
JORGE OVIEDO ALBÁN



**LOS PRINCIPIOS UNIDROIT
PARA LOS CONTRATOS
INTERNACIONALES**

**LOS PRINCIPIOS UNIDROIT
PARA LOS CONTRATOS
INTERNACIONALES**

RESUMEN

Este estudio nos explica los Principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, los cuales se ponen en consideración de las partes cuando no es posible determinar cuál es la regla de derecho aplicable al contrato que les atañe, haciendo justicia de manera objetiva.

Para corroborar la importancia de los Principios UNIDROIT, se ilustra este estudio con diferentes laudos de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, la cual se apoya en ellos para emitir sus fallos.

Estos Principios representan una nueva aproximación al derecho de los negocios internacionales e intentan remediar deficiencias surgidas del derecho y, de paso, llenar vacíos de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.

El autor de este estudio nos hace caer en cuenta la urgente necesidad de que al seno de nuestras universidades se difundan los mecanismos de contratación mercantil de nutrido estudio en el mundo, pero de escaso conocimiento en nuestro medio.

PALABRAS CLAVE:

Principios UNIDROIT, Reglas de derecho, *Lex mercatoria*, Compraventas de consumo, Cámara de Comercio Internacional, Corte de Arbitraje de Berlín, Convención de Viena, UNCITRAL

ABSTRACT

This paper explains UNIDROIT principles for international commercial contracts binding parties, when proper applicable rule of law can not be established, in order to attain objective court sentence. To validate importance of UNIDROIT principles, this study offers several sentences of the International Arbitrage Tribunal of the International Chamber of Commerce, which refers to these principles for judgement.

These principles represent new approach to international business law and are intended to remedy law flaws and, by the same means, fill gaps from Vienna Convention of 1980 on international trade of goods and services.

Authors calls attention on urgent need to introduce studies on mechanisms of Trade Contracts in our universities, worldwide discussed but barely known in our region.

KEY WORDS:

UNIDROIT principles, rules of law, *lex mercatoria*, consumer goods trade, International Chamber of Commerce, Berlin Arbitrage Court, Vienna Convention, UNCITRAL

"Por la misma razón señalada por Albertario, de que la teoría de las obligaciones está menos que cualquier otra teoría jurídica a un ambiente histórico, es dable observar una extraña similitud en la legislación comparada, en lo que atañe a su régimen jurídico. Es éste, por tanto, un campo propicio para la unificación de las legislaciones"

1. ORIGEN, ESTRUCTURA, PROPÓSITO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS¹

En el año de 1968, con ocasión de la celebración de los 40 años de fundación de UNIDROIT, en la ciudad de Roma, surgió la idea de crear un cuerpo normativo para los contratos comerciales internacionales. El Consejo Directivo de UNIDROIT en su reunión de 1971 incluyó en la agenda de trabajo la preparación de un ensayo de unificación relativo a la parte general de los contratos, sin embargo, no fue sino hasta 1980 cuando se creó el grupo de trabajo, que se constituyó con representantes de diversas culturas y sistemas jurídicos del mundo. Representantes de llamado *Civil law*, del *Common law*, y de los sistemas socialistas conformaron el comité de trabajo. Las labores terminaron en el año de 1994 con la publicación de los *Principios para los Contratos Comerciales Internacionales*. En el año 2001 se publicó la segunda versión de la traducción oficial al idioma español, realizada por el profesor Alejandro Garro².

1 En general sobre los puntos tratados en este artículo puede consultarse: OVIEDO ALBAN, Jorge, Los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales (Su importancia en la armonización y unificación del derecho privado), en *Vniversitas* n° 100, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, diciembre de 2000. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS, GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, Fundamentos de derecho mercantil. I 2ª Tirant Lo Blanch. 2000. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; CALVO CARAVACA Alfonso Luis, Derecho mercantil internacional. Madrid, Tecnos, - 1995. HERDEGEN, Matthias, Derecho económico internacional, - Medellín, DIKÉ, 1994. MORAN BOVIO, David (Director) y otros. Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional, Aranzadi editorial. España, 1999. PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980), Pace Law School Institute Of International Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu>. PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías. Valencia, Tirant lo blanch. Biblioteca Jurídica Cuatrocasas, 1996. PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Sphere of Application and General Provisions, 13 Arizona Journal of International and Comparative Law (1996). GARRO, Alejandro M. The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay between the Principles and the CISG, 69 Tulane Law Review, 1995. DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis (Director). La compraventa internacional de mercaderías, Madrid, Civitas, 1998. BONELL, Michael JOACHIM. The UNIDROIT Principles in practice: the experience of the first two years, Uniform Law Review 1997. También en: Pace Law School Institute of International Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu>.

2 La versión oficial junto con los comentarios pueden consultarse en: <http://www.unidroit.org>. Vid., PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. El derecho uniforme del comercio internacional: Los principios de UNIDROIT. Pace Law School Institute of international comercial law, <http://www.cisg.law.pace.edu>.

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

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

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

Preámbulo, que contiene el propósito de los *Principios*.

Capítulo 1. Disposiciones generales,

Capítulo 2. Formación del Contrato,

Capítulo 3. Validez,

Capítulo 4. Interpretación,

Capítulo 5. Contenido,

Capítulo 6. Cumplimiento,

Capítulo 7. Incumplimiento,

Además, los artículos están acompañados de comentarios ilustrativos.

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

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

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

“Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos”.

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

“Estos Principios pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla (rule) de derecho aplicable a dicho contrato”.

“Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme”.

“Estos Principios pueden servir como modelo para la legislación a nivel nacional e internacional”.

Anota María del Pilar Perales, que uno de los propósitos que guió a los redactores de los *Principios*, fue precisamente, el de reducir las posibles incertidumbres en torno a la ley aplicable al contrato, unida a la idea de constituir un cuerpo normativo independiente de la procedencia jurídica, económica o política de los contratantes³.

La respuesta a cuál puede ser la fuente de su obligatoriedad se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes, principio rector del derecho contractual, es decir: los principios serán aplicables a los contratos, cuando así lo hayan acordado las partes. Sin embargo, como lo veremos, varios Tribunales internacionales los han encontrado aplicables a los contratos por el simple hecho de constituir “principios generales” de los contratos del comercio internacional reconocidos en diversos sistemas jurídicos del mundo⁴.

