

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
Libre comercio y contratos comerciales internacionales .....	1
Los principios del Unidroit .....	5
Estudio comparativo .....	7
Conclusiones .....	9
Agradecimientos .....	14

# *Introducción*

---

## **LIBRE COMERCIO Y CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES**

---

El *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* (TLCAN) facilita los flujos de mercancías y capitales entre los tres países miembros a partir del establecimiento de políticas uniformes en materia de comercio exterior que han de seguirse en los tres países, como las políticas relativas a tarifas arancelarias, inversiones extranjeras, protección de la propiedad industrial, prestación de servicios financieros transfronterizos, etcétera. Todo el contenido del TLCAN, desde el punto de vista jurídico, puede sintetizarse diciendo que procura la uniformidad o armonización de las políticas de comercio exterior de los tres países. La idea subyacente es que el libre comercio es un medio adecuado para el desarrollo de los pueblos.

Pero ni las políticas de comercio exterior ni el mismo tratado son en realidad el libre comercio. Éste se formaliza en los contratos internacionales que celebran los particulares (personas o empresas) con el fin de intercambiar bienes y servicios. Las políticas de comercio exterior y los tratados de libre comercio son, por decirlo así, únicamente la escenografía adecuada para que actúen los verdaderos agentes del libre comercio que son los importadores, exportadores, fabricantes, las empresas y empresarios en suma. El TLCAN fija condiciones que supuestamente han de facilitar la celebración de contratos comerciales internacionales, como exportaciones o importaciones de mercancías, contratos de distribución, suministro o agencia, licencias de uso de marcas o patentes, contratos de transferencia de tecnología, contratos de transporte de mercancías, contratos de construcción o de obra terminada, contratos de prestación de servicios, etcétera. El éxito o el fracaso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte finalmente se medirá en relación con la contribución que haga al desarrollo de los tres pueblos, pero en forma inmediata se puede sopesar a partir del incremento o decremento de los contratos comerciales internacionales entre los tres países.

Por lo anterior se manifiesta la necesidad de que el TLCAN, que unifica y armoniza las políticas de comercio exterior, venga acompañado de un conjunto de principios y reglas sobre la celebración de los contratos comerciales internacionales, su ejecución e interpretación, que puedan servir como criterios para resolver los litigios o controversias que surjan con motivo de su aplicación.<sup>1</sup> En el orden interno, cada Estado tiene su propio derecho contractual por el que se gobiernan los contratos celebrados entre sus nacionales o los celebrados dentro de su territorio. Pero los contratos comerciales internacionales rebasan el ámbito de competencia del derecho contractual del Estado, debido a que se trata de contratos que celebran personas de diferente nacionalidad que están asentadas en territorios de diversos Estados.

La problemática que plantea la regulación de los contratos comerciales internacionales se pretendió resolver con las reglas del derecho internacional privado, mediante la aplicación de uno de los derechos nacionales de las partes involucradas. La cuestión se planteaba bajo la perspectiva de definir cuál es la ley nacional aplicable al contrato. Este planteamiento, que era inherente a la idea del Estado —ya superada— como entidad soberana que se regula por su propio derecho, no tiene un resultado equitativo, ya que concede una gran ventaja a la parte cuyo derecho resulta aplicable al contrato. En efecto, ésta puede comprender más fácilmente los términos, alcances y condiciones del contrato y disponer de asesoría jurídica más competente y menos onerosa, mientras que la otra parte debe hacer el esfuerzo de comprender un derecho “extranjero”, a menudo expresado en idioma distinto al suyo. Una consecuencia práctica e inmediata de esta desventaja es que, en presencia de un problema, la parte cuyo derecho se aplica tiene más poder de negociación para hacer efectivas sus pretensiones que la otra, la cual está más dispuesta a ceder y conseguir un arreglo en vez de litigar en un derecho que apenas conoce.

La regulación de los contratos comerciales internacionales requiere no sólo de reglas sustantivas comunes, sino también de una instancia jurisdiccional adecuada, con sus propias reglas procesales y de la capacidad de hacer efectivas las decisiones jurisdiccionales con apoyo del poder público. Se requiere entonces de un derecho sustantivo aplicable a los contratos

<sup>1</sup> En el ámbito de la Unión Europea esto se ha visto claramente, por lo que se nombró una comisión encargada de elaborar un conjunto de reglas sobre los contratos comerciales internacionales. La comisión la preside Ole Lando y Hugh Beale. De sus trabajos ya salió publicado un volumen titulado *The Principles of European Contract Law*, Dordrecht Boston, Londres, 1995, 268 pp., que comprende la primera parte sobre cumplimiento, incumplimiento y recursos de los contratos comerciales internacionales.

internacionales, una jurisdicción especializada en ellos y reglas comunes para la ejecución de las decisiones jurisdiccionales.

