

LA COMPRA – VENTA INTERNACIONAL Y LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT

Lic. Luis Conrado Ramírez
Especialista en Derecho Comercial
de la Universidad de Costa Rica

SUMARIO

I- Introducción.

II- Aspectos Generales Sobre Normativas de la Compra – Venta Internacional.

III- La Compra – Venta Internacional en la Convención de Viena de 1980.

I. Ámbito de Aplicación y Disposiciones Generales.

Ámbito de aplicación.

Autonomía de las partes.

Interpretación de la Convención.

Interpretación del contrato; usos.

Forma del Contrato.

II. Formación del Contrato.

III. Compra – Venta de Mercaderías.

Obligaciones del vendedor.

Obligaciones del comprador.

Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador.

Transmisión del riesgo.

Suspensión del cumplimiento e incumplimiento previsible.

Exoneración de la obligación de pagar daños y perjuicios.

Conservación de las mercaderías.

IV. Disposiciones Finales.

IV- La Compra – Venta Internacional en los Principios de UNIDROIT.

Libertad de contratación.

Libertad de forma y de prueba.

Principio Pacta Sunt Servanda.

Primacía de las reglas imperativas.

Naturaleza dispositiva de los Principios.

Principios de Internacionalidad y Uniformidad.

Principios de Buena Fe y de Lealtad Negocial.

Principio de primacía de los usos y las prácticas.

Principio de Llegada.

Definiciones.

V- Arbitraje Comercial Internacional, Conexiones con la Convención de Viena de 1980 y los Principios de UNIDROIT.

A) Principios Sustanciales Fundamentales.

1- Principio de Buena Fe.

- a) Deber de cooperación de las partes.
- b) Deber de minimizar pérdidas.
- c) Culpa in contrayendo.

2- Principio de Diligencia,

B) Principios Instrumentales.

- 1- La competencia arbitral (Principio Kompetenz – Kompetenz)
- 2- La separabilidad de la cláusula arbitral (Autonomía de la cláusula arbitral)
- 3- Interpretación restrictiva de la cláusula compromisoria.

C) Algunas Interpretaciones Sobre Temas Específicos.

- 1- El Derecho aplicable.
- 2- El Principio “Pacta Sunt Servanda”.
- 3- La Exceptio Non Adimpleti Contractus.

D) Últimas Tendencias.

- 1- Los Principios UNIDROIT aplicados propiamente como ley del contrato internacional.
- 2- Los Principios de UNIDROIT como complemento para aplicar la ley doméstica aplicable.
- 3- Los Principios de UNIDROIT como complemento e interpretación de convenciones internacionales.
- 4- Exclusión de los Principios de UNIDROIT.

VI- Se Trabaja la Tercera Edición de los Principios de UNIDROIT.

VII- Conclusiones.

Bibliografía.

LA COMPRA – VENTA INTERNACIONAL Y LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT

Lic. Luis Conrado Ramírez

I- INTRODUCCIÓN:

En razón de las características propias de la Compra- Venta Internacional, las dificultades surgidas a partir de la interacción comercial entre sujetos provenientes de diferentes sistemas jurídicos, además de tenerse como motor esencial de la economía en general y en especial de las relaciones comerciales internacionales a la Compra – Venta, hacen que tanto los sujetos que actúan en tal ámbito como los Estados, adopten medidas tendientes a plantear reglas o al menos “principios” básicos para un mejor entendimiento entre los actores comerciales del espectro internacional.

Así las cosas, se crearon la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980) y Los Principios para Los Contratos Comerciales Internacionales (Principios de UNIDROIT), amén de la creación de estos dos instrumentos y su cada vez mayor aceptación, las controversias en materia de contratación comercial internacional se continúan presentando y por ello se hace necesaria la implementación de mecanismos para la solución de tales controversia, mecanismos que responda a las características propias del comercio internacional, encontrando entre tales medios el “Arbitraje”, por ello en el presente texto se pretende, al menos, conocer de manera panorámica la influencia de la

Convención de Viena de 1980 en conjunto con los Principios de UNIDROIT en la toma de decisiones Arbitrales (Laudos) en materia de Compra – Venta Internacional.

II- ASPECTOS GENERALES SOBRE NORMATIVAS DE LA COMPRA - VENTA INTERNACIONAL.

