

# EL CAPÍTULO UNO DE LOS PRINCIPIOS DEL UNIDROIT: “DISPOSICIONES GENERALES”

Hernany VEYTIA<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Libertad contractual*. III. *Naturaleza jurídica*. IV. *Valores jurídicamente protegidos*. V. *Consideraciones finales*.

## I. INTRODUCCIÓN

Cierto proverbio africano dice que “cuando en la cumbre de una montaña se tiene un amigo es más fácil subir la montaña”. Por eso quiero agradecer a los amigos que han hecho posible este seminario: A los profesores invitados, al UNIDROIT, a la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, a Bancomext y de una forma particular a la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, concretamente al licenciado Mario Aguilar Camacho porque sin su esfuerzo y entusiasmo este seminario no se hubiera podido llevar a cabo.

Los organizadores de este seminario decidieron titularlo: “Contratos Internacionales, Reglas de UNIDROIT de Contratación Internacional en América del Norte”. Antes de abordar el tema que me ha sido asignado quisiera aclarar al auditorio que el nombre del documento aprobado por el UNIDROIT es *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*.

Ha quedado claro en la exposición del profesor Joachim Bonell, que los Principios<sup>2</sup> son algo más que abstractas generalizaciones y afortuna-

1 La doctora Hernany Veytia es profesora de derecho del comercio internacional e investigador de tiempo completo del Centro de Estudios Jurídicos del Comercio Internacional de la Universidad Panamericana.

2 Lo que no queda muy claro es lo que UNIDROIT quiso significar con “principios”, porque en su preámbulo se dice que estos “Principios” establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. En borradores de la traducción al español se proponía traducir *rules* por “normas”, sin embargo parece ser que para algunos países sudamericanos este término cobraba singular fuerza imperativa. Definitivamente se pueden semejar más a reglas que “principios” según la distinción hecha por Charles de Vischer. También cabe señalar que los “Principios de UNIDROIT” establecen

damente son algo menos que una ley.<sup>3</sup> Los Principios han venido a desmascarar a la llamada *lex mercatoria*<sup>4</sup> y tal parece que la figura del *Restatement*<sup>5</sup> norteamericano ha llegado al sistema de tradición jurídica romano-canónica-napoleónica.

La historia de la humanidad, o por lo menos la del mundo latino, está muy ligada a los movimientos de codificación. Justiniano en el Digesto pretendió recuperar los conocimientos de los juristas de la época clásica, esperando que no se perdiera lo logrado hasta entonces. Justiniano prohibió los comentarios al Digesto. “[...] y que ningún jurisperito se atreva en el futuro a añadirle comentarios, ni a echar a perder la ventaja de

reglas aplicables a los contratos, no son reglas de los contratos. Mayores reflexiones sobre el uso de la preposición se encuentran en Vivien Gaymer, “The UNIDROIT Principles as a Guide for Drafting Contracts: A View from an International Commercial Lawyer”, en *ICC Unidroit Principles for International Commercial Contracts: A new Lex Mercatoria?*, París, 1995, p. 100. En México *Reglas de Derecho* son axiomas, opiniones jurídicas que, en breves y generales palabras, demuestran luego la cosa de que hablan y tienen fuerza de ley en los casos que no están decididos por alguna ley; Palomar Miguel, Juan, *Diccionario para juristas*, México, 1981, p. 1161.

3 Entendiendo como ley, aquello promulgado por un legislador que acarrea la coercibilidad en caso de incumplimiento. Aunque es perfectamente admisible que en el derecho y, en general, en cualquier ámbito óntico-práctico se den reglas expresivas de deber no conectadas con sanciones. La teoría que representa la opinión común afirma que en tal caso no nos encontramos ante una verdadera norma jurídica, siendo precisamente la sanción lo que distingue a ésta de otros tipos de normas, como las morales. De esta manera, se cae en la contradicción de tener que aceptar que la proposición deóntica carente de sanción, que aparece en un orden jurídico, no es una norma jurídica, sino moral o de cualquier otro género; lo cual supone aceptar implícitamente que el derecho no sólo estaría configurado por normas jurídicas, sino también por normas morales y de otras clases. *Cfr.* Robles, Gregorio, *Las reglas del derecho*, México, 1988, p. 184.

4 Se define a la *lex mercatoria* como el cuerpo de reglas e instituciones relativas al comercio internacional, comúnmente aplicadas por los comerciantes, en el entendido de que se trata de *regulae iuris* o por lo menos, que los otros contratantes observarán las mismas reglas. Frignani, Aldo, *Il diritto del commercio internazionale. Manuale Teorico-Prattico per la redazione dei contratti*, 2a. ed., 1990, p. 11.

5 Los *Restatement of Law* (recopilaciones jurídicas) son una serie de volúmenes publicados por el *American Law Institute* en el que para una determinada rama del derecho se señalan los criterios vigentes o la forma en que el derecho debería ser. Los autores son académicos, abogados y jueces de gran prestigio. Existen, por ejemplo, *Restatement of the Law of Contract*, *Restatement of the Law of Torts*, *Restatement of International Law*, *Restatement of Conflicts of Law*. Los *Restatement* son frecuentemente citados por jueces en sus sentencias, inclusive en los casos en que deciden no seguir lo expuesto en el *Restatement*. Existen *Restatement* que han sido revisados y nuevamente publicados.

dicho volumen con su verbosidad, como ocurrió en pasados tiempos, cuando todo el derecho quedó perturbado por la confusión de las opiniones contradictorias de los intérpretes”.<sup>6</sup>

Justiniano también prohibió las traducciones (salvo al griego). Sin embargo, Justiniano jamás hubiera imaginado la labor realizada durante la Edad Media por los glosadores y posglosadores y mucho menos que hoy en día en China se esté traduciendo el Digesto.

Napoleón —quien dijo que su verdadera gloria no estaba en haber ganado cuarenta batallas, puesto que Waterloo borró toda memoria, sino en el Código Civil que duraría para siempre—<sup>7</sup> pretendía darle acceso al conocimiento del derecho a todo ciudadano,<sup>8</sup> por eso dijo “mi código está perdido” cuando escuchó que se habían publicado comentarios a su código.

Hoy en día, cuando se ha superado la idea de la codificación,<sup>9</sup> cuando las ventajas del comercio internacional superan todo marco jurídico nacional,<sup>10</sup> pero también cuando las tentativas de unificación interna-

6 Constitución “*Deo Auctore*”, 12. En *El Digesto de Justiniano*, t. I, versión castellana por Á. d’Ors, F. Hernández Tejero, P. Fueteseca *et al.*, Pamplona, p. 17 (1968).