El TLCAN tiene algunas disposiciones respecto a la solución de controversias entre particulares. Por una parte, dispone (art. 2022, párrafos 1 y 4) que los gobiernos favorezcan el arbitraje comercial y otros medios alternativos para la solución de controversias privadas y crea un *Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas*, con la misión de que haga estudios y recomendaciones para el uso eficiente del arbitraje y otros medios de solución de controversias entre particulares en la zona de libre comercio. Por otra parte, propone (art. 2022, párrafo 3) que los países miembros del Tratado formen parte de la *Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras* (Nueva York, 1958) o de la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional* (Panamá, 1975), es decir, que tengan previsto un procedimiento ágil para la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

Con estas medidas, el TLCAN está proveyendo de una jurisdicción especializada en materia de controversias comerciales internacionales, que es el arbitraje comercial internacional. El arbitraje comercial es realmente un órgano jurisdiccional, aun cuando ni los árbitros ni las instituciones arbitrales estén dotadas de poder público ni sean parte del poder judicial de uno de los Estados. La esencia de la jurisdicción es la decisión de las controversias; el poder sólo se requiere para la ejecución forzosa de esa decisión si el demandado no la cumple voluntariamente. Cuando los árbitros deciden una controversia mediante un laudo, hacen realmente un acto jurisdiccional, si bien pueden luego requerir el auxilio del poder judicial para la ejecución forzosa del laudo. El arbitraje comercial internacional puede llegar a ser el órgano jurisdiccional especializado para la solución de controversias comerciales privadas en la zona de libre comercio. En la actualidad existen varias instituciones de arbitraje comercial en la zona, entre las que destacan la *American Arbitration Association*, el *British Columbia International Commercial Arbitration Center*, la *Comisión de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México*, el *Centro de Arbitraje de México* y la *Cámara Internacional de Comercio*; además todas estas instituciones han creado una nueva organización transnacional denominada *Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas, CAMCA)*. En vista de esto, el *Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas* concluyó en su sesión de noviembre de 1996 que no hay necesidad de promover ni de fundar nuevas instituciones de arbitraje.

Cada una de estas instituciones, y las demás que existen, tienen sus propias reglas de procedimiento arbitral y sus propias listas de árbitros.

Las reglas de procedimiento son más o menos homogéneas y en consonancia con las *Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional*. Las leyes de arbitraje de los tres países son también homogéneas y similares a la *Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional* de la misma Comisión de Naciones Unidas. Los procedimientos para ejecutar los laudos que no fueren voluntariamente cumplidos están armonizados en los tres países, debido a que en todos está en vigor la *Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras* (Nueva York, 1958).

El TLCAN nada dice acerca de las reglas sustantivas conforme a las que se resolverán las controversias comerciales privadas. Si se deja que simplemente se aplique el derecho contractual de uno de los países a los contratos internacionales en la zona de libre comercio, se estaría promoviendo una situación inequitativa en favor de la parte cuyo derecho se aplica, que ordinariamente suele ser la parte económicamente más fuerte. El libre comercio, así como requiere la existencia y promoción del arbitraje comercial privado como un órgano jurisdiccional especializado e independiente, requiere de reglas sustantivas comunes aplicables para la solución de las controversias comerciales. Hace falta que se vaya desarrollando un derecho contractual común o internacional que rijan los contratos comerciales internacionales en la zona de libre comercio. Esto no implica que necesariamente los países hayan de modificar su derecho contractual interno. Más bien postula la existencia de un derecho contractual aplicable a los contratos internacionales, común a los países del área, que coexista con los derechos contractuales nacionales aplicables a los contratos de orden interno. Cada país puede seguir y desarrollar sus propias tradiciones jurídicas, y al mismo tiempo cultivar y aplicar el derecho contractual común aplicable a los contratos internacionales.

Ya están en vigor, de hecho, algunas reglas contractuales comunes en la zona norteamericana de libre comercio. La más importante es la *Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías* (Viena, 1980), que está en vigor en los tres países y contiene una regulación detallada y completa de estos contratos. Esta reglamentación de la compraventa internacional se complementa con las *Reglas para la Interpretación de los Términos Comerciales Internacionales (Incoterms)* que, aunque no tienen la fuerza de una convención, sí rigen los contratos por decisión de las partes o bien como usos comerciales. Hay también reglas comunes relativas a ciertos aspectos del contrato de transporte marítimo de mercancías, contenidas en la *Convención Internacional sobre la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Conocimiento de Embarque* (Bruselas, 1924, conocidas como "Reglas de La Haya") y enmendadas por el protocolo de 1968 (y conocidas como "Reglas de La Haya y

Visby”), que están vigentes en México,<sup>2</sup> pero aún están sin una reglamentación común otros contratos de carácter comercial,<sup>3</sup> como los contratos de transporte de mercancías o de personas, los contratos de distribución, franquicia, suministro o agencia, los de construcción u obra terminada, los de prestación de servicios profesionales o los contratos de asociación en participación.