El esfuerzo por crear reglas y/o principios generales en la materia, dio inicio en 1930 en Roma en el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), el que se vio interrumpido a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, reanudándose posteriormente, llegando a presentar su consecuente proyecto en 1964 en una conferencia diplomática celebrada en La Haya, Holanda, que adoptó dos convenciones: a) Sobre la compraventa internacional de mercaderías que fue la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Objetos Mobiliarios Corporales (LUVI) ; y b) Sobre la formación de los contratos para la compraventa internacional de mercaderías que fue la Ley Uniforme sobre la Formación de los Contratos de Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales (LUF); estas convenciones fueron criticadas al ser consideradas, por algunos y de cierta manera, excluyentes, pues en general se consignaban en ellas corrientes jurídicas y comportamientos comerciales propios de la Europa Occidental.

En 1968 se crea la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y casi de inmediato se da a la tarea de consultar a los Estados sobre la intención de Adoptar la LUVI y LUF y al encontrarse con la crítica arriba mencionada y por consiguiente la escasa o casi nula intención de Adopción de estas, la CNUDMI analiza ambas convenciones a fin de determinar los cambios a las mismas que las tornarían aceptables de manera más amplia por los Estados de diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos; el resultado del análisis fue la adopción el 11 de abril de 1980 en conferencia diplomática llevada a efecto en Viena, Austria, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en la que se combinan las materias de la LUVI y LUF.

En el mismo año de 1968, en que se da inicio la tarea de consulta y estudios de la LUVI y LUF por la CNUDMI, también se plantea en el seno de UNIDROIT y con ocasión de su 40 aniversario de fundación, la idea de crear un instrumento de carácter normativo para los contratos comerciales internacionales, en virtud de ello el Consejo Directivo incluye en la agenda de trabajo de su reunión de 1971 la preparación de un ensayo de unificación relacionado a la parte general de los contratos, pero es hasta 1980 cuando se crea el grupo de trabajo conformado por representantes de diversas culturas y sistemas jurídicos del mundo, así mismo se consultaron expertos académicos, abogados dedicados al derecho de contratos, organismos gubernamentales y de negocios; concluyendo la labor en 1994 con la publicación de “Los Principios para Los

Contratos Comerciales Internacionales”, mejor conocidos como “Principios de UNIDROIT”.¹

Para determinar la categoría “Contrato Internacional” se han desarrollado diversas tesis, siendo las más relevantes la “Tesis del elemento extranjero puro” y la “Tesis del Efecto internacional”, la primera sostiene que “...un contrato es internacional cuando presenta, al menos, un elemento extranjero, cualquiera que sea dicho elemento”; y por su parte la segunda, que fue desarrollada en el arbitraje privado internacional, manifiesta que un contrato es internacional “...cuando produce « efectos conectados con otros países» o afecta a los intereses del comercio internacional”. Los Principios de UNIDROIT quisieron adoptar un criterio amplio en su interpretación, que permitiera excluir únicamente los contratos en que no exista ningún elemento internacional, o sea, en el que todos los elementos relevantes estén conectados a un solo Estado; el criterio adoptado por la Convención de Viena de 1980 se basa en la ubicación del establecimiento, sin importar para la determinación de la internacionalidad la ubicación de los bienes objetos del contrato, ni el lugar de ejecución.²

III- LA COMPRA - VENTA INTERNACIONAL EN LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980:

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías ha tenido gran éxito y aceptación, lo que se aprecia de manera clara al considerar el hecho que fueron once los Estados originales

1 Oviedo Albán, Jorge. Aplicaciones de los Principios de UNIDROIT a los Contratos Comerciales Internacionales. pp4. http://www.puj.edu.co/banners/APLICACIONES_DE_LOS_PRINCIPIOS.pdf

2 Oviedo Albán, Jorge. Op. Cit. pp 9- 10.

de todas las regiones geográficas, grados de desarrollo económico y de los principales sistemas jurídicos, sociales y económicos, además, pocos días después de la fecha de entrada en vigor de la Convención, cuatro Estados más (Austria, Finlandia, México y Suecia) se habían convertido en partes de ella.

Zimmermann califica el texto de la Convención como el “más escrupulosamente preparado y significativo para la unificación del derecho privado...”.³

La Convención se divide en cuatro partes, a ser:

Parte I: trata lo relativo al ámbito de aplicación y disposiciones generales.