7 Napoleón, *Ide Montholon, Recits de la Captivite de Napoleon*, 401.

8 El código como producto del proceso de la codificación del derecho que se desarrolló en Europa continental a partir del siglo XVII se distingue de todas las fijaciones escritas del derecho anteriores porque no pretendió consignar todo el derecho ya existente ni reformarlo ni continuarlo, sino que buscaba planear la sociedad mediante una nueva ordenación jurídica sistemática y creadora. Apoyados en la “razón”, los ilustrados europeos elaboraron, a través de los códigos, proyectos de una sociedad mejor y más justa. En esta empresa participaron, sobre todo, sujetos cultivados filosófica o políticamente y de confianza del gobernante. González, Ma. del Refugio, “Código”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, 1989, p. 489.

9 Los códigos pretendían socavar la autoridad de otras fuentes como la costumbre, a la que declararon guerra abierta, no sólo porque atentaba contra la certidumbre que los agentes económicos reclamaban, sino porque su carácter vinculante no emanaba del gobierno central. Se buscaba, de una parte, reducir las fuentes del derecho, entronizando a la ley y, por otro lado, evitar, que elementos ajenos al Estado centralista compitiesen en la factura legislativa y judicial. Debe admitirse que, históricamente, se cumplió esta finalidad. Ramos Núñez, Carlos, *Codificación, tecnología y posmodernidad. La muerte de un paradigma*, Perú (1996) p. 46. La relación entre el Estado moderno y la codificación ha sido expuesta por Domenico Corradini (1971) y Giovanni Tarello (1976).

10 El paradigma que calificaba a la codificación como evanescencia localista, empieza a derrumbarse, precisamente porque uno de los arquetipos esenciales de la modernidad —la soberanía nacional— es, sin duda, uno de los más expuestos a la arremetida de la posmodernidad... En un mundo signado por el carácter global de las comunicaciones, el intercambio permanente e intenso de la información y la tecnología, dotado de una sorprendente capacidad de transferencia de bienes, servicios y personas, en el que la autarquía

cional<sup>11</sup> no han llegado a tener el éxito deseado, aparecen unos Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Publicados por el UNIDROIT, consistentes en un preámbulo y siete capítulos con un total de ciento seis artículos, artículos que sus redactores han comentado<sup>12</sup> fue aprobado por el Consejo de Dirección del Instituto y se recomendó su más amplia difusión. Afortunadamente no sólo no se prohibió su traducción sino que el mismo UNIDROIT auspició traducciones a varios idiomas.

Desde entonces se ha experimentado un fenómeno sin precedente,<sup>13</sup> los principios están teniendo una gran difusión en ambientes académicos

económica es una ilusión: el derecho no puede dejar de internacionalizarse. No llama tanto la atención que la sociedad contemporánea experimente estos cambios. Lo interesante es observar la velocidad de los mismos. *Idem*, p. 50.

René David se expresaba en el mismo sentido, al hacer énfasis en que el nacionalismo jurídico es fruto del siglo XIX. “Le droit du commerce international: une nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou une nouvelle *lex mercatoria*?”, dans *New directions in international trade law*, vol. 1, Rome, New York, 1977, p. 5.

11 Convenciones internacionales, leyes uniformes, códigos de conducta, leyes modelo y códigos tipo.

12 Los comentarios deben ser considerados como parte integrante de los Principios.

13 Además de las numerosas traducciones a los Principios (francés, español, alemán, italiano, árabe, chino, ruso, holandés, húngaro, portugués, serbio) los Principios se han presentado por ejemplo at a special session on 20 October 1994 in the context of the twelfth International Trade Law Seminar, organised by the Ministry of Justice of Canada, The Insitute of International Business Law and Practice of the International Chamber of Commerce and UNIDROIT joined forces whit the “Istituto Internazionale per la Promozione della Cultura Arbitrale” (ASDACI) and the Chamber of National and International Arbitration of Milan in the organisation at the Milan Chamber of Commerce on 25 November 1994 of a conference entitled “The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: a New Lex Mercatoria ? ... The Principles were also presented by Mr. Bonell to an audience of some one hundred and fifty practising lawyers and business people during a Seminar entitled “International Contracts for Sale of Goods” organised in Istanbul on 10 and 11 April 1995 by the ICC Intitute and the Turkish National Committee of the ICC. *UNIDROIT News Bulletin*. N. 101-102/ January/April 1995, p. 3.

*Tulane Law Review* dedicó el volumen 69, número 5 de abril de 1995 a los Principios y la *American Law Journal* dedicó el número 40 en 1992. Los Principios también se han tratado en la *Revista de Derecho Privado* publicada por McGraw-Hill, año 6, número 17, mayo-agosto de 1995 y en el número 13 de *Ars Iuris*.

También del 6 al 9 de noviembre de 1996 en la Universidad de Carabobo en Valencia, Venezuela, se llevó a cabo un congreso interamericano. Los Principios se incluyen en la agenda para el próximo congreso de derecho comparado de la Academia de Derecho Internacional que se llevará a cabo en la ciudad de Bristol en 1998. En México la Universidad Autónoma de Baja California organizó un diplomado sobre contratación

y prácticos, entre abogados y hombres de negocios. La acogida que han tenido los Principios del UNIDROIT, en la opinión de quien esto escribe, se debe por lo menos a cuatro motivos:

1. Existe la necesidad en el comercio internacional de contar con reglas claras. En los últimos años se ha incrementado el recurso al arbitraje comercial como mecanismos de solución de controversias internacionales,<sup>14</sup> pero poco se dice de la ley aplicable por los árbitros.<sup>15</sup> Los Principios de UNIDROIT responden a esta necesidad tomando en cuenta las diferencias en las condiciones socioeconómicas en los diversos países del mundo<sup>16</sup>

2. Establecen reglas muy similares a los diversos sistemas jurídicos. En seminarios internacionales, como el que ahora nos reúne, puede parecer que son incontables los puntos de diferencia entre los sistemas jurídicos, sin embargo, podría aplicarse a los contratos internacionales lo que cuentan de la reina Isabel II, durante su vista a Alemania, “por cerca de cincuenta años hemos oído acerca de todo lo que nos separa, hagamos el esfuerzo de recordar las cosas que nos unen. Con esos puntos lograremos forjar un nuevo y mejor entendimiento en el futuro”.<sup>17</sup> En el comercio internacional existe una ventaja, *business are business*, lo que libremente podría traducirse como en que todo el mundo está de acuerdo en ganar más dinero en el menor tiempo y esfuerzo posible. Existen los medios tecnológicos, de comunicación y de transporte, para lograr un mayor intercambio de bienes y servicios,<sup>18</sup> las barreras aran-

internacional e incluyó a los Principios en su temática. La Escuela Libre de Derecho, en colaboración con la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado organizó una serie de conferencias sobre contratación internacional en 1995 y este año la división de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana en su especialidad de derecho comercial internacional ha incluido a los Principios del UNIDROIT como uno de sus módulos.

