

LOS PRINCIPIOS 2004 DE UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES: UNA APRECIACIÓN PARCIAL Y PERSONAL

Arturo DÍAZ BRAVO*

Con todo acierto, el tratadista colombiano Fernando Hinestrosa afirma que la regulación de que se trata es una moderna *lingua franca* en el mundo del comercio. En efecto, aunque ciertamente no se trata de una *lex mercatoria*, pues en su redacción no han intervenido los comerciantes, es válido afirmar que en alto grado reproduce usos y prácticas del comercio, que los juristas de las más diversas tendencias recogieron e imprimieron de un igualmente amplio contenido jurídico.

Tamaño tarea, como es fácil comprender, ha venido siendo harto difícil y complicada, dado que desde un principio se concibió como una recopilación internacional de los principios jurídicos generales de la contratación. De esta suerte, su elaboración tomó muchos años, si se considera que el Unidroit incluyó, en su programa de trabajo de 1971, la idea de redactar estos Principios.

El primer comité estuvo compuesto por René David, Clive M. Schmitthoff y Tudor Popescu, en sus respectivas calidades de expertos en el derecho de influencia romanística, del *common law* y del derecho de los países socialistas. Empero, sólo a partir de 1980 se constituyeron grupos de trabajo encargados de redactar los proyectos de los respectivos capítulos, en este caso constituidos por profesores universitarios, jueces y magistrados.

Transcurridos varios años, finalmente en 1994 se concluyó la primera parte de los Principios. Con todo, el Unidroit decidió llevar adelante su labor, a efecto de incluir nuevos capítulos, con el propósito de abarcar temas no abordados en la primera parte: la representación, la actuación por cuenta de otro, la compensación, la transmisión de obligaciones y la prescrip-

* Universidad Nacional Autónoma de México (México).

ción extintiva, lo que ameritó algunas modificaciones en ciertos preceptos de la primera parte.

De ese modo, la versión final, por ahora definitiva, aunque no necesariamente completa, es la aparecida en 2004, algunos de cuyos aspectos fundamentales se examinarán y comentarán a continuación.

El propósito universalista de los Principios se pone de manifiesto ya en el preámbulo mismo. Sin desconocer su preeminente vocación internacional, se apunta la posibilidad de que las partes en un contrato doméstico opten por su aplicación, siempre que lo permita la legislación nacional, pero también se abre la posibilidad de que se utilicen para interpretar o complementar textos internacionales. Por último, se admite su posible carácter de ley modelo para las legislaciones nacionales o internacionales.

De entrada, el artículo 1.1 proclama, en forma clara y rotunda, la libertad contractual de las partes, incluida en ella la determinación del contenido del contrato, por estimar que es un principio fundamental del comercio internacional. Sin embargo, en los comentarios a estos Principios se reconoce que los Estados limitan frecuentemente la libre competencia en ciertos sectores económicos, no sólo por razones de interés público, sino como forma, por paradójico que parezca, de auspiciar la libre competencia.

También es conveniente acotar aquí la existencia de normas restrictivas de la autonomía de la voluntad, como las que se consignan en las leyes que combaten los monopolios, que acotan la inversión extranjera, que fincan parciales o totales controles de cambios, que protegen a la parte débil en el contrato, etcétera, y así está previsto en el artículo 1.4, al disponer que los “Principios no restringen la aplicación de reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional...”.

También se proclama la ausencia de formalidades contractuales (artículo 1.2), al dejar claro que no se requiere la demostración documental de un contrato, cuya celebración puede probarse “...por cualquier medio, incluso por testigos”.

Sin embargo, aquí, una vez más, se admite la posibilidad de que leyes domésticas o tratados internacionales exijan ciertas formalidades, disposiciones que habrán de respetarse en términos del derecho aplicable. Igualmente, se admite la validez de estipulaciones contractuales en punto a formalidades respecto de la celebración, modificación o extinción de un contrato. En tal caso (artículos 2.1.13, 2.1.17 y 2.1.18) habrá de estarse a las formalidades convenidas y a los requerimientos impuestos por los me-

canismos formales estipulados, sin perjuicio de la validez de compromisos unilaterales, que prevalecerán sobre los bilaterales, salvo objeción de la otra parte.

Como era de esperarse, una vez más se proclama el secular principio del efecto obligatorio del contrato (artículo 1.3), siempre que sea válido. Empero, como se verá más adelante, el principio *pacta sunt servanda* resulta atenuado frente a la admisión en los Principios de la *excesiva onerosidad superveniente (hardship)* y de la *fuerza mayor* (artículos 6.2.3 y 7.1.7).

Especial importancia asumen las reglas sobre interpretación e integración de los Principios (artículo 1.6). Debe tenerse presente, primordialmente, su carácter internacional y sus propósitos fundamentales, especialmente la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación. Las cuestiones que no estén expresamente resueltas por los Principios, pero que caigan dentro de su ámbito de aplicación, habrán de resolverse, en lo posible, de acuerdo con los principios generales resultantes de ellos.

