intencionalidad de la Comisión Europea y la clave del trabajo realizado, advirtiéndose una fuerte aspiración a codificar, a crear un sistema normativo que desborde las fronteras nacionales, que funcione como código de Europa.

Ningún sistema legal, en particular ha servido de punto de partida para su elaboración, sino que se han tratado de establecer aquellos principios que se consideran más adecuados en relación con las condiciones económicas y sociales de Europa.

Los PECL, al igual que los Restatements estadounidenses, no están propuestos para convertirse en derecho vigente inmediatamente, siendo sus principales propósitos:

1. Facilitar a las partes contractuales el comercio transfronterizo dentro de Europa, poniendo a su disposición una regulación desigada de las especialidades de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales a la que puedan someter sus negocios.
2. Ofrecer fundamentos generales, conceptuales y sistemáticos como medida para avanzar en la armonización del derecho contractual en el marco de la Unión Europea (los autores hablan de una "infraestructura" para las directivas comunitarias).
3. Llevar a cabo una función de mediación entre el common law y los ordenamientos jurídicos continentales del civil law.
4. Concretar la moderna lex mercatoria europea.

5. Constituir una fuente de inspiración para los tribunales y los legisladores nacionales en el desarrollo de su derecho contractual propio.
6. Finalmente, establecer un paso en el camino hacia la codificación del derecho contractual europeo.<sup>77</sup>

Los PECL, representan un importante intento de superar la contraposición entre el civil law y el common law, pretendiendo construir un puente entre los distintos modos de ser del derecho, proporcionando reglas con el objetivo de atenuar las diferencias entre los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la misma área geográfica, favoreciendo con esto el funcionamiento eficiente del mercado único europeo. En otras palabras, los PECL persiguen facilitar la convergencia de los derechos nacionales hacia reglas comunes (armonización), a fin de evitar que la diversidad de regímenes jurídicos continúe representando un obstáculo al comercio transfronterizo en Europa.

En ese orden de ideas, los PECL constituyen un documento multifuncional, siendo algunas de sus funciones: a) ayudar a la interpretación e integración del derecho privado comunitario vigente; b) servir como legislación modelo; c) ser incorporados por las partes en sus contratos, ya sea directamente o como derecho aplicable en caso de disputa; d) contribuir al nacimiento de un nuevo ius commune europeo especialmente a través de su estudio en las escuelas de derecho.

#### 4.2.2- El anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Academia de Pavia)

El anteproyecto de código europeo de contratos (Libro I) de la Academia de Pavia representa un esfuerzo por encontrar un medio de integración, mediante la ayuda de la legislación, entre los distintos derechos europeos, concurriendo con otros intentos animados por la misma finalidad.

Las premisas que fundamentaron la redacción de este anteproyecto, son las siguientes: a) La adopción de una nueva y exhaustiva legislación a nivel comunitario; b) La divergencia entre varios ordenamientos crea una serie de obstáculos al correcto funcionamiento del mercado interior; c) Las normas del Derecho Internacional Privado y de la Convención de Viena de 1980 no resuelven los problemas del mercado interno; d) Ni el espontáneo desarrollo de la actividad mercantil con el auxilio de las organizaciones empresariales, ni el intensificar el sistema actual de "directivas" podrán afrontar adecuadamente el problema de la realización del Derecho de contratos en la Unión Europea; e) La promoción de un conjunto de principios comunes, en el intento de llegar a una mayor convergencia

<sup>76</sup> IBIDEM, Pp. 384

<sup>77</sup> IBIDEM, Pp. 385

entre los ordenamientos nacionales, no puede constituir un medio idóneo para resolver el problema de un derecho europeo de contratos; f) Un mejoramiento cualitativo de la legislación ya existente es sin duda deseable y muy oportuno, pero no basta para resolver los problemas del mercado interior; g) solamente la adopción de una nueva y exhaustiva legislación a nivel comunitario permite satisfacer las exigencias del mercado interno y de resolver el problema de un Derecho Europeo de Contratos.

El grupo de Pavia ha partido de la idea de que la codificación es el mejor de los caminos para conseguir la integración europea. Conforme esta idea no hay que olvidar que históricamente la numerosa y diversa normatividad legislativa que existió en los Estados Europeos, su compleja estructura plagada de arcaísmos, así como la diversidad de jurisdicciones, fueros y competencias, que dificultaba la claridad en la distribución de poderes, creaban en el pasado una situación similar a la actual, aunque se haya llegado por distinto camino, si antes la solución fue el constitucionalismo y la codificación, ahora de acuerdo con los partidarios de esta última, habrá que intentar algo parecido, para salvaguardar y armonizar la tradición, representada por un acervo jurídico común, con la racionalidad que haga posible intentar un cambio, que permita alcanzar con ello la continuidad de la tradición misma.<sup>70</sup>

El anteproyecto muestra el resultado de los trabajos realizados por un grupo de juristas universitarios y de algunos magistrados de los diversos países de la Unión Europea y de Suiza, los que se iniciaron en 1990 al ser convocados por el profesor Giuseppe Gandolfi, con la finalidad de estudiar la posibilidad de llevar a cabo una codificación en materia de obligaciones y contratos que facilitara la integración europea y que además, era necesario para consolidar un "mercado interior europeo" atendiendo a la recomendación del propio Parlamento.

La comisión consideró que la mejor manera de satisfacer las necesidades del "mercado único europeo" era con un código único que regulara las relaciones que en el mismo se desenvuelven, lo que no solo era deseable sino también posible y, para llevarlo a cabo, el mejor camino era tomar como base un "modelo" para lo cual se llegó al consenso de que el que mejor cumplía esa función era el Código civil italiano de 1942. Este código se encuentra a mitad de camino del Código civil y del BGB, este último notablemente influído por el parrocleticismo alemán del siglo XIX. La comisión estimo que de todos los códigos nacionales del área del Civil law, el Código civil italiano, es el que presenta mayor facilidad para un diálogo abierto con el Common law.

Pero el anteproyecto no sólo se encuentra influenciado por el Código Civil Italiano, también el Contract Code de H. McGregor ha tenido decisiva influencia en su elaboración.

Teniendo presente el Código Civil Italiano, el Proyecto de Código de contratos de Harvey McGregor, cada uno de los códigos civiles europeos, algunos convenios internacionales y, por supuesto, la oportuna normativa comunitaria y utilizando el derecho comparado con finalidades de integración, el anteproyecto pretende establecer una regulación flexible que pudiera ser aceptada por todos, sea directamente, lo que sería lo más perfecto aunque no lo más deseable, o arbitrando un procedimiento mediante el cual llegara a coexistir con los ordenamientos nacionales como un nuevo *ius commune*. Pretendiendo que no sólo en las relaciones transnacionales, sino en cualesquiera otras, las partes tengan la posibilidad, voluntaria y libremente, de someterse a sus reglas, lo que puede solventar las necesidades del "mercado único".

No cabe duda que la crítica a otras técnicas jurídicas, desencadenó la decisión de elaborar un anteproyecto del código europeo de contratos; a continuación mencionaremos algunas.

La divergencia de los diversos ordenamientos creó una serie de obstáculos insuperables que no se pueden solventar acudiendo a las normas del Derecho Internacional Privado, como lo muestra la insuficiencia de la Convención de Roma de 1980, debido sobre todo al carácter souple de la regla de la convención misma que atribuye una notable dosis de discrecionalidad a los jueces, lo que es fuente de incertidumbre jurídica.

El sistema de directivas no puede resolver la diversidad existente entre los diversos ordenamientos comunitarios, puesto que sólo sirven para resolver aspectos muy sectoriales y concretos del derecho de los contratos y no siempre considerados desde un riguroso punto de vista jurídico, lo que da lugar a numerosos problemas al tratar de aplicarlas dentro de cada ordenamiento, como lo demuestra la experiencia, incluida la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo, sin que se consiga el deseado acercamiento entre los diversos ordenamientos.

La formulación de una serie de principios tampoco es funcional porque sólo tienen sentido dentro de un sistema y no resulta útil invocar una tradición cultural común en tal sentido. Los principios atentan contra la seguridad jurídica pues quedaría al arbitrio de los jueces su aplicación. Cada jurista tiene una versión distinta de su concepción, son demasiado difusos en la práctica. Solo las normas, es decir un cuerpo de normas, serán capaces de impedir eficazmente la arbitrariedad judicial.

<sup>70</sup> De Los Mozos-José Luis. El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavia. En la Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. N.º 5. Universidad de la Rioja. 2002. Pp. 1769 ss.

## Capítulo V

### Estructura y contenido de algunos instrumentos jurídicos internacionales y comunitarios.

#### 5.1 La Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías

La Convención se encuentra estructurada en cuatro partes.

La Parte I se denomina: ámbito de aplicación y disposiciones generales y comprende del artículo 1 al 13.

La Parte II. Formación del contrato, comprende del artículo 14 al 24.

La Parte III. Compraventa de Mercaderías se divide en cinco capítulos y comprende del artículo 25 al 86.

El Capítulo I se denomina Disposiciones Generales.

El Capítulo II. Obligaciones del Vendedor; comprende las Secciones relativas a entrega de las mercaderías y de los documentos; conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros; derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el vendedor. El Capítulo III. Obligaciones del Comprador, comprende las Secciones relativas a: pago del precio, recepción, derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador. El Capítulo IV se denomina Transmisión del riesgo. El capítulo V. Disposiciones comunes a las Obligaciones del vendedor y del comprador; comprende las Secciones relativas a: Incumplimiento previsible y contratos con entregas sucesivas, indemnización de daños y perjuicios, Intereses, Exoneraciones, Efectos de la resolución, Conservación de las mercaderías.

La Parte IV. Disposiciones Finales, comprende del artículo 89 al 101.

La Secretaría de la CNUDMI<sup>76</sup> ha elaborado una nota explicativa acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, en la cual aborda los principales temas desarrollados tales como: su ámbito de aplicación, la autonomía de las partes, la interpretación del contrato, la formación del contrato, las obligaciones del vendedor y del comprador, derechos y acciones en caso de incumplimiento, la transmisión del riesgo, la suspensión del cumplimiento y el incumplimiento previsible, la exoneración de la obligación de pagar daños y perjuicios y la conservación de las mercaderías.

##### -Ámbito de aplicación:

Para la CNUDMI, los artículos sobre el ámbito de aplicación definen lo que queda comprendido en la convención y lo que se excluye de ella. La Convención se

<sup>76</sup> Es la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

aplica a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes, cuando esos Estados sean contratantes o cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante. Algunos Estados han aprovechado la autorización contenida en el artículo 95 para declarar que aplicarán la Convención solo en la primera pero no en la segunda de estas dos situaciones, sin embargo, a medida que sea adoptada más ampliamente, disminuirá la importancia práctica de dicha declaración.

La Convención condiciona su aplicación a que los establecimientos de las partes se encuentren localizados en Estados diferentes. Si esos Estados son contratantes, la aplicación será directa. Si uno de tales Estados no es contratante o, incluso, ambos no son contratantes, pero en virtud de las normas de derecho internacional privado que correspondan se remite a la ley de un Estado contratante se aplicará indirectamente la Convención.

A pesar de que la Convención no define el concepto de establecimiento<sup>80</sup>, según criterio unánime de la doctrina, se afirma que por él se entiende el lugar permanente y habitual donde el contratante desarrolla sus negocios.

La Convención solamente se aplica a contratos de compraventa que estén vinculados a transacciones de carácter internacional, de tal manera que las transacciones internas se encuentran excluidas. Siendo irrelevante, para los efectos de aplicación de la Convención, que el carácter del contrato, o el carácter de las propias partes, sea civil o comercial<sup>81</sup>.

Las disposiciones finales introducen otras dos restricciones al ámbito territorial de aplicación referidas a la materia regulada. Una de estas restricciones se aplica si un Estado es parte en otro acuerdo internacional que contiene disposiciones relativas a las materias que se rigen por esta Convención; la otra restricción permite que los Estados que tienen el mismo o semejante derecho interno sobre compraventas declaren que la Convención no se aplicará entre ellos.

El ámbito objetivo o material de aplicación de la Convención lo configuran los contratos de compraventa de mercaderías, a pesar de que en ella no se definen los términos compraventa ni mercaderías.

Tal indeterminación permitiría assimilar a compraventa una variedad de negocios jurídicos de índole internacional, tales como los contratos llave en mano o el leasing internacional.

Siempre referido al ámbito de aplicación, el artículo 3 distingue en dos aspectos los contratos de compraventa de los contratos de servicios. Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción. La Convención no se aplicaría a los contratos en que la principal obligación de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

La Convención contiene una lista de tipos de compraventa que se excluyen de su aplicación, ya sea por la finalidad de la compraventa (mercaderías compradas para el uso personal, familiar o doméstico), sea por la naturaleza de la compraventa (compraventas en subasta, de carácter judicial) o por la naturaleza de las mercaderías (valores mobiliarios, títulos, títulos de inversión, títulos o efectos de comercio, dinero, buques, embarcaciones, aerodeslizadores, aeronaves o electricidad). En algunos Estados esos tipos de compraventas se rigen por normas especiales.

Algunas de sus disposiciones declaran que la materia de la Convención se limita a la formación del contrato y a los derechos y obligaciones del comprador y del vendedor dominantes del contrato. En particular, la Convención no concierne a la validez del contrato o a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.

La Convención tiene carácter dispositivo, es decir, puede dejar de aplicarse de manera total o parcial si las partes del respectivo contrato internacional así lo estipulan o si los usos que ellas empleen tienen un alcance normativo distinto de lo previsto en la propia Convención.<sup>82</sup>

#### -Autonomía de las partes:

El principio básico de la libertad contractual en la compraventa internacional de mercaderías se reconoce en la disposición que permite a las partes excluir la aplicación de la Convención o establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos. La exclusión de la Convención más frecuente resultaría de la elección por las partes de la ley de un Estado no contratante o de la ley nacional de un Estado contratante como ley aplicable a

<sup>80</sup> Garmo, Alejandro Miguel & Zuppi, Alberto Luis. Op. Cit. pp. 80-89

<sup>81</sup> Gómez Barrera, Diego Ricardo. La Convención de las Naciones Unidas sobre las

Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. En Revista Estudios Genericales

Número 91, Abril-Junio de 2004. Colombia. Universidad Icesi. Pp. 53

contrato. Las excepciones a la Convención se producirían siempre que por acuerdo de las partes, una estipulación del contrato dispusiera la aplicación de una norma diferente de las que se encuentran en la Convención.

#### -Interpretación de la Convención:

Para la interpretación de la Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional; para la integración de sus lagunas tales cuestiones se dimirán de conformidad con los principios generales, mientras que las declaraciones y actos de las partes deberán interpretarse de conformidad con su intención.

Los fines de la Convención podrían cumplirse en mejor forma en la medida en que sea interpretada de manera consecuente en todos los ordenamientos jurídicos. Por ello se puso énfasis en su elaboración para hacerla un instrumento claro y fácil de entender. No obstante, siempre existirán controversias sobre su significado y aplicación. Para cuando esto ocurra, las partes, los tribunales nacionales y los tribunales arbitrales deberán tomar en cuenta su carácter internacional y deberán promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional. En particular, cuando las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la Convención no estén expresamente resueltas en ella, deberán dimirirse de conformidad con los principios generales que la fundamentan. Sólo a falta de tales principios se decidirá de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

#### -Interpretación del contrato; los usos:

La Convención contiene disposiciones sobre la interpretación que debe darse a las declaraciones y a otros actos de las partes, en el contexto de la formación del contrato o de su ejecución. Los usos convencidos por las partes, las prácticas que se hayan establecido entre ellas y los usos de que las partes tenían o debían tener conocimiento y que sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate, pueden ser de observancia obligatoria para las partes.

#### -Forma del contrato:

La Convención no somete el contrato de compraventa a ningún requisito formal para su validez. En particular, el artículo 11 dispone que no es necesario ningún acuerdo escrito para la celebración del contrato. No obstante, el artículo 29 establece que si el contrato consta por escrito y contiene una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea hecha por escrito,

contrato no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. La única excepción es que una parte puede verse impeditida por sus propios actos de alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos.

Para facilitar la ejecución del contrato a los Estados cuya legislación exige que los contratos de compraventa se celebren por escrito, el artículo 96 permite a esos Estados declarar la inaplicabilidad de los artículos 11 y 29 en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en dicho Estado.

La Convención otorga plena libertad de forma para la contratación. Su artículo 11 establece que la celebración del contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Es razonable la libertad de forma para contratar sin embargo, para algunos autores debe aceptarse una cierta tendencia actual al formalismo contractual, como resultado de una creciente preocupación en defensa de los contratantes al momento de su celebración.<sup>15</sup>

#### -Formación del contrato:

En su Parte II, la Convención se ocupa de varias cuestiones que se plantean en la formación del contrato por el cruce de una oferta con una aceptación. Los aspectos normativos más importantes relativos al perfeccionamiento del contrato por la aceptación de la oferta, se encuentran regulados en la siguiente forma:

Por regla general, el contrato se celebra cuando se hace efectiva la aceptación de la oferta.