Parte II: contiene las normas que rigen la formación de contratos de compraventa internacional de mercaderías.

Parte III: relaciona los derechos y obligaciones sustantivos de comprador y vendedor derivados del contrato.

Parte IV: contiene lo atinente a las disposiciones finales de la Convención relativas a asuntos tales como el modo y el momento de su entrada en vigor, las reservas y declaraciones que se permite hacer y la aplicación de la Convención a las compraventas internacionales cuando ambos Estados interesados se rigen por el mismo o similar derecho en esta cuestión.

A continuación esbozaremos de manera general lo relativo a cada parte de la

Convención, no entrando a profundizar en detalle sobre cada punto, pues, a como se anotó en la parte introductoria, el tema principal es al menos conocer de manera panorámica la influencia de la Convención en conjunto con los Principios de UNIDROIT en la toma de decisiones Arbitrales (Laudos), el esbozo precitado, se hará basado en la nota explicativa a la Convención preparada por la Secretaría de la CNUDMI, con fines informativos y la que no constituye una comentario oficial al texto de la Convención.⁴

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DISPOSICIONES GENERALES

A) Ámbito de aplicación.

Los artículos sobre el ámbito de aplicación establecen lo que se tendrá como comprendido en ella y lo que se le excluye. Siendo las más importantes las disposiciones sobre inclusión, teniendo que la Convención se aplica a los contratos de Compra - Venta de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando esos Estados sean Estados contratantes, o cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante, ciertos Estados han aprovechado lo estipulado en el artículo 95 para declarar que aplicarían la Convención sólo en la primera pero no en la segunda de estas dos situaciones. En cuanto la Convención sea más ampliamente adoptada, disminuirá la importancia práctica de tal declaración. En el mismo sentido de lo relacionado las disposiciones finales introducen dos restricciones al ámbito territorial

³ Oviedo Albán, Jorge, Op. Cit. pp 2.

⁴ El texto completo en español y con la Nota Explicativa a la que se ha hecho alusión y en la que basan los comentarios del presente texto, se descargó de la página web que responde a la siguiente dirección: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf>

de aplicación que serán pertinentes para algunos Estados:

- a) La primera restricción se aplica sólo si un Estado es parte en otro acuerdo internacional que contiene disposiciones relativas a las materias que rige la Convención;
- b) La otra restricción permite que los Estados que tienen el mismo o similar derecho interno sobre Compra - Ventas declaren que la Convención no se aplicará entre ellos.

El artículo 3 distingue los contratos de compraventa de los contratos de servicios en dos aspectos:

- a) Se considerarán Compra - Ventas los contratos de suministro de mercaderías a ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.
- b) La Convención no será aplicable a los contratos en que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

La Convención contiene una lista de tipos de compraventa que se excluyen de la Convención, por distintas razones, a ser:

- a) Por la finalidad de la compraventa (mercaderías compradas para el uso personal, familiar o doméstico),
- b) La naturaleza de la compraventa (compraventas en subasta, de carácter judicial), o

- c) La naturaleza de las mercaderías (valores mobiliarios, títulos, títulos de inversión, títulos o efectos de comercio, dinero, buques, embarcaciones, aerodeslizadores, aeronaves o electricidad).

En muchos Estados algunas de esas compraventas o todas ellas se rigen por normas especiales que reflejan su especial naturaleza.

Ciertos artículos declaran que la materia de la Convención se limita a la formación del contrato y los derechos y obligaciones del comprador y del vendedor que surgen del contrato; la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, con fines informativos, ha manifestado que en particular, la Convención no concierne a la validez del contrato, a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas o la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías.

B) Autonomía de las partes.

El principio básico de la libertad contractual en la Compra - Venta internacional de mercaderías es reconocido por la Convención al contener la disposición que faculta a las partes excluir su aplicación o a que establezcan excepciones a sus disposiciones o a modificar sus efectos. La exclusión más frecuente se dará por la elección de las partes como ley aplicable la de un Estado no contratante o de la de un Estado contratante. Las excepciones se producen cuando se estipule en el contrato una norma diferente de las contenidas en la Convención.

C) Interpretación de la Convención.