También resulta conveniente invocar aquí el deber que los Principios imponen a las partes (artículo 1.7) de actuar de buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional, sin que les sea permitido excluir o restringir la aplicación de tal deber. Mucho es lo que podría exponerse en torno a estas exigencias, pero en especial a las consecuencias de su inobservancia, en el entendido de que la buena fe debe imperar ya en la etapa precontractual, no menos que al momento de celebrarse el contrato y también posteriormente, en ocasión de su cumplimiento, sin que falten casos en los que también debe hacerse presente después del cumplimiento, como en el caso de las estipulaciones que restringen ciertas libertades comerciales a una de las partes, como forma de conjurar una temporal competencia desleal.

Otra importante manifestación de la trascendencia que los Principios atribuyen a la buena fe negocial aparece en el artículo 1.8, que impide a las partes actuar en forma que no se ajuste al entendimiento que han infundido a la otra parte, la que ha debido captar razonablemente su actuación.

En efecto, aquí el razonable entendimiento puede tener una amplia forma de expresarse: conductas previas, expresiones verbales, manifestaciones ante terceros, circunstancias ajenas que necesariamente han de influir en el cumplimiento del contrato.

Como era natural, los Principios no podían pasar por alto la importancia de los usos y prácticas establecidos o adoptados por las partes contratantes, que adquieren el carácter de cláusulas no escritas, pero también las confi-

guradas por usos y prácticas regularmente observados en el comercio internacional, todo ello salvo que la aplicación de los mismos se torne irrazonable (artículo 1.9).

Ahora bien, la irrazonabilidad puede resultar de numerosas circunstancias, imposibles de prever en una regulación como la que nos ocupa. Así, y sólo a guisa de ejemplo, cabría mencionar la reiterada intervención de terceros en calidad de nuncios o mensajeros de noticias, de mercaderías, de subcontrataciones, etcétera; la forma de pago del precio y de entrega de las mercaderías o de prestación de los servicios en unión de muchas otras formas contractuales.

Bien conocida es la función que desempeñan los avisos que deben darse las partes sobre tantos y tantos aspectos, previos, concomitantes y posteriores al contrato.

Sobre este particular, el artículo 1.10 permite que los comunicados se hagan por cualquier mecanismo apropiado a las circunstancias. En todo caso, el aviso surte efectos cuando llega al destinatario, en la inteligencia de que tal requisito se entenderá cumplido cuando la notificación se haga verbal y personalmente al destinatario, o bien cuando se entregue en su establecimiento de negocios o domicilio postal.

Finalmente, por notificación debe entenderse cualquier declaración, petición, solicitud u otro aviso de intención.

Tampoco olvidó nuestro legislador incluir algunas definiciones que en la práctica suscitan controversias que en ocasiones alcanzan el carácter de conflictos jurisdiccionales. Así, por tribunal debe entenderse no sólo el legalmente reconocido, sino también el arbitral. En caso de que una de las partes tenga más de un establecimiento, el relevante, esto es, el que asume verdadera importancia dentro del contrato respectivo, es el que guarde la relación más estrecha con dicho contrato y su cumplimiento, si bien no podrán desconocerse las circunstancias conocidas ni previstas por las partes; deudor y acreedor es, respectivamente, el obligado y el titular del derecho a exigir el cumplimiento de la obligación; por último, un escrito constituye cualquier comunicación que deje constancia de su contenido y que sea susceptible de reproducirse en forma tangible (artículo 1.11).

El capítulo 2 de los Principios abarca la regulación del perfeccionamiento —ahora conocido como *formación*— del contrato y las facultades de los apoderados.

Bien sabido es que la formación del contrato ha sido, en el curso de los siglos, de las más encontradas opiniones en cuanto a formalidades y mo-

mento de su celebración. En cuanto a las formalidades, los Principios optaron por la corriente consensual. En efecto, el artículo 2.1.1 proclama la posibilidad de celebrarlo "...por la conducta de las partes que sea relevante para demostrar la existencia del mismo", sin olvidar que, en cambio, el acuerdo o voluntad de las partes resultan necesarios y suficientes.

Se admite también que ante contratos de larga y compleja preparación, no siempre resulta fácil precisar el momento de la aceptación, a lo cual se aduce el comportamiento de las partes, una vez que se determine la existencia de adecuadas pruebas de su intención de quedar obligadas.

Como es bien sabido, todo contrato, o por mejor decir, futuro contrato, se inicia con la oferta o propuesta, que debe ser, según los Principios, suficientemente clara, e indicar la verdadera intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

No hace falta encarecer aquí las dificultades que en la práctica comercial ofrece la precisión en la oferta, si se atiende a las numerosas facetas del futuro contrato, por ejemplo en cuanto a precio, que podría estar determinado o no, duración del futuro contrato, principales obligaciones y derechos de las partes, etcétera.

Igualmente se precisa, conforme al artículo 2.1.2, que la propuesta implique la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación, y no de auscultar posibilidades de contratar con el destinatario. Un importante papel desempeñará aquí la redacción detallada y precisa de la oferta, así como el carácter del destinatario, en cuanto sea determinado. También corresponderá un importante papel a las condiciones fijadas por el oferente, que podrían estar referidas a aspectos secundarios.