En este contexto, y aceptada la conveniencia de un régimen común de los contratos comerciales internacionales, cabe preguntar qué papel podrían jugar en el área los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*<sup>4</sup> (en lo sucesivo se citarán como *Principios*) preparados por el *Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit)* y publicados en versión inglesa el año de 1994, que es el mismo año que entró en vigor el TLCAN.

## LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT

Estos *Principios* son un conjunto de reglas que pretende ser aplicable a los diversos contratos comerciales internacionales. Se refiere a los aspectos generales comunes de cualquier contrato, a los aspectos que en la tradición civilista se consideran como los temas de la teoría general del contrato. Consta de un preámbulo, que expresa el propósito del documento, y siete capítulos, dos de los cuales se subdividen en secciones; en total contiene 119 artículos. El primer capítulo (10 artículos) contiene disposiciones generales. El segundo (22 artículos) se ocupa de la formación del contrato; el tercero (20 artículos), de su validez; el cuarto (8 artículos) da reglas para la interpretación de los contratos y el quinto (8 artículos) trata acerca del contenido general de las obligaciones contractuales. El sexto capítulo se refiere al cumplimiento, subdividido en dos secciones: la primera (17 artículos) sobre el cumplimiento en general y la segunda (3 artículos) sobre la excesiva onerosidad sobrevenida (*hardship*). El capítulo séptimo se refiere a las

<sup>2</sup> Hay una reglamentación completa del contrato de transporte marítimo de mercancías en la *Convención de Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías* (Hamburgo, 1978, conocida como “Reglas de Hamburgo”), que ya está en vigor en los países que la han ratificado, pero no está aún en vigor en Canadá, Estados Unidos ni México.

<sup>3</sup> No considero los negocios bancarios ni los bursátiles como contratos comerciales, sino como operaciones de naturaleza diferente, que requieren una reglamentación también diferente.

<sup>4</sup> Instituto para la Unificación del Derecho Privado (*Unidroit*) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales* (Roma, 1995, p. 273). Primeramente se publicó la versión inglesa *Principles of International Commercial Contracts* (Roma, 1994).

consecuencias del incumplimiento, es el más largo y se subdivide en cuatro secciones: la primera (7 artículos) sobre el incumplimiento en general, la segunda (5 artículos) sobre el derecho a exigir el cumplimiento específico de las obligaciones contractuales, la tercera (6 artículos) sobre la terminación o resolución del contrato y la cuarta (13 artículos) sobre el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

El texto se presenta en una forma distinta de la que es propia de los códigos de la tradición civilista, y es parecida a la de los *restatements* estadounidenses. En primer lugar aparece el texto de cada artículo, que se numera en razón del lugar que ocupa dentro del capítulo y sección al que pertenece, conforme al sistema decimal, y no en forma continua. Así, el artículo primero de la sección cuatro del capítulo siete, lleva el número 7.4.1. El artículo puede subdividirse en párrafos, separados por un punto y aparte y caracterizados con números arábigos colocados entre paréntesis o en cláusulas, separadas por un punto y coma e identificadas con una letra minúscula colocada entre paréntesis; los párrafos también pueden subdividirse en cláusulas. Las referencias se hacen indicando el número del artículo, y luego el número del párrafo o la letra de la cláusula entre paréntesis, por ejemplo 7.3.5(1) o 7.3.1(2)(a). Después del texto de la regla sigue un comentario, que tiene el mismo valor que la regla y que se subdivide en secciones marcadas con números arábigos y encabezadas por una rúbrica en letra negrita que indica su contenido; si el comentario no tiene secciones, no se numera; intercalados en el comentario aparecen ejemplos que se distinguen por su número arábigo; si no hay más que un solo ejemplo, no se numera. También se hace referencia a las secciones del comentario o a los ejemplos, indicando el número del artículo, seguido de la palabra *comentario* o *ejemplo*, y el número correspondiente a la sección del comentario o al ejemplo, o, si no están numerados, la indicación de que es único; verbigracia: artículo 6.1.3 *comentario* 2, o artículo 6.1.4 *ejemplo* 2, o bien artículo 5.8 *comentario* único o artículo 4.5 *ejemplo* único.

Los *Principios* no tienen validez oficial como un tratado o convención internacional; tampoco como un uso o costumbre internacional. Son, por ahora, simplemente un conjunto de reglas y comentarios que han sido aprobados por un grupo representativo de juristas de las diversas tradiciones jurídicas actuales como reglas adecuadas para los contratos comerciales internacionales. Pero pueden convertirse en reglas efectivamente aplicables a los contratos comerciales internacionales por acuerdo específico de las partes de un contrato, o bien cuando las partes acuerdan aplicar los “principios generales del derecho”, la *lex mercatoria* u otras expresiones semejantes. En el ámbito norteamericano pueden llegar a ser aplicables, aunque no haya acuerdo de las partes, por efecto de la *Convención Interamericana sobre la Ley Aplicable a los Contratos Comerciales Inter-*

*nacionales*,<sup>5</sup> la cual dispone que los jueces y árbitros que conocen una controversia derivada de un contrato internacional deberán aplicar, a falta de acuerdo de las partes, la ley nacional que guarde más relación con el contrato, así como las reglas internacionales que suelen aplicarse a dichos casos; los *Principios* pueden ser considerados como una de esas reglas.