En principio, entonces, tienen un carácter eminentemente potestativo. Además, de acuerdo con esta naturaleza, cuando las partes en un contrato acuerden someterse a ellos, igualmente pueden excluir la aplicación de algunas de sus normas (salvo las que expresamente los prohíban) o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones⁵.

Debemos, sin embargo, tratar de aclarar lo que puede entenderse como Principios. Toda vez que creemos que dentro del articulado de los Principios de UNIDROIT, pueden contenerse algunas disposiciones que en efecto concuerden con lo que se puede entender por tales, mientras otras, se tomarían como “reglas comunes” al tráfico internacional sobre obligaciones y contratos, sea que estén contenidas en disposiciones legales codificadas o se constituyan como costumbres. En anteriores ocasiones nos hemos manifestado de acuerdo con la posición que ha pretendido ver a los principios de UNIDROIT como manifestación de la costumbre internacional, y como fiel reflejo de la *lex*

3 *Ibidem*, *op. cit.*

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

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

*mercatoria*⁶. Hoy, no somos partidarios de hacer tal afirmación de manera tajante. Primero, por lo que hemos manifestado anteriormente, en el sentido de que la *lex mercatoria* la asumimos como la denominación dada al derecho mercantil internacional, que está constituido por varias fuentes.

En segundo lugar, puede ser que algunos de los artículos de los principios reflejen costumbres internacionales, pero también otros serán reflejo de lo que conocemos como principios generales del derecho⁷, y otras más, serán disposiciones creadas legislativamente, que en el caso de los principios han sido adoptadas bajo el entendido de que pueden facilitar el comercio internacional. Por ejemplo, véase el caso de la norma sobre incumplimiento esencial, también reflejada en la Convención sobre compraventa internacional. El hecho de que otros códigos contengan soluciones diferentes sobre el particular, significa que esas reglas son propias de algún sistema, y no reflejen propiamente los usos del tráfico, ni los principios generales del derecho. Cuestión diferente sucede con el principio de buena fe, ese sí criterio fundante. Por ello, lo que proponemos es distinguir en cada caso concreto, para concluir si nos encontramos efectivamente ante una norma que sea reflejo de un principio de derecho, o más bien una regla adoptada por consenso.

El tema lo desarrollaremos un poco más a fondo cuando veamos las aplicaciones jurisprudenciales, sobre todo en cuanto al alcance de la utilización de los principios de UNIDROIT como *lex mercatoria*⁸.

Es preciso detenernos en el análisis de cada uno de los puntos indicados en el preámbulo, lo que nos permitirá entender el contexto general de los *Principios*.

6 Vid. OVIEDO ALBAN, Jorge; URBINA GALIANO, Liza; POSADA NÚÑEZ, Laura, La formación del contrato en los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales (Comparación con las normas colombianas) en Revista Universitas n° 96, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, junio de 1999, y Oviedo Alban, Jorge, Los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, en Revista Universitas n° 100, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, diciembre de 2000.

7 *Los principios generales del derecho son normas jurídicas fundamentales, imperativas, tópicas, axiológicas, implícita o explícitamente positivas, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento.* VALENCIA RESTREPO, Herman. Nomoárquica, Principialística jurídica o los Principios Generales del Derecho. Segunda edición. Bogotá, Temis, 1999, p. 55.

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

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

El límite que encuentran los *Principios* está constituido por las normas imperativas nacionales e internacionales⁹. En este sentido el artículo 1.4 que dispone:

Artículo 1.4

(Normas de carácter imperativo)

“Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado”.

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

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Conforme a lo dispuesto en el preámbulo, los *Principios* son aplicables a los *contratos mercantiles internacionales*, en aquellos eventos en los que las partes hayan acordado regular dichas relaciones contractuales conforme a éstos, inclusive en tratándose de contratos nacionales¹⁰. Pueden ser además utilizados como modelo para la legislación interna de los países o legislación internacional. Los *Principios* no sólo se limitan a la regulación de contratos específicos, sino que también pueden ser utilizados para la interpretación y complemento de disposiciones uniformes internacionales.

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

2.1. Mercantilidad del contrato

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

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

10 Así se expresa en el comentario al preámbulo: *A pesar de que los Principios han sido concebidos para los contratos mercantiles internacionales, no existe ningún impedimento para que los particulares puedan aplicarlos a contratos estrictamente internos o nacionales*. Esto, siempre y cuando se observen los límites impuestos por la ley imperativa.

contratos de prestación de servicios profesionales, excluidos de la materia mercantil según algunas posiciones legislativas como es el caso del Código de Comercio colombiano en el artículo 23¹¹.

Podría afirmarse en un comienzo que los *Principios* han dejado además a un lado los criterios *objetivo*, y *subjetivo* para la determinación de la naturaleza mercantil de ciertos actos jurídicos porque se busca más bien que pueda aplicarse tanto en aquellos países cuyas regulaciones mercantiles acogen el criterio objetivo, como aquellos que se matriculan en el contrario¹².

A pesar de que la intención de los *Principios* es la de abarcar el mayor número posible de operaciones económicas, se ha excluido expresamente a aquellas operaciones denominadas *de consumo*¹³, entendiéndose por tales, según el comentario al preámbulo contenido en los *Principios*¹⁴, las que son celebradas por aquella persona que, en su actividad contractual, no efectúa un acto de comercio, ni obra en ejercicio de su profesión¹⁵.

Sin embargo, en nuestro parecer, no fue acertada la distinción entre operaciones de consumo y su limitación frente a otras operaciones económicas, pues a pesar de atribuir las primeras a aquellos actos celebrados por consumidores, no aclaró

11 ... se da por sentado que el concepto de contratos 'mercantiles' debe ser entendido en su sentido más amplio. Se trata de incluir no solamente a las operaciones comerciales para el abastecimiento o intercambio de mercaderías o servicios, sino también otros tipos de operaciones económicas, como las de inversión y/o otorgamiento de concesiones, los contratos de prestación de servicios profesionales, etc..

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

13 De todos modos deberá tenerse en cuenta el criterio que se conoce como *actos mercantiles mixtos*, que según el Código de Comercio de Colombia, en el artículo 22 *Si el acto fuera mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial*.