En cuanto al momento en que debe entenderse recibida la oferta, los Principios consignan el de la recepción: "La oferta surte efectos desde el momento en que llega al destinatario" (artículo 2.1.3). Empero, queda aclarado que es posible su retiro, aunque sea irrevocable, a condición de que el aviso de retiro llegue antes o al mismo tiempo que la oferta, todo lo cual resulta por demás lógico, pues en cualquiera de ambos supuestos el destinatario no ha podido formarse todavía un concepto definitivo del contenido de la citada oferta.

Diverso papel desempeña la revocación de la oferta, que supone el desistimiento de la misma después de entregada al destinatario; es válida tal revocación, siempre que el destinatario no haya enviado previamente su aceptación, pero tal oferta no es revocable cuando en ella se expresó su irre-

vocabilidad mediante cualquier mecanismo claro, como el de fijación de un plazo para la aceptación o cualquiera otro que denote el propósito de no mantener la oferta indefinidamente (artículo 2.1.4).

Por lo demás, la multicitada oferta pierde eficacia cuando su rechazo llegue al oferente, habida cuenta de que tal rechazo puede asumir carácter expreso o tácito; este último se presenta con frecuencia cuando el destinatario atiende la oferta pero expresa adiciones, condiciones o limitantes que alejan la posibilidad de estimar que hubo una aceptación.

Casos hay, sin embargo, que plantean dudas sobre si la respuesta envuelve una aceptación, como cuando se formulan interrogantes que no implican un rotundo rechazo, y así la posibilidad de una reducción en el precio planteado por el oferente o de entrega de las mercancías en una fecha diferente de la propuesta (artículo 2.1.5).

En lo que concierne al plazo dentro del cual debe aceptarse una propuesta, los Principios apuntan dos posibilidades: la bien conocida consistente en su aceptación dentro del plazo fijado por el oferente; la otra, resultante de que no se haya fijado, en cuyo caso la aceptación debe expresarse dentro del que resulte razonable atentas las circunstancias, principalmente la referida a la velocidad del medio de comunicación empleado por el oferente.

Resulta aquí obvio que la razonabilidad del plazo está sujeta a criterios que pueden resultar por demás flexibles o rígidos, dependientes de circunstancias difíciles de prever, o bien de superar por parte del presunto aceptante, como las que deriven de dificultades técnicas para emplear el mismo medio de comunicación empleado por el oferente, de ausencias involuntarias o de padecimientos patológicos del supuesto aceptante.

En cambio, la oferta verbal o entre presentes debe ser inmediatamente aceptada, "...a menos que las circunstancias indiquen otra cosa" (artículo 2.1.7), si bien los Principios no apuntan hacia el contenido de tales circunstancias. Podría presentarse, por ejemplo, una momentánea imposibilidad de expresarse por parte del destinatario, una alteración del orden público que le impida expresarse, y así algunas otras, que por supuesto no sean voluntariamente causadas por dicho destinatario.

No pasaron por alto los Principios la posibilidad y consecuencias de una aceptación tardía (artículo 2.1.9.), siempre que el oferente actúe sin demora injustificada para informar de ello al destinatario, con expresión de las razones, que podrían resultar de fallas técnicas, deficiencias en las comunicaciones por catástrofes o fenómenos naturales, pero siempre sobre el su-

puesto de que si la transmisión hubiera sido normal, habría llegado con toda oportunidad al oferente. Con todo, queda a salvo el derecho de este último de informar al destinatario, sin demora injustificada alguna, que para él había caducado la oferta.

También la celebración condicionada es objeto de un adecuado tratamiento en los Principios. Se trata, en efecto, de la posibilidad en el sentido de que durante las negociaciones una de las partes deja claro que el contrato no debe entenderse celebrado sino una vez que se hayan tomado acuerdos sobre aspectos específicos, o bien, una vez que se otorgue con una formalidad determinada.

Parece claro que en cualquiera de tales supuestos no ha operado la aceptación, ni siquiera en forma tácita, a pesar de que el destinatario lo haya manifestado así, pues, como queda dicho, con claridad dejó establecido que el contrato, en cambio, habrá de satisfacer determinados requisitos de fondo o de forma, como requisito para ser válido (artículo 2.1.13).

Una variante de lo anterior consiste en la posibilidad de que se entienda celebrado el contrato, sin que obste a ello el que las partes hayan dejado uno o más puntos pendientes de negociación, y tal vez a la decisión de un tercero. Los Principios dejan sentada, con toda claridad, la existencia y validez del contrato, aunque las partes no se pongan de acuerdo sobre los puntos pendientes, o incluso a pesar de que el tercero no interviniere en la forma convenida, pero en este caso se establece la necesidad de que exista algún modo razonable de suplir la participación del tercero, sin perder de vista, claro es, las demás circunstancias del contrato y, primordialmente, la intención de las partes.