La Convención cumplirá mejor su finalidad (unificación de la normativa de la C-V internacional de mercaderías) si se interpreta de manera consecuente en todos los ordenamientos jurídicos, por ello en su preparación se cuidó el hacerla clara y fácil de entender. No obstante, se plantearán controversias sobre su significado y aplicación y cuando esto se de, las partes, tribunales nacionales y los arbitrales, deberán considerar su carácter internacional y promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional, cuando las cuestiones relativas a las materias que rige la Convención no estén expresamente resuelta en ella, se dirimirán de conforme los principios generales en los que se basa y a falta de estos se acudirá y decidirá conforme la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

D) Interpretación del contrato; usos.

La Convención estima cómo han de interpretarse las declaraciones y otros actos de una parte en el contexto de la formación o de su ejecución del contrato, teniendo como de posible obligatoriedad entre las partes contratantes los usos convenidos, las prácticas establecidas entre ellas y los usos de los que tenían o debían tener conocimiento, y que sean ampliamente conocidos y regularmente observados entre ellas en contratos del mismo tipo.

E) Forma del contrato.

La Convención no estima requisito formal alguno para el contrato, así se deduce del artículo 11, sin embargo, el artículo 29 establece que, si el contrato consta por escrito y estipula que toda modificación o extinción

por mutuo acuerdo se hará por escrito, tal contrato no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma, la excepción a esto es que una parte puede verse impedida por sus propios actos de alegar la estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos de la primera.

Para facilitar a los Estados cuya legislación exige la escrituradad de los contratos de Compra - Venta, el artículo 96 les permite declarar que no aplicarán las excepciones de los artículos 11 y 29 en el caso que cualquiera de las partes contratantes tenga su establecimiento en ese Estado.

II. FORMACIÓN DEL CONTRATO.

La Convención se ocupa de lo relativo a la formación del contrato por el cruce de una oferta con una aceptación; cuando la formación se verifica de esta manera, el contrato se celebra al hacerse efectiva la aceptación de la oferta, y para que una propuesta de celebración de contrato constituya oferta, debe dirigirse a una o más personas determinadas y ser suficientemente precisa (indicando las mercaderías y, expresa o implícitamente, señalando cantidad y precio o prever medio para determinarlos).

En lo relativo a la revocabilidad de la oferta la Convención adopta una postura intermedia entre la doctrina de la revocabilidad de la oferta hasta la aceptación y su irrevocabilidad general durante un cierto tiempo, teniendo como regla general que las ofertas pueden revocarse, pero, la revocación debe llegar a conocimiento del destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación; amén de ello, la oferta no es revocable si la misma indica que es irrevocable, lo que puede hacerse estableciendo un plazo fijo para la aceptación;

tampoco cabe revocar la oferta si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en la oferta.

La aceptación de una oferta puede hacerse de manera expresa o de manera tácita, mediante actos del destinatario que indiquen asentimiento, como la expedición de las mercaderías o el pago del precio, un acto de tal índole surtiría efecto como aceptación en el momento de su ejecución.

Para la Convención cuando la respuesta a una oferta contiene elementos nuevos o diferentes, y estos no alteran sustancialmente los de la oferta, la respuesta constituirá aceptación a menos que sin demora injustificable, el oferente objete esos elementos; Si no los objeta, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación; si los elementos adicionales o diferentes alteran sustancialmente los elementos de la oferta, la respuesta constituye una contraoferta que debe a su vez ser aceptada para que el contrato se celebre (los elementos adicionales o diferentes relativos a precio, pago, calidad y cantidad de las mercaderías, lugar y fecha de entrega, grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta).

III. COMPRA - VENTA DE MERCADERÍAS.

a- Obligaciones del vendedor.

Las obligaciones generales del vendedor son:

- 1.- Entrega de las mercaderías (en cantidad, calidad, tipo y envase o embalaje fijado por el contrato)
- 2.- Transmitir su propiedad, y

- 3.- Entregar cualquier documentación relacionada a las condiciones establecidas en el contrato y en la Convención.

La Convención proporciona normas supletorias para su utilización a falta de acuerdo contractual acerca del momento, lugar y la manera de cumplir esas obligaciones por parte del vendedor, estatuye reglas que precisan las obligaciones del vendedor respecto de la calidad de las mercaderías; son de particular importancia las normas que entrañan la obligación del vendedor de entregar las mercaderías libres de cualquier derecho o pretensión de terceros, inclusive derechos de propiedad industrial y/o intelectual.