Para que una propuesta de celebración de contrato constituya oferta, debe dirigirse a una o más personas determinadas y debe ser suficientemente precisa. Para que la propuesta sea suficientemente precisa, debe indicar las mercaderías y, expresa o implícitamente, señalar la cantidad y el precio o prever un medio para determinarlos.

La Convención adopta una postura intermedia entre la doctrina de la revocabilidad de la oferta hasta la aceptación y su irreversibilidad general durante un cierto tiempo. La Convención prevé el principio de revocabilidad de la oferta. La regla general es que las ofertas pueden revocarse. No obstante, la revocación debe llegar a conocimiento del destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación. Además, no se puede revocar una oferta si indica que es irrevocable, lo que puede hacerse estableciendo un plazo fijo para la aceptación o de otro

<sup>15</sup> Aguilar, Guerra, Vladimir Osman. Op. Cit. Pp. 209-210

modo. Además, no cabe revocar una oferta si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta.

La aceptación de una oferta puede hacerse mediante una declaración u otros actos del destinatario que indiquen asentimiento a la oferta que se comunica al oferente. Sin embargo, en algunos casos la aceptación puede consistir en la ejecución de un acto, como la expedición de las mercaderías o el pago del precio. Un acto de esa naturaleza surtirá normalmente efecto como aceptación en el momento de su ejecución.

Un problema frecuente en la formación de los contratos, tal vez en especial por lo que se refiere a los contratos de compraventa de mercaderías, se plantea cuando la respuesta a una oferta de aceptación contiene elementos nuevos o diferentes. Conforme a la Convención, si los elementos adicionales o diferentes no alteran sustancialmente los de la oferta, la respuesta constituirá aceptación a menos que sin demora injustificable, el oferente objete esos elementos. Si no los objeta, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

Si los elementos adicionales o diferentes alteran sustancialmente los elementos del contrato, la respuesta constituye una contraoferta que debe a su vez ser aceptada para que el contrato se celebre. Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta.

Es generalmente aceptada la doctrina consensualista en materia contractual. Algunos autores sostienen que en el contrato de compraventa el consentimiento del vendedor y del comprador es suficiente, en principio, para unir a las partes, en ausencia de toda formalidad y la compraventa surte efectos entre las partes, sin necesidad de entrega de la cosa o pago del precio y aún si no existe un documento que la formalice.

La Convención aborda el tema de la formación del contrato en los artículos del 14 al 24, regulando lo concerniente a la oferta, la aceptación y el perfeccionamiento del contrato.

La Convención de Viena, en forma precisa desarrolla la oferta y su aceptación como requisitos esenciales en la perfección del contrato de compraventa. Así, el artículo 14, dispone que la propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Para

evitar interpretación diferente, esta norma clarifica que una propuesta se considera suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.

La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario (momento de perfección del contrato) y aún cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta (artículo 15).

La Convención regula, asimismo, las posibilidades de revocación de la oferta (artículo 16) y los casos de aceptación (artículos 18 y 19), los plazos y efectos de la aceptación (artículos 20, 21 y 22). Para el efecto, considera como elementos sustanciales de la compraventa, el precio, el pago, la calidad y cantidad de una mercadería, el lugar y fecha de la entrega, el grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra y la solución de controversias.

El artículo 23, establece que el contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la Convención.

#### -Obligaciones del vendedor:

Las principales obligaciones del vendedor se encuentran consagradas en el Capítulo II de la Parte II de la Convención, en los artículos del 30 al 44.

Son obligaciones fundamentales del vendedor entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con aquéllas en las condiciones establecidas. La Convención proporciona normas suplementarias para su utilización a falta de acuerdo contractual acerca del momento, lugar y la manera de cumplir esas obligaciones por parte del vendedor.

La Convención desarrolla normas relativas al lugar de entrega de las mercaderías, su transporte, identificación, el seguro y el plazo de entrega. Asimismo, estatuye varias reglas que precisan las obligaciones del vendedor respecto de la calidad de las mercaderías. En general, el vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo respondan a lo estipulado en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato. Un conjunto de normas de particular importancia en las compraventas internacionales de mercaderías entraña la obligación del vendedor de entregarlas libres de cualesquiera derechos o reversiones de un tercero inclusive los derechos basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual.

En relación con las obligaciones del vendedor respecto de la calidad de las mercaderías, la Convención contiene disposiciones sobre la obligación del

comprador de examinarias. Debe comunicar toda falta de conformidad con lo estipulado en el contrato en un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto, y a más tardar, dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un período de garantía contractual.

Establece la obligación para el vendedor de entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a las estipulaciones del contrato, salvo pacto en contrario. Importante resulta la consideración de apreciar la conformidad de las partes y del contrato sobre la base de la aptitud de las mercaderías para los usos a que ordinariamente se destinan.

La Convención en su artículo 36 asume la responsabilidad para el vendedor, conforme el contrato y la Convención, de toda falta de las mercaderías que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador.

En el artículo 41 se establece la obligación para el vendedor de entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones.

Así mismo, establece obligaciones relacionadas con los derechos de autor y copyright (artículo 42 numeral 1), en cuanto que el vendedor se compromete a entregar las mercancías libres de todo derecho o pretensión de terceros.

Por último, se refiere a los derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por parte del vendedor, facultando al comprador (artículo 45 y siguientes) para exigir el pago de los daños y perjuicios.

#### Obligaciones del comprador.

Las obligaciones fundamentales del comprador consisten en pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas por el contrato y la Convención. Esta proporciona normas supletorias para su utilización a falta de acuerdo contractual sobre la manera de determinar el precio y el momento y el lugar en que el comprador debe cumplir su obligación de pagar el precio.

Es evidente que el precio debe estar definido para poder cumplir con esta obligación pero se presentan casos en que el precio no se encuentra claramente establecido.

En este punto la Convención tuvo que conciliar disposiciones contradictorias en cuanto a que en múltiples ordenamientos jurídicos, como el caso de los países socialistas o los de tradición jurídico neorrománista es necesaria la certeza en el

<sup>44</sup> En particular el Código de Comercio Unificado de Estados Unidos. la Ley de Ventas Inglesas. la Ley Uniforme de Ventas de los Países Escandinavos.

<sup>45</sup> Géan Barrera. Diego Ricardo. Op. Cit. Pg. 59

<sup>46</sup> Common Law<sup>44</sup> la indeterminación del precio no afecta la validez del contrato.

Por lo tanto, la convención admite la validez de los esquemas de contrato con precio indeterminado pero a su vez establece un sistema para determinarlo. Es importante tener en cuenta que la Convención no debe aplicarse en los esquemas donde la ausencia de precio lleva a la invalidez del contrato.<sup>45</sup>

La Convención contiene las obligaciones del comprador en el contrato de compraventa de mercaderías. El artículo 53 establece la obligación fundamental para el comprador de pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la Convención.

Respecto al pago del precio, regula que cuando no se haya señalado expresa ni tácitamente el precio ni un medio para determinarlo, se considerará que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato, vendidas en circunstancias semejantes en el tráfico mercantil de que se trate (artículo 55), disposición que sin duda resuelve un problema que comúnmente se detecta en el tráfico internacional de mercaderías.

La Convención contiene regulaciones relativas al lugar de pago y al momento para realizar el mismo. En el primer caso, señala prioritariamente el establecimiento del vendedor como lugar de pago, sin descartar que en el pago contra entrega de las mercaderías o de documentos, deberá hacerse en el lugar en que se efectúe la entrega.

En el caso del plazo para el pago, éste debe hacerse cuando el vendedor ponga a disposición del comprador las mercaderías o los correspondientes documentos representativos; previendo también el pago del precio del transporte, si fuere el caso, y la posibilidad del comprador de examinar las mercaderías previo pago.

Al igual que en el Capítulo anterior, la Convención contiene derechos y acciones que puedan proceder en caso de incumplimiento del contrato por parte del comprador.

En el capítulo IV se regula lo relativo a la transmisión del riesgo. Estableciendo que la pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar

<sup>47</sup> En particular el Código de Comercio Unificado de Estados Unidos. la Ley de Ventas Inglesas. la Ley Uniforme de Ventas de los Países Escandinavos.

el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor (art. 66). En los artículos siguientes, se regula el momento en que se transmite el riesgo de las mercaderías al comprador, dependiendo si la obligación es o no de entregarlas en lugar determinado, así como el riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito.

El determinar el momento exacto en que el riesgo de pérdida o deterioro de las mercaderías se transmite del vendedor al comprador es de gran importancia en los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Las partes pueden regular esa cuestión en su contrato mediante una disposición expresa o recurriendo a una condición del comercio. Sin embargo, para el caso frecuente en que el contrato no contenga esa disposición, la Convención contiene un juego completo de reglas.

Las dos situaciones especiales previstas por la Convención pueden darse cuando el contrato de compraventa entraña el transporte de las mercaderías y cuando las mercaderías se venden en tránsito. En todos los demás casos el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción. En el caso frecuente en que el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, no se considerará que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén identificadas a los efectos del contrato y se pueda considerar que el riesgo de su pérdida ha sido transmitido al comprador.

#### -Disposiciones Comunes a las obligaciones del vendedor y del comprador:

En su Capítulo V, la Convención regula algunas situaciones que pueden presentarse en el tráfico mercantil internacional de las mercaderías.

Con relación al incumplimiento previsible en los contratos pactados con entregas sucesivas, el artículo 71, establece que cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de las propias a causa de: a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia; o b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato. Prevé que si el vendedor ya hubiere expedido las mercaderías antes de que resulten evidentes los motivos mencionados, podrá oponerse a que las mercaderías se pongan en poder del comprador, aun cuando éste sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas. Como contragaranta, la Convención dispone que la parte que difera el cumplimiento de lo que le incumbie, antes o después de la expedición de las mercaderías, deberá comunicarlo

inmediatamente a la otra parte y deberá proceder a su cumplimiento si la otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

El artículo 74, considera como daños y perjuicios el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento, sin embargo, lo peculiar y equitativo de esta disposición radica en que esa indemnización no podrá 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.

Sin embargo, cuando una de las partes deja de cumplir cualquiera de sus obligaciones, debido a un impedimento ajeno a su voluntad que no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el momento de la celebración del contrato ni que lo evitase o superase, está exenta del pago de daños y perjuicios. Esta exención puede también aplicarse si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato. No obstante, está sometida a cualquier otro recurso, inclusive a la reducción del precio, si las mercaderías fuesen de algún modo defectuosas.

Del artículo 85 al 88, la Convención se refiere a la conservación de las mercaderías o derecho de retención, señalando que el vendedor que esté en posesión de las mercaderías tendrá derecho a retenerlas hasta que haya obtenido del comprador el pago del precio y el reembolso de los gastos razonables que haya realizado para su conservación.

#### -Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato:

El incumplimiento del contrato y sus efectos y las sanciones por la in ejecución son tratados por los artículos 45 a 52, 61 a 65 y 71 a 88.

Resalta que el propósito de la Convención es el de propender al mantenimiento, vigencia y continuidad del contrato y solo en caso excepcional ocuparse de la resolución de los contratos.

Ahora bien, como no siempre es posible la preservación contractual, resultaba indispensable regular los supuestos de incumplimiento, respecto de los cuales la Convención introdujo el vigoroso concepto del incumplimiento esencial del contrato como una noción derivada del Common Law que básicamente clasifica el incumplimiento del contrato de acuerdo con el grado de eficacia que puede representar respecto a la continuidad y vigencia del mismo.

En otras palabras, un incumplimiento será esencial en la medida en que frustre definitivamente las expectativas del contratante cumplido. Desde otra perspectiva, un incumplimiento no será esencial si existe alguna alternativa que permita la supervivencia del contrato.<sup>88</sup>

Los derechos y acciones del comprador por incumplimiento del contrato por parte del vendedor, se exponen en relación con las obligaciones del vendedor y, los derechos y acciones del vendedor, se exponen en relación con las obligaciones que pesan sobre el comprador. De esta manera la normativa resulta más comprensible.

La pauta general de los derechos y acciones es la misma en ambos casos. Si se satisfacen todas las condiciones exigidas, la parte agravuada puede exigir el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte, reclamar daños y perjuicios o rescindir el contrato. El comprador tiene también el derecho de reducir el precio cuando las mercaderías entregadas no sean conformes con lo estipulado en el contrato.

Entre las limitaciones al derecho de una parte supuestamente agravada de valerse de una acción, figura el concepto del incumplimiento esencial. Para que el incumplimiento del contrato sea esencial, debe tener como resultado, para la otra parte, un perjuicio tal, que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto el resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en la misma situación. Un comprador puede exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución sólo si las entregadas no eran conformes con el contrato y la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato. La existencia de incumplimiento esencial es una de las dos circunstancias que justifican una declaración de rescisión del contrato del lado de la parte agravada. La otra circunstancia es que, en el caso de no entrega de las mercaderías por parte del vendedor o de no pago del precio u omisión en recibir las mercaderías por parte del comprador, la parte que incumple no lo ejecute en un plazo razonable fijado por la parte agravada.

Otros derechos y acciones pueden restringirse por circunstancias especiales. Por ejemplo, si las mercaderías son conformes al contrato, el comprador puede pedir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad a manos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. Una parte no puede reclamar daños y perjuicios que pudiera haber reducido adoptando las

<sup>88</sup> Vd Garro & Zuppi Ob Crt Pp 134-135

medidas apropiadas. Una parte puede verse exenta de pagar daños y perjuicios en virtud de un impedimento ajeno a su voluntad.

La resolución del contrato se entiende como la terminación del acto jurídico por voluntad de una de las partes. La Convención en forma somera y taxativa prevé los supuestos en los que es posible declarar la resolución del contrato.

De conformidad con el artículo 26, la resolución del contrato se efectúa: "... mediante una declaración que se comunica a la otra parte..." sin que sea indispensable que medie una declaración judicial. Se aprecia un criterio ágil y pragmático, que se acompaña con las necesidades del comercio de mercaderías sin intervención de terceras personas y de procedimientos formalistas que no contribuyen a la resolución expedita y satisfactoria de las controversias.

Si bien la Convención no exige una formalidad particular o exclusiva para llevar a cabo la notificación de la resolución del contrato, vale decir, que consagra libertad de formas para ejecutar este acto, resulta pertinente afirmar que es conveniente que el comprador la efectúe de manera tal que pueda probar que la ha realizado fehacientemente.

El artículo 49 numeral 1º, regula las causales de resolución del contrato por parte del comprador y del vendedor. En el caso del vendedor son causales: el incumplimiento esencial del contrato por parte del vendedor y la falta de entrega dentro del plazo supplementario. En el caso del comprador, el incumplimiento esencial del contrato por parte del comprador, el incumplimiento tardío del comprador, y el incumplimiento dentro de un plazo razonable. En lo relativo a los efectos de la resolución del contrato, la Convención menciona: la liberación a las dos partes de sus obligaciones; la restitución de lo suministrado, y la restitución de las mercaderías.

La sección II del capítulo V de la parte III de la Convención regula lo relacionado a la indemnización por daños y perjuicios, como consecuencia del incumplimiento del contrato por alguno de los contratantes.

El artículo 74 consagra una disposición general sobre el monto indemnizable, que se desdobla entre el valor de la pérdida sufrida y el valor de la ganancia dejada de obtener por la otra parte. Estos términos textuales que parecen obedecer a los conceptos de daño emergente y lucro cesante no necesariamente tienen su significado y alcance.

La Convención trae previsiones que parten del hecho de la resolución del contrato, limitando el concepto indemnizatorio a la diferencia que exista entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, cuando alguna de

las partes haya utilizado esa específica opción o, a la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente en el momento de la resolución, cuando no haya sido posible la operación de reemplazo, quedando a salvo, en ambas circunstancias, la posibilidad de obtener otros daños y perjuicio de conformidad con lo ordenado por el artículo 74.

Se estatuye una obligación para la parte que invoca el incumplimiento, en el sentido de "... Adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante ..." so pena de que se le reduzca de la indemnización el valor "... en que debía haberse reducido la pérdida..." como es, obvio, múltiples han sido las controversias surgidas en la aplicación de esta norma basada en la equidad y en el principio de comunidad de suerte.

Finalmente, en adición a la norma general sobre indemnización de daños y perjuicios, la Convención trae una previsión para aquellos casos de sumas adeudadas, incluida la del precio del contrato, en cuanto que la parte acreedora tiene derecho a percibir los intereses correspondientes.<sup>67</sup>

Como la Convención no establece el tipo de interés ni un sistema para determinarlo, se entiende que la solución debe buscarse en las disposiciones del derecho interno o en la decisión del tribunal competente que conozca del asunto.

#### -Suspensión del cumplimiento e incumplimiento previsible:

La Convención contiene reglas especiales para la situación en que, antes de la fecha en que debía ser cumplido, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones o cometerá un incumplimiento esencial. Se concede esta facultad pero el contrato sigue vigente a la espera de futuros acontecimientos y, eventualmente, a la espera de poder rescindir el contrato.