## ESTUDIO COMPARATIVO

---

Debido a la necesidad de reglas comunes para los contratos internacionales en la zona norteamericana de libre comercio, cabría preguntar qué tan conveniente sería hacer aplicables los *Principios*, por voluntad de las partes, a los contratos comerciales internacionales. ¿Qué ventajas o desventajas podrían tener los contratantes, abogados, jueces y árbitros por el hecho de invocar su aplicación? La respuesta tiene que darse caso por caso, pero una orientación general podrá derivarse de hacer un estudio comparativo de las reglas que contienen los *Principios* con las reglas correspondientes del derecho contractual de la tradición romanista y de la tradición del *common law*, que son las tradiciones de las que dependen los derechos contractuales de la zona norteamericana.

Hacer un estudio comparativo de estos *Principios* en relación con la tradición romanista y con la tradición del *common law* sería una empresa excesiva en lo referente a la cuestión que aquí se propone acerca de la conveniencia de invocar los *Principios* como regla de los contratos en la zona norteamericana de libre comercio. En este estudio me he limitado a hacer un estudio comparativo de los *Principios* con dos fuentes representativas de cada una de estas tradiciones, con el *Código Civil para el Distrito Federal* (en lo sucesivo *Código*), que sería la principal fuente del derecho mexicano que se aplicaría para regir los contratos comerciales internacionales que debieran regirse por la ley mexicana, y con el *Restatement of the Law Second Contracts*<sup>6</sup> (en lo sucesivo *Restatement*) que, aunque no es

<sup>5</sup> Artículo 10 de la *Convención Interamericana sobre la Ley Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales* (México, 1995), que ya ha sido aprobada y ratificada por México. Al respecto véase José Luis Siqueiros, "Los principios de Unidroit y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales"; F. K. Juenger, "The Unidroit Principles of Commercial Contracts and Interamerican Contracts chois of Law", ambos en *Contratación internacional*, México, 1998, pp. 217 y 229, respectivamente.

<sup>6</sup> *Restatement of the Law Second Contracts*, as adopted and promulgated by the American Law Institute, 3 vols., St. Paul, Minnesota, 1981. Esta obra está dividida en 16 capítulos, que a veces se subdividen en secciones (*topics*) y en artículos numerados, que en total son 385. Las referencias se hacen a los artículos. Cada artículo contiene una regla, impresa en

una fuente oficial<sup>7</sup> puede considerarse como representativa del derecho contractual elaborado principalmente por las decisiones judiciales y las obras doctrinales.

Intenté hacer el estudio comparativo artículo por artículo, cotejando un artículo de los *Principios* con el artículo correspondiente del *Código Civil* o del *Restatement*, pero pronto me di cuenta de que la comparación resultaba demasiado gruesa, porque un artículo podía contener dos, tres o más proposiciones (afirmaciones o negaciones) distintas. Teniendo esto en mente, decidí aislar las proposiciones que contiene cada artículo de los *Principios* para compararlas con las proposiciones correspondientes de los otros derechos. En consecuencia, en el presente estudio se utiliza la siguiente metodología: primero se presenta el texto oficial del artículo (sin el comentario) de los *Principios*, en el cual aparece la rúbrica en letra negrita y el texto del

letra negrita, que puede dividirse en párrafos, que se distinguen por su número arábigo colocado entre paréntesis, en cláusulas, que se distinguen por su letra colocada entre paréntesis, o en subcláusulas que se distinguen por numeración romana minúscula, colocada también entre paréntesis. De modo que las referencias se hacen al número del artículo, luego el número de párrafo, entre paréntesis, a la letra de la cláusula, también entre paréntesis y al número romano minúsculo de la subcláusula igualmente entre paréntesis. Por ejemplo, la referencia 338(4)(a), indica el artículo 338, párrafo 4, cláusula a. Hay artículos que se subdividen sólo en párrafos o sólo en cláusulas y subcláusulas, de modo que puede haber referencias como éstas: 336(1), o 345(a) o 342(b)(iii). Cuando la regla no tiene subdivisiones se cita sólo el número del artículo, como 339. Cada artículo, además de la regla, contiene un comentario (*comment*), cuyos párrafos se distinguen por su letra cursiva (*a, b...*) y ejemplos (*illustrations*) que se distinguen por un número arábigo. Se puede hacer referencia a los párrafos del comentario o a los ejemplos, indicando el número del artículo, seguido de la palabra *comment* o *illustration* y la letra o número correspondiente, por ejemplo 339 *comment b* o 339 *illustration 3*. Cada artículo concluye con una nota del redactor del artículo (*reporter note*) en la que indica los cambios que ha sufrido el artículo en relación con la primera edición del *Restatement* y proporciona referencias a sentencias judiciales, leyes y obras doctrinales relacionadas con las afirmaciones hechas en cada párrafo del comentario.