Ahora bien, aunque los Principios no se pronuncian sobre la necesidad de suplir la voluntad de las partes en cuanto a la solución de los puntos que dejaron pendientes, parece lógico afirmar que también este aspecto queda sujeto a una solución razonable, como lo podría ser, por ejemplo, la intervención judicial, a petición de cualquiera de las partes, como forma de suplir la voluntad de la parte remisa. De admitirse esta solución, resulta claro que el juez habrá de atender también a las demás circunstancias del contrato y a la intención de las partes, todo ello a efecto de que su decisión mantenga la voluntad contractual en armonía con el cumplimiento del contrato (artículo 2.1.14).

No podían los Principios soslayar uno de los lamentables atributos del género humano, susceptible de presentarse en determinados contratos y

ante ciertas circunstancias que no hace falta aquí especificar; se trata de la mala fe en las negociaciones previas, por ahora sólo encaminada a no celebrar el contrato por razones anteriores o supervenientes, así, la de distraer al destinatario como forma de operar separadamente en su perjuicio, o bien por la aparición superveniente de otras posibilidades más ventajosas frente a diversos personajes, todo ello, desde luego, en perjuicio patrimonial del destinatario.

Ante todo, y como era natural, los Principios dejan sentado que en el supuesto de que las negociaciones no conduzcan a la celebración del contrato, a pesar de los esfuerzos de ambas partes, ninguna de ellas incurre en responsabilidad; en cambio, si una de ellas las emprende o las interrumpe de mala fe, es responsable de los daños que cause a la otra.

Aquí conviene evocar las discusiones doctrinales suscitadas en torno de la naturaleza jurídica de estas negociaciones previas, que desde luego no pueden ser calificadas de contrato. Igualmente parece conveniente invocar la opinión de Ihering en el sentido de que una vez que ambas partes deciden entablar negociaciones, la relación entre ellas asume ya una forma precontractual, pues, en efecto ha operado un acuerdo de voluntades para discutir los términos de un futuro contrato.

No menos ilustrativo es el tener presente que algunas legislaciones resuelven este punto sin necesidad de precisar la naturaleza jurídica de los tratos previos que aquí se examinan, y dejan establecido que la conducta de quien inicia o interrumpe de mala fe las negociaciones previas no puede por menos que calificarse de ilícita o contraria a las buenas costumbre, pues indudablemente coloca a su contraparte en una inmerecida posición de engaño, que incluso tal vez le signifique no sólo tiempo, sino erogaciones pecuniarias (artículo 2.1.15).

El deber de mantener en un plano de confidencia los datos, informes y tal vez documentos que una de las partes suministre a la otra como parte de las negociaciones precontractuales, comenzó a difundirse durante la segunda parte del siglo XX, por razones sobradamente conocidas, principalmente la de impedir la difusión de elementos, secretos de fabricación, costos y otros muchos que, conocidos por terceros, facilitarían conductas contrarias a la leal competencia, sin descontar el posible descrédito y hasta la difamación.

Pues bien, aquí se impone a ambas partes el deber de no revelar ni utilizar injustificadamente en provecho propio la información confidencial que

reciba de la otra, sin considerar la futura celebración o no del contrato; más aún, el incumplimiento de tal deber puede fincar al responsable el pago de una compensación resultante del beneficio obtenido por el indebido empleo de la información de que se trata.

La práctica enseña que es frecuente la inclusión en los contratos de una cláusula según la cual toda modificación o terminación voluntaria del contrato deberá constar por escrito. Sin embargo, la experiencia es pródiga en casos de modificación del contrato, por acuerdo de ambas partes y sin que se haga constar por escrito tal modificación.

A esta práctica hacen frente los Principios, para dejar establecido que cualquiera de las partes quedará obligada ante una modificación contractual, si la otra parte ha actuado también con arreglo a la modificación. Solución tal parece impregnada de un indudable espíritu de justicia, si no se olvida el principio de que la voluntad de las partes debe prevalecer sobre cualquier expresión escrita, siempre que, claro es, tal voluntad no sea contraria a derecho (artículo 2.1.18).

Es bien sabido que algunos contratos se prestan para la redacción de cláusulas que, deliberada o fatalmente, resultan oscuras para una de las partes, a tal punto que suelen plantear estipulaciones difícilmente previsibles. Ello es modernamente considerado como conducta abusiva de la parte redactora del contrato, máxime si la otra parte carece de los necesarios conocimientos o experiencia para captar el verdadero sentido de dichas estipulaciones.

Pues bien, la legislación que aquí se examina condena a la ineficacia este tipo de cláusulas, pero deja abierta la posibilidad de validez de las mismas, todo ello con un texto que en rigor no resulta del todo satisfactorio: “Carecerá de eficacia toda estipulación incorporada en cláusulas estándar cuyo contenido o redacción, material o formal, no fuese razonablemente previsible por la otra parte, salvo que dicha parte la acepte expresamente”. No aclaran los Principios el contenido de esta última expresión, pues literalmente exige que la parte afectada manifieste, con toda claridad, que acepta las consecuencias de la cláusula en cuestión, cualesquiera que las mismas sean. Y en poco o nada atenúa lo anterior la expresión en el sentido de que la existencia de la oscura estipulación deberá determinarse con arreglo a su contenido, lenguaje y presentación, todo lo cual resulta, en verdad, un tanto oscuro y de no fácil entendimiento, de modo especial si se tiene en consideración que los Principios son empleados en contratos no necesariamente redactados o supervisados por expertos en derecho (artículo 2.1.20).