14 Por ejemplo, artículo 2022 del TLCAN.

15 Otros académicos trataran el tema de la relación de los Principios con la V Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado CIDIP V. Convención de México.

16 Bonell, Michael Joachim, *An international restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Nueva York, OCEANA, 1994, p. 52.

17 Citado por Nierenberg, Gerard I., *The Complete Negotiator*, 35, 1996.

18 Recuérdese que en la Organización Mundial del Comercio ya se incluyen los servicios.

celarias se están derrumbando y se hace cada vez más necesario contar con instrumentos legales idóneos.<sup>19</sup>

3. Se siguen los criterios adoptados por la Convención de Naciones Unidas para la Compraventa Internacional de Mercaderías. La CISG ha corrido con un gran éxito. Actualmente cuenta con 48 ratificaciones, adhesiones, aprobaciones, aceptaciones y sucesiones.<sup>20</sup>

4. Argumento de autoridad.<sup>21</sup> Los Principios han sido redactados por magníficos juristas de los cinco continentes y han sido auspiciados por el UNIDROIT. Como tenemos el honor de contar entre los participantes de este seminario con protagonistas de esta hazaña jurídica, pasaré directamente a ocuparme del capítulo 1 de los Principios: “Disposiciones generales”.

En el capítulo 1 de los Principios encontramos diez artículos, que por cuestiones de tiempo, y únicamente con la finalidad de exponerlos en este seminario, me he permitido agruparlos en cuatro tópicos:

19 Recurrir a los Principios en sustitución del derecho nacional aplicable al caso debe ser un último recurso. En este supuesto, la aplicación de los Principios se justificaría no sólo ante la imposibilidad absoluta de identificar la norma de derecho aplicable, sino también el costo o esfuerzo desproporcionado que implica su investigación. La práctica usual de los tribunales ante estas situaciones es aplicar la *lex fori*, pero recurrir a los Principios tendría la ventaja de evitar la aplicación de una ley que, en la mayoría de los casos, suele ser más familiar para una de las partes que para la otra. *Preámbulo de los Principios 4*.

20 Alemania, Argentina, Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Georgia, Ghana, Guinea, Hungría, Iraq, Italia, Latvia, Lesotho, Lituania, Luxemburgo, México, Moldova, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, República Árabe de Siria, República Checa, República Eslovaca, Rumania, Rusia, Singapur, Suecia, Suiza, Ucrania, Uganda, Uzbekistán, Venezuela, Yugoslavia y Zambia. Unatral Homepage.

21 Nos referimos a la autoridad moral del grupo de trabajo de los Principios. “Es de la naturaleza de la autoridad requerir sumisión aun cuando se piense que lo que no es requerido es contrario a la razón”. Raz, Joseph, *La autoridad del Derecho, ensayos sobre derecho y moral*, p. 17, México, 1992, *Dans l'introduction aux “Principes relatifs aux contrats du commerce international”, qui viennent d'être publiés, le Conseil de Direction d'UNIDROIT se dit “pleinement conscient du fait que les Principes... ne constituent pas un instrument contraignant... leur application dépendra de leur pouvoir de persuasion”*. Fontaine, Marcel, “Les Principes UNIDROIT, guide de la rédaction des contrats internationaux”, en *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?*, ICC/ Dossier of the Institute of International Business Law and Practice (París, 1995), p. 75.

Libertad contractual (incluye artículo 1.1 *Libertad de contratación*, artículo 1.2 *Libertad de forma*, artículo 1.3 *Efecto vinculante de los contratos*, artículo 1.5 *Exclusión o modificación de los Principios por las partes*).

Naturaleza jurídica de los Principios (artículo 1.4 *Reglas imperativas*, artículo 1.6 *Interpretación e integración de los Principios*).

Valores jurídicamente protegidos (artículo 1.7 *Buena fe y lealtad negocial*, artículo 1.8 *Usos y prácticas*, artículo 1.9 *Comunicación*).

Definiciones (artículo 1.10).

## II. LIBERTAD CONTRACTUAL

El papel que juega la libertad o autonomía contractual se manifiesta bajo dos aspectos, uno negativo y otro positivo: el negativo es que nadie puede ser privado de sus bienes o ser obligado a una prestación en contra de su voluntad. El contrato sólo vincula a las partes que lo han celebrado y únicamente tendrá efectos respecto a terceros en la forma que lo disponga la ley.

En sentido positivo, la libertad contractual significa que las partes pueden con la manifestación de su intención crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.<sup>22</sup> Este principio implica que se tiene libertad para elegir con quien se contrata, que clase de contrato celebrar —pudiendo ser un contrato atípico— y redactar las cláusulas que las partes consideren apropiadas. Siempre y cuando se respete el orden público y no contravengan normas imperativas.<sup>23</sup> Un contrato obliga a las partes como ellas quisieron obligarse —*pacta sunt servanda*—<sup>24</sup> y su

22 Cfr. artículo 1792 del Código Civil para el Distrito Federal.

23 Véase *supra*.

24 El Principio de *pacta sunt servanda* se señala en el art. 1.3 de los Principios (*efecto vinculante de los contratos*) “Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguirse conforme con lo que en él se disponga, por acuerdo de las partes o de algún otro modo dispuesto en estos Principios”. Frente al principio de *pacta sunt servanda*, se reconoce el de *rebus sic stantibus* (artículo 6.2 de los Principios, del fenómeno de *hardship* se ocupará el profesor Joseph Perillo). Sólo deseamos hacer hincapié en que un contrato no debe ser visto como si se tratara sólo de una fotografía. En tal caso sería necesario verlo como una película; como un instrumento que nace, vive y se extingue con la misma relación comercial. Muchas veces, un contrato rige una relación de varios años, piénsese por ejemplo, en contratos de distribución o franquicia.

*correlativo principio: las partes por su propia voluntad pueden modificar el contrato.*<sup>25</sup>

#### *A. La autonomía de la voluntad para poder elegir el derecho aplicable*

Los Principios pueden ser utilizados, como derecho aplicable al contrato. Esto representa una alternativa satisfactoria para impedir que una de las partes pretenda imponer a la otra la terminología y las nociones jurídicas aceptadas por su propia legislación.