#### -Conservación de las mercaderías:

La Convención impone a ambas partes el deber de conservar las mercaderías pertenecientes a otra parte que se hallan en su poder. Ese deber es de importancia aún mayor en la compraventa internacional de mercaderías en la que la otra parte reside en un país extranjero y puede no tener mandatarios en el país en que se encuentren las mercaderías. En ciertas circunstancias la parte en cuyo poder se hallen las mercaderías puede venderlas o puede incluso exigírselas que lo haga. La parte que venda las mercaderías tendrá derecho a retener del

producto de la venta una suma igual a los gastos razonables de su conservación y vendrá y deberá abonar el saldo a la otra parte.

#### -Disposiciones finales:

Las disposiciones finales estipulan que la Convención está sometida a la ratificación, la aceptación o la aprobación de los Estados que la hayan firmado hasta el 30 de septiembre de 1981, asimismo, que estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios.

La Convención permite hacer algunas declaraciones. Las relativas al ámbito de aplicación y al requisito de que el contrato se formalice por escrito han sido ya mencionadas. Existe una declaración especial para los Estados en los que diferentes ordenamientos jurídicos ríjan los contratos de compraventa en distintas partes de su territorio. Finalmente, todo Estado podrá declarar que no quedará obligado por la Parte II sobre formación de contratos o por la Parte III sobre los derechos y obligaciones del comprador y vendedor. Esta última declaración se incluyó como parte de la decisión de combinar en una única convención la materia de las dos convenciones de La Haya de 1964.

#### 5.2 Los principios Unidroit para los contratos internacionales

##### 5.2.1 Los principios Unidroit en su versión de 1994; sus disposiciones generales:

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

Cada artículo está acompañado de comentarios específicos e incluye ejemplos, los cuales forman parte integral de los Principios.

Las disposiciones generales cumplen la función de ser aplicadas a los restantes artículos de los sucesivos capítulos. La característica particular de las disposiciones generales es la de su incorporación tácita al contrato cuando las partes no las hubieren omitido expresamente. Lo que resalta el carácter dispositivo de los principios. En ellas encontramos las reglas básicas que sustentan una obligación privada: libertad tanto en la forma como en la prueba; aceptación del principio pacto sunt servanda; primacía de las reglas imperativas, indicación de la naturaleza dispositiva de los Principios, aplicación de los principios de internacionalidad y uniformidad, protección del principio de buena fe y lealtad negocial, preferencia y primacía de los usos y prácticas mercantiles internacionales y previsión del principio de ilegada.

#### -Libertad de contratación

Este principio se traduce en la libertad que tienen las partes para celebrar un contrato y determinar su contenido

El citado artículo contiene el principio sobre el cual gravitan los contratos, el de la autonomía de la voluntad de las partes, reconocido ampliamente por los distintos ordenamientos jurídicos tanto para la elección de cada uno de los elementos del contrato, sean partes, causa u objeto, como para la determinación del alcance, texto y vigencia de las cláusulas compromisorias. Como este principio no es regulado en forma igual por todos los ordenamientos jurídicos y algunas legislaciones lo restringen, los Principios Unidroit haciendo eco de su carácter dispositivo aceptan la aplicación de reglas imperativas

#### -Libertad de forma y de prueba

Una de las ventajas de los Principios Unidroit es que han sido útiles a la sociedad dentro del proceso globalizador, para lo cual se ha tenido en cuenta que los contratantes necesitan de principios desprovistos de rigorismos formales para que faciliten y expediten los negocios y dotados de fórmulas prácticas para resolver los problemas eventuales. De acuerdo con lo expuesto, el artículo 1.2 prescribe: "Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato sea celebrado o probado por escrito". El contrato podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos, lo cual determina la libertad de forma para contratar y, subsequently, la prueba de la contratación. Esta libertad rige para todas las fases o facetas del contrato, sea su formación inicial u origen, perfeccionamiento, ejecución y extinción. La libertad en la prueba admite desde la testimonial hasta las pruebas más avanzadas con ocasión de las innovaciones tecnológicas, como son el correo electrónico y los mensajes de datos.

#### -Principio pacta sunt servanda

El principio *pacta sunt servanda* constituye la regla básica sobre la cual se sustenta el comportamiento de las partes. Este principio determina la obligación de las partes, quienes habiendo perfeccionado el contrato, previo resguardo de las reglas imperativas aplicables contenidas en sus diferentes ordenamientos jurídicos, deberán comportarse y cumplirlo, de conformidad con lo acordado. De tal manera que cualquier variación en los compromisos contractuales adquiridos será resultado de la voluntad de las partes, salvo los casos de excesiva desproporción en las prestaciones o excesiva onerosidad y de fuerza mayor

#### -Primacía de las reglas imperativas

Los Principios Unidroit son receptivos a las normas imperativas o de orden público establecidas en los distintos ordenamientos nacionales o supranacionales, aceptando así la preeminencia en su aplicación. Dentro de las normas imperativas podemos mencionar las restrictivas de la circulación de monedas extranjeras y las que restringen la libre competencia o las reglas antimonopolio. Perales Viscasillas advierte que éste es un principio plenamente aceptado en el comercio internacional, aun cuando no aparezca expresamente establecido en los distintos textos normativos, y en cuanto a su aplicación, resulta restrictivo de la actuación por las partes contratantes, por lo cual las reglas imperativas no resultan desplazadas por la elección que las partes hayan hecho de los Principios Unidroit.<sup>88</sup> En este sentido, el artículo 1.4 de los principios establece: "Estos Principios no restringen la aplicación de reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado".

#### -Naturaleza dispositiva de los Principios

El artículo 1.5 se refiere a la naturaleza dispositiva de los principios, para lo cual faculta a las partes para someterse o no a ellos, consolidando así el principio de la autonomía de la voluntad.

#### -Principios de internacionalidad y uniformidad

Una de las principales finalidades de los Principios Unidroit es la de validar la internacionalidad del caso, proporcionando reglas uniformes para su solución, con el objeto de encontrar soluciones sin aplicar las normas internas contendidas en los derechos nacionales. Por medio de la internacionalidad del caso y la uniformidad normativa se facilita la solución del problema, por cuanto los principios Unidroit remiten incluso a la aplicación de principios generales subyacentes de no encontrar solución al problema, y dejan a un lado la posibilidad de aplicar el derecho interno como subsidiario.

#### -Principio de buena fe y de lealtad negocial

El patrón de conducta inspirada en la ética y en la probidad que se deben las partes en todas las fases del negocio jurídico es reconocido en los Principios

<sup>88</sup> Perales Viscasillas. María del Pilar. El Derecho Uniforme del comercio Internacional: Los Principios de Unidroit (Ámbito de aplicación y Disposiciones Generales). En formato electrónico: <http://www.cisg.law.pace.edu/Consulta/3 de mayo 2005>

Unidroit. El principio de buena fe y lealtad negocial se complementa, además, por el deber de confidencialidad y el tratamiento penalizado a las negociaciones en las cuales sea posible advertir la mala fe.

#### -Principio de primacía de los usos y las prácticas

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

#### -Principio de llegada

Para las partes resulta importante determinar el momento en que se tienen por aceptadas las comunicaciones que para efecto de la formación del contrato, su modificación, ejecución o su ulterior extinción, realicen las partes. En este sentido, son aceptados todos los medios apropiados para establecer comunicación tomando en cuenta la especificidad de cada contratación, lo que significa que se deja amplio margen de discrecionalidad para que los jueces o árbitros consideren y evalúen las condiciones particulares de cada negocio. El principio de llegada comprende fundamentalmente dos aspectos: el medio de comunicación, entendiéndose como todo aquél que sea efectivo para el conocimiento del negocio y de sus particularidades, y la llegada, entendida ésta como la entrega de la comunicación en el establecimiento comercial o en la dirección postal del destinatario.

#### -Definiciones

Las Disposiciones Generales definen ciertos términos que son de frecuente uso y referencia. De esta forma, se establecen las definiciones de tribunal, con inclusión de los arbitrajes, establecimiento relevante cuando existe más de uno, acreedor y deudor, así como de lo que debe entenderse por escrito, entendido como todo medio de comunicación susceptible de reproducir de manera evidente la comunicación, lo que hace incluir el telex, el fax, el correo electrónico y los mensajes de datos, a los fines de cumplir con la finalidad de permitir la comunicación entre personas distantes físicamente.

#### 5.2.2 La nueva edición de los Principios Unidroit de 2004. Principales regulaciones:

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

En el Preámbulo de la edición 2004 se indica el propósito de los Principios de ofrecer a la sociedad mercantil internacional un instrumento con reglas generales al que las partes voluntariamente puedan someter sus contratos o sean susceptibles de aplicarse, en el caso que ellas no hubiesen elegido el derecho a regularlos. En un principio el ámbito de su aplicación se limitaba, cuando las partes decidieran someter el contrato a sus disposiciones o cuando las partes acordaran que el contrato se sometiera a los principios generales del derecho, a la lex mercatoria o expresiones semejantes. En la versión 2004 se amplia su aplicación en el caso de que a estos Principios se sometan las partes cuando no han designado ningún derecho para que rija el contrato y, así también, pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme y servir de modelo para la legislación tanto a nivel nacional como en el ámbito internacional.

En lo que al articulado se refiere, se modifica el texto contenido en las Disposiciones Generales (capítulo 1), ya que el artículo 2.8 de la edición 1994, regulador de la aceptación de los contratos dentro de un plazo fijo, se integra a las disposiciones generales como artículo 1.12, referido al cálculo de plazos convenidos por las partes. Por ello, las Disposiciones Generales pasan a contener 12 artículos, es decir, se adicionan dos a la primera formulación.

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

Asimismo, se adicionan tres capítulos, como sigue: capítulo 8) extinción de las obligaciones por compensación; capítulo 9) cesión de derechos, transmisión de obligaciones y cesión de derechos contractuales; y capítulo 10) plazos de prescripción. El capítulo 8 regula la situación en la cual las partes se adeuden reciprocamente dinero u obligaciones monetarias, determinando que cualquiera de ellas podrá compensarla mediante la cancelación mutua de las prestaciones hasta la concurrencia por la cuantía. Así mismo, en caso de que los pagos estén representados en divisas, éstos podrán ser compensados para el caso que exista la libre convertibilidad, siempre y cuando no se hubiere especificado la obligación en una divisa determinada. A los fines de ejercer el derecho a la compensación la parte interesada debe comunicarlo a la otra, por cuanto se prescribe que el mismo no opera en forma automática ni mediante declaración judicial. La notificación opera toda vez que se produzcan los requisitos para que prospere la

compensación, y ésta debe señalar las obligaciones que se deben compensar. Lo que significa que si la parte solicitante hace omisión de ello, la otra parte estará en el derecho de especificar su determinación. Para el caso que la determinación sea omitida por ambas partes, ello significará la compensación de todas las obligaciones pendientes, tomando en cuenta la proporcionalidad

En el capítulo 9 aparecen tres secciones: a) la cesión de derechos, la cual se define como la transmisión que se realiza por pacto o convenio entre cedente y cessionario a cambio de una contraprestación consistente en dinero o realización de un servicio. También se contempla la onerosidad o costo excesivo que pudiera resultar para el obligado el tratar de cumplir con la obligación, cuando ésta no sea monetaria, ya que en tal caso se establece un derecho a favor del obligado a ser retribuido por los gastos extras en que incurra como consecuencia de la cesión. Por otro lado, se establece que la cesión opera entre cedente y cessionario, sin que sea requerida la notificación al obligado, salvo el caso de que éste se hubiere comprometido a la realización de una prestación calificada como "singular", "intima" o de carácter "muy personal", en cuyo caso se hace necesaria la notificación de la cesión efectuada.

Con relación a la sección segunda del capítulo 9, referida a la transmisión de obligaciones, se regula que aquellas que sean de carácter pecuniario o en las cuales se debe cumplir una contraprestación, pueden transmitirse por la persona directamente deudora al nuevo obligado, por convenio entre ambos o por acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor. La última sección regula la cesión de derechos contractuales, definida ésta como la realizada por convenio entre cedente y cessionario tanto de los derechos como de las obligaciones que se derivan de una relación contractual con un tercero, para lo cual se requerirá el consentimiento de este último.

Finalmente, el nuevo capítulo 10 regula la materia de la prescripción, entendida ésta como la liberación de las obligaciones por el transcurso del tiempo, plazo que transcurre en tres años. Sin embargo, también está regulada la prescripción liberatoria por el intervalo de diez años, contados a partir del día siguiente en el cual el acreedor tiene conocimiento de hechos relevantes para el ejercicio de su derecho. En principio debe entenderse y así se señala expresamente, que el simple transcurso del tiempo no extinguie los derechos para el acreedor y por tal razón, el lapso de prescripción debe entenderse como una excepción que debe oponer el deudor ante el órgano jurisdiccional cuando fuere pertinente.

Makell, al referirse a las inserciones de la segunda edición de los Principios Unidroit, afirma: "diez años después de la formulación y publicación de los Principios de UNIDROIT aparece su segunda edición, revisada, ajustada a la experiencia práctica y complementada con nuevas disposiciones. Entre sus

novedades se encuentra la posibilidad de aplicar los principios a los denominados contratos sin ley y de utilizarlos para interpretar las leyes domésticas (preambulo), la aparición de un artículo que regula de modo independiente a la buena fe el comportamiento inconsistente (art. 18); la regulación de la liberación por acuerdo (Art. 5.19), y las disposiciones en relación a la autoridad de los agentes (sección 2.2).<sup>60</sup>

### 5.2.3 Estructura y contenido

Los principios Unidroit cuentan con un Preambulo y diez capítulos.  
El Capítulo 1 contiene disposiciones generales.  
El Capítulo 2 se divide en dos secciones referentes a la formación y apoderamiento de representantes.  
El Capítulo 3 trata de la validez.  
El Capítulo 4. Interpretación.  
El Capítulo 5. Se divide en dos secciones Contenido y estipulación a favor de terceros.  
El Capítulo 6 Cumplimiento. Se divide en la Sección 1: Cumplimiento en General, y la Sección 2: Excesiva Onerosidad (Hardship).  
El Capítulo 7 Incumplimiento. Sección 1. Incumplimiento en General. Sección 2: Derecho a reclamar el cumplimiento. Sección 3. Resolución. Sección 4: Resarcimiento  
Capítulo 8 Compensación.  
Capítulo 9 Trata sobre la Cesión de Créditos, Transferencia de obligaciones y cesión de contratos; para lo cual se divide en tres secciones.  
Capítulo 10 Prescripción.

Su naturaleza dispositiva permite que su aplicación dependa de la voluntad de las partes de someter sus contratos a dichos principios, por lo tanto no constituyen normativa impositiva para las partes. Se aplicarán cuando las partes no hayan escogido el derecho aplicable a determinado contrato mercantil internacional. Además, pueden cumplir una función integradora e interpretativa de determinado derecho nacional.

Adicionalmente, pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales. En tal sentido, el legislador nacional podría incorporar parcial o totalmente al ordenamiento jurídico interno los principios considerados, como unidad, o bien algunos principios, instituciones y reglas, cuya aplicación fuere considerada conveniente.

<sup>60</sup> Criado por Aguirre Andrade, Atil y Fernández, Nelly Manastia, Op. Cit. Pp. 65 85

En sus disposiciones generales, los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales reafirman los principios de libertad de contratación y de libertad de forma, conforme los cuales las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido señalando que no hay forma particular para celebrar o probar un contrato. Asimismo, los Principios señalan que el contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos (arts. 1.1 y 1.2).

Tomando en cuenta la importancia que han venido adquiriendo los usos y prácticas en el comercio internacional y particularmente en la contratación internacional, los principios de Unidroit reconocen como fuente de la contratación internacional los usos y prácticas, al disponer que las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas, además, por aquellos usos ampliamente conocidos (art. 1.9).

Ratificando su tendencia consensualista los principios Unidroit establecen que los contratos se perfeccionan mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo (art. 2.11).

Con relación al plazo para la aceptación de la oferta, el art. 2.1.7 de los principios, estipula que la oferta debe ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, si no se hubiere fijado plazo, dentro del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluso la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. Una oferta verbal debe aceptarse inmediatamente a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

Si las personas están en lugares diferentes en los que no es posible que se comuniquen en forma directa, debe determinarse con exactitud en qué momento y lugar se formó el consentimiento, dadas las importantes efectos jurídicos que de dicha determinación nacen. De ahí la importancia de establecer con certezas si el consentimiento se forma en el momento en que el oferente recibe la respuesta afirmativa, aunque no este enterado de ello (teoría de la recepción) o hasta el momento que el oferente haya conocido la respuesta afirmativa (teoría del conocimiento, información o reconocimiento).<sup>90</sup>

En lo relativo a las cláusulas de adhesión, el artículo 2.1.19 definió las cláusulas estándar como aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra

<sup>90</sup> Contreras Ortiz, Rubén Alberto. Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles (Parte General). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Rafael Landívar. Editorial Serviprensa. S.A. Guatemalteca. 2004. Pp. 220

parte. En resguardo del conocimiento pleno del contenido del contrato por las partes contratantes, los principios estipulan que una cláusula estándar no tiene efficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente (art. 2.1.20). Para los principios, en caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá ésta última.