14 El propósito es excluir del ámbito de los Principios las llamadas operaciones de consumo.

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

satisfactoriamente cuándo un contratante actúa como tal, es decir, deja viva la discusión entre los criterios para distinguir cuándo nos encontramos o no frente a un acto de comercio, sin tener en cuenta la finalidad buscada consistente en abarcar el mayor número posible de operaciones mercantiles. A nuestro modo de ver debió aprovecharse la ocasión, e intentar una fórmula que unifique los actos mercantiles con los actos civiles, si es que en realidad se quería, como se mencionó, abarcar todo tipo de operaciones económicas y no distinguir entre operaciones civiles y mercantiles, pues como anotamos –insistimos– si se distinguió.

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

Sobre este punto, es de anotar que el comentario al preámbulo de los principios de UNIDROIT va acorde con la exclusión hecha en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, de las “compraventas de consumo”. Simplemente hago la referencia, pues con seguridad otros conferencistas tratarán el punto. En efecto, se excluyen del campo de aplicación de la Convención las compraventas de mercaderías, según el artículo 2 “compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento, antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiere tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso”. Sin embargo, es preciso decir que los *Principios* son más ambiciosos que la Convención de Viena sobre compraventa al regular (salvo la exclusión anotada) todo tipo de contratos, mientras la Convención sólo se aplica a los contratos de compraventa¹⁶, igualmente, no importa para efectos de su aplicación, el tipo de bienes sobre los cuáles recaeran los contratos, como en principio sí importa para efectos de la Convención sobre compraventa¹⁷.

16 Puede consultarse a FERRARI, FRANCO. *La Compraventa internacional: aplicabilidad y aplicaciones de la Convención de Viena de 1980*. Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, y PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, *La formación del contrato en la compraventa internacional*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996, y PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. *El contrato de compraventa internacional de mercancías*. Pace Law School Institute of international commercial law, <http://www.cisg.law.pace.edu>. Estos autores analizan la posible aplicación de la Convención a otros contratos que no son estrictamente compraventa.

17 Con la utilización de la expresión mercaderías, algunos autores expresan que se delimita la naturaleza mercantil de la Convención. Quedarían excluidas las compraventas de bienes corporales muebles que no tengan como objeto bienes que *circulen* o estén llamados a hacerlo, dentro del tráfico económico. En cuanto al concepto de mercaderías: la Convención no las define, sin embargo la doctrina y jurisprudencia se han orientado hacia un concepto que es el de bienes muebles corporales como objeto característico de las transacciones comerciales, y el artículo 2 enumera algunos bienes sobre cuyas operaciones de compraventa no se aplica la Convención, que son: los valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero, buques, embarcaciones, aerodeslizadores, aeronaves, y electricidad. La doctrina y jurisprudencia

2.2. Internacionalidad del contrato

Dentro de un contrato pueden haber varios criterios que permitirían pensar en su carácter internacional, tales como: la nacionalidad de las partes intervinientes, la ubicación de los bienes objeto del contrato, el lugar de celebración, el lugar de ejecución, el domicilio de las partes o la localización de su establecimiento, el lugar de pago, el lugar de destino de los bienes, el transporte del mismo, entre otros. En torno a lo anterior la ley regula los siguientes aspectos¹⁸:

- a. La capacidad de las partes contratantes;
- b. Los requisitos de forma del contrato;
- c. La naturaleza y efectos del contrato;
- d. La ejecución del contrato.

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

Los *Principios*, quisieron adoptar un criterio lo suficientemente amplio en su interpretación, que permitiera excluir sólo los casos en que dentro del contrato no existiera ningún elemento internacional, es decir, cuando todos los elementos relevantes en el contrato en cuestión estuvieran conectados con un solo país¹⁹.

han agregado que la venta de bienes muebles incorporales está excluida del campo de aplicación de la normativa vienesa, como sería el caso de las invenciones industriales, las marcas o nombres comerciales, el Know how. Sin embargo, la doctrina llama la atención para que la no inclusión de una definición de mercadería en la Convención no debe servir de pretexto para acudir al derecho nacional en busca de definición. Vid., OLG. Köln 26 de agosto de 1994. Comentado por Ferrari, *op. cit.*, p. 146. Según FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA Y CALVO CARAVACA, *Son mercancías, a efectos de la Convención, las cosas corporales de naturaleza mueble de todo tipo, como, por ejemplo, automóviles, maquinaria, programas de ordenador, fruta o libros. ... Aun cuando puedan ser objeto de compraventa, quedan, por consiguiente, excluidos de la Convención las empresas, los bienes inmuebles, así como los derechos incorporales –por ejemplo, cesiones de créditos, los denominados derechos (patrimoniales) de autor o las licencias de patentes–*. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA; CALVO CARAVACA, *Derecho Mercantil Internacional*, 2a ed. Técno, 1995, p. 567.

18 CAICEDO CASTILLA, Jose Joaquín. *Derecho internacional privado*. Temis, 1960, p. 320.

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

Los Principios no adoptan expresamente ninguno de estos criterios. Sin embargo, existe la presunción de que el concepto de internacionalidad de los contratos debe ser interpretado en el sentido más amplio posible, para que únicamente queden excluidas aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad (esto es, cuando todos los elementos trascendentes del contrato tengan puntos de conexión con una sola nación).

En la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980²⁰, el carácter internacional está determinado de la siguiente manera:

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

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

(...)

3. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.
- A. los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las Partes ni el carácter civil o comercial de las Partes o del contrato”.

El criterio determinante es la ubicación del establecimiento²¹, sin importar la nacionalidad de las partes, ni la de aquél. Debe agregarse que no importa para la determinación de la internacionalidad, bajo la Convención de Viena, la ubicación de los bienes objeto del contrato, ni el lugar de su ejecución.

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

20 Aunque en este artículo no nos referimos directamente a la Convención de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías es necesario que se tenga en cuenta la estrecha relación que existe entre los Principios y la referida Convención, sobre todo en cuanto al hecho de que aquellos han sido tomados en varias ocasiones como una forma de interpretar y llenar algunos vacíos de la Convención. Más adelante podrá apreciarse el punto con mayor detenimiento. Es necesario tener en cuenta que el Congreso de La República, mediante Ley 518 de 1999 aprobó la Convención de Naciones Unidas para la Compraventa Internacional de Mercaderías. La Corte Constitucional declaró exequibles, mediante sentencia C-529 de 2000, tanto el texto de la Ley 518 como la Convención. El 10 de julio de 2001 fue depositado el instrumento de adhesión ante la Secretaría General de Naciones Unidas, por lo que conforme al artículo 99 de la Convención, ésta entró en vigor para Colombia el pasado 1 de agosto de 2002.