Un punto de originalidad aparece en los Principios, consistente en que, ante la contradicción entre una cláusula normal o estándar y una específica, debe prevalecer el contenido de esta última, lo cual encuentra una aparentemente obvia explicación: es lógico suponer que la cláusula específica fue objeto de una también especial negociación, luego igualmente debe suponerse que por un descuido, olvido o menosprecio se conservó la cláusula estándar (artículo 2.1.21).

El capítulo 3 se ocupa en la validez del contrato, excluida la causada por incapacidad, falta de legitimación e inmoralidad o ilegalidad, todo ello por considerar que son temas que atañen a las regulaciones nacionales y, además, tratados en forma que se alejan de la uniformidad (artículo 3.1).

En cambio, y a través de una redacción que a primera vista aparece por demás escueta, queda claro que la celebración, modificación o extinción de todo contrato pende solamente del acuerdo de las partes, sin necesidad de otro requisito.

No es necesario profundizar en las razones de semejante disposición: se suprimieron las referencias a la *consideration* del derecho angloestadounidense y a la *causa*, proclamada por la legislación francesa. En cierto modo, además, queda también reiterada aquí la consensualidad, por supuesto salvo convenio de las partes en cuanto a formalidades (artículo 3.1).

Igualmente resulta original la disposición en el sentido de que el contrato es válido aunque al momento de su celebración no sea posible ejecutar las obligaciones en él asumidas, y también lo es a pesar de que en el momento de la celebración una de las partes careciera de facultades para disponer de los bienes objeto del contrato.

Por supuesto, esos puntos de originalidad no dejan de plantear algunas dudas: así, la resultante de que tampoco en lo futuro sea posible la ejecución de las obligaciones contractualmente asumidas; la de que es por demás discutible la validez de un compromiso que involucra la disposición de bienes de la que se carece en el momento de la celebración del contrato, pues nadie puede augurar la futura asunción de facultades por parte del otorgante.

Tal vez habría sido aconsejable precisar que en ambos casos el contrato se celebra sujeto a una condición suspensiva, e igualmente regular la forma y términos en la que deberá cumplir su obligación la parte que resulte afectada (artículo 3.3).

Es bien sabido que el error conduce a la nulidad de un contrato, cuando versa sobre los hechos o sobre el derecho (artículo 3.4), si bien no impide

que, por el momento, el contrato ofrezca una apariencia de validez, e incluso es posible que ambas partes cumplan con sus respectivas obligaciones sin que el susodicho error haga su aparición, o bien sin que lo haga valer la parte afectada.

Ahora bien, conforme a los Principios, el error puede fundar la anulación del contrato solamente si al momento de la celebración alcanzó una magnitud tal "...que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas...", pero además, si la otra parte incurrió en el mismo error, lo causó, lo conoció o debió conocerlo, o bien en caso de que al momento de proclamarse la nulidad, la otra parte no había actuado conforme al contrato.

Y aquí aparece otro escenario de originalidad en los Principios. La parte afectada no puede pedir la nulidad del contrato cuando el error derivó de su culpa grave, o bien cuando tal error recaiga sobre un aspecto a propósito del cual ha asumido el riesgo o, atentas las circunstancias, debe soportarlo.

De todo ello resulta que no cualquier error puede ser el detonante de la nulidad, pues debe tratarse de un error grave, si bien esta gravedad no es fácil de determinar, ya que, como se ha visto, en él debió incurrir también una persona razonable, colocada en la misma situación. Parece que no hay necesidad de extenderse sobre las complicaciones a que pueden conducir estas redacciones en la práctica negocial. El comentarista de los Principios afirma, por ejemplo, que ciertos errores, como los que versan sobre el valor de los bienes o los servicios, o incluso las meras expectativas o propósitos de la parte incurso en error, no se consideran relevantes en las operaciones mercantiles, como tampoco el error sobre la identidad de la persona con la que se contrata. Todo esto parece un tanto discutible, y sólo en vía de ejemplo puede aquí hacerse referencia al error en cuanto al valor de un inmueble, que ambas partes han sobrevaluado desmesuradamente; si el contrato es válido, no será fácil que la parte afectada reclame, posteriormente, la devolución del sobreprecio pagado, a menos que se considere aplicable el precepto contenido en la generalidad de las legislaciones civiles sobre que el error numérico da lugar a rectificación, máxime si, en el mismo supuesto, el vendedor determinó el precio con la mira puesta en aprovechar el importe obtenido para realizar otras actividades patrimoniales, que lo ubicarían en la imposibilidad de devolver al comprador el sobreprecio (artículo 3.5).

Si, en cambio, el error de una de las partes resultó de la conducta dolosa de la otra, no hay duda sobre el derecho de aquélla para invocarte la nulidad, disposición que parece además ajustada a la equidad (artículo 3.8).