En México, como en otros países de Latinoamérica, durante muchos años estuvo vigente el principio de territorialismo impidiendo a los particulares poder elegir el derecho aplicable a sus contratos.<sup>26</sup> México re-

<sup>25</sup> Comentario al artículo 1.4 de los Principios. Véase también artículo 3.10(2), 3.10(3), 3.13, 5.8, 6.1.16, 6.2.3, 7.1.7, 7.3.1. y 7.3.3.

<sup>26</sup> Argentina. La doctrina y jurisprudencia de este país coinciden actualmente en la validez y eficacia de la autonomía de la voluntad de las partes en sede de contratos, con algunas excepciones (por ejemplo, contratos de transporte marítimo), en Argentina es la justicia argentina la competente para entender en el asunto en el caso de que el contrato deba cumplirse en Argentina, o cuando el deudor de la obligación contractual se domicilia en el país, o el acto jurídico tuvo lugar en el mismo.

Brasil. Este país, por el contrario, no admite en general la autonomía de la voluntad de las partes en el ámbito de su derecho privado interno, en un aposición mayoritaria sustentada en la circunstancia de que la legislación nacional no la ha establecido de manera expresa, salvo casos puntuales; a la vez que sus soluciones de derecho interno se orientan a reconocer la aplicación de la ley del lugar de celebración de los contratos. Adicionalmente, la justicia brasileña se entiende competente para entender en todos aquellos casos en que el deudor se domicilia en el país, o la obligación debe ser cumplida en el país, o el acto jurídico tuvo lugar en el mismo.

Paraguay. La legislación paraguaya se inclina en general por la aplicación de la ley del lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales, a la vez que en este caso es competente la justicia del país, salvo disposiciones legales expresas en contrario. Pero adicionalmente la justicia de este país es competente en el caso de que el demandado se domicilie en él, en una solución similar a la recogida en la legislación argentina.

Uruguay. La doctrina y jurisprudencia de este país se ha pronunciado en general contra esa autonomía, invocando, adicionalmente a criterios de pura conveniencia política, normas internas que rechazan la autonomía de la voluntad en la materia y declaran la competencia prácticamente irrestricta de la ley y de los tribunales nacionales, normas que apoyan la aplicación de la ley del lugar de ejecución de los contratos; sin perjuicio de que las acciones personales patrimoniales puedan ser ejercidas, a opción del demandante, ante los jueces del domicilio del demandado.

Esta brevísima exposición referida a la autonomía de la voluntad en relación a la legislación aplicable y la jurisdicción competente en materia contractual internacional, permite concluir en primera instancia que, salvo en el caso de Argentina, y aun ahí, con algunas excepciones, los demás países integrantes del Tratado de Asunción son general y mayoritariamente contrarios a la consagración de la autonomía de la voluntad, tanto en cuanto

formó el artículo 13 del Código Civil del D. F. Ahora este artículo establece en la fracción V: "...los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieren designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho".

El criterio de la voluntad de las partes en la Convención del derecho aplicable de la CIDIP V, de la cual se ocuparán en la mesa panel del día de mañana, en su artículo 7 incorporó con gran claridad la autonomía de la voluntad para la elección del derecho aplicable. La Convención de México permite a las partes en cualquier momento modificar el derecho elegido,<sup>27</sup> siempre y cuando no se afecte la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros. Sin embargo, un punto que no queda claro en la Convención es si las partes pueden elegir el derecho de un Estado que no presente ningún punto de contacto con el contrato. Esta cuestión ha sido planteada también para la Convención de Roma y la doctrina se encuentra dividida. Los que se inclinan a favor, afirman que las partes suelen elegir el derecho de un tercer Estado precisamente por ser "imparcial", ya que optar por el de alguna de las partes siempre resultaría más familiar y por lo tanto más ventajoso. Los que se inclinan en sentido contrario aseguran que es necesario que el contrato presente algún punto de contacto con el derecho que se elige.

Una solución intermedia la encontramos en el *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos, que limita la libertad de las partes a la elección del derecho aplicable a los ordenamientos con los que la operación de

a la ley aplicable como a la justicia competente, en esa materia; situación que determinaría el descarte en la aplicación de disposiciones contractuales extrañas o incompatibles con la legislación nacional en la esfera de esos tres países, como son los Principio reiteradamente aludidos, sin perjuicio de lo establecido en leyes expresas o en tratados internacionales de que los mismos sean parte. Siegbert Rippe, "Problemas de derecho internacional privado en materia de contratos comerciales internacionales, con especial referencia a la aplicabilidad imperativos de los Principios del Proyecto UNIDROIT en los Estados Partes del Mercosur", en *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, a cura di M. Joachim Bonell-Sandro Schiapani, Roma, 1996, pp. 53-54.

27 La elección del derecho aplicable también presupone que las partes pueden expresamente acordar que su contrato se rija por los Principios del UNIDROIT o alguno de sus capítulos (*verbi gratia* "Para todo lo relativo al cumplimiento e incumplimiento del presente contrato se aplicarán los Principios de UNIDROIT").

que se trate presente una relación razonable.<sup>28</sup> Nosotros nos inclinamos a pensar que dado que la Convención no lo especifica, lo permite. Siempre y cuando la elección sea de buena fe<sup>29</sup> y no existan disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos o cuando el derecho designado sea manifiestamente contrario al orden público del foro.<sup>30</sup> Permitiéndosele así a las partes poder elegir los Principios como el derecho aplicable a su contrato durante la celebración de éste o posteriormente.

## B. *Los límites a la autonomía de la voluntad*

1. *El contrato en serie.* Existe el principio de que las partes pueden elegir libremente las cláusulas que contengan sus contratos, sin más límite que las leyes prohibitivas o de interés público; sin embargo, en la práctica cotidiana del comercio internacional, frecuentemente se celebran contratos llamados de “adhesión”, o *standard forms*,<sup>31</sup> en los que la autonomía de la voluntad se reduce a elegir si se contrata o no; por lo

28 UCC1-105. Sin embargo en el 187 (2) del *Restatement (Second) of Conflicts of Law* norteamericano, requiere que el derecho elegido mantenga una substancial *relationship*.

29 *Vita Food Products, Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.* (1939) A.C. 277.