La institución de la representación aparente es regulada por el artículo 2.2.3. Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan directamente las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero, sin generar relación jurídica alguna entre el representante y el tercero. Los actos del representante solo afectan las relaciones entre el representante y el tercero, cuando con el consentimiento del representado, el representante asume la posición de parte contratante

El capítulo 3 se ocupa de la validez e invalidez del contrato. No todas las tradiciones jurídicas coinciden en qué requisitos deben exigirse para admitir la validez de los contratos. La doctrina moderna sostiene que la enumeración de los requisitos esenciales para la validez del contrato debe ser simplificada. La política legislativa adoptada por los autores de las propuestas armonizadoras se traduce en una simplificación de los requisitos para la validez de los contratos.<sup>91</sup> Para los Principios de Unidroit, una parte puede anular un contrato a causa de error si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contraído o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas –dolo determinante-. Asimismo, una parte puede anular un contrato si fue induida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial. (arts. 3.5 y 3.8).

La anulación del contrato queda excluida si la parte facultada para anularlo lo confirma de una manera expresa o tácita una vez que ha comenzado a correr el plazo para notificar la anulación (Art. 3.12).

Para los Principios Unidroit, la interpretación del contrato deberá hacerse tomando en cuenta la intención común de las partes, para lo cual se tomará en cuenta a) las negociaciones previas entre las partes; b) las prácticas que ellas hayan establecido entre sí; c) los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato; d) la naturaleza y finalidad del contrato; e) el

significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; f) los usos (arts. 4.1 y 4.3).

Los principios reconocen no solamente obligaciones expresamente pactadas entre las partes sino también obligaciones implícitas que pueden derivarse de la naturaleza del contrato, así como de las prácticas y usos establecidos entre las partes, la buena fe y lealtad negocial y el sentido común (art. 5.1.2).

Aspecto relevante es la atención que en los principios merece la razonabilidad en las obligaciones. En este sentido, cuando la calidad de la prestación no ha sido precisada en el contrato ni puede ser determinada con base en éste, el deudor se obliga a una prestación de una calidad razonable y no inferior a la calidad media (art. 5.1.6). A su vez, cuando el contrato no fija el precio o carece de términos para determinarlo se entiende que las partes se remiten a un precio razonable generalmente cobrado en circunstancias semejantes (art. 5.1.7). Asimismo, cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con razonable anticipación.

Cuando se celebra un contrato generalmente se conoce de antemano quiénes son las personas que lo van a concertar, pero puede ser que uno de los contratantes lo haga como representante reservándose la facultad de designar al contrainte definitivo. Los principios prevén la estipulación a favor de terceros. La existencia del contenido del derecho del beneficiario se determinan conforme el acuerdo entre las partes y se encuentra sujeto a las condiciones y limitaciones previstas en el acuerdo (art. 5.2.1 de los Principios).

Los principios regulan ampliamente la obligación de las partes de dar cumplimiento a lo convenido en el contrato. Por ello encontramos en el Capítulo 6 Sección 1 de los Principios, normativa relativa al momento del cumplimiento, al cumplimiento en un solo momento o en etapas, al cumplimiento parcial, al cumplimiento anticipado, el lugar del cumplimiento, la moneda de pago, los gastos del cumplimiento, la imputación de pagos, y las autorizaciones de los Estados que afecten el cumplimiento del contrato (arts. 6.1.1 al 6.1.17).

Los principios definen la **excesiva onerosidad** (**hardship**), señalando que hay "excesiva onerosidad" cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, siempre y cuando se den las siguientes circunstancias: a) que dichos eventos acontecen o son conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato; b) que los eventos no hayan podido ser razonablemente previstos o tenidos en cuenta al momento de celebrarse el contrato por la parte en desventaja; c) que los eventos escapen

al control de la parte en desventaja; y d) que el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja (art. 6.2.2).

Los efectos que produce la excesiva onerosidad son: a) la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato, b) el reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento del contrato; c) en caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal; d) si el tribunal determina cierta la "excesiva onerosidad", si lo considera razonable podrá resolver el contrato o adaptarlo para restablecer su equilibrio (art. 6.2.3).

Una de las causas de invalidez del contrato es la llamada "excesiva desproporción" (art. 3.10). Para el efecto, los principios estipulan que una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración, el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva.

En el Capítulo 7 los Principios tratan sobre el **Incumplimiento** del contrato, definiendo éste como la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío (art. 7.1.1). Los principios regulan la suspensión del cumplimiento cuando las partes deben cumplir simultáneamente sus obligaciones, facultando a cada parte para suspender el cumplimiento de su respectiva prestación hasta que la otra parte ofrezca su prestación (art. 7.1.3). Además, se da la posibilidad a la parte incumplida de subsanar a su cargo cualquier incumplimiento siempre y cuando no se perjudiquen los derechos de la otra parte (art. 7.1.4); por último, los principios excusan el incumplimiento de una parte cuando medio fuerza mayor (art. 7.1.7).

Dividen el reclamo del cumplimiento dependiendo si se trata de obligaciones dinerarias o no dinerarias (arts. 7.2.1 y 7.2.2); asimismo, establecen que el derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa (art. 7.2.3).

La resolución del contrato desde el punto de vista doctrinal, se define como: "la extinción del contrato producida por el conocimiento de la condición resolutoria a la que el mismo estaba sujeto por convenio de las partes o por disposición de la ley"<sup>402</sup>. Los Principios facultan a las partes a resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un

<sup>402</sup> Contrevas Ortiz, Rubén Alberto. Op. Cit. Pp. 351. cita textual.  
89

incumplimiento esencial (art. 7.31) para lo cual especifica los casos en que puede considerarse esencial el incumplimiento del contrato.

Como efectos generales de la resolución de un contrato, los principios relevan a las partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras, el derecho a reclamar indemnización por daños y perjuicios causados por el incumplimiento y la subsistencia de cláusulas contractuales destinadas a operar aún después de haber sido resuelto el contrato como pudiera ser el arreglo de controversias (art. 7.3.5).

Asimismo, regulan también el derecho reciproco de las partes a reclamar la restitución de lo que hayan recibido (art. 7.3.6).

La Sección 4 de los principios regulan ampliamente el resarcimiento, protegiendo a la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato. Lo novedoso es que incluye en el resarcimiento el daño futuro que pueda advertirse con un grado razonable de certeza; el resarcimiento incluye la compensación que pueda deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca (art. 7.4.3). El daño regulado no es únicamente pecuniario sino incluye el daño no pecuniario como el sufrimiento físico y la angustia emocional.

No obstante, también se regulan ciertas limitaciones al daño causado; la parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto o que razonablemente pudo haber sido previsto (art. 7.4.4). En caso de una operación de reemplazo solo se podrá recuperar la diferencia de precios (7.4.5). Reducción del resarcimiento si el daño es parcialmente imputable a la parte perjudicada (7.4.7).

Adicionalmente, los principios contienen normativa relativa al derecho de la parte perjudicada a percibir intereses si la obligación consistía en pagar dinero, lo que se traduce en el tipo de interés promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo a favor de clientes calificados para la moneda de pago del lugar en donde ha de ser efectuado (7.4.9).

En los casos de pago estipulado en el contrato y previsto para el caso de incumplimiento, la parte perjudicada tiene el derecho de cobrarlo sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido, sin embargo, si es excesivo puede reducirse a un monto razonable (7.4.13).

Como se indicó con anterioridad, el Capítulo 8 de los principios trata sobre la compensación de obligaciones reciprocas de pagar dinero. El autor Rubén Contreras, al referirse a esta institución, la define así: "Es la confrontación de dos obligaciones liquidadas y exigibles, consistentes ambas en dinero o cosas fungibles

de la misma especie y calidad, para extinguirlas totalmente si su monto es idéntico, o hasta el importe de la menor si fueren de diferente cuantía".<sup>40</sup>

En el capítulo 9, los principios desarrollan la cesión de créditos, las transferencias de obligaciones y la cesión de contratos. La cesión de créditos es definida por los Principios como la transferencia mediante un acuerdo del cedente con el cessionario de un derecho al pago de una suma de dinero u otra prestación a cargo de un tercero (art. 9.1.1).

La Transferencia de obligaciones tiene lugar cuando una obligación de pagar dinero o de ejecutar otra prestación se transfiere de un deudor originario a un nuevo deudor. Las dos modalidades pueden ser: a) cuando el convenio es entre los deudores, y b) cuando el acuerdo es entre el acreedor y el nuevo deudor (art. 9.2.1).

Los principios definen la cesión específica de contratos, como la transferencia mediante un acuerdo de una persona (el cedente) a otra (el cessionario) de los derechos y obligaciones del cedente que surgen de un contrato con otra persona (art. 9.3.1). La cesión requiere el consentimiento de la otra parte en el contrato el cual puede ser anticipado. La otra parte en el contrato puede liberar al cedente o retenerlo como deudor en caso de que el cessionario no cumpla adecuadamente y, en cualquier otro caso, el cedente y el cessionario responden solidariamente.

Por último, los principios contienen un capítulo destinado a la prescripción del ejercicio de los derechos regulados, existiendo un periodo ordinario de tres años y un periodo máximo de diez años contados a partir del día en que el derecho pudo ser ejercido (arts. 10.1 y 10.2). Los principios permiten que las partes puedan modificar dentro de ciertos límites los períodos de prescripción (art. 10.3).

Asimismo, se permite un nuevo periodo de prescripción por reconocimiento del deudor del derecho del acreedor y la suspensión de la prescripción por procedimiento judicial, procedimiento arbitral, por otros procedimientos tendientes a resolver controversias o por casos de fuerza mayor, muerte o incapacidad (arts. 10.4 al 10.8).

Para que surta efectos el vencimiento del periodo de prescripción se requiere que el deudor lo invoque por vía de excepción, de tal manera que el solo vencimiento del periodo de prescripción no extingue el derecho (art. 10.9).

<sup>40</sup> Ibidem. Pp. 161 cita textual

### 5.3 Los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL-Comisión Lando)

#### 5.3.1 Consideraciones generales:

De la misma manera que los Principios Unidroit, los Principios de Derecho Europeo de Contratos, en adelante llamados PECL tienden a unificar el derecho con herramientas distintas a las legislativas.

Podría afirmarse que los Principios Unidroit y los PECL representan el "experiemento de codificación" más prestigioso y exitoso de un emergente régimen jurídico supranacional y comunitario de las transacciones internacionales. Los PECL tienen similitud con los Principios Unidroit en el estilo de diseño y en la presentación formal<sup>44</sup>. Puede afirmarse que las normas de ambos son esencialmente semejantes. Posiblemente una de las pocas diferencias significativas con los Principios Unidroit radica en que los PECL contienen notas a los preceptos o reglas identificando las fuentes comunitarias y extracomunitarias utilizadas, describiendo brevemente la forma en que el asunto se trata en los distintos sistemas legales de los Estados miembros de la Unión Europea. Asimismo, en la parte de comentarios se explican las reglas adoptadas en cada artículo, ejemplificando con casos prácticos para ilustrar la operatividad de las normas, su propósito, contenido, alcance y vinculaciones con otras reglas.

Los Principios de Derecho Contractual Europeo no tienen la eficacia vinculante de las normas contenidas en las disposiciones emanadas de los órganos comunitarios. Son resultado de un trabajo de estudio, comparación y reelaboración, construido por un grupo de juristas europeos que se han inspirado en las instancias más profundas de unificación y superación de los particularismos nacionales. Los PECL, no son el resultado de una simple sistematización, sino más bien, de una verdadera y propia creación, en cuanto que nacieron del análisis de un complejo normativo como el europeo en el que conviven diferentes sistemas legales.

Los PECL han previsto que las partes, tanto en la fase de formación como en la conclusión, interpretación y ejecución del contrato, observen los principios de buena fe y justicia, de sensatez, transparencia y simetría en la información, de tutela del interés crediticio, conservación del contrato y adecuación en la relación

entre las prestaciones. En ese orden de ideas, los legisladores de la UE y la actividad de jueces y árbitros ya han promovido la aplicación de estos principios, obviamente teniendo en cuenta cada una de las tradiciones jurídicas, las reglas vigentes, la praxis actual y, por consecuencia, adaptándolas al contexto normativo y cultural en que tales principios deben operar.

De lo expuesto surge una concepción del contrato, en la que ya no solo priva el pacto privado, en la que éste ya no es intangible para quien le es ajeno o extraño, sino entendido como una relación de reglas que pueden conducir a la interpretación objetiva del acto, a la valoración del comportamiento anterior y posterior, a su aprobación, a la integración de eventuales lagunas, a la declaratoria de nulidad o ineficacia de algunas cláusulas, a la introducción de nuevos remedios en caso de incumplimiento, a la conservación del acto y a su modificación –en casos excepcionales y justificados– por parte del juez o árbitro a fin de reequilibrar el programa económico de las partes cuando ello sea trastornado por circunstancias externas que repercutan en el pacto original.

Dentro de las fuentes de los PECL, cabe señalar que, como lo han señalado los autores de los PECL, resultó imposible tomar en cuenta el régimen jurídico de todos y cada uno de los países del mundo y que la influencia que ejerció cada uno de los sistemas legales consultados fue desigual. Sin embargo, es factible mencionar que, de entre las compilaciones o codificaciones jurídicas nacionales, las mayormente consultadas fueron las más recientes como el Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos y los Restatement (Second) del Derecho de los Contratos, el Código Civil de Argelia de 1975, la Ley del Contrato Económico Extranjero de China, las reformas al nuevo Código Civil holandés y el nuevo Código Civil de Québec, los cuales están vigentes a partir de 1992 y 1994, respectivamente. También se consideraron los instrumentos internacionales como la Convención de la ONU sobre Compraventa Internacional de Mercancías y otros documentos de igual rango preparados por UNCITRAL o CNUDMI. Además, se dedicó especial atención a los instrumentos no legislativos elaborados por cuerpos profesionales o asociaciones de comercio ampliamente utilizados en el comercio internacional.<sup>45</sup>

#### 5.3.2 Características generales:

Los autores, M.W. Hesselink y G.J.P. de Vries,<sup>46</sup> consideran que los principios tratan de establecer lo que se conoce como el núcleo común (common core) del

<sup>44</sup> Labernegá Villanueva, Pedro Alfonso. Los principios del derecho europeo de los contratos y el mayor contracutus. En Panorama International de Derecho Mercantil. Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2006. Pp. 388

<sup>45</sup> Ibidem. Pp. 387

<sup>46</sup> Citados por Díez-Picazo, Luis Roca Trias, E. y Morales A.M. Los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Civitas Ediciones. S.L. Madrid. España. 2002. Pp. 78

Derecho europeo de contratos, proponiéndose, además, contribuir a la unificación de esta materia en el derecho europeo, con independencia de que lleguen a formar un conjunto de reglas que puedan ser inmediatamente aplicables. Asimismo, señalan que en ellos puede encontrarse un lenguaje jurídico común sobre el que pueden producirse las discusiones o los debates posteriores en la materia, pues resulta claro que muchas de las diferencias que a veces se encuentran son simplemente lingüísticas.

Independientemente de lo dicho, las características que pueden atribuirse a los PECL, son las siguientes:

- a) La denominación. Los autores han evitado, probablemente de propósito, la utilización de la idea de código, como por ejemplo, si lo ha hecho el llamado Grupo de Pavia, encabezado por el profesor Gandolfi. De ello no puede, sin embargo, extraerse la conclusión de que en ellos no se contengan reglas. No son "principios" en el sentido en que ésta palabra se utiliza para aludir por ejemplo, a los principios generales del derecho como proposiciones que enuncian, sin referencia a supuestos de hecho concretos, juicios de valor o directrices jurídicas de carácter tan abstracto que necesitan a posterior un proceso de concreción. La expresión "principios" debe más bien ser entendida como normas de características generales y en este sentido como opuesta a normas concretas o casuísticas.

- b) Las fórmulas lingüísticas utilizadas son abiertas, con un constante recurso a cláusulas generales. De esa cuenta, ello se manifiesta por ejemplo, cuando se reitera el carácter "razonable" de un comportamiento o cuando se establece, también reiteradamente, el deber de atenerse a "la buena fe y a la lealtad". Esta característica presenta la ventaja de no dejar las cosas definitivamente cerradas, pero habilita variantes u opciones con marco evidente de la seguridad o certeza jurídica.

- c) El método que adoptan es el de las similitudes. Para M.W. Hesselink, la Comisión Lando tendió más a buscar las similitudes existentes entre los diferentes sistemas jurídicos que a destacar o enfatizar las diferencias, de manera que puede decirse que se ha apoyado en un método que se puede calificar como *prae sumpto similitudinis*<sup>97</sup>. Muchos comparatistas

pueden considerar este método escasamente científico, toda vez que el Derecho comparado debe tender más a establecer las diferencias que los factores comunes, pero, desde el punto de vista práctico de búsqueda de la armonización y de la unificación, parece más lógico haber acudido a este método que subrayar las diferencias.