Semejante tratamiento se dispensa a la celebración de un contrato mediante amenazas, que los Principios exigen que no sean injustificadas (3.9), con lo cual atribuye patente de validez al contrato otorgado mediante una amenaza *justificada*.

Aquí, una vez más, no resulta fácil compartir la postura de los Principios, pues tampoco lo es la consideración de que ciertas amenazas pueden ser justificadas, por muy lícito que sea el cumplimiento de la amenaza. Todo parece indicar que en este caso el legislador de los Principios aceptó como válido un acuerdo de voluntades forzosamente obtenido, esto es, que no representó la libre y auténtica voluntad del contratante, que sólo la expresó ante el temor del cumplimiento de la amenaza.

Aunque anteriormente esbozados los negativos efectos de las cláusulas abusivas, la excesiva desproporción en las prestaciones faculta al afectado para reclamar la anulación del contrato, o bien, solamente de las cláusulas que impliquen una ventaja excesiva para la otra parte. Empero, no cualquier desproporción conduce a la nulidad, pues se requiere, además, que la parte beneficiada "...se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la impugnante, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación"; además, también debe atenderse a la naturaleza y finalidad del contrato.

Es fácil apreciar aquí la admisión de una parte de la llamada teoría de la imprevisión, pero también de las consecuencias del pacto leonino. Aunque todo esto no amerita mayores consideraciones, vale la pena, sin embargo, tener presente que la nulidad no podrá invocarse cuando el abuso no presente características de injustificación, de tal manera que aquí, una vez más, la ventaja excesiva asume patente de validez cuando no se haya operado en forma injustificada, vale decir, en caso de que la parte beneficiada encuentre justificación al abuso con el que actúa frente a su contraparte.

Una vez más, cabe aquí poner en tela de duda la justificación del abuso, aunque se haya actuado frente a la aflicción económica, a la necesidad apremiante, a la falta de previsión, etcétera, de la contraparte: ¿cómo podría justificarse un abuso en tales condiciones?; ¿no será siempre injustificado el abusar de la otra parte cuando esta última se encuentre en cualquie-

ra de los apuntados supuestos de dependencia, aflicción económica, necesidad apremiante, falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad?

Y en poco contribuye a atenuar lo anterior la circunstancia de que, inmediatamente después queda establecido, que a petición de la parte afectada, el tribunal "... *podrá* adaptar el contrato o la cláusula... a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial", a menos que se estime, aunque los Principios no lo disponen así con claridad, que la parte afectada puede optar por reclamar la nulidad o el ajuste del contrato (artículo 3.10).

En cambio, no parece discutible la disposición (3.12) en el sentido de que es improcedente la anulación si la parte afectada confirma el contrato en forma expresa o tácita, dentro del plazo para reclamar la anulación.

Parece por demás lógico que, cuando una de las partes opte por considerar anulado el contrato, debe hacerlo saber por escrito a la otra parte, en la inteligencia de que la comunicación sólo surtirá efectos cuando llegue al destinatario, conforme a lo prescrito en el artículo 1.10 (2), antes comentado (artículo 3.14).

Ahora bien, por cuanto los Principios no prescriben un plazo determinado para dar tal aviso, se limitan a disponer que la comunicación ha de realizarse dentro de un plazo razonable, atentas las circunstancias, después de que la parte que pretende la nulidad conoció o no podía desconocer los hechos, o bien pudo actuar libremente.

Es necesario comentar aquí, una vez más, que esta disposición puede ser fuente de controversias de difícil solución, ante la posibilidad de que la parte impugnante atribuya carácter de gravedad a ciertas circunstancias, no así la otra parte; lo propio puede predicarse del plazo, en cuanto para una de las partes puede considerarse razonable, no así para la otra, que tal vez ha cumplido en proporción considerable el contrato.

En lo que concierne a la última parte del precepto respectivo en su primer párrafo (3.15), parece partir del hecho de que la parte impugnante del contrato no pudo actuar libremente durante algún tiempo, pero tal imposibilidad quedaría sujeta a grados, orígenes y otras circunstancias de muy difícil graduación.

Por supuesto, como antes quedó apuntado, la nulidad puede afectar sólo a algunas cláusulas del contrato. Aquí los Principios bordan sobre la posibilidad de que las cláusulas anuladas conduzcan a considerar como irrazo-

nable la conservación de la validez del contrato en su totalidad, atentas las circunstancias.

No cabe dudar de la buena intención de los Principios, como tampoco de la posibilidad de que aquí también la práctica ofrezca conflictos de muy difícil solución, como el que resultaría de la nulidad de cláusulas que el acreedor estima de escasa trascendencia, al paso que para el deudor asumen un papel de gravedad: la razonabilidad de las circunstancias colocará al juzgador en muy difícil situación (artículo 3.16).

Como era de esperarse, la nulidad surte efectos retroactivos, puesto que, como es bien sabido, la voluntad de las partes se expresó en forma viciada. Así pues, decretada la nulidad, ambas partes tienen derecho a que se les restituya lo entregado, si bien tal derecho encuentra su correlato en la obligación de devolver también lo recibido, en la inteligencia de que si una de las partes no puede hacerlo, deberá entregar a la otra su equivalente en efectivo o en otros bienes, según se convenga (artículo 3.17).