<sup>7</sup> El *Restatement of the Law* es una obra doctrinal, emprendida por el *American Law Institute*, que intenta recopilar y presentar temáticamente en una forma ordenada el derecho elaborado por los tribunales. Comprende diversas obras dedicadas a campos específicos. En la primera edición del *Restatement of the Law* se publicaron las siguientes: *Agency* (1933), *Conflict of Laws* (1935), *Contracts* (1932), *Judgments* (1943), *Property* (vols. 1 y 2, 1936; vol. 3, 1941; vols. 4 y 5, 1944), *Restitution* (1937), *Security* (1942), *Torts* (vols. 1 y 2, 1936; vol. 3, 1938; vol. 4, 1939), *Trusts* (1935). Veinte años después se comenzó a hacer una segunda edición, *Restatement of the Law Second*, de las obras ya publicadas: *Agency 2nd* (1958), *Conflict of Law 2nd* (1971), *Contracts 2nd* (1981), *Judgments 2nd* (1982-1988), *Property 2nd* (*Landlord and Tenant*, 1977; *Donative Transfers*, 1983), *Restitution* (1988), *Torts* (1965, 1977, 1979), *Trusts* (1959-1987); y se han hecho otras sobre campos nuevos: *Foreign Relations Law of the US* (1987), *Suretyship and Guaranty* (1995), *Unfair Competition* (1993), *Property* (1977), *Restitution* (1982-1988; ?), *Suretyship and Guaranty* (1995), *Torts* (1965-1979), *Trusts* (1959-1987), *Unfair Competition* (1993).

artículo en cursiva; en el siguiente párrafo (identificado con la letra A) se presentan las diferentes proposiciones de ese artículo, identificada cada una con incisos de letra cursiva minúscula *a*), *b*)... En seguida continúa el párrafo B, en el cual se hace la comparación de cada una de las proposiciones de los *Principios* con las correspondientes del *Código Civil*, y, en el párrafo C, con las del *Restatement*. En el último párrafo, D, se concluye de cada proposición analizada de los *Principios*, si es igual (mismo sentido), semejante (mismo sentido con alguna diferencia), diferente (distinto sentido), opuesta o desconocida respecto de las proposiciones de los otros ordenamientos; las conclusiones, finalmente, se presentaron reunidas en un cuadro.

El análisis que se hace no es de ningún modo completo. Debe tenerse en cuenta que se comparan los *Principios* con los otros ordenamientos, y no viceversa. Para que el análisis sea completo debería hacerse también una comparación del *Código Civil* y del *Restatement* con los *Principios* para concluir si las proposiciones de estos ordenamientos son iguales, semejantes, diferentes, contradictorias o desconocidas en relación con los *Principios*.

La comparación es únicamente entre textos legales. Para hacerla con mayor profundidad habría que tener en cuenta las opiniones doctrinales y las decisiones judiciales. En este sentido, puede decirse que el trabajo es apenas el principio de un trabajo comparativo que deberá profundizarse en los aspectos que resulten más importantes y que el presente análisis logra resaltar debidamente.

Este análisis me parece, no obstante lo anterior, suficiente para responder a la pregunta de la conveniencia de invocar los *Principios* como regla aplicable a los contratos comerciales internacionales en la zona norteamericana de libre comercio, especialmente entre las partes mexicanas y estadounidenses. Con este análisis, el abogado, juez o árbitro puede darse cuenta de qué diferencias habría en las soluciones de litigios derivados de contratos internacionales si se aplicaran los *Principios* en lugar del derecho contractual mexicano o estadounidense.

Además da una visión amplia de las principales diferencias entre el derecho contractual estadounidense y el derecho contractual mexicano respecto a los temas que se abordan en los *Principios*. Puede servir así como una especie de comparación entre estos dos ordenamientos.

## CONCLUSIONES

---

El análisis de cada uno de los artículos de los *Principios* proporciona, en primer lugar, una explicación de su contenido y alcances, hecha a la luz del

*Código Civil* y del *Restatement*. Como el conocimiento de algo nuevo se obtiene a partir de lo ya conocido, es natural que a un jurista mexicano o estadounidense que quiere entender el contenido de los *Principios* se le facilite hacerlo si lo relaciona con el derecho contractual que ya conoce.<sup>8</sup> En este sentido, las primeras conclusiones del estudio serían simplemente las explicaciones y comentarios que se hacen a cada artículo.