- d) Los principios realizan una aproximación funcional. Establecidas las similitudes hay que realizar lo que se ha denominado una aproximación funcional, de manera que el establecimiento de las reglas comunes no busque tanto una aproximación en la forma de entender conceptual y dogmáticamente las instituciones, sino en las soluciones que en cada uno de los sistemas se dan específicamente a cada uno de los problemas, facilitando así el lenguaje común y la armonización. Debe destacarse que los juristas del llamado "Civil Law" o Derecho europeo continental, se han habituado a un método lógico deductivo y, casi podría decirse, a realizar el trabajo jurídico a través de esta vía, olvidando muchas veces el sentido y la finalidad profunda de las normas.

### 5.3.3 Estructura y contenido general:

La versión completa de los Principios consta de 191 artículos, divididos en tres partes. La primera de ellas se publicó en 1995, la segunda versión de la parte I y la primera exposición de la parte II, se divulgó conjuntamente, en octubre de 1999 y la tercera parte se propaló en el 2003.

Las partes I y II regulan la disciplina del contrato y la relación obligatoria en general, la parte III integra y complementa las otras dos, refinándose siempre a los aspectos generales del contrato y de las obligaciones, pero agrega la disciplina de la prescripción.

Las dos primeras partes de los PECL constan de 121 preceptos divididos en nueve capítulos.

1. Disposiciones generales, 14 artículos
2. Formación, 20 artículos
3. Poder de representación, 15 artículos
4. Validez, 9 artículos
5. Interpretación, 7 artículos.
6. Contenido y efectos, 11 artículos
7. Pago o cumplimiento, 12 artículos.
8. Incumplimiento y medios de tutela general, 9 artículos.
9. Remedios específicos en caso de incumplimiento, 24 artículos

<sup>97</sup> Ibidem. Pp. 79

La tercera parte reúne setenta artículos repartidos en ocho capítulos:

10. Pluralidad de partes (acreedor y deudor). 17 artículos.
11. Césión de créditos. 17 artículos.
12. Gestión de deudas. 3 artículos.
13. Compensación. 7 artículos.
14. Prescripción. 17 artículos.
15. Illicitud. 5 artículos.
16. Obligaciones condicionales. 3 artículos.
17. Capitalización de intereses. 1 artículo.

Como se puede apreciar, atendiendo a los epígrafes de los capítulos que conforman su contenido, el modelo que se ha seguido en los PECL es el de una verdadera codificación del derecho de los contratos y de las obligaciones. En efecto, después del capítulo primero, dedicado a las disposiciones generales, se regulan conceptos que aparecen en los códigos de los ordenamientos nacionales, tales como formación del contrato, validez, cumplimiento, incumplimiento, prescripción, etcétera.

Tomando en cuenta los puntos convergentes que guardan los Principios Unidroit con los PECL, consideramos innecesario hacer referencia nuevamente a los temas ya tratados. Por lo que nos limitaremos a los capítulos de los PECL que no tienen su correspondiente en los Principios Unidroit. De esa cuenta, nos enfocaremos en los remedios específicos para el caso de incumplimiento, la pluralidad de partes, la compensación, la ilicitud y las obligaciones condicionales.

#### Remedios específicos en caso de incumplimiento:

Una primera aproximación de los aspectos generales del sistema de responsabilidad contractual de los PECL lo encontramos esbozado en el art. 8.101 (1), según el cual, cuando una parte no cumple una obligación derivada del contrato y siempre que el incumplimiento no sea excusable conforme al art. 8.108, la parte insatisfecha puede recurrir a cualquiera de los remedios previstos en el capítulo 9.

Conforme a este artículo hay dos principios básicos a partir de los cuales se construye el sistema de responsabilidad contractual en los PECL. El primero es la unificación del concepto de incumplimiento, con la consiguiente equiparación jurídica de todas las manifestaciones que pueda tener el mismo. Conforme a los Principios, el incumplimiento consiste en la no ejecución de cualquier obligación derivada del contrato. El segundo es la articulación de un sistema unitario y armonizado de remedios para el caso de incumplimiento. Los remedios están

regulados en el Capítulo noveno. Todos ellos integran lo que, en un sentido amplio, podríamos denominar el sistema de responsabilidad contractual; es decir, el conjunto de consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento, orientadas a satisfacer el interés del contratante insatisfecho. Se trata pues de un sistema unitario y no fragmentado de responsabilidad contractual.

El sistema de responsabilidad contractual de los PECL podemos también caracterizarlo como un sistema objetivo, basado en el incumplimiento.<sup>98</sup> Es cierto que admite en relación algunos remedios ciertas causas de exoneración previstas en el art. 8.108. Pero dichas causas no autorizan a construir el sistema de responsabilidad sobre el presupuesto de la culpa; ni ellas mismas pueden ser entendidas como casos de ausencia de culpabilidad del deudor incumplidor.

Los sistemas aplicables en caso de incumplimiento se hallan regulados en el Capítulo noveno de los PECL. Siendo éstos: el derecho al cumplimiento, la suspensión del propio cumplimiento por el acreedor insatisfecho, la resolución, la reducción del precio y la indemnización de daños.

En primero de los remedios derivados del incumplimiento se encuentra referido a la facultad de pedir el cumplimiento, que los PECL regulan en el capítulo noveno, sección primera. Al aproximarnos a este remedio es posible que nos parezca adecuado, quizás el remedio más apropiado para satisfacer el interés del acreedor en caso de incumplimiento del deudor. Pero, paradójicamente, el Derecho comparado nos demuestra que es un remedio cuestionable, no reconocido en todos los ordenamientos y que no siempre es oportuno.<sup>99</sup> Hay ordenamientos que lo aceptan, con ciertos límites, otros lo rechazan. En el primer grupo se sitúan los ordenamientos continentales, en el segundo el derecho inglés. Detrás de estas diferentes soluciones no está el capricho o el azar de la Historia; lo que en el fondo está en juego es el modo de entender el contrato como instrumento de equilibrio de los intereses de las partes y su conexión con ciertos postulados económicos. El estudio del derecho al cumplimiento abre un debate sobre problemas capitales del Derecho de obligaciones y particularmente sobre aspectos económicos.

Dentro del Capítulo noveno, consagrado a la regulación de los remedios por incumplimiento, los PECL dedican tres artículos al derecho al cumplimiento; esos tres artículos componen la sección primera del capítulo. El primero está dedicado al derecho al cumplimiento en las obligaciones pecunarias; el segundo a ese mismo derecho en las obligaciones no pecunarias y el tercero a la indemnización de daños en los casos en que no es posible ejercer este derecho.

<sup>98</sup> Ibidem. Pp. 317 y ss.

<sup>99</sup> Ibidem. Pp. 333 y ss.

Como quedó señalado, los PECL regulan el derecho a exigir el cumplimiento en las obligaciones pecuniaras y no pecuniaras. En las primeras, establece como regla general el derecho del acreedor a percibir el dinero que se le debe. En las segundas faculta a la parte perjudicada a reclamar el cumplimiento en forma específica de las obligaciones no pecuniaras y la reparación del cumplimiento defectuoso, pero a la vez establece las circunstancias en que ese cumplimiento específico no podrá obtenerse, encontrándose en esta situación los casos siguientes: si el cumplimiento resulta ilícito o imposible; si provoca en el deudor gastos o esfuerzos irrazonables; si consiste en una prestación de carácter personal; si el perjudicado pueda obtener de manera razonable la prestación por otras vías. Asimismo, con el objeto de obtener certeza, se fija un tiempo prudencial para que la parte perjudicada ejerza el cumplimiento específico desde el momento en que haya sabido o hubiera debido saber del incumplimiento (arts. 9.101 y 9.102).

En todo caso, aún y cuando el derecho a la pretensión de cumplimiento no pueda ejercitarse, el perjudicado conserva su derecho a la indemnización por daños y perjuicios (art. 9.103).

Otro remedio previsto en los PECL es la suspensión de la prestación. En tal sentido, la parte que no haya incurrido en incumplimiento se encuentra facultada para suspender, parcial o totalmente, su prestación, cuando la otra parte haya incumplido la que le corresponde. (art. 9.201)

Asimismo, se encuentra prevista la resolución del contrato. En este sentido, se regula el derecho que le asiste a la parte perjudicada para resolver el contrato si existe incumplimiento esencial o retraso de la otra parte en su cumplimiento, ya sea en la totalidad de la prestación o en forma fraccionada, incluyendo cuando previo al vencimiento resulta evidente que una parte incumplirá su obligación. (arts. 9.301 y 9.302)

La facultad resolutoria es uno de los medios fundados en el incumplimiento. Los PECL reconocen al contratante insatisfecho la facultad de resolver el contrato. La resolución permite al acreedor desvincularse del contrato y liberar los recursos empleados en él para reutilizarlos del modo que estime conveniente. Esta facultad, unida a la posibilidad de exigir indemnización de los daños, le coloca en una posición ventajosa. Para el deudor, en cambio, implica la pérdida de todos los gastos realizados en la celebración del contrato y en la preparación de su cumplimiento. La resolución muchas veces le va a suponer al acreedor un serio sacrificio. Esto explica las restricciones introducidas en su aplicación.

A partir del concepto unitario de incumplimiento que se maneja en los PECL, cualquier manifestación del incumplimiento puede, en principio, dar lugar a la resolución; por ejemplo, la ejecución tardía de la prestación, el cumplimiento no conforme a las exigencias del contrato, incluso la diligación en la ejecución de la prestación. Pero las razones que se acaban de indicar explican que los mismos introduzcan ciertas limitaciones en su aplicación. La resolución tiene su propio supuesto, distinto del de otros remedios.<sup>150</sup>

Conforme el art. 9.301 los PECL atribuyen al contratante insatisfecho el derecho a resolver el contrato en dos casos: (1) Un contratante puede resolver el contrato si el incumplimiento de la otra parte es esencial. (2) En caso de retraso, el contratante insatisfecho puede también resolver el contrato conforme al art. 8.106 (3).

El ejercicio del derecho de resolución del contrato requiere una comunicación a la otra parte dentro de un plazo razonable. La parte perjudicada no estará obligada a comunicar si vencida la obligación no existe ofrecimiento de pago. Si posteriormente se produce un ofrecimiento, la parte perjudicada deberá comunicar su facultad resolutoria en un plazo razonable. Si una parte queda liberada del cumplimiento de su obligación e consecuencia de un impedimento absoluto y definitivo, el contrato queda automáticamente resuelto, sin necesidad de comunicación alguna. (art. 9.303)

Como resultado de la resolución, las partes se liberan de la obligación de cumplir y de recibir futuras prestaciones sin afectar lo que se hubiera generado hasta el momento de la resolución y sin afectar las estipulaciones previstas en el contrato que deban surtir efecto incluso después de la resolución. (art. 9.305)

Si como consecuencia del incumplimiento se disminuye el valor de los bienes que se hubieren recibido de la otra parte, estos pueden ser devueltos. Asimismo, las partes tienen derecho a recuperar el dinero pagado por una prestación que no recibieron. Aquella parte que haya entregado bienes por los que no hubiera recibido pago, puede recuperar su propiedad. Si la prestación no puede devolverse tiene derecho a recibir un importe razonable acorde con su valor. (arts. 9.306, 9.308 y 9.309).

En los PECL, el principio de conservación del contrato se manifiesta a través de la denominada oferta de cumplimiento. Los principios regulan el derecho a reducir el precio para una de las partes cuando acepta una oferta de cumplimiento. Reducción que debe ser proporcional a la disminución del valor de la prestación.

150. Ibidem pp. 349 y ss.

Al reducir el precio no se puede obtener al mismo tiempo la indemnización de daños y perjuicios. (art. 9.401)

La indemnización de los daños por incumplimiento es también objeto de ampliar regulación en los PECL. El art. 9.501 dispone a propósito del mismo que (1) el contratante insatisfecho tiene derecho a la indemnización de los daños que le cause el incumplimiento de la otra parte cuando ésta no se beneficie de la exoneración prevista en el artículo 8.108. (2) El daño reparable incluye: 1) el perjuicio no pecuniario; 2) el perjuicio futuro, que puede esperarse razonablemente.

El remedio de la indemnización, como el resto de los remedios, se funda en el incumplimiento, pero se trata de un concepto unitario para cualquier remedio. Sin embargo, el remedio indemnizatorio tiene algunas particularidades, pues respecto de él los PECL prevén una posible exoneración. Puede afirmarse que no todo incumplimiento da lugar, necesariamente, a indemnización de los daños y perjuicios que el mismo produzca al acreedor.<sup>101</sup>

La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte. La indemnización por daños comprende las pérdidas efectivamente sufridas y las ganancias que haya dejado de obtener. Las pérdidas incluyen las no pecuniarias y las futuras cuando son previsibles y probables. (art. 9.501)

Atendiendo al principio de equidad. El criterio general para el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios, establece que se hará de forma que se coloque al perjudicado en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente el contrato. (art. 9.502)

La parte que incumple no responde de las pérdidas a las que haya contribuido el perjudicado o las que éste hubiera podido mitigar adoptando medidas razonables, pero el perjudicado tiene derecho a recuperar el importe de los gastos razonables que tuvo que hacer al intentar mitigar el daño. (arts. 9.504 y 9.505)

Los principios también regulan el llamado negocio de reemplazo. Cuando el perjudicado haya resuelto el contrato y haya celebrado un negocio de reemplazo en un tiempo y modo razonables, puede resarcirse de la diferencia entre el precio del contrato y el precio del negocio de reemplazo. Si no celebra un negocio de reemplazo pero existe un precio corriente de mercado para la prestación objeto

del contrato resuelto, puede resarcirse de la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente en el momento de su resolución. (art. 9.506)

Cuando se produzca un retraso en el pago de una cantidad de dinero, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses devengados por esa suma desde el momento en que vencía la obligación hasta el momento efectivo del pago. Dichos intereses se calcularán conforme al tipo medio aplicado por los bancos comerciales a los grandes clientes en operaciones a corto plazo, para la moneda de pago convenida y en el lugar en que debe procederse al pago, lo cual no exime del resarcimiento por cualquier otro daño ocasionado. (art. 9.508)

Se regula así mismo, la cláusula indemnizatoria. Si se hubiera dispuesto en el contrato que en caso de incumplimiento de una parte ésta deberá pagar una suma determinada de dinero a la parte lesionada por dicho incumplimiento, el perjudicado recibirá dicho importe con independencia del daño efectivamente causado. Sin embargo la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias. (art. 9.509).

En términos generales, lo relevante de dicha normativa es que ajustándose a la realidad del derecho mercantil, prevé situaciones propias del comercio internacional que no se encuentran previstas en los preceptos de otra naturaleza. Así mismo, se trata de una normativa actualizada. En efecto, existen reguladas algunas instituciones mercantiles de suma importancia en los tiempos actuales, por ejemplo, la oferta de cumplimiento y el negocio de reemplazo.

La normativa descrita se encuentra inspirada en principios propios del derecho contractual mercantil, como son, el principio de comunicación, el principio de conservación del contrato, el principio de razonabilidad y el principio de equidad, entre otros.

#### Pluralidad de partes (acreedor y deudor):

Los principios regulan tres clases de obligaciones: solidarias, independientes y comunales. Entiéndense solidarias aquellas en las cuales todos los deudores están obligados a hacer una y el acreedor podrá exigirle a cualquiera de ellos el pleno rendimiento que ha recibido. Independientes, cuando cada deudor está obligado a hacer solo una parte de los resultados y el acreedor solo puede exigir a cada deudor solo la parte que le corresponda. Comunales, cuando todos los deudores deben hacer juntos el rendimiento y el acreedor deberá exigirle a todos los obligados el cumplimiento (art. 10.101). Para su intelección, los principios incorporan los términos rendimiento y resultado, comprendiendo el primero lo recibido y el segundo su producto esperado.

La solidaridad se presume al asumirse que surge la obligación solidaria si varios deudores están obligados a hacer una y el mismo rendimiento a un acreedor en el marco del mismo contrato, salvo que en el propio contrato o la ley disponga cosa distinta. Asimismo, el hecho de que los deudores no sean responsables en los mismos términos no impide que sus obligaciones sean solidarias (art. 10.102).

Los PECL apuestan por una flexibilización del régimen de la solidaridad, ampliando su campo de aplicación en el supuesto de pluralidad de deudores, tendencia que se inscribe en el contexto de la evolución actual de la responsabilidad, que busca la protección de la víctima<sup>102</sup>. Estas consideraciones se plasman en los artículos siguientes: a) artículo 10.102 (1), que señala la preferencia del régimen de solidaridad en caso de pluralidad de deudores; b) artículo 10.102 (2), que contempla la solidaridad cuando varias personas son responsables por el mismo daño, cualquiera que sea la naturaleza de la obligación; y c) artículo 10.102 (3) que no excluye la solidaridad, aun cuando los deudores no sean responsables en los mismos términos.

Los deudores que están obligados por separado y los deudores solidarios son responsables en partes iguales, a menos que el contrato o la ley disponga otra cosa (Arts. 10.103 y 10.105).

En aplicación de los principios de equidad y de razonabilidad, los principios facultan al deudor solidario que ha realizado más de su cuota, para reclamar el exceso de cualquiera de los otros deudores y los costos incurridos razonablemente, se regula, asimismo, el incremento proporcional a los demás deudores cuando uno de ellos resulta imposibilitado justificadamente de cumplir su cuota o de recuperar la contribución de otro deudor (art. 10.106).