21 Aunque no es objeto propio de esta conferencia nos permitimos señalar que sobre el concepto “establecimiento”, la doctrina ha sentado varias posiciones. La inclusión de una definición sobre el concepto establecimiento fue un tema ampliamente discutido al seno de la conferencia diplomática de Viena de 1980 que condujo a la adopción de la Convención. En las actas de la sexta reunión plenaria se pueden apreciar los argumentos en pro y en contra de incluir una definición de la expresión *place of business*. La delegación de Argentina y Bélgica propuso adoptar una definición de dicha expresión, con un doble criterio: *Place of*

3. FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS: APLICACIONES JURISPRUDENCIALES

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

Derivado de lo enunciado en el *preámbulo*, se han identificado algunas *funciones* que pueden tener los *Principios* en la práctica, que pasaremos a analizar a continuación, indicando algunas aplicaciones jurisprudenciales²². Sin embargo podemos adelantarnos a lo que será estudio detallado, diciendo que en general los papeles fundamentales asignados a los principios y desarrollados por la jurisprudencia, especialmente, laudos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), se pueden resumir en: papel o función normativa, y papel o función interpretativa.

3.1. Aplicación de los Principios como ley del contrato

Basado en el principio de la *autonomía de la voluntad*, las partes en un contrato pueden escoger a los *principios* como “ley del contrato”.

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

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

business tiene que ver con una activa y permanente organización establecida en un Estado determinado, y de otra parte está relacionado con la determinación de ser una evidencia externa de quien tiene el poder de negociar o emprender operaciones de compra y venta. Igualmente se consideró que al requerir que place of business fuera una organización permanente, se excluiría a los agentes que tuvieran poder de representar a la compañía o de negociar sin poder de representarla. Igualmente, un agente no puede ser considerado como place of business de la parte contratante, porque es un intermediario independiente y compra o vende en su propio nombre, y no en el de la otra parte.

Tras debatir el tema, la propuesta de incluir una definición de *place of business*, fue rechazada por veintitrés votos contra diecisiete, y cinco abstenciones.

Aunque el concepto de organización estable no quedó incluida en el artículo primero de la Convención, algún sector de la doctrina insiste en afirmar que el establecimiento o place of business es toda *instalación de una cierta duración, estabilidad y con determinadas competencias para dedicarse a los negocios*.

22 Los casos han sido tomados de la selección hecha por UNIDROIT, <http://www.unidroit.org>. Selected case law relating to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Igualmente de la base de datos UNILEX. Dir. Michael JOACHIM BORNELL

Existen varios casos que han sido objeto de decisión en Tribunales de Arbitramento sobre contratos en los cuáles se han aplicado los Principios como ley del contrato. Igualmente, los casos en que los jueces arbitrales han encontrado aplicables al contrato los principios UNIDROIT²³. Cabe destacar los casos en que los jueces han encontrado aplicables los Principios de UNIDROIT asimilándolos a la "lex mercatoria", a la "justicia natural", entre otros conceptos, como lo veremos en el punto siguiente²⁴. Un caso en el que las partes designaron a los Principios de UNIDROIT como ley del contrato, y el Tribunal falló conforme a esta estipulación, es el decidido por un Tribunal Arbitral en Milán (Italia)²⁵.

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

Artículo 1.3 para afirmar el carácter obligatorio del acuerdo entre las partes²⁶.

Los artículos 4.1 y 4.2 para interpretar la declaración escrita de una de las partes como constitutiva del aviso de terminación;

Artículo 7.3.1 para excluir el derecho a terminar el contrato por una inejecución "esencial", o "incumplimiento esencial" con respecto a un evento sobre el cual las partes tenían expresamente estipulado renegociar si este ocurriera.

23 Recuérdese que cuando las partes hayan decidido someter el contrato a un arbitraje, ...en este caso los árbitros no están ligados a las normas de conflicto del foro con lo cual los Principios del UNIDROIT en cuanto reglas de derecho podrán ser elegidas por las partes para arreglar sus diferencias, aplicándose éstas independientemente de los ordenamientos internos (salvo en lo referente a las disposiciones imperativas contenidas en los mismos). PARRA RODRÍGUEZ, Carmen. El nuevo derecho internacional de los contratos. Universidad Externado de Colombia. Barcelona, J.M. Bosch Editor - 2002, p. 194. Igualmente téngase en cuenta el artículo 17 el Reglamento de Arbitraje de la CCI: 1. Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas. 2. En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes. 3. (...). Corte Internacional de Arbitraje. Reglamento de Arbitraje, vigente a partir del 1º de enero de 1998.

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

25 Arbitral Award. National and International Arbitral Tribunal of Milan (Italy), 1. XII. 1996. UNIDROIT. <http://www.unidroit.org>. Selected case law relating to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

26 Artículo 1.3. UNIDROIT. (Carácter vinculante de los contratos). *Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios.* En adelante, pueden verse los artículos citados en el apéndice de este escrito.

Artículo 7.3.5 para afirmar la validez de un término del contrato, según el cual, en caso de terminación, expresamente se concedía al principal el derecho a la restitución del material promocional y al agente el derecho a una comisión por órdenes hasta ahora recibidas;

Los artículos 7.4.1 y 7.4.2 para afirmar el derecho de la parte afligida para ser compensada totalmente por el daño que ha derivado como consecuencia de la inexecución de la otra parte, pero excluir compensación por el sufrimiento emocional y aflicción, pues la parte afligida es una entidad corporativa;

Los artículos 7.4.3 y 7.4.4 para limitar la compensación a los costos que se derivan de la inexecución y al daño previsible.

El artículo 7.4.9 para confirmar la validez de la cláusula del contrato que proporciona derecho a la parte afligida a recibir intereses desde cuando el dinero es debido, y el artículo 7.4.13 para confirmar la validez de la tasa de interés acordada (15%).