El capítulo 3 de los Principios concluye con los artículos 3.18, 3.19 y 3.20, en cuyos términos la parte que conocía o debía conocer la causa de nulidad debe resarcir a la otra en términos de colocarla en la situación en que se encontraba al momento de la celebración del contrato.

Por otra parte, lo dispuesto en dicho capítulo 3 asume carácter imperativo, salvedad hecha del poder vinculatorio del acuerdo de voluntades, la imposibilidad originaria de incumplimiento y el error.

Por último, las previsiones del propio capítulo deberán aplicarse, modificadas en lo conducente, a toda comunicación que una parte dirija a la otra.

El capítulo 4 está destinado al importantísimo tema de la interpretación del contrato. Cabe aquí recordar las justamente reputadas reglas de Pothier, insertas en el Código Civil francés de 1804, y en prácticamente todos los códigos civiles posteriores, algunas de las cuales, como a poco se verá, recogió también el legislador de los Principios.

En efecto, conforme al artículo 4.1, la intención común de las partes debe prevalecer sobre cualquier texto dudoso o aparentemente contrario, pero si la intención no puede establecerse, habrá que acudir a la interpretación que le darían "...personas sensatas de la misma condición que las partes, colocadas en las mismas circunstancias".

Apenas si hace falta repetir lo dicho sobre el difícil papel que corresponderá al juzgador, juez o árbitro, de cara al compromiso de interpretar cláusulas dudosas en la forma en que debe hacerlo una persona dotada de sensatez,

y colocada en la misma condición de las partes y en las mismas circunstancias. No cabe duda de que este papel será de fácil desempeño para un juez que se desenvuelva dentro del *common law*, no así para un juez, de los que operan dentro del llamado derecho civil, carente por completo de experiencia comercial, así como de conocimientos sobre lo que personas sensatas entenderían al enfrentarse a las cláusulas de dudoso contenido o aparentemente contrarias a la intención de las partes. Como sabemos, semejante juzgador se verá obligado a echar mano de peritos en la materia mercantil de que se trate, con todas sus consecuencias, como la de estimar que la resolución será dictada realmente por tales peritos (artículo 4.1).

En parecida forma se pronuncia el artículo 4.2 en punto a las declaraciones y conductas de las partes, que ante todo deben interpretarse con arreglo a la intención, siempre que la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar dicha intención. Y aquí, nuevamente, se presenta un semillero de dificultades, ante la necesidad de demostrar que dicha otra parte conoció o no haya podido ignorar la intención primaria de su contraparte.

Más aún, en el mismo precepto se dispone que, de no resultar aplicable lo antes expuesto, las declaraciones y conductas habrán de interpretarse en términos del antes proclamado principio, también comentado: "...conforme al sentido que les daría una persona sensata de la misma condición, colocada en las mismas circunstancias".

Empero, en algo pueden verse paliados los comentarios anteriores, a la vista de las circunstancias que deben tomarse en consideración al presentarse la necesidad de aplicar los mencionados artículos 4.1 y 4.2. Tales circunstancias están constituidas por las negociaciones previas entre las partes, las prácticas que entre ambas se hayan establecido, la conducta observada una vez celebrado el contrato y, desde luego, la naturaleza y finalidad del mismo, pero también el significado que comúnmente, dentro del respectivo ramo comercial, se suele atribuir a los términos y expresiones dudosos; por último, a los usos, si bien aquí los Principios no aclaran el sentido de tal vocablo, lo que podría conducir también a dificultades de interpretación, por cuanto puede tratarse de los usos generales o de los usos especiales puestos en práctica por las partes (artículo 4.3).

También proclaman los Principios la conocida como función integradora de las cláusulas contractuales, al dejar establecido que la interpretación de conjunto debe hacerse con la mente puesta en la finalidad de que todas produzcan algún efecto, a fin de evitar que algunas de ellas se vean privadas de efectos (artículo 4.5).

También admiten los Principios el llamado principio *contra proferentem*, con una claridad que no deja lugar a dudas: “Si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte” (artículo 4.6).

En cambio, cuando surja alguna discrepancia derivada de versiones idiomáticas diferentes, deberá prevalecer la interpretación que resulte más acorde con la versión del idioma en el cual fue originalmente redactado el contrato (artículo 4.7). La experiencia muestra que también este mecanismo es fuente de controversias, ante el diverso significado idiomático de un vocablo, que aparentemente responde a la intención que se tuvo al redactar el contrato en el idioma original, y no será de mucha utilidad la intervención de peritos traductores, aun dotados de conocimientos jurídicos, pues tanto ellos como el juzgador se enfrentarán a textos ya aprobados por las partes; luego, parece que aquí los Principios debieron hacer remisión al contenido de los artículos 4.2 a 4.6, antes examinados.