La Convención dispone la obligación del comprador de examinar la mercadería en relación a la calidad pactada y debe comunicar toda falta de conformidad con lo estipulado en el contrato en un plazo razonable, a partir del momento en que haya o debiera haber descubierto, a más tardar, dos años desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en su poder, a menos que ese plazo sea incompatible con un período de garantía contractual.

b- Obligaciones del comprador.

Las obligaciones generales del comprador, básicamente, son:

- 1.- Pagar el precio de las mercaderías, y
- 2.- Recibir las en las condiciones establecidas por el contrato y la Convención.

A falta de acuerdo contractual sobre la manera de determinar el precio, momento y lugar en que el comprador debe cumplir su obligación de pagar el precio, la Convención estatuye normas supletorias.

C) *Derechos y acciones en caso de incumplimiento del contrato por el comprador.*

Los derechos y acciones del comprador por incumplimiento del contrato por parte del vendedor se exponen en relación con las obligaciones del vendedor y los derechos y acciones del vendedor se exponen en relación con las obligaciones que pesan sobre el comprador; o sea que la pauta de los derechos y acciones es la misma en ambos casos, y al satisfacerse todas las condiciones exigidas, la parte agraviada puede exigir el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte, reclamar daños y perjuicios o rescindir el contrato. Entre las limitaciones más importantes al derecho de una parte agraviada de valerse de una acción figura el concepto del incumplimiento esencial (que la otra parte sufra un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato), limitación que no se aplica cuando la parte que haya incumplido no hubiera previsto el resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en la misma situación.

Un comprador puede exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución sólo si las entregadas no eran conformes con el contrato y la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato, así mismo tiene derecho de reducir el precio cuando las mercaderías entregadas no sean conformes con lo estipulado en el contrato.

Las circunstancias que justifican la declaración de rescisión del contrato por la parte agraviada son dos, a ser:

- 1.- Existencia de un incumplimiento esencial.
- 2.- El caso de no entrega de las mercaderías por parte del vendedor o de no pago del

precio u omisión en recibir las mercaderías por parte del comprador, la parte que incumple no lo ejecute en un plazo razonable fijado por la parte agraviada.

Existen derechos y acciones restringibles por circunstancias especiales, así, si las mercaderías no son conformes al contrato, el comprador puede solicitar al vendedor que las repare para subsanar la inconformidad, a menos que esto no sea razonable atendiendo todas las circunstancias.

Una parte no puede reclamar daños y perjuicios que pudiera haber reducido adoptando las medidas apropiadas, y de igual manera una parte puede verse exenta de pagar daños y perjuicios por un impedimento ajeno a su voluntad.

D) *Transmisión del riesgo.*

Cuando exactamente el riesgo de pérdida o deterioro de las mercaderías se transmite del vendedor al comprador es de gran importancia, Las partes pueden pactarlo en el contrato mediante disposición expresa o recurriendo a una condición del comercio; sin embargo, si el contrato no contiene esa disposición, la Convención contiene un juego completo de reglas al efecto.

En términos generales, el riesgo se transmite al comprador cuando éste se hace cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición, cuando el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, no se considerará que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén identificadas a los efectos del contrato y se pueda considerar que el riesgo de su pérdida ha sido transmitido al comprador; Se dan dos situaciones especiales

que son previstas por la Convención; a) cuando el contrato de compraventa entraña el transporte de las mercaderías y, b) cuando las mercaderías se venden en tránsito.

E) Suspensión del cumplimiento e incumplimiento previsible.

La Convención contiene reglas especiales para la situación en que, antes de la fecha en que debía ser cumplido, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones o cometerá un incumplimiento esencial, traza una distinción entre los casos en que la otra parte puede suspender su propio cumplimiento del contrato pero el contrato sigue vigente a la espera de futuros acontecimientos y aquellos en los que puede declarar rescindido el contrato.

F) Exoneración de la obligación de pagar daños y perjuicios.

Estará exenta de pago por daños y perjuicios la parte que incumpla cualquiera de sus obligaciones debido a un impedimento ajeno a su voluntad, razonablemente imprevisible en el momento de la celebración del contrato, ni evitable o superable, esta exención es aplicable también si el incumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que encargó la ejecución total o parcial del contrato. No obstante, está sometida a cualquier otro recurso, inclusive a la reducción del precio, si las mercaderías fuesen de algún modo defectuosas.