Según lo establecido por los PECL, las decisiones de los tribunales o la prescripción respecto a uno de los deudores solidarios con respecto a un acreedor no afectan la responsabilidad de los demás deudores solidarios respecto al acreedor ni los derechos de repetición (recurso) entre los deudores solidarios (arts. 10.109 y 10.110).

Se faculta a los deudores solidarios para invocar contra el acreedor cualquier defensa que otro deudor solidario pueda invocar, con excepción de las defensas que sean personales para los deudores (art. 10.111).

Al igual que en el caso anterior, con relación a la pluralidad de acreedores, los principios mantienen la clasificación de las obligaciones en solidarias, separadas y comunales. Entendiendo que son solidarias cuando cualquiera de los acreedores puede exigir el total cumplimiento del deudor y cuando el deudor puede cumplir a cualquiera de los acreedores. Son separadas cuando el deudor debe a cada acreedor solo la parte de la reclamación y cada acreedor puede exigir el rendimiento sólo de la parte que le corresponde. Son comunales cuando el deudor debe cumplirle a todos los acreedores y cualquier acreedor puede exigir el cumplimiento pero para beneficio de todos (art. 10.201).

A menos que el contrato o la ley dispongan otra cosa, se presume que los acreedores tienen derecho a partes iguales. Si el acreedor recibe más de lo que le corresponde deberá pagar el excedente a los demás acreedores en forma proporcional (art. 10.202 y 10.204).

Por último, establece que la liberación concedida al deudor por uno de los acreedores solidarios no tiene ningún efecto sobre los demás acreedores (art. 10.205).

#### La Compensación

Cualquier texto que regule la compensación debe prever en qué casos y con qué requisitos y efectos puede un deudor oponerse al cumplimiento de lo que se le exige invocando una deuda de la otra parte. Cada sistema tiene sus puntos de vista con relación al tema.

La compensación es una figura que produce efectos en el ámbito de las garantías, en las situaciones de insolvencia, en el régimen de la solidaridad de deudores, la cesión de créditos, la fianza, la asunción de deudas, la prescripción. Algunas de estas materias no han sido todavía abordadas por los PECL (garantías, insolvencia) y, para otras, el juego de la compensación debe buscarse en la regulación específica de cada materia (prescripción, asunción de deudas), en donde se trata de conciliar la regulación prevista con el modo de operar la compensación. Los Principios no agotan la regulación de la compensación, y se limitan a incluir reglas básicas en materia de requisitos y efectos.

En todo caso, la principal dificultad al abordar la regulación de la compensación en los PECL para aceptarla sin reservas, es la que resulta de las normas procesales. Los autores de los Principios insisten en la naturaleza sustantiva de la compensación, pero una cosa es que la compensación no precise de una declaración judicial y, otra distinta, es que en muchos casos no deba ser discutida en un proceso.

<sup>102</sup> Trigo García, Belén. Pluralidad de Deudores, Evolución de la Responsabilidad y Régimen de Solidaridad. La Subsolidaridad como alternativa. En La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo. Vaquer, Antoni. Tarrat i Blanch. Valencia. España. 2005. Pp. 104

A pesar de la afirmada naturaleza sustancial de la compensación, los principios introducen una especie de "compensación judicial" la que tiene lugar cuando, a pesar de ser la deuda incierta no perjudica los intereses de la otra parte

#### Ilicitud

Como lo señala el autor Vladimir Aguirar, no todas las tradiciones jurídicas coinciden en los requisitos que deben ser exigidos para admitir la validez de los contratos. Sin embargo, debe reconocerse que dichos requisitos de validez constituyen una necesidad estructural; todo sistema jurídico establece, explícita o implícitamente, las exigencias que permiten diferenciar los acuerdos válidos o inválidos.<sup>104</sup>

Relativo a la invalidez del contrato, los PECL establecen que si un contrato es contrario a los principios fundamentales reconocidos en las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea no produce ningún efecto, lo cual se traduce en una nulidad absoluta del contrato.

Asimismo, regulan la posibilidad de que el contrato infrinja una norma imperativa de derecho aplicable, otorgando cierta discrecionalidad en cuanto a los efectos que pueda producir dicha infracción. En principio, dichos efectos serán los previstos en la misma norma infringida, sin embargo, si dicha norma no prescribe expresamente los efectos de la infracción, podrá declararse que el contrato surta plenos efectos, surta algún efecto o efectos parciales, no surta efectos o sea modificado; esta declaración o decisión debe ser adecuada y proporcional a la infracción, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes, dentro de ellas: la finalidad de la norma infringida, la categoría de personas para cuya protección el Estado existe, la gravedad de la infracción, su intencionalidad, la proximidad de la relación entre la infracción y el contrato (arts. 15:101 y 15:102).

Como consecuencia de la invalidez, los Principios establecen que cuando un contrato quede sin efecto cualquiera de las partes podrá reclamar la restitución de lo que ha suministrado en virtud del contrato, siempre que, simultáneamente, restituya lo que haya recibido. La restitución no procede cuando una parte sabía o debía haber sabido del motivo o causa de la inefficacia. Si la restitución no puede hacerse en especie, deberá pagarse una suma razonable por lo que se ha recibido (art. 15:104).

<sup>104</sup> Para Lucía Ma. Angeles La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. En La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contratual Europeo. Vaquer, Antoni. Tirant lo Blanch Valenciac, España 2005 Pp. 429

Para la doctrina moderna, la enumeración de los requisitos esenciales para la validez del contrato debe ser simplificada<sup>105</sup>, de tal manera que requisitos como la capacidad de las partes, los vicios del consentimiento y el acuerdo entendido como formación del contrato, éste último con regulación separada y extensa en los textos amonizadores, deben ser excluidos.

#### Obligaciones condicionales

En las obligaciones contractuales, los PECL regulan las condiciones suspensivas y resolutorias, entendiendo las primeras cuando la ocurrencia del evento futuro inciso da nacimiento a la obligación, y las segundas, si al ocurrir la obligación llega a su fin, salvo que en cualquier caso, las partes acuerden otra cosa.

En todo caso, debe prevalecer la buena fe, el trato justo y la cooperación, de manera que si en la causa que motiva el cumplimiento o no de una condición suspensiva o resolutoria, interviene parte interesada la condición no se estimará cumplida (arts 16:101, 16:102 y 16:103).

#### Capitalización de intereses

El incumplimiento en el pago de las obligaciones que consisten en el pago de dinero se traduce, salvo convenio en contrario, en el pago de intereses los que pueden ser capitalizados (artículo 17:101).

#### 5.4 El anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Academia de Pavia)

##### 5.4.1 Estructura:

El libro primero consta de 173 artículos que comprenden lo que, en la tradición del Civil law, se conoce como teoría general del contrato y buena parte de lo que los Códigos tratan en lo que llamamos la parte general del derecho de obligaciones, aunque, desde la sistematica externa, parezca que solo se trata del contrato. Esta estructura viene impuesta por las exigencias propias de la integración, al tener que aceptar un concepto lato de obligación, propio del Common law.

Estos artículos se encuentran agrupados en once títulos: I. Disposiciones preliminares II. Formación del contrato III. Contenido del contrato IV. Forma del contrato V. Interpretación del contrato VI. Efectos del contrato VII. Cumplimiento

<sup>105</sup> Para Lucía Ma. Angeles La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. En La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contratual Europeo. Vaquer, Antoni. Tirant lo Blanch Valenciac, España 2005 Pp. 429

del contrato. VIII. Incumplimiento del contrato. IX. Cesión del contrato y de las relaciones que nacen del mismo. X. Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo. XI. Otras anomalías del contrato y sus remedios.

Para dar una visión general del anteproyecto, es pertinente hacer referencia a tres aspectos: su estilo jurídico, su inserción en el conjunto del ordenamiento y cómo quedan algunas cuestiones concretas

#### 5.4.2 El estilo jurídico:

La idea del Código nace de la preocupación de dar cobertura al "mercado interior", por lo que de alguna manera viene influido por tal propósito. En relación con esto se ha avanzado en lo que se puede calificar como mercantilización del Derecho civil; de suerte que, muchas de las soluciones que predominan, tanto en la formación del contrato, o en el alcance de la cesión, o en los mecanismos de la representación, como en cuanto a la generosidad de los medios (especialmente extrajudiciales) que se establecen para solventar en fase previa las diversas situaciones de nulidad o ineficacia y con la misma naturalidad con que se llega al arbitraje, por no citar más que algunos ejemplos, casi todas ellas, responden plenamente a ese calificativo. Por una parte, se traduce la dinámica de la sociedad en que vivimos, y por la otra, nos aleja del pensamiento dogmático que se cristaliza en las grandes codificaciones modernas y nos acerca bastante al pensamiento práctico que, en todo momento, inspira al Common law.

Un acercamiento entre las distintas tradiciones es conveniente y necesario. Aceramiento que ha contribuido, a que el estilo del lenguaje legal y el de la propia formulación de los preceptos sea distinto del que, por lo general usan los códigos influídos por la tradición romanista. El anteproyecto del Código Europeo de Contratos es resultado de utilizar el Derecho comparado con finalidades de integración. De modo que, de alguna manera, para tratar de superar y para procurar integrar sistemas jurídicos diferentes, tiene que llevar a cabo una labor que actúa por agregación y síntesis. Lo que a la larga se traduce en que, más que un código, parece la exposición condensada de una teoría general del contrato y de las obligaciones; lo que es independiente de la orientación que adopta en general o en las diferentes cuestiones particulares.

Los códigos nacionales, tienen detrás el soporte de la soberanía y, aun así todo, cuando quieren abrirse a la modernidad, resultan excesivamente densos, desordenados y confusos, como lo sucede al nuevo Código civil holandés. En el Common law, las leyes, que también existen y en una proporción cada vez mayor, como sucede especialmente en Inglaterra, suelen ser por un lado muy concretas y por otro detalladas y casuísticas, de manera que a un continente le parecerán siempre confusas y desordenadas. Por eso, tiene un mérito enorme el

nuevo Code civil de Québec de 1994, al conservar el viejo estilo, a pesar de que, en muchas materias, hace síntesis entre dos tradiciones diferentes, defendiendo esencialmente la propia; pero, detrás de todo ello, está el fundamento québécois que es una forma de soberanía compartida que ahora afirman algunos. La Europa de los Tratados, por el momento, no puede aspirar a tanto.

El anteproyecto del Código Europeo de los contratos dista mucho de estar redactado en el lenguaje legislativo con el que uno pensaba encontrarse. Lo que plantea problemas a la hora de entender el texto y, sobre todo, a la hora de traducirlo. Aparte de ello, existen en el texto demasiadas remisiones, muchas de las cuales podrían haberse evitado si se hubiera efectuado una corrección de estilo que, además, habría servido para mejorar la redacción en ambos sentidos.

#### 5.4.3 Su contenido:

El anteproyecto de Código Europeo de contratos se circunscribe a esta materia pero esto no significa que no deba tener en cuenta otros aspectos del derecho civil íntimamente relacionados. Es el supuesto paradigmático de la eficacia real o simplemente obligacional del contrato, pues, como es sabido, los distintos sistemas jurídicos de la tradición romanista europea se hallan fuertemente divididos en este punto. Para obviar esta dificultad, se ha acudido primero a una definición de contrato neutra, en la que tienen cabida las dos posibilidades, diciendo que es el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica que comporta obligaciones, aun a cargo de una sola de las partes. Después, al hablar de los efectos del contrato, se distingue entre efectos obligatorios y efectos reales. De los obligatorios se ocupa el art. 45, mientras que de los reales se ocupa el art. 46. Estableciendo el primero que, salvo pacto en contrario, cuando el contrato tenga por finalidad la transmisión de la propiedad, en caso de muebles, se hace depender de la entrega (párrafo 1). Incluso cuando el transmisor no es propietario ni titular de la cosa o del derecho, se produce el mismo efecto,mediante la entrega, si el adquirente es de buena fe (párrafo 2). En cambio, cuando se trata de inmuebles o de muebles registrables, se establece una remisión, no muy afortunada en su expresión, a la legislación que sea aplicable allí donde los bienes se encuentren (párrafo 3). Existiendo una grave incongruencia que no ha sido corregida, en el caso de la doble o de la múltiple enajenación, al aplicarse únicamente el criterio de la prioridad en la tradición (art. 47), sin tener para nada en cuenta la inscripción. Por lo demás, esta remisión al ordenamiento comunitario y al de los Estados miembros, se encuentra oportunamente, en otras muchas partes del texto, lo que será aplicable cualquiera que sea el alcance con que se introduzca la vigencia del Código europeo de contratos.

Como lo señalaremos antenómenre, el anteproyecto responde a un cierto espíritu mercantilista, sin embargo, también hay que hacer constar que ello no sólo favorece a los agentes económicos, puesto que se tiene muy en cuenta a todos los implicados en las relaciones contractuales, por muy modesta que sea su posición, como puede ser la de los consumidores y usuarios, resultando en tal sentido, muy avanzado y progresista, como lo muestra la importancia que adquieren determinados *standards*: no sólo la buena fe, la equidad o el favor voluntario, etc., sino también algunas de sus más modernas concreciones, como el deber de información o el derecho de desistimiento, o todo lo relativo al contenido útil y no abusivo del contrato (art. 30); lo que se materializa en el amplio reconocimiento de la eficacia de las cláusulas implícitas (art. 32), o en relación con las condiciones generales del contrato (art. 33), o en el caso del contrato concluido mediante fórmulas-tipo o formularios (art. 38), o en el valor contra *preferentem* de las cláusulas ambigüas (art. 41), etc.

Con relación al derecho del consumo, el anteproyecto, a diferencia del nuevo Código civil holandés o del Proyecto de Código civil unificado de la República Argentina de 1998, incorpora aspectos concretos de esta normativa (véase, por ejemplo, el art. 159 sobre desistimiento unilateral efectuado por el consumidor, que es uno de los efectos más característicos de esta protección). Lo más significativo de estas normas, es que respondiendo a la última ratio de la aequitas parti, pueden incorporarse al ordenamiento jurídico europeo, sin producir desajustes sistemáticos.

Dentro de los aspectos positivos del anteproyecto se encuentra la adecuada valoración de los tratos preparatorios, la referencia a los actos unilaterales, la regulación de la oferta y de la promesa al público, la posible eficacia de los factos *concludientia*, al contribuir, con ello, a una mayor seguridad en los derechos y en el propio tráfico jurídico. Lo mismo acontece con la oportuna regulación del incumplimiento contractual (cumplimiento anticipado, en forma específica y mediante sustitución por indemnización, pago de intereses, derechos de los terceros de buena fe, etc.), superando algunas de las atávicas dificultades con que han venido tropiezando diversos ordenamientos.

No podemos dejar de mencionar que los beneficios señalados ocurren también en el amplio marco dentro del cual se formulan las diversas formas de nulidad o de ineficacia, acogiendo la figura de la inexistencia, ocupándose de la caducidad y definiendo los supuestos de la ineeficacia y de la inoponibilidad, y tratando, como hemos dicho, del desistimiento unilateral y de la rescisión por lesión, muy ponderadamente, lo mismo que del contrato concluido por un incapaz, en el que se apuntan algunas novedades: art. 150, o en el desarrollo que se hace del contrato viciado por error art. 151, o por violencia moral art. 151, etc.

En relación con cada una de estas figuras, paralelamente, se articulan los diversos remedios, estableciendo dos niveles, en la correspondiente instrumentación de todos ellos, que llevan a su actuación extrajudicial y previa, y en su caso, al no ser posible llegar a un acuerdo, a la interposición de la correspondiente demanda judicial.

Dentro de la regulación que suscita curiosidad, podemos señalar la minuciosidad con que se regula la conclusión del contrato (Sección 2<sup>a</sup> del Tit. II) que recoge toda la prolífica experiencia del Derecho inglés, lo que, según parece, ha dado buenos resultados no solo en las business *commercials* y que, por ello, se incorpora al anteproyecto, aunque tratando de limar un poco su originalidad.

El otro tema, siempre polémico, es el tema de la causa. En un planteamiento de Derecho comparado la causa tiene mala presentación porque dentro de la propia tradición latina, los Códigos civiles más modernos guardan silencio sobre la causa del contrato: inició el Código de Brasil (1917), siguió el de Perú (1936) y luego el de Portugal (1936). Pero en la misma línea están el BGB (1896), el Código civil suizo (1911) y recientemente el nuevo Código civil holandés (1990), rectificando al anterior (1838). Por otra parte, en las exigencias de la integración, para prescindir de la causa que resulta un concepto bastante insidioso, y que, por ello los británicos sugerían su omisión no había más remedio que prescindir de la misma, a lo que se llegó con toda naturalidad.

Desaparecida la exigencia de la causa, los temas que tal concepto ampara pasan a integrar el contenido del contrato (especialmente en lo que se refiere a su valoración como lícito y no abusivo, aparte de las otras connotaciones que le acompañan): Título III. Por su parte, desaparecida la consideración, de alguna manera está presente, aunque de forma encubierta, a través de la casuística de la conclusión del contrato. La exigencia de causa en los PECL, tampoco desaparece, queda como implícita, escondida detrás del contenido.