30 Artículo 18 de la Convención de México (CIDIP V).

31 “Pou rédiger scrupuleusement le contrat, il faut utiliser toute son expérience professionnelle. L’élaboration et la concertation (coordination) des textes détaillés des contrats prennent du temps. Pour sauver du temps, les parties utilisent des contrats types, contrats-standards qui ont pris une grande ampleur dans le commerce international. La possibilité d’utiliser des contrats-standards est basée sur des traits essentiels communs parmi les contrats du même temps. Il y a un certain nombre de clauses qui peuvent être utilisées dans différents types de contrats (clause d’arbitrage, langue du contrat, procédure de sa modification, force majeure, interprétation, validité, etc.). Comme on a pu le remarquer, chaque contrat porte des traits individuels et typiques en même temps. Parfois, les parties sont d’accord sur les conditions générales applicables à leurs futures transactions. Cela leur permet d’éviter la nécessité d’élaboration de telles conditions dans chaque cas et il suffit de faire la référence aux conditions générales. C’est un des cas où je crois que les Principes peuvent trouver une assez vaste utilisation.

Il est évident qu’il est impossible de créer un contrat-standard pour tous les types de transactions. Des contrats-standards se distinguent non seulement en fonction du fait de quelle organisation les a élaborés mais il faut aussi prendre en considération le type de la transaction (achat-vente, mandat, etc.), le caractère de l’opération (exportation ou importation), le genre de marchandises (matières premières, machines, équipement, pièces de rechange, etc.). Razumov, Konstantin, “Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes UNIDROIT: la pratique contractuelle commerciale russe” en *ICC/ Dossier, op. cit.*, p. 105.

que la problemática jurídica relativa a la formación del contrato internacional en serie, sigue algunas características peculiares.<sup>32</sup>

2. *Libertad de negociación.* El principio de libertad de contratación también se aplica a las negociaciones. Porque existe la regla de que las partes no sólo cuentan con amplia libertad para decidir cuándo y con quién entablar negociaciones con miras a la celebración de un contacto, sino también para decidir cómo y por cuánto tiempo proseguir con los esfuerzos por llegar a un acuerdo. Esto se deduce del principio básico de libertad de contratación enunciado en el artículo 1.1. Este es un principio esencial para garantizar la sana competencia entre comerciantes involucrados en el comercio internacional.<sup>33</sup>

3. *Libertad de forma.* El artículo 1.2 establece el principio de que la perfección del contrato no requiere el cumplimiento de ningún requisito de forma. En este sentido coincide con lo dispuesto por el artículo 11 de la Convención de Viena<sup>34</sup> (CISG) y con el 1832 del Código Civil para

32 Artículo 2.19 (1).

33 Cfr. Comentario al artículo 2.15.

34 El artículo 11 de la Convención de Viena, señala exactamente lo mismo que el artículo 1.2 de los Principios de UNIDROIT, sin embargo cabe advertir que en el momento de ratificar la Convención, los gobiernos de Argentina, Belarús, Chile, Estonia, Hungría, Lituania, Ucrania y la URSS declararon con arreglo a los artículos 12 y 96 de la Convención que no sería aplicable ninguna disposición del artículo 11, del artículo 29 ni la Parte II de la Convención que permitiera que la celebración, la modificación o la extinción, por mutuo acuerdo de un contrato de compraventa, o que la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención se hiciera por un procedimiento que no fuera por escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tuviera su establecimiento en sus respectivos Estados.

Al aprobar la Convención el gobierno de China declaró que no se consideraba obligado por el inciso b) del párrafo 1, por el artículo 11 ni por las disposiciones de la Convención relativas al fondo del artículo 11.

El artículo 11 de la Convención de Viena se inspiró a su vez en el artículo 15 de la ULIS y en el artículo 3 de la ULFC. El artículo 11 de la CISG estaba basado en el principio muy difundido en los países de tradición jurídica romano-canónica del "consensualismo".

En la práctica del comercio internacional, algunas ofertas estipulan que la aceptación debe constar por escrito. Por ejemplo disposiciones de este tipo se encuentran en los documentos redactados por diversas organizaciones como *Paragraphs 2.1 of the following Economic Commission for Europe General Conditions: For the Supply of Plant and Machinery for Export No. 188; For the Supply of Plant and Machinery for Import No. 188A; For the Erectio of Plant and Machinery Abroad, No 188 D and No 573 D; of Sale for the Import and Export of Duable Consumer Goods and Other Engineering Stock Articles, No. 730.* Rajski in Bianca-Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, P. 123. (Milán, 1987).

el D. F.<sup>35</sup> Este principio cobra especial relieve en el contexto de las relaciones del comercio internacional, en las que gracias a los modernos medios de comunicación suelen celebrarse contratos con gran rapidez y prescindiendo de “plasmación documental”.<sup>36</sup> En la práctica, los comerciantes, ansiosos de realizar la operación y recibir ventajas económicas, el “firmar un contrato” pasa a un plano secundario. Otra consecuencia de la elección de un apropiado derecho aplicable es que éste será la guía para determinar si cierta forma es requerida para la existencia o validez del contrato.<sup>37</sup> En Estados Unidos está muy difundida la teoría de *Statute of Frauds*<sup>38</sup> que requiere que exista prueba escrita de algunos contratos. Por ejemplo para el caso de bienes inmuebles<sup>39</sup> u objetos relacionados con los inmuebles<sup>40</sup> y en casos de compraventa cuyo valor fuera superior a 500 dólares<sup>41</sup> o para cumplimiento de obligaciones a plazo mayor de un año. En Estados Unidos también existe la llamada *parol evidence rule* que consiste en que lo pactado por escrito prevalece sobre los acuerdos posteriores que de forma oral hagan las partes.<sup>42</sup>

Las ventajas de que exista un contrato por escrito son principalmente tres. Primero, existe una prueba de que se ha celebrado el con-

35 Artículo 1832. “En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que parezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley”.

36 Comentario 1 al artículo 1.2 de los Principios.

37 Este sería el caso de la omisión de los requisitos establecidos por el Código Civil para un contrato de mandato. *Cfr.* artículo 2557 del Código Civil y las Convenciones Interamericanas relativas a poderes o a las cláusulas como acuerdo de someter al arbitraje o las cláusulas de elección de foro.

38 Al requisito de forma en los Estados Unidos se le conoce como *Statute of Frauds* desde un antigua ley de Inglaterra en 1677 (29 Car. II, c 3). *Statute of Frauds* consiste en que no se ejercitará acción para hacer valer un contrato a menos que conste por escrito, con el fin de cerrar la puerta a numerosos fraudes y perjurios, de ahí su nombre completo *Statute of frauds and perjuries*.

39 *Restatement 2d. 125.*

40 Como en el caso de frutos, minerales etcétera. Véase UCC. 2-107 (1 )(2).

41 UCC 2-201 (3) señala excepciones para el caso de que a pesar de que no conste por escrito, el contrato pueda ser considerado válido.