El capítulo 5 consigna el contenido del contrato y los posibles derechos de terceros, a cuyo efecto se divide en sendas secciones. Admite, en primer lugar, que las obligaciones contractuales pueden ser expresas o implícitas (artículo 5.1.1), y que las segundas pueden resultar de la naturaleza y finalidad propias del contrato, pero también de las prácticas establecidas entre las partes y los usos, de la buena fe y de la lealtad negocial, repetida y fundadamente invocada por los Principios, e igualmente del sentido común (artículo 5.1.2), expresión esta última también preñada de dificultades, ya que, según el *Diccionario de la Real Academia Española*, el sentido común es una “Facultad interior en la cual se reciben e imprimen todas las especies e imágenes de los objetos que envían los sentidos interiores. 2. Facultad, que la generalidad de las personas tiene, de juzgar razonablemente de las cosas”. De esta suerte, parece que gramaticalmente debe volverse al también ubicuo adjetivo *razonable*, dado que, según lo expuesto, el sentido común supone la facultad de juzgar *razonablemente* las cosas, y, en consecuencia, aquí una vez más, se coloca al juzgador en el nada fácil papel de decidir sobre si es razonable considerar que las partes en el contrato asumieron una obligación implícita.

Las obligaciones de medios y de resultados encuentran también tratamiento en los Principios, si bien íntimamente ligadas al deber que asiste a ambas partes de realizar sus mejores esfuerzos en busca de un resultado adecuado a su intención.

Por lo que hace a la obligación de resultados, está claro que la parte respectiva debe realizar todas las conductas necesarias para obtener el resultado específico.

En cambio, cuando se trate de una obligación de medios, las partes deben realizar todos los actos necesarios para llegar al resultado apetecido, si bien aquí no está obligada a obtener dicho resultado (artículo 5.1.4). En cierto modo, estas disposiciones guardan alguna semejanza con la tan generalizada cláusula *best efforts*, de uso tan generalizado en los contratos estadounidenses. Por lo demás, en este precepto se vuelve sobre la referencia a la necesidad de acudir al criterio de persona razonable de la misma condición y colocada en las mismas circunstancias, que antes he comentado no muy favorablemente.

Ahora bien, por razón de que en la práctica se conocen obligaciones cuya ubicación como de medios o de resultados no es sencilla, los Principios intentan suministrar elementos para ubicarlas en uno u otro segmento; así (artículo 5.1.5), servirán como elementos para determinar la naturaleza de las obligaciones: la manera en la que se expresan en el contrato, el precio y demás elementos del propio contrato, así como el nivel de riesgo involucrado en la obtención de resultado, e igualmente el influjo de las habilidades de la parte que ha de cumplir la obligación.

Tal vez convenga ilustrar lo anterior con ejemplos de los usualmente invocados sobre este punto.

La obligación que profesionalmente asume un abogado de patrocinar a su cliente es de medios y no de resultados, pues sólo puede comprometerse a desplegar sus máximos conocimientos y experiencia, pero ello no es garantía de buen éxito en el resultado de su intervención. En cambio, es obligación de resultados la que asume un constructor de edificar una casa con arreglo a las especificaciones elaboradas por él mismo o por terceros, pues aquí el resultado debe corresponder exactamente al previsto en los planos, proyectos, diseños y demás.

De ordinario se ha sostenido que en los contratos que suponen pago de un precio cierto y determinado, la formación de los mismos sólo se cumple cuando hay acuerdo en la cosa y en el precio. Empero, también se sabe que en algunos casos la determinación del precio puede dejarse a la decisión de un tercero, o bien a una resolución arbitral.

Pues bien, los Principios salen al frente de la posibilidad de que no se fije el precio y ni siquiera se prevea el mecanismo para determinarlo, en cuyo caso habrá de entenderse que las partes se remitieron al precio

usualmente cobrado por las prestaciones convenidas, en circunstancias semejantes y dentro del ramo comercial de que se trate; pero de no llegarse a una determinación con arreglo a tal mecanismo, deberá entenderse que los contratantes aceptaron que sea un precio razonable, expresión esta última que ya antes he comentado en cuanto a las dificultades que ofrece su aplicación práctica.

Otras posibilidades apunta el mismo precepto (artículo 5.1.7), como que el tercero a quien se encomendó la determinación no pueda o no quiera fijarlo, en cuyo caso se acude, una vez más, a la razonabilidad para precisarlo. Finalmente, cuando para determinar el precio se haga referencia a factores inexistentes o inaccesibles, el precio se determinará por referencia “... al factor equivalente más cercano”, expresión de una obvia vaguedad, si bien parece referirse al precio de un producto o servicio que más semejanza ofrezca con el involucrado en el contrato respectivo.

CONCLUSIÓN

Por supuesto, la anterior es una sucinta referencia a algunos de los aspectos que el autor considera más importantes dentro de la regulación de Unidroit. Naturalmente, el propio organismo ha expresado que los Principios no son, ni con mucho, una obra acabada, sino que permanentemente quedan sujetos a ampliaciones y mejoras, como corresponde a una regulación que atañe a actividades tan extensas y cambiantes como son las conec-tadas con el comercio en todas sus formas.