G) Conservación de las mercaderías

La Convención impone a ambas partes el deber de conservar las mercaderías que se encuentran en su poder y pertenecen a la otra

parte, tal deber es de mayúscula importancia en la Compra - Venta internacional de mercaderías, principalmente en los casos en que la otra parte reside en un país extranjero y puede no tener mandatarios en el país en que se encuentran las mercaderías. En ciertas circunstancias la parte en cuyo poder se hallan las mercaderías puede venderlas o incluso exigirle que lo haga, cuando se efectúe la venta esta parte tendrá derecho a retener del producto de la transacción una suma igual a los gastos razonables de su conservación y venta y deberá abonar el saldo a la otra parte.

IV. DISPOSICIONES FINALES.

Estas contienen las cláusulas usuales relativas al Secretario General como depositario y donde se estipula que la Convención está sometida a la ratificación, la aceptación o aprobación de los Estados que la hayan firmado hasta el 30 de septiembre de 1981, que estuvo abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios y que sus textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos.

La Convención permite hacer algunas declaraciones, relativas al ámbito de aplicación y requisito de formalización por escrito del contrato, ya mencionadas; así mismo existe una declaración especial para los Estados en los que diferentes ordenamientos jurídicos rijan los contratos de compraventa en diferentes partes de su territorio y, finalmente, todo Estado podrá declarar que no quedará obligado por la Parte II, sobre formación de contratos, o por la Parte III, sobre los derechos y obligaciones de comprador y vendedor. Lo que se incluyó como parte de la decisión de combinar en una única convención la materia de las dos convenciones de La Haya de 1964.

IV- LA COMPRA - VENTA INTERNACIONAL EN LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT.

Los Principios UNIDROIT fueron elaborados en 1994 por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, organización intergubernamental independiente, con sede en Roma, que tiene como objetivo estudiar los medios para armonizar, organizar y coordinar el derecho privado entre los Estados y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos países de una legislación de derecho internacional privado uniforme. Su objeto se encuentra definido en su estatuto orgánico y persigue la unificación del derecho privado, recurriendo, en cuanto sea necesario, a las normas de conflictos de leyes. Dicha organización está integrada por Estados miembros, pertenecientes a los cinco continentes, representativos de diversos sistemas jurídicos.⁵

Friedrich Jünger ha definido los Principios UNIDROIT como una codificación supranacional de derecho convenido. Así mismo, Valeri acoge lo indicado en el Preámbulo de los Principios y afirma que son un conjunto de normas de derecho contractual comunes a diversos ordenamientos jurídicos, mejor adaptadas a las exigencias del comercio.⁶ Perales Viscasillas, indica que los mismos constituyen el último de los esfuerzos por uniformar el derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales, y los enmarca, junto con otros textos de carácter

internacional, en el llamado Derecho Uniforme del Comercio Internacional.⁷

La edición correspondiente a 1994 consta de un Preámbulo y 119 artículos, expuestos en siete capítulos:

- 1.- Disposiciones Generales
- 2.- Formación
- 3.- Validez.
- 4.- Interpretación
- 5.- Contenido
- 6.- Cumplimiento
- 7.- Incumplimiento.⁸

Cada artículo está acompañado de comentarios específicos e incluye ejemplos, los cuales forman parte integral de los Principios. Las Disposiciones Generales, expuestas en el capítulo 1, tienen como principal función la de ser aplicadas a los restantes artículos de los sucesivos capítulos. La característica particular de las Disposiciones Generales es la de su tácita incorporación al contrato cuando las partes no hubieren hecho expresa omisión de algún artículo, lo que resalta el carácter dispositivo de los principios. Así mismo, contienen las principales reglas para una obligación privada: libertad en la contratación, libertad tanto en la forma como en la prueba; aceptación del principio Pacta Sunt Servanda, primacía de las reglas imperativas, indicación de la naturaleza dispositiva de los Principios, aplicación de los principios de internacionalidad y uniformidad, protección del principio de buena fe y lealtad negocial, preferencia y primacía de los usos y prácticas mercantiles internacionales y

5 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernández, Nelly. LOS PRINCIPIOS UNIDROIT EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. Revista de Derecho, No.25, Universidad del Norte, Baranquilla, Colombia, 25: 47-79, 2006. pp 51. para consulta disponible en página web: http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/25/2_Los%20principios%20Unidroit.Revista%20de%20Derecho%20N%2025.pdf

6 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernández, Nelly. Op.cit. pp 51.