También se encuentra como ejemplo, el fallo 8331 de la Cámara de Comercio Internacional²⁷, donde el demandante era un fabricante sueco y la demandada una compañía iraní. El caso concernía a un memorando de entendimiento por medio del cual las partes acordaron concluir un contrato de venta de camiones y piezas de repuesto, y en general indicaron su intención de iniciar un acuerdo para establecer una ensambladora para la producción del mismo tipo de camiones en el país comprador. Mientras las ventas, objeto del contrato, estaban concluyendo, el vendedor se negó a participar en negociaciones para montar la ensambladora, argumentando que el comprador carecía de la organización empresarial necesaria para llevar a cabo el proyecto. Las partes acordaron que el Tribunal Arbitral podría aplicar los acuerdos relevantes entre ellas, y tener en cuenta, si fuere necesario y apropiado, los *Principios de UNIDROIT*. En esta decisión el Tribunal Arbitral aplicó en particular dos artículos de los *Principios*, el artículo 4.5, además de los comentarios al mismo, para concluir que al memorando de entendimiento se le debía dar efecto en su totalidad y no sólo en lo concerniente a la parte referida a la conclusión del contrato de venta, y el artículo 5.4. (2), para concluir que la declaración de la intención de las partes para entrar en unas negociaciones con el propósito de llegar a un acuerdo para establecer una ensambladora, implicaba una obligación de hacer el mayor esfuerzo para lograr el resultado. De acuerdo con el Tribunal Arbitral, el vendedor, al negarse a iniciar las negociaciones, quebrantó esta obligación y su argumento de que el comprador no tenía la organización empresarial necesaria no constituía una excusa válida.

27 Arbitral Award., december 1996. ICC Arbitration (Paris). UNIDROIT. UNILEX. Bonell, Michael Joachim. The principles of international commercial contracts. Nature, Purposes and First Experiences in Practice. Igualmente en: ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 10, n.º. 2 Fall 1999, p. 26 y ss. Final award in case 8331, date: december 1996, lenguaje: English, Claimant: Swedish manufacturer, respondent: Iranian company, place of arbitration: Paris, France.

3.2. Aplicación de los *Principios* como *lex mercatoria*

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

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

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

“No creemos, por el contrario, que los mismos resulten aplicables, o al menos no de forma automática, cuando los contratantes hayan sometido su contrato a los ‘Principios generales del derecho, o a la *lex mercatoria*. Ni los principios son usos ni, por supuesto, puede decirse que exista una potestad legislativa creadora tras ellos. Ciertamente que algunas de sus disposiciones recogerán el modo de proceder usual y normal en la contratación internacional, otras, por el contrario, no podrán así calificarse desde el momento en que responden a un intento por conciliar diversos principios y normas que respondan, a su vez, a distintas concepciones, políticas y jurídicas. No obstante, ha de admitirse la posibilidad de que los principios se reconozcan como *lex mercatoria* por los operadores del comercio internacional, así como por los jueces nacionales y los árbitros”²⁸.

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

28 PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. *op. cit.* p. 7.

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

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

Con respecto de la posición de demandante a la ley aplicable:

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

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

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

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

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

El Tribunal determinó que son los *principios de UNIDROIT* los que se adaptan especialmente a las necesidades de las transacciones internacionales y disfrutan de acuerdo general internacional, aunque no reflejan un sistema nacional específico. El Tribunal sostuvo que esos "principios generales" eran principalmente reflejados por los *Principios de UNIDROIT* sobre Contratos Comerciales Internacionales y que sin perjuicio de tomar en cuenta las

provisiones del contrato y los usos del comercio pertinentes, los contratos se rigieron y, por ello, deben ser interpretados de acuerdo con los *Principios de UNIDROIT*.

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

1. *Los Principios de UNIDROIT* son una recopilación de principios aplicables a los contratos comerciales internacionales, hechos por un distinguido grupo de expertos internacionalistas provenientes de los sistemas prevalentes en el mundo, sin la intervención de los Estados o gobiernos, ambas circunstancias redundan en la alta calidad y neutralidad de su producto y esta aptitud se refleja en el presente escenario de consenso sobre las reglas legales internacionales y los principios que gobiernan las obligaciones contractuales en el mundo, principalmente sobre las bases de su imparcialidad y adecuación a las transacciones internacionales que quepan dentro de su perspectiva;
2. Al mismo tiempo, los *Principios de UNIDROIT* se han inspirado en textos de leyes uniformes internacionales, las cuales disfrutan de amplio reconocimiento internacional y generalmente son consideradas como el reflejo de los usos y prácticas del comercio internacional en el campo de la compraventa internacional de mercaderías, la cual ya la han ratificado alrededor de 40 países, a saber, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías; ...
3. ...
4. *Los Principios de UNIDROIT* (véase el Preámbulo) han sido específicamente concebidos para ser aplicados a los contratos comerciales internacionales en instancias en las cuales, como en el caso que acontece, en que las partes han acordado que sus transacciones serán gobernadas por reglas generales y principios...²⁹.

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

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

29 Partial Awards, in case 7110. Dates: June 1995, April 1998, February 1999. Original: English. Claimant: State party (State X), Respondent: Private conductor (United Kingdom). Place of arbitration: The Hague, Netherlands. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts in ICC Arbitration. ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 10, n.º. 2, Fall 1999, p. 49. También puede consultarse en UNIDROIT <http://www.unidroit.org>. Selected case law relating to the Unidroit Principles of International Commercial contracts

Igualmente, en otros casos, los Tribunales arbitrales han aplicado, ante la ausencia de escogencia de ley aplicable, los Principios de UNIDROIT. Pueden verse, entre otros, el Laudo 7375, de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, del 5 de junio de 1996³⁰. El caso concernía a un suministro concluido entre un vendedor de los Estados Unidos y un comprador de un país del Oriente Medio. Éste reclamó daños y perjuicios con intereses en relación con la entrega retardada de los bienes. En el contrato no se incluyó una cláusula de escogencia de la Ley aplicable al contrato. La Corte encontró que la ausencia de una cláusula en tal sentido significa que ninguna de las dos partes está preparada para aceptar la ley doméstica de su contraparte y que constituyó un contrato implícito (opción negativa). Esto dejó a la Corte las opciones de aplicar una ley neutra, que fue considerado artificial y arbitrario; adoptando la doctrina de *trunc commun* que significaría una investigación prolongada del derecho comparado y podría llevar a no encontrar una solución; o escoger una solución no nacional, que llevara a la aplicación de reglas de derecho generalmente aceptadas. La Corte sostuvo esta última solución, para mantener un equilibrio entre las partes, haciendo justicia a ambos de manera objetiva.