42 *Rose v. Food Fair Stores, Inc.*, 437 Pa 117, 262 A. 2d 851. Sin embargo, *parol evidence rule* no prohíbe que se puedan hacer acuerdos orales que no sean inconsistentes con el contrato escrito. *Elkins v. Super-Cold Southwest Co., Tex. Civ. Appl.*, 157 S. W. 2d. 946, 947. En materia de compraventa de bienes el *Uniform Commercial Code* establece que el acuerdo escrito puede ser completado por las negociaciones entre las partes o los usos y prácticas comerciales o por la conducta de las partes. UCC 2-202.

trato,<sup>43</sup> en segundo termino, quedaría una prueba de los términos en que el contrato se ha celebrado, en lugar de confiar en la memoria de las partes. Esto es especialmente útil en los contratos de larga duración. Finalmente, la tercera ventaja es que la parte que lo firma cae en la cuenta de que al firmar un documento está haciendo algo legalmente importante. Por otro lado, como ya lo indicamos está la diligencia con que se debe actuar en el comercio internacional. Otro argumento relacionado es que gracias a los adelantos en comunicaciones cada día se llevan a cabo más contratos entre ausentes. Sin embargo esta celeridad del comercio internacional también tiene su precio, por eso las partes que deseen llevar a cabo un contrato deben valorar las dos caras de una misma moneda.<sup>44</sup>

### III. NATURALEZA JURÍDICA

Los Principios sólo representan la opinión de un selecto grupo de eminentes expertos internacionales, cuya autoridad no puede ser otra sino la derivada de la sabiduría y conveniencia de las soluciones establecidas. Por lo tanto, el Consejo Directivo del UNIDROIT los asimiló a cualquier otro destacado trabajo científico de carácter individual o colectivo, carente de fuerza obligatoria *ex proprio vigore*.<sup>45</sup>

Al hablar del ámbito de aplicación de los Principios podríamos hablar de una aplicación directa, cuando los Principios son incorporados al contrato por la voluntad de las partes o cuando se aplican como *lex mercatoria*<sup>46</sup> o se utilizan como el derecho aplicable en virtud de lo contem-

43 El hecho de que un contrato pueda ser probado incluso por testigos (artículo 1.2 de los Principios del UNIDROIT) plantea la posibilidad de que alguna parte pudiera actuar de mala fe adiestrando testigos falsos.

44 Las partes obviamente pueden acordar la necesidad de observar una forma específica para celebrar, modificar o extinguir el contrato. En este mismo sentido se expresa el artículo 2.13 de los Principios de UNIDROIT: “Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insistiera en que el contrato no se entenderá celebrado sino una vez que se haya logrado un acuerdo sobre cuestiones específicas o se celebre bajo una forma determinada, el contrato no se considerará celebrado mientras que no se cumplan tales requisitos.”

45 Parra Aranguren, Gonzalo, “El Proyecto de Principios de UNIDROIT, aspectos de derecho internacional privado”, en *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, a cura di M. Joachim Bonell-Sandro Schipani, Roma, 41 (1996).

46 Se cita a la *lex*.

plado en la Convención de México,<sup>47</sup> y de una aplicación indirecta, cuando se utiliza en lugar de la *lex fori* o cuando se utiliza por el árbitro como llenar lagunas<sup>48</sup> del derecho aplicable o de la voluntad de las partes.

#### IV. VALORES JURÍDICAMENTE PROTEGIDOS

##### A. *La Buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional*<sup>49</sup>

Sin duda alguna uno de los ejes más importantes de los Principios del UNIDROIT es el de la “buena fe y lealtad negocial”.<sup>50</sup> Existen muchas disposiciones que a lo largo de los diferentes capítulos de los Principios hacen referencia, directa o indirectamente, a la aplicación del principio de buena fe.<sup>51</sup> Textualmente este artículo establece:

(Buena fe y lealtad negocial)

1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

2) Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber.

47 Como principio reconocido por organismo internacional (artículo 10) o para regular los actos *ultra vires* (artículo 15). Para mayor referencia confróntese lo expresado por los profesores Pereznieto, Siqueiros y Juenger en las actas de este seminario.

48 Hay una laguna en el derecho cuando una cuestión jurídica no tiene ninguna solución (Hemos optado por usar la expresión “solución” en vez de conservar “ respuesta” la cual literariamente corresponde a la palabra *answer*. Solución es el término usado por Alchourrón y Bulygin en su libro *Normative Systems cit., (Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales)*, cit. Raz, Joseph, *op. cit.*, p. 95.

49 Esta sección se inspira en el artículo de la autora “Los valores que inspiran la contratación comercial internacional”, *Revista de Derecho Privado*, McGraw-Hill, núm. 17, mayo-agosto de 1995, p. 67 *et seq.*

50 Los Principios de UNIDROIT son más explícitos respecto al concepto de buena fe que la CISG. La buena fe juega un papel supranacional como parte de la nueva *lex mercatoria*. Juenger, Friedrich K., “Listening to Law professors talk about good faith: some afterthoughts”, en *Tulane Law Review*, vol. 69, núm. 5, abril de 1995, p. 1255.

51 Comentario al artículo 1.7, véase, por ejemplo, los artículos 2.3 (2) (b), 2.15, 2.16, 2.18, 2.20, 3.5, 3.8, 3.10, 4.1 (2), 4. 2.(2), 4.6, 4.8, 5.2, 5.3, 6.1.3, 6. 1.5, 6.1.16,(2), 6.1.17 (1), 6.2.3 (3) (4), 7.1.2, 7.1.6, 7.1.7, 7.2.2(b)(c), 7.4.8 y 7.4.13.

No es tarea fácil definir el principio de buena fe. En los diversos sistemas jurídicos<sup>52</sup> varían los alcances del deber de buena fe.<sup>53</sup> Las cuestiones relativas a la responsabilidad extracontractual no se resuelven de forma similar en los diversos sistemas jurídicos. En México tenemos la figura del enriquecimiento ilegítimo, por un lado, y, por el otro el título relativo a los contratos preparatorios o a la promesa del contrato. Recuérdese por ejemplo, que en México la Suprema Corte ha decidido que el contrato de promesa engendra derechos y obligaciones para las partes que en él intervienen... Quinta Época: Tomo XVI, p. 620. García Álvarez Toribio. Tomo XXXIII, p. 1610 López José. Tomo LI, p. 70. Konde Isuke. Tomo LVII, p. 1872. Landero Gómez Francisco y Coags. Tomo LXII, p. 1685. Pallás de Duque María Esther. *Apendice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación*. Cuarta parte, tercera Sala, p. 806. (701). Incluso en el Código Civil del Distrito Federal el concepto de buena fe tiene dos acepciones: en sentido subjetivo, consiste en la protección que se otorga a quien ha actuado por ignorancia, inexpe-