7 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernández, Nelly. Op.cit. pp 52.

8 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernández, Nelly. Op. Cit. pp 59.

previsión del principio de llegada. El último artículo de las disposiciones generales define algunos términos.⁹

Alix Aguirre Andrade y Nelly Manasía Fernández en su artículo “LOS PRINCIPIOS UNIDROIT EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES” publicado en la Revista de Derecho No.25 de la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia, identifican en los Principios de UNIDROIT los siguientes:

Libertad de contratación

El artículo 1.1 establece la libertad de contratación: Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido. Sobre este principio gravitan los contratos, el de la autonomía de la voluntad de las partes, reconocido ampliamente por los distintos ordenamientos jurídicos tanto para la elección de cada uno de los elementos del contrato, sean partes, causa u objeto, como para la determinación del alcance, texto y vigencia de las cláusulas compromisorias. Ahora bien, ciertamente, el principio de la autonomía de la voluntad sufre restricciones en las distintas legislaciones, y ello aparece reflejado en los Principios UNIDROIT cuando se hace indicación, por una parte, de las reglas imperativas que no aceptan relajación alguna y, de otra parte, de los deberes de actuar bajo la buena fe y lealtad.¹⁰

Libertad de forma y de prueba

Se afirma que una de las ventajas de los Principios UNIDROIT desde su primera formulación ha sido la de servir en tiempos

de una sociedad estimulada por el proceso globalizador, por lo cual los contratantes requieren de estos principios que hacen expedito el negocio que realizan por contener fórmulas prácticas para resolver los eventuales problemas; el artículo 1.2 prescribe: “Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato sea celebrado o probado por escrito”. El contrato podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos, lo cual determina la libertad de forma para contratar y, subsecuentemente, la prueba de la contratación. Esta libertad rige para todas las fases o facetas del contrato, sea su formación inicial u origen, perfeccionamiento, ejecución y ulterior extinción. La libertad en la prueba admite desde la testimonial hasta las pruebas más avanzadas con ocasión de las innovaciones tecnológicas, como son el correo electrónico y los mensajes de datos.¹¹

Esto es un reflejo de la realidad comercial, tanto internacional como nacional, en donde, muchas veces, las Compra – Ventas se efectúan por medio de una simple llamada telefónica, o el pedido se realiza mediante un correo electrónico, por ejemplo.

Principio Pacta Sunt Servanda

El principio Pacta Sunt Servanda constituye la regla sobre la cual se sustentan los comportamientos de las partes, este determina el efecto mandatorio para las partes, quienes habiendo perfeccionado el contrato, previo resguardo de las reglas imperativas aplicables contenidas en sus diferentes ordenamientos jurídicos, deberán desempeñarse en el cumplimiento, de conformidad con lo acordado,

⁹ Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernández, Nelly. Op. Cit. pp 60.

¹⁰ Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernández, Nelly. Op. Cit. pp 60.

¹¹ Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernández, Nelly. Op. Cit. pp 61.

lo que significa que cualquier variación en el contrato será resultado de la voluntad mancomunada de la partes, salvo los casos previstos de acaecimientos sorpresivos, de excesiva desproporción en las prestaciones o excesiva onerosidad y de fuerza mayor.¹²

Primacía de las reglas imperativas.

Las normas imperativas o de orden público establecidas en los distintos ordenamientos nacionales o supranacionales tienen preceptuada su preeminencia respecto de la aplicación de los Principios UNIDROIT; como ejemplo de ello encontramos las restrictivas de la circulación de monedas extranjeras, establecen control de cambios, las que restringen la libre competencia o las reglas antimonopolio. Perales Viscasillas, advierte que éste es un principio plenamente aceptado en el comercio internacional, aun cuando no aparezca expresamente establecido en los distintos textos normativos; cuanto a su aplicación, resulta restrictivo de la actuación por las partes contratantes, por lo cual las reglas imperativas no resultan desplazadas por la elección que las partes hayan hecho de los Principios UNIDROIT; en ese orden de cosas, el artículo 1.4. de los principios establece: Estos Principios no restringen la aplicación de reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.¹³

Naturaleza dispositiva de los Principios.