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

En laudo del 10 de diciembre de 1997, de un Tribunal *Ad-hoc*, en Buenos Aires (Argentina), al no haber escogido las partes la ley aplicable, el árbitro aplicó los principios de UNIDROIT.

El fallo involucró un contrato entre los accionistas de una compañía argentina y una compañía chilena para la venta, por parte de los primeros, del 85% de las acciones. Un tiempo después de la conclusión del contrato, el comprador descubrió que la compañía argentina había escondido deudas, y suspendió el pago del resto del precio de la compra. Los vendedores, demandaron pretendiendo el pago completo. En su defensa, el comprador pidió al Tribunal confirmar la anulación del contrato y pidió se resarcieran los daños y perjuicios ocasionados, o a falta de lo anterior, reducir el precio del contrato en proporción a las deudas que se descubrieron.

30 UNIDROIT <http://www.unidroit.org>. Selected case law relating to the Unidroit Principles of International Commercial Contracts. UNILEX, y en ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 10/nº 2 - Fall 1999.

El contrato no contenía una cláusula de escogencia de ley aplicable, y las partes autorizaron al Tribunal a actuar como amigable componedor. A pesar del hecho que ambas partes habían iniciado sus reclamaciones basados en la ley argentina, el Tribunal decidió aplicar los Principios de UNIDROIT, basado en que ellos constituyen los usos observados en el tráfico internacional³¹ y reflejados en soluciones adoptadas por diferentes sistemas legales y en la práctica contractual internacional. Y como consecuencia, de acuerdo con el artículo 28 (4) de la Ley modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional, éstos podían prevalecer sobre la ley doméstica³².

En los méritos del caso, el Tribunal rechazó el argumento propuesto por el demandado según el cual el contrato se incumplió por un error, y sostuvo que la comunicación del demandado a los demandantes informando del descubrimiento de las deudas ocultas no podría ser considerado aviso apropiado de anulación, según el artículo 3.14 de los Principios de UNIDROIT. No solamente no se indicaba la intención de no cumplir el contrato, sino que su intención era persuadir a los demandantes de que su propósito era continuar con el contrato, sólo que en una versión modificada.

Además, el Tribunal sostuvo que la conducta subsecuente del demandado (en particular su propuesta para terminar el contrato por acuerdo, el pago de una parte del precio, y el haber entrado en negociaciones con vista a modificar el contrato, llevó a una confirmación del contrato según el artículo 3.12 de los Principios de UNIDROIT (en este punto el Tribunal también se refirió expresamente al Comentario al artículo 3.12).

Acerca de la demanda para una reducción del precio, el Tribunal concedió una reducción sumando a sólo 65% de las deudas ocultas.

Otro caso que puede tenerse como referencia, sobre todo cuando fue un árbitro colombiano el que lo falló, el doctor Guillermo Gamba, es el Laudo 9797, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, de

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

32 Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio

1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

3) El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

julio 28 de 2000³³. Las partes solicitaron en este caso al Tribunal decidir de conformidad con los términos del contrato, teniendo en cuenta los principios de equidad. El Tribunal manifestó que los *Principios de UNIDROIT* son fuente fidedigna del derecho comercial internacional en el arbitraje internacional por contener ellos en esencia una compilación de aquellos principios directurs que disfrutaban de aceptación universal, y además son el núcleo de aquellas nociones fundamentales que son aplicadas en la práctica arbitral.

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

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

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

Acerca del argumento según el cual los Principios UNIDROIT representan verdaderos usos del comercio, para ser incluso tenidos en cuenta en donde las partes, como en el caso, han escogido una ley doméstica particular como ley que gobierna el contrato, el Tribunal Arbitral sostuvo que en el particular,

33 Arbitral Award. ICC. International Court of Arbitration, 28 VII 2000. Case n° 9797. Andersen Consulting Business Unit Member Firm v. Arthur Andersen Business Unit Member Firm and Andersen Worldwide Societé Cooperativé. UNIDROIT <http://www.unidroit.org>. Selected case law relating to the Unidroit Principles of International Commercial Contracts. UNILEX.

las disposiciones de los *Principios de UNIDROIT* sobre excesiva onerosidad (*hardship*), al menos en la actualidad, no corresponden a una práctica corriente en el comercio internacional³⁴.

3.3. Aplicación de los Principios como forma de interpretar o complementar instrumentos internacionales vigentes, y la ley nacional. Relación con la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías y otros instrumentos.

Cuando los principios son utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales vigentes y leyes nacionales, no se parte de la idea de que aquéllos excluyan la aplicación de éstas. Incluso pueden utilizarse para interpretar la voluntad de las partes³⁵.

Fallos arbitrales y decisiones de las cortes se han referido a los Principios, demostrando que una solución particular pese a estar basada en la Ley doméstica aplicable al caso concreto, también se adecua a los estándares internacionalmente aceptados. En otros, se han tomado a los principios de UNIDROIT como forma de interpretar o complementar la ley doméstica aplicable³⁶. El siguiente es un caso de un fallo pronunciado en 1990 por la Corte de Arbitraje de Berlín, aún antes de que la versión final de los *Principios de UNIDROIT* fueran publicados.

El caso correspondía a un contrato para el transporte de maquinaria entre una unidad económica de la República Democrática alemana y otra unidad económica de otro país europeo del Este. Cuando sobrevino la reunificación de Alemania, los mercados occidentales fueron abiertos a las empresas de la antigua GDR, la maquinaria en cuestión perdió todo valor para el importador alemán. Más tarde invocando que sobrevino un cambio radical de las circunstancias existentes, al tiempo de la conclusión del contrato el deudor se negó a entregar la maquinaria y pagar el precio. El tribunal arbitral decidió en su favor y en orden a probar que el principio según el cual: un cambio sustancial en el equilibrio original del contrato puede justificar la terminación del mismo es cada vez más aceptado a nivel internacional referido entre otros a las estipulaciones contenidas en los Principios de UNIDROIT³⁷.

34 Arbitral award, 1997. ICC arbitration, case nº 8873. UNIDROIT. <http://www.unidroit.org>. Selected case law relating to the Unidroit Principles of International Commercial Contracts.