Pero, en definitiva, la función técnica de la causa resuelve un problema de tipicidad y cuando falta, el discurso análogo, propio del pensamiento jurídico, trata de buscar solución, pero aun sin causa había obligación por haber synallagma, argumento que sirve de justificación y excusa de que el anteproyecto de Código europeo de contratos guarde silencio sobre la causa.

El Título I del Anteproyecto del Código Europeo de Contratos, en adelante denominado ACEC, en su artículo 1, define el contrato como el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, de la que pueden derivarse obligaciones y otros efectos, incluso a cargo de una sola parte. Este acuerdo puede establecerse también mediante actos

concluyentes positivos u omisivos, siempre que sea conforme a una voluntad precedentemente manifestada, a los usos o a la buena fe.

Lo interesante de esta regulación radica en que, por una parte, del contrato pueden derivarse obligaciones para una sola parte, y por otra, el contrato puede originarse por actos conciliuentes. Los actos conciliantes son definidos y desarrollados en la sección II del anteproyecto.

En salvaguardia de lo regulado por derechos nacionales, la libertad de contratación plasmada en el artículo 2 de las ACEC, otorga libertad a las partes para determinar libremente el contenido del contrato conforme los límites impuestos por las leyes nacionales y comunitarias, las buenas costumbres y el orden público. Otorga asimismo a las partes la facultad de celebrar contratos no regulados en el Código y poder realizar combinación de diferentes tipos legales y unión de varios actos, legitimando así la formación de contratos atípicos.

Previendo el continuo surgimiento en el tráfico mercantil de contratos atípicos, el anteproyecto establece que las reglas relativas a los contratos que tienen denominación propia en el Código se aplicarán por analogía a los que no la tienen (artículo 3). Asimismo, salvo disposición en contrario, las disposiciones relativas a los contratos se aplicarán a los actos unilaterales realizados con anterioridad a determinado contrato (artículo 4).

Dejando a salvo, derechos nacionales, el ACEC establece en cuanto a la capacidad de las partes; salvo disposición que fije un límite de edad inferior, el contrato puede celebrarse por una persona que ha cumplido dieciocho años o bien, si no tuviere esta edad, que se encuentre autorizada por su ley nacional (artículo 5).

Conforme a la tendencia moderna sobre limitación de requisitos esenciales, el ACEC, únicamente considera elementos esenciales del contrato: el acuerdo de las partes y su contenido (art. 5).

En el título II, el anteproyecto desarrolla normativa relativa a la formación del contrato. La primera Sección se refiere a los tratos precontractuales y la segunda, regula lo que es propio a la celebración del contrato.

El ACEC da libertad a las partes para iniciar tratos preliminares con el fin de celebrar un contrato, sin asumir responsabilidad en caso de que aquél no se perfeccione, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe. Explicitamente señala considera que actúa contra la buena fe la parte que inicia o prosigue tratos preliminares, sin intención de llegar a la celebración del contrato o el que interrumpe los tratos preliminares sin motivo justificado. La parte que ha

actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos incurridos (art. 6).

En el curso de los tratos preliminares, el anteproyecto establece la obligación para cada parte de informar a la otra sobre las circunstancias de hecho y de derecho, que conozca o deba conocer, y que permitan a la otra parte adquirir conciencia de la validez del contrato y del interés en su celebración (art. 7).

Las partes tienen el deber de hacer uso reservado de las informaciones que obtienen de modo confidencial con ocasión de los tratos preliminares (art. 8). En el curso de los tratos preliminares con el objeto de celebrar contratos internacionales, las partes están obligadas a respetar los usos generales vigentes para contratos del mismo tipo, que conozcan o que deban conocer (art. 10).

La Sección 2, trata sobre la celebración del contrato. La aceptación de la oferta verbal para celebrar un contrato, debe ser inmediata. Si la oferta puede ser aceptada inmediatamente o si es hecha por teléfono, el contrato se considera perfeccionado en el momento y lugar en el que el oferente ha conocido o debía haber conocido la aceptación. Si el envío de la oferta es por escrito, se considera perfeccionado en el momento y en el lugar en el que el autor de la oferta ha conocido o debía haber conocido la aceptación (arts. 11 y 12). El anteproyecto considera que el contrato se perfecciona mediante actos concluyentes, en el caso de que los requisitos del contrato a estipular resulten de los mismos, teniendo en cuenta igualmente los acuerdos y relaciones previas, la eventual emisión de catálogos de precios, de ofertas públicas, reglas legales, disposiciones reglamentarias y costumbres (art. 24).

Una declaración dirigida a la celebración de un contrato tiene valor de oferta si contiene todos los requisitos del contrato a realizar o las indicaciones suficientes en cuanto a la posibilidad de determinar el contenido, y si además expresa, al menos implícitamente, la voluntad del autor de la oferta de considerarse como obligado en caso de aceptación (art. 13).

La oferta es ineficaz mientras no llegue a su destinatario y puede hasta entonces ser retirada por su autor, incluso si éste ha declarado por escrito que es irrevocable. La oferta es eficaz mientras no sea revocada, rechazada o se extinga (art. 14). La oferta puede revocarse mientras el destinatario no haya expedido la aceptación y queda sin efecto a partir del momento en que llega a su autor una declaración de rechazo del destinatario (art. 15). La oferta se extingue cuando expire el plazo establecido para la aceptación y, cuando no se haya indicado plazo, por el transcurso de un plazo razonable, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto, la costumbre y la rapidez de los medios de comunicación utilizados.

La oferta es irrevocable cuando su autor se obliga expresamente a mantenerla vigente durante cierto tiempo, si la irrevocabilidad es consecuencia de un acuerdo entre las partes o se infiere del contenido del negocio (art. 17).

La aceptación está constituida por una declaración o un comportamiento que expresan claramente la voluntad de celebrar el contrato conforme a la oferta. La aceptación produce efectos desde el momento en que el autor de la oferta conoce la misma. El anteproyecto señala los casos en que el silencio y la pasividad producen los efectos de la aceptación tácita y sus excepciones. Una aceptación no conforme a la oferta equivale a su rechazo y constituye una nueva oferta. La aceptación puede retirarse, siempre que la correspondiente declaración llegue al autor de la oferta antes o al mismo tiempo que la propia aceptación (art. 16).

La oferta pública equivale a una oferta si réune los requisitos esenciales del contrato a cuya celebración se dirige, salvo cuando sea contraria a la costumbre (art. 22).

El título III del ACEC está referido al contenido del contrato. El contenido del contrato debe ser útil, posible, lícito y determinado o determinable. La licitud se encuentra determinada en función de no contravenir el propio Código, las disposiciones comunitarias o nacionales, el orden público o las buenas costumbres.

El anteproyecto regula en forma precisa lo concerniente a la protección de las partes. En tal sentido, estipula que el contenido debe ser lícito y no abusivo. Señala que es causa de rescisión todo contrato cuando en el mismo una de las partes, abusando de la situación de peligro o de necesidad, de la falta de capacidad de entender y querer, de la inexperiencia, de la subordinación económica o moral de la otra parte, obliga a ésta a prometer o a realizar una prestación, o bien a conceder otras ventajas patrimoniales manifestamente desproporcionadas en relación con lo que a cambio recibe o se le promete, sea el beneficiario de la prestación él mismo o un tercero.

Asimismo, en protección de la parte débil o desprotegida, establece que las condiciones generales carecen de efectos, a menos que sean expresamente ratificadas por escrito, comprendiendo dentro de estas condiciones generales las cláusulas que establezcan a favor del predisponente limitaciones de la responsabilidad, la facultad de desistir del contrato o la facultad de suspender su cumplimiento, así como aquellas que establezcan en perjuicio del adhiriente algún plazo de caducidad, limitaciones a la facultad de aponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en sus relaciones con terceros, la prórroga o

táctica reconducción del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones convencionales de las normas sobre determinación de la competencia de los Tribunales.

Atendiendo a la naturaleza propia de los contratos mercantiles el anteproyecto dispone que en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, las cláusulas que no hayan sido objeto de discusión entre las partes carecerán de efectos, si dan lugar a un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes derivado del contrato en perjuicio del consumidor, incluso si el profesional lo hace de buena fe (arts. 25 y 30).

El anteproyecto considera que el contenido del contrato es determinado cuando puede deducirse de lo acordado, tanto el objeto de las prestaciones como las modalidades y plazos de cumplimiento de éstas. Si el contrato no expresa la calidad de la prestación debida, ni precisa de qué modo haya de determinarse ésta, se considera debida una prestación de calidad no inferior a la media, según la costumbre. Si no se ha fijado la contraprestación pecuniaria ni el modo de determinarla, se considerará debida la cantidad prevista en las listas de precios oficiales vigentes en el lugar de cumplimiento del contrato y, en su defecto, los precios que generalmente se aplican en el lugar de que se trate. (art. 31)

Novedosa resulta la regulación de las cláusulas implícitas. El ACEC establece que juntamente con las cláusulas expresas forman parte del contrato las cláusulas implícitas. Para tal efecto, considera implícitas: a) las que vienen impuestas por el propio ACEC o por las disposiciones comunitarias o nacionales; b) las que derivan del deber de buena fe; c) las que deben considerarse tácitamente deseadas por las partes conforme a sus relaciones negociales, a los tratados preliminares, a las circunstancias y a las costumbres generales o locales. Asimismo, considera como cláusulas implícitas aquellas declaraciones efectuadas a propósito de una situación o una expectativa de hecho o de derecho, en relación con los sujetos, el contenido o los fines del contrato, las que tendrán efecto entre las partes en la medida en que sean coherentes con el texto del contrato.

Además, en los contratos internacionales se considera implícitamente incorporada la costumbre generalmente observada en los contratos del mismo tipo en el mismo sector comercial, que conozcan o deban conocer las partes. (art. 32).

Las condiciones generales del contrato redactadas por una de las partes para regular uniformemente una pluralidad de relaciones contractuales determinadas, son oportunas a la otra parte, si ésta las ha conocido o las hubiera conocido de

haber actuado con una diligencia ordinaria, salvo si deben ser consideradas como abusivas conforme al propio ACEC, o conforme a las disposiciones comunitarias o nacionales. (art. 33)

En el título IV, el anteproyecto trata sobre la **forma del contrato**. Si para la perfección de un contrato se exige bajo pena de nulidad una forma especial, ésta deberá cumplirse en el momento en que las partes manifiesten su voluntad de alcanzar un acuerdo sobre todas las condiciones del contrato. (art. 34)

Salvo lo regulado en normas comunitarias y de los Estados en cuyo territorio se encuentren, la transmisión o constitución de derechos reales sobre inmuebles, deberán constar, bajo pena de nulidad, en escritura pública y documento privado. El contrato de donación deberá constar, bajo pena de nulidad en escritura pública, salvo que el valor de los bienes atendiendo a la situación económica del donante sea moderado (art. 35).

Cuando se requiera una forma especial para la prueba del contrato, la celebración efectiva de éste debe probarse de esa forma. Se requiere forma escrita para la prueba de los contratos cuyo valor excede de E 5.000,00 (Euros). Quedan a salvo las disposiciones comunitarias y las de los Estados miembros de la Unión Europea que permitan demostrar la existencia de un contrato con otros medios de prueba distintos a la forma especial. (art. 36)

Las partes pueden acordar por escrito adoptar una forma determinada para la futura celebración del contrato, presumiéndose que dicha forma ha sido adoptada como requisito de su validez, salvo norma en contrario regulada en disposiciones comunitarias o del ordenamiento nacional vigente en el lugar de celebración del contrato (art. 37).

En los contratos concluidos por medio de fórmulas tipo o formularios, las cláusulas añadidas prevalecen sobre las contenidas en la fórmula tipo o formulario. (art. 38)

El título V del ACEC regula la **interpretación del contrato**. En tal sentido, cuando las declaraciones contractuales muestran clara y unívocamente la intención de las partes, el contenido del contrato se interpretará conforme su tenor literal, considerado en su conjunto y relacionando sus distintas cláusulas. De la misma manera, los términos empleados en el contrato se interpretarán conforme el sentido que las partes les han atribuido o conforme el significado técnico o habitual, según los usos y costumbres mercantiles que se adecúen a la naturaleza del contrato. Cuando el texto contractual de lugar a dudas que no puedan resolver conforme a las estipulaciones anteriores, se interpretará

conforme a la intención común de las partes, observando en todo caso, que dicha interpretación no puede conducir a un resultado contrario a la buena fe. (art. 39)

Si lo previsto en el párrafo anterior no fuere suficiente, en caso de duda en la interpretación del contrato prevalecerá el sentido que les permite surtir algún efecto sobre él que les impida producirlo. De igual manera, en caso de duda, las cláusulas redactadas por uno de los contratantes y que no hayan sido negociadas se interpretarán contra su autor. (art. 40)

Si a pesar de las reglas anteriores persistan las dudas, el contrato a título gratuito se interpretará en el sentido menos gravoso para el obligado y, el contrato a título oneroso, se interpretará en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes. (art. 41)

A partir del título VI del anteproyecto, empiezan a aparecer reglas que, en los códigos tradicionales, se tratan fuera de la teoría general del contrato; así, ese mismo título trata de los elementos accidentales los que tanto se pueden referir al contrato como a las obligaciones. Sin embargo, se regulan también alguna normativa propiamente contractual, como la representación del contrato por persona a designar y lo relativo al contrato en favor de tercero. Otros títulos, como el VII y el VIII, se ocupan del cumplimiento y del incumplimiento del contrato, y aunque contienen algunas materias que podrían abordarse desde la perspectiva contractual, como la resolución del contrato (arts. 114 a 117), la mayor parte de las reglas son propias de las obligaciones en general. Volviendo a aparecer la mezcla de normas, de uno y otro orden, muy en particular, en el título XI que trata de otras anomalías del contrato y de sus posibles remedios.<sup>1025</sup>

A pesar de esta aparente descomposición sistemática, que es el primer obstáculo con el que tropieza toda codificación, ello no puede ser motivo de mayor objeción, pues más importante que el orden de la norma es encontrar su esencia. Lo que, además, se justifica, si tomamos en cuenta que uno de los propósitos del anteproyecto ha sido el de integrar en la tradición del *civil law* buena parte del *common law*, a cambio de no perder del todo aquella identidad.

## 5.5 Algunas consideraciones respecto a la legislación contractual guatemalteca:

<sup>1025</sup> De los Márquez José Luis Op. Cfr. Pp. 107

requisitos esenciales del contrato, el reconocimiento de las prácticas y usos aceptados por los contratantes, la razonabilidad en las obligaciones de entrega de mercaderías y pago del precio en defecto de pacto, la definición de excesiva onerosidad y de excesiva desproporción, y la prolija regulación del resarcimiento protegiendo a la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato, incluyendo el daño futuro que incluye el sufrimiento físico y la angustia emocional.

Respecto a las ventajas excesivas y a la excesiva onerosidad, existe en el Código de Comercio una excepción al principio general de cumplimiento de los contratos (artículo 688), estableciendo que únicamente en los contratos de tráfico sucesivo y en los de ejecución diferida puede el deudor demandar la terminación si la prestación a su cargo se vuelve excesivamente onerosa por sobrevenir hechos extraordinarios e imprevisibles. Naturalmente, la terminación del contrato por estas circunstancias no afectaría las obligaciones ya cumplidas ni aquéllas en la que se haya incurrido en mora, es decir, afecta únicamente las obligaciones pendientes.<sup>107</sup>

De la misma manera, el artículo 1330 del Código Civil guatemalteco, establece que cuando las condiciones bajo las cuales fuere contraída la obligación cambien de manera notable, a consecuencia de hechos extraordinarios imposibles de prever y de evitar, haciendo su cumplimiento demasiado oneroso para el deudor, el convenio podrá ser revisado mediante declaración judicial.

Los principios de Unidroit establecen que las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas, además, por aquellos usos ampliamente conocidos.

La legislación mercantil guatemalteca solamente en disposiciones aisladas reconoce la aplicabilidad de los usos mercantiles. Las instituciones relativas a la persona ausente, al contrato de adhesión, la representación aparente y el resarcimiento, no aparecen reguladas con la precisión debida en la legislación mercantil y civil guatemalteca.

En lo referente a la responsabilidad contractual, existen dos principios básicos a partir de los cuales se construye el sistema en los Principios de Derecho Contractual Europeo (PEC). El primero es la unificación del concepto de incumplimiento, con la consiguiente equiparación jurídica de todas las manifestaciones que pueda tener el mismo. Conforme a los principios, el incumplimiento consiste en la no ejecución de cualquier obligación derivada del contrato. El segundo es la articulación de un sistema unitario y armonizado de remedios para el caso de incumplimiento. Los remedios integran lo que, en un

La legislación mercantil guatemalteca aplica expresamente la supletoriedad de la normativa civil, al disponer que los negocios jurídicos, obligaciones y contratos mercantiles se regirán en defecto del Código de Comercio por las disposiciones del Código Civil (arts. 1 y 694).

Respecto a la aplicación supletoria del Código Civil prevista en la legislación mercantil guatemalteca, Villegas Lara señala que por la especial naturaleza de los negocios mercantiles, al momento de su integración deben ser observados los principios básicos que informan las relaciones objetivas que norma el tráfico mercantil, a efecto de adecuar convenientemente dicha integración.