De las conclusiones derivadas del análisis comparativo se ofrece una relación, conforme al orden de los *Principios*, de todas las proposiciones analizadas y del valor de igualdad, semejanza, diferencia, desconocimiento u oposición que tienen respecto del *Código* y el *Restatement* (véase en el apéndice el cuadro 1). Esta relación puede ser útil para quien desea conocer de manera rápida qué valor tiene un determinado artículo o proposición del texto internacional para los derechos nacionales. Además, de la suma de estos resultados comparativos se pueden extraer los siguientes resultados generales. Se analizaron 320 proposiciones de los *Principios*, de las cuales hay, respecto del *Código*, 90 que son iguales, 62 semejantes, 33 diferentes, 128 desconocidas y sólo 7 opuestas; y respecto al *Restatement*, hay 118 que son iguales, 85 semejantes, 25 diferentes, 87 desconocidas y 5 opuestas (véase cuadro 2, donde se ofrecen estos resultados totales y también capítulo por capítulo).

Lo primero que llama la atención de estas cifras es el bajo índice de proposiciones opuestas, sólo 7 respecto del *Código* y 5 respecto del *Restatement*. Esto indica una congruencia fundamental entre los tres ordenamientos. No son los *Principios* algo que repugne a los ordenamientos nacionales.

También destaca, pero por alta, la cifra de proposiciones que resultan desconocidas, 128 para el *Código* y 87 para el *Restatement*. La cifra sugiere la originalidad de los *Principios* respecto de estos ordenamientos, aunque es mayor en relación al *Código* que del *Restatement*. Las proposiciones que resultan desconocidas a veces lo son para un ordenamiento porque han sido tomadas de la tradición en que se encaja el otro, por ejemplo, el artículo de los *Principios* (art. 2.3) que afirma el derecho de retirar una oferta es algo tomado de la tradición civilista, pero que resulta desconocido a la tradición del *common law*, o el artículo que da validez a la aceptación con modificaciones de una oferta (art. 2.11) es algo tomado de la tradición anglosajona que desconoce la tradición civilista.

A partir de esas cifras totales se pueden sacar algunas conclusiones sobre la coincidencia, discrepancia o novedad que representan los *Principios* en comparación al *Código* y el *Restatement*. Si se considera que las

<sup>8</sup> Esto no quiere sugerir que la interpretación de los *Principios* deba hacerse a la luz de algún derecho nacional, lo cual desvirtuaría su tendencia a ser un cuerpo de derecho internacional.

proposiciones iguales y semejantes indican coincidencia de los *Principios* con los ordenamientos nacionales, las diferentes y opuestas discrepancias y las desconocidas novedades, se tiene lo siguiente: los *Principios* respecto del *Código* tienen un índice de coincidencia de 47.5% (152 proposiciones iguales y semejantes), de discrepancia de 12.5% (40 proposiciones diferentes y opuestas) y de novedad 40% (128 proposiciones desconocidas), y respecto del *Restatement* tienen un índice de coincidencia de 63.5% (203 proposiciones iguales y semejantes), de discrepancia de 9.4% (30 proposiciones diferentes o contradictorias) y de novedad 27.1%. Esto demuestra, por una parte, que los *Principios* contienen reglas mucho más cercanas a las del *Restatement* (63.5% de coincidencia) que a las del *Código* (47.5% de coincidencia); por otra parte, demuestra que los *Principios*, aunque sean más cercanos al *Restatement*, tienen sin embargo un alto grado de novedad respecto del mismo, debido a que más de la cuarta parte de sus disposiciones (el 27.1%) le resultan desconocidas al cuerpo estadounidense; la novedad es mayor respecto del *Código*, al que le resultan desconocidas más de la tercera parte de sus disposiciones (40%). Resalta también el bajo índice de discrepancia de los *Principios* en relación a ambos ordenamientos (12.5% respecto del *Código* y 9.4% respecto del *Restatement*; véase cuadro 3).

Al analizar cada capítulo de los *Principios* con el mismo criterio, se tienen los siguientes resultados: el capítulo que tiene mayor índice de coincidencia con el *Código* (68%) es el primero (Disposiciones generales) y con el *Restatement* (79%) es el segundo (Formación del contrato). El que tiene menor índice de coincidencia con el *Código* (38%) es el séptimo (Incumplimiento), y con el *Restatement* (39%) el quinto (Contenido de las obligaciones contractuales). El que tiene mayor grado de discrepancia con el *Código* (19%) es el tercero (Invalidéz del contrato), que también tiene la mayor discrepancia con el *Restatement* (21%). El que tiene menor discrepancia con el *Código* (6.5%) y también con el *Restatement* (3.3%) es el séptimo (Incumplimiento). El que resulta más novedoso para el *Código* (60%) es el sexto (Cumplimiento de las obligaciones), y para el *Restatement* (44%) el quinto (Contenido), y el que representa menor novedad para ambos ordenamientos (11% para el *Código* y 7.4% para el *Restatement*) es el primero (Disposiciones generales).