52 A manera de ejemplo, citamos una experiencia del profesor Roy Goode: en cierta ocasión cuando él era abogado litigante en Inglaterra, se vio en la necesidad de consultar un abogado del Medio Oriente para representar en juicio al actor, un cliente inglés. Al paso de un año, Roy Goode se enteró que el mismo abogado era el representante legal del demandado. Lo que en Inglaterra y en casi todos los países occidentales se considera prevaricato. Roy Goode escribió una carta al abogado del Medio Oriente manifestando su inconformidad y dando por terminado el contrato de prestación de servicios profesionales, sin embargo, el abogado del Medio Oriente contestó: “Muy estimado señor Goode: En atención a su carta le comento que lo que sucede es que sólo existe un excelente abogado en el Medio Oriente que atienda asuntos internacionales y ese soy yo. Por lo que su cliente será muy bien representado por mí”. Roy Goode confió en ese abogado del Medio Oriente y para su sorpresa todo salió muy bien. *Cfr.* Goode, Roy, “The concept of ‘Good Faith’ in English Law”, en *Saggi, Conferenze e Seminari del Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero* (Roma, 1992).

53 El principio de buena fe es un principio ético que cumple con una función integrativa en el contrato. En el artículo 1134 francés se dice que las obligaciones deben ser cumplidas de buena fe. Este criterio de comportamiento lo encontramos también en el artículo 242 del *BGB* alemán que trata del criterio *Treu und Glauben* (confianza y fe), interpretado en contraposición del *Gutte Sitten* (uso común). El UCC, artículo 2-103 (b) define a la buena fe como honestidad de hecho en la conducta u operación de que se trate. En el Segundo *Restatement* 161 (b) se encuentra: “*amounts to failure to act in good faith and in accordance with reasonable standards of fair dealing*”. El Código Civil italiano, además del deber de buena fe recogido en el artículo 1337 se refiere, en el artículo 1175, a que el acreedor y el deudor deben comportarse según las reglas de *correttezza*. Este deber de buena fe y tener un comportamiento correcto son vigentes también para las negociaciones previas a la celebración del contrato. Si no, se incurriría en la llamada *culpa in contrahendo*.

riencia o ha sido víctima de los engaños de quien ha actuado de mala fe. En sentido objetivo, sentido al que nos referimos en esta ponencia, la buena fe consiste en un deber contractual que podría ser sinónimo de actuar con lealtad, confianza y solidaridad.<sup>54</sup> El concepto de “buena fe y lealtad negocial” en los Principios de UNIDROIT debe ser entendido como un criterio comercial razonable.<sup>55</sup>

La buena fe debe existir antes, durante y después del contrato.<sup>56</sup> Un contrato no puede ser simplemente visto como el punto de toque de dos voluntades contrapuestas. Entre los sinónimos del verbo “contratar” se encuentran: contraer, estrechar, unir, juntar o reunir.<sup>57</sup> Los Principios del UNIDROIT, con gran acierto, consideran al contrato como un proyecto en común, en donde ambas partes resultan beneficiadas.<sup>58</sup> La posibilidad

54 Artículo 1796 Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias, que, según su naturaleza, son *conforme a la buena fe*, al uso o a la ley.

55 Respecto a los conceptos de buena fe en general véase Hartkamp, Arthur S., “Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Nehterlands”, 40 *Am. J. Comp. L.* 551, 554-55 (1992). Tanto en alemán como en holandés existe una terminología diferente para los dos tipos de significado de la buena fe “*Treu und Glauben*” y “*redelijkheid en billijkheid*” en alemán y en holandés: “*Gutgäubigkeit*” y “*goede trouw*”, citado por Bonell, J., “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? Why? How?”, *Tulane Law Review*, vol. 69, April 1995, num. 5, p. 1139g.

56 “Les exemples pourraient être multipliés. Aus négociateurs et aux rédacteurs de contrats internationaux, les Principes peuvent servir de guide à plusieurs niveaux: vérification de la liste des points +a reconter, choix des bonnes solutions techniques, adoption de règles équilibrées, souci de ne pas privilégier lun ou lautre système juridique, sans se priver les avantages liés à lemprunt de tel ou tel mécanisme avantageux, identification des problèmes propres aux contrats internationaux et modèles de solutions.” Fontaine, Marcele, *op. cit.*, p. 80.

57 *Cfr.* voz “Contrato”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*.

58 Ejemplo de esto lo encontramos en la obligación de cooperación entre las partes del artículo 5.3. Al leer el comentario respectivo nos encontramos con que la obligación de cooperación entre las partes debe circunscribirse a ciertos límites, sin llegar al grado de intercambiar las obligaciones de las partes para el cumplimiento del contrato. El comentario a este artículo cita el siguiente ejemplo: “A” una galería de arte del país “X” compra una pintura del siglo XVI a “B”, un coleccionista privado del país “Y”. El cuadro no puede ser exportado de “Y” sin una autorización especial, y el contrato estipula que es obligación de “B” solicitar dicha autorización. Empero “B” carece de experiencia en estos trámites y encuentra serios problemas con el trámite de la solicitud de exportación, mientras que “A” goza de amplia experiencia en este tipo de solicitudes. En estas circunstancias, y no obstante la disposición contractual, es razonable esperar que “A” brinde al menos algún tipo de cooperación a “B”.

de que exista buena fe en un contrato, lleva a una parte a confiar en la otra, a poder fiarse, por ejemplo, de que el ejercicio de los poderes discrecionales serán utilizados correctamente. Poder fiarse de la otra parte es lo que justifica en un momento dado, el transmitir un secreto comercial con la seguridad de que no se divulgará a terceros.

En materia mercantil, según el código de comercio mexicano no existe lesión. Ya que se presume que quien se dedica al comercio es porque sabe lo que hace y, por lo tanto, no puede alegar suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria. A nivel internacional sí puede darse que un comerciante obtenga una ventaja excesiva e injustificada de la otra parte. Lo que puede ocurrir cuando existe una posición negociadora desproporcionada originada por la naturaleza y finalidad del contrato, como lo sería pactar un plazo demasiado breve para comunicar defectos en las mercancías o en los servicios,<sup>59</sup> o por contar con información privilegiada. Por esto, en los Principios de UNIDROIT sí se puede anular un contrato por desproporción excesiva en las prestaciones.