En efecto, en materia mercantil, el derecho guatemalteco regula en el Código de Comercio únicamente aquellas especialidades que el legislador consideró podían darse en los contratos mercantiles, dejando al Código Civil, la tarea de regular todo lo demás concerniente a los mismos. Esta técnica de formulación legislativa está prevista para evitar exposiciones repetitivas, sin embargo, es evidente que resulta insuficiente porque no solo exige la introducción de declaraciones con respecto a la objetividad y particularidad del tráfico comercial, sino que deja de regular diversas situaciones y circunstancias propias de la contratación mercantil que en la actualidad exigen ser reguladas de acuerdo a los principios y características que presentan este tipo de transacciones.

Sin duda, la masificación de los contratos mercantiles exige prever muchas circunstancias que se dan en la práctica comercial, las que resultan irresolubles si se aplica el rigorismo de los preceptos civiles.

Si bien es cierto es innegable que casi todas las instituciones del derecho mercantil tienen claros antecedentes en el derecho civil, también lo es que en el derecho mercantil han encontrado inusitado desarrollo, versatilidad y plenitud.

Los instrumentos contractuales de carácter internacional, a los cuales nos hemos referido con anterioridad, pueden ofrecer, a priori, algunas ventajas que sería útil analizar en estudios posteriores. A continuación señalaremos algunas de estas ventajas y algunas diferencias con respecto a la actual legislación guatemalteca en materia contractual.

En los Principios Unidroit destaca la protección al contratante adherente, la extensión con que se regula la representación aparente, la simplificación de los

<sup>107</sup> Villegas Lara, René Arturo. Derecho Mercantil Guatemalteco. Obligaciones y Contratos. Tomo III. 2<sup>a</sup> Edición. Editorial Universitaria USAC Guatemala. 1988. Pp. 36.

sentido amplio, podríamos denominar el sistema de responsabilidad contractual; es decir, el conjunto de consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento, orientadas a satisfacer el interés del contratante insatisfecho. El sistema de responsabilidad contractual de los PECL podemos caracterizarlo como un sistema objetivo, basado en el incumplimiento.

El sistema unitario de responsabilidad contractual plasmado en los PECL contrasta con la fragmentación presente en el ordenamiento contractual contractual y a los remedios aplicables, en su caso, no se encuentra regulado en forma sistemática. Al incumplimiento contractual le es aplicable el incumplimiento de las obligaciones en general regulado en el Capítulo VII Título II del libro V del Código Civil, el que se ocupa de la culpa, la mora, la cláusula de indemnización. Otras disposiciones en el Código Civil, se refieren al saneamiento, a la rescisión de los contratos, etc. De conformidad con el artículo 1423 de este último texto legal, el incumplimiento de la obligación por el deudor se presume por culpa suya mientras no se pruebe lo contrario, es decir, se trata pues de un sistema de responsabilidad contractual basado en el presupuesto de la culpa.

No existe la unificación del concepto de incumplimiento con la consiguiente equiparación jurídica de todas sus manifestaciones, tampoco la legislación contractual nacional articula un sistema unitario y armonizado de los remedios y de todas las consecuencias jurídicas que del mismo derivan.

Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, regulan en forma distinta la compensación como medio para extinguir las obligaciones. Esta diferencia se traduce en la regulación tanto respecto de los requisitos como del modo de operar y sus efectos. En lo referente a sus requisitos, en el derecho guatemalteco para poder compensar, ambas deudas deben ser exigibles, mientras que en los Principios de derecho europeo de los contratos basta que quien declara la compensación pueda cumplir, aunque su deuda no sea exigible.

En el derecho guatemalteco las deudas deben ser líquidas. En los Principios no se configura la liquidez de las deudas como un requisito general, y se permite oponer la compensación cuando el contra crédito es incierto o ilíquido pero procede de la misma relación jurídica que el crédito principal.

No obstante estas diferencias, cabe señalar que por caminos diferentes, pueden alcanzarse resultados semejantes, por ejemplo, en los Principios no se exige que los dos créditos sean ciertos y líquidos, pero para no perjudicar al acreedor, excluye que pueda compensar frente a él quien alega un crédito incierto o ilíquido. En el derecho guatemalteco, por el contrario, se exige que ambos créditos sean líquidos, pero es posible que, a través de la figura de la

compensación judicial, el juez llegue a pronunciarse en la misma sentencia sobre la pertinencia de un crédito ilíquido conexo opuesto por el demandado.

En otros casos, los supuestos previstos en la normativa sustancial pueden no llegar a reflejarse en la práctica en virtud de las disposiciones procesales. De esa cuenta, con ocasión de la competencia por razón de la cuantía o por razón de la materia, puede ser que dos obligaciones legalmente compensables, no lo sean por imposibilidad legal del juez para conocer alguna de ellas.

En lo que concierne a los requisitos exigidos para la validez del contrato, es sabido que la doctrina moderna sostiene que la enumeración de los requisitos esenciales para la validez del contrato debe ser simplificada, de tal manera que requisitos como la capacidad de las partes, los vicios del consentimiento y el acuerdo entendido como formación del contrato, éste último con regulación separada y extensa en los textos internacionales armonizadores, deben ser excluidos.

En armonía con esta tendencia cabe señalar que los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, tienden a restringir las posibilidades de anular el contrato por incumplimiento de algunos requisitos.

No se considera que la legislación contractual guatemalteca y particularmente el Código Civil guatemalteco sigan la tendencia simplificadora de los requisitos esenciales para la validez de los contratos. Sin embargo, el Código Civil guatemalteco ha prescindido de la causa como requisito esencial para la validez del contrato. Posiblemente, al considerar, como lo señala Vladimir Aguilar, que la declaración de voluntad puede producir efectos independientemente de la existencia de una causa<sup>109</sup>.

Para el legislador civil guatemalteco, considerada la causa como el motivo del negocio jurídico, entonces la obligación de cada una de las partes tiene por causa la obligación de la otra. Nuestro Código Civil sigue la línea de otros textos legales, entre los cuales podemos mencionar el alemán, el suizo, el mexicano, el brasileño y el peruano. Los legisladores también argumentaron la supresión de la causa, tornando en cuenta que en los contratos onerosos la causa se confunde con el objeto y en los gratuitos, con el consentimiento<sup>110</sup>.

No obstante lo señalado, el legislador guatemalteco no adoptó una posición absolutamente anticausalista, pues en nuestro ordenamiento tienen cabida figuras que guardan estrecha relación con la causa, tal el caso del

<sup>109</sup> Apuntar Guerra, Vladimir C. Op. Cit. I<sup>o</sup> Pp. 202

<sup>110</sup> Ver exposición de méritos del Código Civil de Guatemala (Decreto Ley No. 106)

enriquecimiento sin causa, en las cuales expresa o tácitamente se hace referencia a la causa. "De manera que el negocio jurídico de nuestra civilística, que es causal y no abstracto, resulta ser una mezcla de la declaración abstracta alemana y del contrato causal francés, y acaba siendo una suerte de conciliación entre ambas construcciones".<sup>111</sup>

Destaca en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, la regulación de algunas instituciones mercantiles útiles al comercio internacional, tales como la oferta de cumplimiento y el negocio de reemplazo. Su normativa se encuentra inspirada en principios propios del derecho contractual mercantil de general aceptación en el tráfico internacional, dentro de los cuales podemos mencionar: el principio de comunicación, el principio de conservación del contrato, el principio de razonabilidad, el principio de equidad, entre otros.

Los instrumentos contractuales internacionales, regulan con amplitud y precisión lo referente a personas ausentes. En nuestra legislación el artículo 1523 del Código Civil guatemalteco, dispone: "Cuando la oferta se haga a persona ausente, el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la contestación de aquella dentro del plazo de la oferta. Si la oferta se hiciere sin fijación de plazo, el autor de ella quedará ligado durante el tiempo suficiente para que la contestación llegue a su conocimiento". De tal manera, que la norma contiene dos supuestos distintos: uno atendiendo a la recepción de la contestación y el otro, atendiendo al conocimiento de la contestación. En cualquier caso, la intención es considerar celebrado el contrato cuando las partes extiendan su consentimiento y tengan conocimiento del mismo. No obstante, como lo señala Vladimir Aguilar por su relatividad, el término "tiempo suficiente" podría dar lugar a problemas. Lo que para una parte podría ser "tiempo suficiente" para la otra puede no serlo. De tal manera que es importante precisar este término para así determinar con mayor certeza la recepción de la respuesta por el oferente.<sup>112</sup>

Por otra parte, es evidente la prolífica normativa protecciónista contenida en los instrumentos contractuales internacionales. A diferencia, salvo algunas excepciones contenidas en la Ley de Protección al Consumidor, en términos generales el derecho contractual guatemalteco se encuentra desprovisto de mecanismos protecciónistas eficaces para la parte más débil del contrato.

Destaca la especial manera de proteger a los consumidores y usuarios por el anteproyecto del Código Europeo de los Contratos, debe subrayarse la importancia que en el mismo adquieren determinados standards, como la buena

fe, la equidad y el favor voluntatis, concretizados en disposiciones relativas al deber de información, derecho de desistimiento, contenido útil y no abusivo del contrato, eficacia de las cláusulas implícitas, condiciones generales del contrato, etc.

Otro de los aspectos positivos del anteproyecto es la adecuada valoración que se hace de los tratos preparatorios o precontractuales, así como de la regulación de la oferta y de la promesa al público, al contribuir con ello, a una mayor seguridad en los derechos y en el propio tráfico jurídico. Lo mismo acontece con la oportuna regulación del incumplimiento contractual que comprende lo relativo al cumplimiento anticipado, superando así, algunas de las dificultades con que han venido tropezando diversos ordenamientos nacionales.

Por último, merecen especial mención las cláusulas implícitas reguladas en el anteproyecto, las que se considera forman parte del contrato por haber sido tacitamente quedadas por las partes conforme a sus relaciones negociales, a los tratos preliminares, a las circunstancias y a las costumbres generales o locales.

<sup>111</sup> Aguilar Guerra, Vladimir O. Op. Cit. Pp 202-203  
<sup>112</sup> Ibidem. Pp 317-318

## BIBLIOGRAFIA

- Aguirre Andrede Alx & Fernández, Nelly Manasia. Los Principios Unidroit en las Relaciones Comerciales Internacionales. Publicado en Revista de Derecho No. 25 Universidad del Norte. Barranquilla, Colombia. 2006.
- Aguilar Guerra, Vladimir Osman. El Negocio Jurídico. Colección de Monografías Hispanoamericana. 5<sup>a</sup> Edición. Serviprensa, S.A. Guatemala. 2006.
- Baltré Fuenzalida, Carlos. El anteproyecto de Pavia. en Vida. Derecho Patrimonial Europeo. Thompson Aranzadi. Navarra. 2003.
- Borchardt, Klaus-Dieter. el ABC del Derecho comunitario. Oficina de Publicaciones Oficiales de las comunidades Europeas. 5<sup>a</sup> Edición. Luxemburgo. 2000.
- Contreras Ortiz, Rubén Alberto. Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles (Parte General). Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Rafael Landívar. Editorial Serviprensa, S.A. Guatemala. 2004.
- David, René. Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Editorial Aguilar. Madrid. 1969.
- De Maeckelt, Tatiana. Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, comentarios, jurisprudencia). Volumen II. Tribunal Supremo de Justicia. Fernando Piarr Aranguren. editor. Colección Libros Homenajes No. 1. Caracas, Venezuela. 2001.
- De Los Mozos, José Luis. El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavia. En la Ley Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. No. 5. Universidad de la Rioja. 2002.
- Díez-Picazo, Luis. Roca Trías, E. y Morales A.M. Los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Civitas Ediciones. S.L. Madrid. España. 2002.
- Espinosa Quintero, Leonardo. "Hacia un sistema contractual uniforme: Modelos Comparados" Revista Civilizar Universidad Sergio Arboleda Bogotá, Colombia. Enero 2004.
- Esplugues Mota, Carlos. REGIMEN JURIDICO DE LA CONTRATACION publicado en: Barona Vilas, S., Esplugues Mota, C., Hernández Martí, J. CONTRATACION INTERNACIONAL. Editorial Tirant lo Blanch Valencia España 1999 pp. 54

- Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Scott, Luciana B. "Armonización Legislativa en el MERCOSUR: La interacción entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Comparado". 2005. [www.caei.com.ar/estudios/pdf\\_112](http://www.caei.com.ar/estudios/pdf_112) de enero de 2009).
- Contratos internacionales. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1995. Pp. 160. Cita textual
- Galán Barrera, Diego Ricardo. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. En Revista Estudios Gerenciales, Número 91. Abril-Junio de 2004. Colombia. Universidad Icesi.
- Galindo Garfias, Ignacio. Teoría General de los Contratos. Editorial Porrúa. México.
- Garrido Gómez, María Isabel. LA UTILIDAD DEL IUSCOMPARATISMO EN LA ARMONIZACIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS. Publicado en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVI, núm. 10B, septiembre-diciembre de 2003
- Garro, Alejandro Miguel & Zuppi, Alberto Luis. Compraventa Internacional de Mercaderías. Convención de Viena de 1980. Buenos Aires. La Roca. 1990.
- Girón Larrueta, José Antonio. La Unión Europea. La Comunidad Europea y el Derecho Comunitario. Editorial Universidad de Sevilla. España. 2002.
- Hinestrosa, Fernando, citado por Aguirre Andrade, Aix & Manasia Fernández, Nelly. Los Principios Unidroit en las Relaciones Comerciales Internacionales. Artículo publicado en revista de Derecho No. 25. Universidad del Norte Barranquilla. 2006.
- Illescas, Ortiz, Rafael y Pérez Viscosillas, Pilar. Derecho Mercantil Internacional: El Derecho Uniforme. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2003.
- Jean-Victor, Louis. El Ordenamiento Jurídico Comunitario. Editorial Reus. 1986.
- Labarreaga Villanueva, Pedro Alfonso. Los principios del derecho europeo de los contratos y el favor contractual. En Panorama Internacional de Derecho Mercantil. Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2006

- Leimer, Pablo. SOBRE ARMONIZACION, DERECHO COMPARADO Y LA RELACION ENTRE AMBOS. Ensayo publicado en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVII, num. III, septiembre-diciembre de 2004. México, D.F.
- Martín-Retortillo B. Lorenzo. La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho. Madrid. Thomson Civilas. 2004.
- Oviedo Albán, Jorge. Reseña de "Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme" de Rafael Illescas Ortiz y Pilar Pérez Viscosillas. Publicado en. Revista Dikaios, noviembre. Año/vol. 18. Núm. 013. Universidad de La Sabana. Bogotá, Colombia. 2004.
- Parra Lucán, Ma. Ángeles. La compensación en derecho español y en los principios de derecho contractual europeo. En La Tercera Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo. Vaquer, Antoni. Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2005.
- Pérez Viscosillas, María del Pilar. El Derecho Uniforme del comercio Internacional: Los Principios de Unidroit (Ámbito de aplicación y Disposiciones Generales). En formato electrónico: <http://www.cisg.law.pace.edu/Consulta/> 3 de mayo 2005
- Quintana Adriano, Elvia Arcelia. Coordinadora. Panorama Internacional de Derecho Mercantil, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Tomo II. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2006
- Rodríguez, R. Introducción al Derecho Comparado. Publicado en Revista No. 1 Colegio de Abogados de Guatemala. Editorial.... Guatemala. Enero-junio 1975.
- Santer, Jacques, El Derecho Comunitario, Instrumento de la Integración Europea. Universidad de Alicante. España. 1995
- Sarfati, Mario. Introduzione allo Studio del diritto comparato. Turin. 1933. pp. 111 y ss. Criado por Rodière, R. Op Cit PP. 17. Traducción del Autor.
- Schulze, Reiner. Zimmermann, Reinhard. Monografías jurídicas. Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación. Marcial Pons. Madrid 2002

-Stiglitz, Rubén S. Contratos Teoría General II. Editorial Desalma. Argentina.

-Trigo García, Belém. Pluralidad de Deudores. Evolución de la Responsabilidad y

Régimen de Solidaridad. La Subsidiariedad como alternativa. En La Tercera

Parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo. Váquer, Antoni.

Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2005.

-Valiño del Río, Emilio. Historia de los modernos intentos de unificación en el  
ámbito del derecho privado patrimonial, en AA.VV. Derecho Patrimonial  
Europeo. Thomson. Aranzadi. Navarra. 2003.

-Váquer, Aloy, Antoni. Estudios de derecho privado europeo. Madrid.  
Civitas.2000

-Villegas Lara, René Arturo. Derecho Mercantil Guatemalteco. Obligaciones y  
Contratos Tomo III. 2<sup>a</sup> Edición. Editorial Universitaria. Guatemala. 1968

-Zimmermann, Reinhard. Estudios de Derecho Privado Europeo. Civitas  
Ediciones, S.L. Madrid. 2000.

Se terminó de imprimir en marzo de dos mil diez  
en el Taller Gráfico de Impresos Dayana S.,  
con un tiraje de 100 ejemplares, en papel  
bond crema 80 gramos.