De los anteriores resultados se puede concluir que los capítulos más afines al *Código* son el primero (Disposiciones generales), que representa simultáneamente la mayor coincidencia y la menor novedad; y con el que menos discrepa es con el séptimo (Incumplimiento), pero no es éste un capítulo afín al *Código*, debido a que tiene al mismo tiempo el grado más bajo de coincidencia y un alto grado de novedad. Respecto del *Restatement*, los más afines son el segundo (Formación), que tiene la mayor coincidencia; el primero, que tiene el menor grado de novedad, y el séptimo (Incum-

plimiento), que es el que menos discrepa y con el que además tiene alto grado de coincidencia (64.1%). Se advierte así que este capítulo sobre el incumplimiento resulta de tanta novedad para el *Código* porque sus disposiciones están inspiradas en la tradición anglosajona.

Y los capítulos más dispares respecto del derecho contractual mexicano son el capítulo sexto (Cumplimiento), que tiene el grado más bajo de coincidencia y el más alto de novedad, al que habría que añadir el capítulo séptimo (Incumplimiento), que tiene el segundo lugar en esos mismos índices; y el capítulo tercero (Validez), que tiene el mayor grado de discrepancia. Para el *Restatement*, los más disímbolos son el quinto (Contenido), que tiene el grado más bajo de coincidencia y el más alto de novedad; y el tercero (Validez), que, lo mismo que el del *Código*, tiene el mayor grado de discrepancia.

Es interesante destacar, por una parte, el hecho de que el capítulo primero de los *Principios*, que tiene las reglas más generales sobre los contratos, resulta afín para el *Código* y el *Restatement*; algo semejante ocurre respecto del capítulo cuarto, que da las reglas de interpretación de los contratos y que tiene una alta coincidencia con el *Código* (63.1%) y con el *Restatement* (73.7%); sin la coincidencia en estos temas, sería difícil que los juristas de una y otra tradición apreciaran los *Principios* como una regla viable para los contratos en que estuvieran involucrados. Por otra parte, debe notarse la discrepancia que representa el capítulo tercero para ambos ordenamientos, sobre un tema tan delicado como las reglas para impugnar la validez de los contratos.

De conformidad con el principio de que dos cosas iguales a una tercera son iguales entre sí, se puede aprovechar la comparación hecha de los *Principios* con el *Código* y el *Restatement* para conocer lo que tienen en común el ordenamiento mexicano y el estadounidense respecto a las reglas contractuales contenidas en los primeros. De las 320 proposiciones analizadas de los *Principios*, 192 (60%) resultaron tener el mismo valor de igualdad, semejanza, diferencia, desconocimiento u oposición en los dos cuerpos nacionales. Esto no quiere decir que el *Código* y el *Restatement* coincidan en esas proposiciones, pues el que una proposición de los *Principios* resulte diferente, desconocida u opuesta para el *Código* y el *Restatement*, no indica que las proposiciones de estos ordenamientos son iguales entre sí. En cambio, las proposiciones de los *Principios* que resultaron iguales o semejantes a esos dos, sí indican que hay igualdad o semejanza en las respectivas proposiciones de los mismos. El número de proposiciones que resultaron iguales y semejantes para los dos fueron 111, lo que representa un índice de coincidencia entre el *Código* y el *Restatement* de 34.7%. Este índice es notoriamente inferior al grado de coincidencia del *Código* (47.5%) y del *Restatement* (63.5%) con los *Principios* (véase cuadro 4).

Es interesante notar las proposiciones de los *Principios* que resultan desconocidas para los dos derechos analizados, debido a que son aquellas que representan la originalidad del documento internacional respecto de los derechos nacionales. El total de proposiciones desconocidas para ambos derechos fue de 69, que representa un 21.6% del total de proposiciones analizadas. La originalidad a veces depende de reglas que se refieren a situaciones específicas de los contratos internacionales que no contemplan los ordenamientos nacionales, como las que se refieren (arts. 6.1.9 y 6.1.10) a la determinación de la moneda en que se han de pagar los precios que prevean los contratos. En otros casos de novedad, se trata de reglas que pueden llamarse internas, porque organizan la misma estructura y contenido de los *Principios*, como (art. 1.10) las que indican definiciones de términos. En la mayoría de los casos se trata de verdaderas novedades en cuanto al régimen contractual contenido en los dos ordenamientos nacionales.