### B. *La interpretación e integración de los principios*

Los Principios del UNIDROIT dedican el capítulo cuatro a la interpretación del contrato, pero además el artículo 1.6 se refiere a la Interpretación e integración de los Principios. Al mencionar que para interpretar los Principios se tendrá en cuenta su finalidad, este artículo deja claro que no debe atenderse al sentido estricto y literal de las palabras, sino a su significado a la luz de los propósitos que inspiran cada disposición y los Principios en su conjunto.<sup>60</sup> Sin embargo se está corriendo el riesgo, riesgo en el que cayó la CISG, de no preveer cómo se logrará que en todo el globo terráqueo se interpreten de la misma forma. En los países del *common law* existe el principio de *stare decisis*,<sup>61</sup> y francamente me preocupa que los ejemplos que citan los comentarios a los principios puedan interpretarse de tan amplia forma como ha sucedido con los precedentes norteamericanos.

59 Artículo 3.10 de los Principios de UNIDROIT.

60 Comentario 3 al artículo 1.6.

61 *Stare decisis et non quieta movere*. To adhere to precedents, and not to unsettle things which are established. *Ballard County v. Kentucky County Debt Commission*, 290 Ky. 770, 162 S.W. 2d. 771, 773, en *Black Law Dictionary*, p. 1406.

### C. Los usos comerciales y la práctica comercial internacional

Existen dos “principios” muy importantes en el documento UNIDROIT, nos referimos además de la buena fe y lealtad negocial, a los usos utilizados en el comercio internacional, que se menciona en el artículo 4.3 y lo que sería “razonable” “de acuerdo con las circunstancias” nociones de contenido variable en los Principios, y el uso de “buena fe” “de los usos y practicas comerciales” así como del criterio de la persona “razonable” “de acuerdo a las circunstancias” brindan cierta flexibilidad, flexibilidad que no tienen las normas generales y abstractas.

El artículo 1.8 de los Principios reproduce lo señalado en el artículo 9 de la CISG.<sup>62</sup> El primer párrafo señala que las partes están obligadas por cualquier uso en cuya aplicación hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. Lo que parece relevante de esta fracción es que las partes deben de hacerle saber a la otra que aunque acepten cierto hecho éste no se constituye en una práctica.<sup>63</sup> Encontramos en esto una confirmación del principio de autonomía de la voluntad, ya que si las partes por su comportamiento, acuerdan en cierta práctica ésta debe conservarse.<sup>64</sup> Respecto a los usos del comercio internacional, se hace mención que la *Lex mercatoria* se refiere a los usos internacionales, por lo que si se trata tan sólo de un uso local este no podría invocarse, a menos que las partes hubieran tenido conocimiento o debieran haberlo tenido.<sup>65</sup> Una de las ventajas que tiene el arbitraje privado comercial

62 A su vez el artículo 9 de la CISG esta inspirado en el artículo 9 de la ULIS.

63 Las prácticas comerciales son definidas por el UCC Norteamericano en su artículo 1-205 “a sequence of previous conduct between the parties to a particular transaction which is fairly to be regarded as establishing a common basis of understanding for interpreting their expressions and other conduct”.

64 Del texto de la primera fracción del artículo 1.8 no se puede concluir que la práctica debe ser expresa, basta que sea implícita. El ejemplo del Comentario 2 al artículo en cuestión resulta ilustrativo: “A” un proveedor de mercaderías, ha aceptado repetidamente reclamaciones de “B”, un cliente, por defectos en la cantidad o cualidad de las mercaderías, realizadas hasta dos semanas después de su entrega. En una ocasión en que “B” comunicara los defectos una quincena después de dicha entrega. “A” no podría objetar que fuera realizada demasiado tarde, porque la práctica de comunicar los defectos dentro de las “dos semanas” se había convertido en una práctica establecida entre las partes, por la cual “A” se encuentra obligado.

65 Al respecto Joachim Bonell señala que la CISG da a la palabra “uso” un sentido muy amplio, mucho más que el de los derechos nacionales donde existe diferencia entre “custom”, “proved trade usages” y los simples “usages”, “gewohnheitsrecht” y

respecto a los jueces nacionales es que aquellos deberán estar más familiarizados por usos comerciales internacionales.<sup>66</sup> Un límite a la aplicación de los usos comerciales lo encontramos en relación con la validez del mismo, es decir: no se podrán aplicar usos en contra de normas de orden público nacionales. Los elementos de la costumbre son *inveterata consuetudo* y *opinio iuris*. En materia del comercio internacional no se requiere que el uso o práctica sea efectuado desde tiempo inmemorial, basta que sea razonable su aplicación.<sup>67</sup>

Un ejemplo de usos o prácticas serían las siglas INCOTERMS. Para determinar si existe un uso o práctica internacional se debe hacer referencia, según el segundo párrafo al “tráfico mercantil de que se trate”.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

El derecho proporciona el marco general dentro del cual ocurre la vida social. Es un sistema para guiar el comportamiento y para resolver las disputas, el cual pretende suprema autoridad para interferir en cualquier tipo de actividad. El derecho, también, regularmente soporta o restringe la creación y práctica de otras normas en la sociedad. Mediante tales pretensiones el derecho intenta proporcionar el marco general para la conducta en todos los aspectos de la vida social y erigirse en el supremo guardián de la sociedad.

“handelsbräuche”, “usages de droit” and “usages conventionnels” “usi” y “clausole d’uso”, etcétera, Bonell, en Bianca-Bonell, *op. cit.*, p. 111.

66 Por ejemplo el artículo 1445 del Código de Comercio (que incorporó la ley Modelo de UNCITRAL señala *in fine*: “En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del convenio y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”. También puede verse Bonell en Bianca-Bonell, *op. cit.*, p. 111. “Article VII of the Geneva Convention on International Commercial Arbitration of 1961, article 1496 of the French Code of Civil Procedure as introduced by Décret n. 81-500 of 12 May 1981; article 33 of the UNCITRAL rules of Arbitration; article 13 of the International Chamber of Commerce Rules on Conciliation and Arbitration; and article 28 (4) of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration”.

67 Véase párrafo 222 Restatement (Second) of The Law of Contracts, Official Comment; “A usage of trade need not be ancient” or “immemorial”, “universal” or the like. Unless agreed to in fact, it must be reasonable, but commercial acceptance by regular observance makes out a prima facie case that a usage of trade is reasonable. Citado por Bonell en Bianca-Bonell, p. 113.

Ahora es posible resumir las conclusiones referentes a la adecuada actitud hacia los Principios del UNIDROIT. No existe obligación general de obedecerlos, sin embargo puede ser muy útil para la redacción de contratos, como fuente de terminología, como un *check-list* para la elaboración de contratos y como modelo de redacción de cláusulas para los casos en que los Principios sean o no el derecho aplicable.