35 PARRA RODRIGUEZ, Carmen. El nuevo derecho internacional de los contratos. op. p.195.

36 Pueden verse, entre otros, los siguientes fallos en el sentido expresado: Arbitral award Arbitral Court of the Economic Chamber and the Agrarian Chamber of the Czech Republic. 17 II 1996. Arbitral Award. International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce. ICC. 4. IX. 1996. Arbitral award. ICC arbitration, 1998. 8223. UNIDROIT. <http://www.unidroit.org>. Selected case law relating to the Unidroit Principles of International Commercial Contracts.

37 En efecto, el artículo 6.2.1. de Los Principios dispone: *Salvo lo dispuesto en esta sección con relación a la "excesiva onerosidad" (hardship), las partes continuarán obligadas a cumplir sus obligaciones a pesar de que dicho cumplimiento se haya vuelto más oneroso para una de ellas.* El artículo 6.2.2. por su parte dispone: *Se presenta un caso de 'excesiva onerosidad' (hardship) cuando ocurren sucesos que alteran funda-*

En el Laudo 8240 de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de 1995, relacionado con un contrato de distribución, en el cual actúan como parte demandante un distribuidor de Suiza y uno de Singapur y como demandado un suministrante belga. Después de terminado el contrato por acuerdo entre las partes, la cuestión se refirió a cómo regular la devolución de las existencias. Aunque las partes indicaron que sería la ley Suiza la que regularía el contrato, el tribunal arbitral decidió que la tasa de cambio para el pago debía efectuarse conforme a la moneda local, en referencia a que el artículo 6.1.9. (3) de los *Principios de UNIDROIT* para los contratos comerciales internacionales consagra una regla similar a la ley suiza³⁸.

Otros laudos, han tomado a los *principios de UNIDROIT* como forma de interpretar la ley doméstica. Puede citarse, como ejemplo, el laudo arbitral de fecha 4 de diciembre de 1996 en Roma (Italia), donde, para cumplir la obligación de un Tribunal Arbitral bajo las leyes nacionales de proceder a tener en cuenta los usos comerciales, se tuvo en cuenta los *principios UNIDROIT* como parámetro de principios y usos del comercio internacional. Debe destacarse lo anterior, aunque la ley aplicable, según el contrato, era la italiana, de acuerdo con ésta, el Tribunal debía tener en cuenta los términos del contrato y los usos del comercio.

Otro grupo de decisiones arbitrales se han referido a la función de los Principios como forma de interpretar o llenar vacíos contenidos en convenciones internacionales. Por la pertinencia a la que llama por el hecho de ser el objeto de este seminario nos referiremos de manera principal a la utilización de los Principios UNIDROIT como forma de interpretar o llenar lagunas de la Convención de Viena sobre compraventa internacional.

Antes de relacionar algunos laudos que han fallado en esta dirección es preciso señalar que en relación con la compraventa internacional, la Convención establece en el artículo 7 (2) que:

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

mentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento en el costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución del valor de la prestación a cargo de la otra SCHIEDSGERICHT Berlin. 00.00. 1990. N° SG. 126/90. UNILEX.

38 BONNELL, Michael Joachim. The principles of international commercial contracts. Nature, Purposes and First Experiences in Practice. Igualmente en: ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 10, n° 2, Fall 1999, p. 26 y ss.

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

El artículo 9 por su parte establece:

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

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

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

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

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

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

Así mismo, se tuvo en cuenta que uno de los principios que rigen dicha Convención es el contemplado en el artículo 74, según el cuál

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

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

“Artículo 7.4.9 (1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando corresponde, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago.

(2) El tipo de interés será el promedio bancario en los préstamos bancarios a corto plazo a favor de clientes calificados y que sea el ordinario para la moneda de la obligación en la plaza donde haya de hacerse el pago. En caso de no existir dicho tipo en tal lugar, se aplicará el tipo corriente en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de aquel tipo en todos esos lugares, el tipo de interés será el que se considere apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago”³⁹.

Otro ejemplo es:

En el Laudo 8769 de la Corte Internacional de Arbitraje, Cámara de Comercio Internacional, de diciembre de 1996, donde la ley aplicable era el derecho francés y la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional. En relación con el interés reclamado, el Tribunal encontró que la Convención en el artículo 78 no regula este aspecto y por ello decidió aplicar una tasa de interés razonable comercialmente, y se refirió al artículo 7.4.9 (2) de los Principios UNIDROIT.

39 International Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Wien. Schiedssprüche SCH 4318 and SCH 4366 of 15 June 1994: see them published in the original German version in *Recht der internationalen Wirtschaft* 1995, p. 590 et seq., with note by P. SCHLECHT REX (p. 592 et seq.); for an English translation see M.J. BOKNELL (ed.) UNILEX, *International Case Law & Bibliography on the UN Convention on contracts for the International Sale of Goods*, Transnational Publishers, Inc, Ardsley, NY, December 1998 release, E. 1994 - 14.

En relación con la determinación del tipo de interés también puede verse el Laudo 8128 ICC.

Por otra parte, cabe señalar que la Convención y los *Principios UNIDROIT* tienen principios y reglas similares, como por ejemplo varias normas sobre criterios interpretativos, como lo destacaremos en el acápite siguiente, la importancia señalada a los usos y costumbres⁴⁰, el capítulo sobre formación del contrato⁴¹, la posibilidad de celebrar contratos con precio abierto⁴², y el incumplimiento esencial⁴³, para indicar solamente algunas. Igualmente debe anotarse como, frente a temas que no se encuentran regulados de manera expresa por la Convención, pero para los cuales los Principios sí prevén una solución, algún sector de la doctrina se pronuncia en el sentido de que la solución aplicable para el caso de la Convención, es precisamente la contenida en los *Principios UNIDROIT*.

Como ejemplo de lo expresado podemos citar el caso de las cartas de confirmación, cuando a pesar de que el contrato se haya formado⁴⁴, se presenta el hecho según el cual con posterioridad a la aceptación, se envía una carta de confirmación, la que introduce elementos nuevos diferentes a los estipulados

40 Cfr. artículos 8 y 9 de la Convención, y 1.8 de los Principios.

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

Este contrato se gobernará por la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y, en relación con aquellas materias no expresamente resueltas en la Convención o en conformidad con sus principios generales, por los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, siendo considerada como ley aplicable en su defecto, la Ley del Estado _____. PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980).* Pace Law School Institute of international commercial law. <http://www.cisg.law.pace.edu>.