Las principales novedades de los *Principios* parecen ser las reglas relativas a las siguientes cuestiones: *a*) la invalidez del contrato (cap. 3) y especialmente los efectos del error (arts. 3.5, 3.6 y 3.11); *b*) criterio para distinguir entre obligaciones de medio y de resultados (art. 5.5); *c*) contratos de precio abierto (art. 5.7); *d*) cumplimiento anticipado (art. 6.5); *e*) efectos de la onerosidad sobrevenida (*hardship*, art. 6.2.3); *f*) plazo adicional para el cumplimiento (art. 7.1.5); *g*) descripción de cláusulas de limitación de responsabilidad (art. 7.1.6); *h*) reclamación de reparación o reemplazo de la prestación defectuosa (art. 7.2.3); *i*) pena judicial (art. 7.2.4); *j*) forma de restitución en resolución de contratos de tracto sucesivo (7.3.6); *k*) indemnización de daños futuros (art. 7.4.3); *l*) fijación del tipo de interés moratorio (art. 7.4.9); *m*) pago a plazos de la indemnización por incumplimiento e incremento de la misma conforme a la inflación (art. 7.4.11). Debe notarse que varias de estas novedades, como se indica en el comentario al artículo correspondiente, fueron tomadas de la Convención sobre Compraventas Internacionales (CCIM) ya citada.

Respecto a la pregunta inicial de este trabajo, sobre la conveniencia de invocar los *Principios* como regla de los contratos internacionales en América del Norte, se tienen ya datos para dar una respuesta. Es un documento aceptable para ambas tradiciones, que no las contradice en cuestiones de principio. Es un documento que coincide en buena parte (poco menos de la mitad con el *Código* y en más de la mitad con el *Restatement*) con los dos ordenamientos nacionales, de modo que no resulta extraño a los juristas mexicanos o estadounidenses; es, sin embargo, un documento original, hecho en atención a las peculiaridades de los contratos internacionales y en concordancia con la práctica del comercio internacional y con las convenciones internacionales en vigor, principalmente la de compraventa. Si bien

exige a los juristas de ambas tradiciones un esfuerzo de comprensión de su sistemática, puntos de vista y peculiaridades, les resulta de más fácil comprensión que la de las reglas contractuales de la tradición a la que no pertenecen. En otras palabras, es más fácil a un jurista mexicano entender y aplicar el contenido de los *Principios* que el del *Restatement*, o a un jurista estadounidense entender los *Principios* que el *Código*, como lo demuestran los respectivos índices de coincidencia arriba mencionados. Además, y esto me parece de gran importancia práctica, el hecho de que un contrato se rija por un derecho internacional proporciona mayor seguridad y garantía de equidad a las partes que el que se rija por uno nacional que necesariamente será mejor conocido por una de las partes. En conclusión, me parece que, en general, es recomendable la adopción de estos *Principios* como regla de los contratos comerciales en la zona de libre comercio de América del Norte.

Sin embargo, debe advertirse que un documento, por más bien hecho que esté, no es derecho si no hay juristas y jueces que lo expliquen, lo experimenten, y lo vayan corrigiendo y reconstruyendo. El derecho no son los documentos fijos, sino la doctrina racional que informa las inteligencias y las conductas de quienes tienen que ver con su aplicación. Los *Principios* no pueden prosperar como regla aplicable a los contratos internacionales si no se va elaborando paulatinamente, y en estrecho contacto con la práctica judicial, una doctrina o teoría de los contratos internacionales. El documento aprobado por el *Unidroit* es sólo un punto de partida, firme, con notorias virtudes, pero nada más. Corresponde a los juristas de América del Norte la tarea de desarrollarlo con el fin de que llegue a ser la regla de los contratos comerciales internacionales en esta región el mundo.

## AGRADECIMIENTOS

---

La mayor parte de este trabajo la realicé durante una estancia sabática en la Universidad de Texas en Austin. Gracias a la generosidad del profesor Roy M. Mersky, también director de la *Turlton Law Library*, tuve la oportunidad de ser recibido como investigador visitante en la Facultad de Derecho de dicha universidad y de poder aprovechar los espléndidos servicios bibliográficos de esa biblioteca. Agradezco, en primer lugar, la hospitalidad que me brindó el profesor Mersky y todos sus colaboradores, en especial el profesor Jonathan Prater, quien me introdujo a la hermosa ciudad de Austin y al derecho estadounidense; a Mike Wiedener, encargado de la colección de libros raros y antiguos, con quien compartí el interés por la filosofía y la historia, materias sin las cuales el derecho mercantil resulta vano, y a David Gunn, quien me asistió y orientó para instalarme con mi familia en dicha ciudad.

Para poder financiar la estancia sabática, conté con el apoyo de una beca Fulbright-García Robles de investigación, que agradezco al *Council for International Exchange of Scholars*. De igual manera recibí el apoyo, que también agradezco, del programa de estancias de investigación del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México. Sin estos apoyos económicos no me habría sido posible aprovechar el año sabático, sin distracciones, en tareas de investigación.

JORGE ADAME GODDARD