42 Cfr. Art. 55 de la Convención, y 5.7 de los Principios.

43 Cfr. Art. 25 de la Convención y 7.3.1 (1) de los Principios.

44 *El envío de una carta de confirmación tras la perfección del contrato de compraventa, se revela como una práctica muy habitual en las transacciones comerciales internacionales, así como en las nacionales. Su propósito es el de fijar por escrito lo previamente negociado, estableciendo una prueba documental de lo acordado, además de señalar los términos por los cuales el contrato se rige a efectos de eliminar o reducir las dudas o errores que puedan surgir.* PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. *Tratamiento de las cartas de confirmación en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.* Pace Law School Institute of International commercial Law. Publicado en febrero 6 de 1998 [<http://www.cisg.law.pace.edu>], p. 1. Sobre este punto véase también ESSER, Michael, *Commercial let-*

en el contrato, o modifica los ya acordados, como puede ser: ampliación o reducción de términos para realizar el pago, variación del precio, o cualesquiera otras condiciones del contrato. También suele suceder que la parte destinataria de la carta de confirmación no objeta el contenido de la misma al momento de recibir. Los problemas pueden y suelen presentarse cuando las partes pretenden la ejecución de términos diferentes, la una de los contenidos en el contrato originalmente suscrito, y la otra de los contenidos en la carta de confirmación no objetada por el destinatario de la misma, por lo menos durante un tiempo razonable.

La Convención de Viena no se refiere expresamente a las cartas de confirmación, sin embargo la doctrina se encuentra dividida sobre el punto. Algunos plantean que el vacío debe llenarse con las normas que resulten aplicables mediante el conflicto de leyes, y otros como GARRO⁴⁵, que se encuentra regulado por los *Principios UNIDROIT*.

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

Artículo 2.12.

(Confirmación por escrito)

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

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

Este aspecto está expresado en el artículo 7 de la Convención, en los siguientes términos:

“1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación...”.

ters of confirmation in international trade: Austrian, French, German and Swiss Law and Uniform Law Under the 1980 Sales Convention. Pace Law School Institute of International Commercial Law [http://www.cisg.law.pace.edu] Publicado también en Georgia Journal of International and Comparative Law, 1988, p. 427 a 460. Igualmente OVIEDO ALBAN, Jorge. Las cartas de confirmación en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, en Universitas n° 103, 2002.

45 GARRO Alejandro. The Gap Filling Role of the UNIDROIT principles in international sales law: Some comments on the interplay between the Principles and the CISG. Tulane law review, 1995, n° 69, p. 1168, y PERALES María del Pilar. Las cartas de confirmación... *op.cit.*, p. 3.

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

“(1) En la interpretación de estos principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación”.

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

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

“Artículo 3:

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

Las cuestiones relativas a materias que se rijan por la presente ley y que no estén expresamente resueltas en ella, serán dirimidas de conformidad con los principios generales en que ella se inspira⁴⁶.

Valga resaltar cómo estas manifestaciones jurídicas contemporáneas coinciden en algunos aspectos como son el carácter internacional de las mismas y la tendencia a la uniformidad de las mismas. Ratifica esto la tendencia que hemos pregonado en anteriores escritos y conferencias, que se condensa en la tendencia del derecho privado a su armonización y unificación en el mundo. En el comentario al artículo mencionado de los *principios de UNIDROIT*, se expresa la intención anotada, “... En cuanto a la finalidad de los Principios en su conjunto, y en la medida en que su propósito fundamental es el de

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

“Artículo 4. Interpretación

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

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

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

Sobre este particular, queremos insistir, aunque el tema no es objeto específico de mi conferencia y tal vez sea tratado por otro conferencista, en que para efectos de interpretar la Ley 527 de Colombia sobre comercio electrónico, debe tenerse en cuenta, según la disposición que anotamos, su carácter internacional. Por esto creemos que los *Principios UNIDROIT* pueden ser tomados para lograr tal finalidad, además de la misma Convención de Viena.

3.4. Aplicación de los Principios como modelo para la legislación a nivel nacional o internacional

Se ha señalado, además, cómo los legisladores nacionales e internacionales podrían encontrar una fuente de inspiración en los *Principios de UNIDROIT* para la preparación de una nueva legislación⁴⁷, en el campo de las reglas generales de los contratos o con respecto a tipos específicos de negocios debido a las soluciones modernas y funcionales adoptadas; se observa también, que las partes pertenecientes a sistemas legales diferentes o que hablen lenguajes distintos podrían usar dichos Principios como una guía para elaborar sus contratos.

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

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

Estamos acudiendo definitivamente a la conformación de una nueva *lex mercatoria*, al igual que sucedió en la Edad Media, cuando el derecho vigente en la época era insuficiente para brindar las respuestas que el avance de los

47 De hecho, Los Principios, han servido de fuente para recientes legislaciones como es el caso del nuevo Código Civil holandés, el nuevo Código Civil de Québec, y del nuevo Código Civil de la Federación Rusa. Oliva Blázquez, Francisco. *Compraventa Internacional de Mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*. Tirant Lo blanch, Valencia 2002, p. 156.

negocios requería. *Lex mercatoria* que se caracteriza, sin alejarse de la sabiduría decantada durante siglos y heredada del derecho romano y del derecho mercantil medieval, por fundamentarse en los principios básicos del derecho, por recuperar para el derecho privado el inmenso poder creativo de la costumbre como fuente principal de ella, por devolver al Juez su papel de ser creador de derecho, y no quien simplemente aplica un silogismo para deducir una conclusión de la norma. Estos elementos son los que dotarán de vitalidad al derecho privado en los próximos años, y seguramente marcarán el norte de los cambios legislativos venideros.

Finalmente, y teniendo en cuenta todos y cada uno de los puntos objeto de este estudio, que sólo contiene unos aspectos de lo que podríamos denominar "Teoría general" del derecho mercantil internacional, notamos la urgente necesidad de que al seno de nuestras academias universitarias se difundan los mecanismos de contratación mercantil uniforme de tanto y nutrido estudio en el mundo, pero de escaso conocimiento en nuestro medio. Las necesidades inmediatas del tráfico económico requieren contar con una base jurídica lo suficientemente sólida y ágil que brinde la seguridad que dicho tráfico requiere. Lo que proponemos, es simplemente un reencuentro con el derecho común.