Se encuentra contenido en el artículo 1.5, en cuanto establece la facultad atribuida

a las partes para someterse o no a ellos, ratificando con ello la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad de las partes; en relación a este principio, así mismo percibe Perales Viscasillas, que excluir las partes la aplicación de los Principios resulta cuando menos una contradicción, a menos que se considere que los Principios resultan plenamente incorporados a un contrato cuando las partes han indicado en el mismo que se regirá por los “principios generales del derecho”, la “Lex Mercatoria” o expresiones semejantes, como los “usos y costumbres del comercio internacional”.¹⁴

Principios de internacionalidad y uniformidad

Una de las principales finalidades de los Principios UNIDROIT ha sido la de validar la internacionalidad del caso y proporcionar reglas uniformes para su solución, todo a fin de encontrar soluciones que disten de la aplicación de normas contenidas en los derechos nacionales; mediante la internacionalidad del caso y la uniformidad legislativa se facilita la solución del problema, por cuanto los Principios UNIDROIT remiten incluso a la aplicación de principios generales subyacentes al no estar expresamente resuelto el problema, y dejan a un lado la posibilidad de aplicar el derecho interno como subsidiario.¹⁵

Principio de buena fe y de lealtad negocial.

Los Principios de UNIDROIT reconocen el patrón de conductas demostrativas de ética y probidad que se deben las partes en todas las fases del negocio jurídico, el principio de buena fe y lealtad negocial se complementa,

12 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 61

13 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 61-62.

14 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 62.

15 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernandez, Nelly. Op. Cit. 62.

además, por el deber de confidencialidad y el tratamiento penalizado a las negociaciones en las cuales sea posible advertir la mala fe.¹⁶

Principio de primacía de los usos y las prácticas.

Los Principios UNIDROIT ratifican la relevancia que tienen los usos, prácticas y costumbres como factores propios del ámbito de las relaciones mercantiles internacionales.¹⁷

Principio de llegada.

Este tiene significativa importancia, pues, para las partes resulta importante determinar cuándo se tienen por aceptadas las comunicaciones que a efectos de la fase de formación de oferta, el perfeccionamiento del contrato, la ejecución o la ulterior extinción, se canjeen las partes; en tal sentido, se aceptan como comunicaciones todos los medios que resulten apropiados para la especificidad de cada contratación, lo que significa que se deja amplio margen para que los jueces o árbitros sopesen las condiciones particulares de cada negocio; el principio de llegada envuelve fundamentalmente dos aspectos: a) La comunicación, entendiéndose como todo medio que sea efectivo para el conocimiento de las particularidades del negocio, y b) La llegada, entendida como la entrega de la comunicación en el establecimiento comercial o en la dirección postal.¹⁸

Definiciones.

La última de las Disposiciones Generales de los Principios UNIDROIT define ciertos términos de frecuente alusión, así, se establecen las definiciones de tribunal, con inclusión de los arbitrales, establecimiento relevante cuando existe más de uno, acreedor y deudor, así como de lo que debe entenderse por escrito, entendido como todo medio de comunicación susceptible de reproducir de manera evidente la comunicación, lo que hace incluir el telex, el fax, el correo electrónico y los mensajes de datos, a los fines de cumplir con la finalidad de permitir la comunicación entre personas distantes físicamente.¹⁹

Por su parte el Dr. Jorge Enrique Romero Pérez, en su ponencia Principios Generales de la UNIDROIT. El Caso Costa Rica, impartida en el Congreso Internacional de Derecho Mercantil en la Universidad Nacional Autónoma de México en marzo del 2006, manifestó que los Principios de UNIDROIT juegan: 1.- Como instrumentos jurídicos que regulan las relaciones comerciales y los eventuales conflictos; 2.- Como instrumentos para interpretar y complementar normas de carácter internacional; 3.- Ayudan en la interpretación y complementación de las leyes nacionales; de igual manera expuso que los Principios Sustanciales o de Fondo son: 1.- Usos y costumbres del comercio internacional; 2.- Buena fe; 3.- Fuerza mayor; 4.- Deber

¹⁶ Aguirre Andrade, Alix; Manasia Fernandez, Nelly. Op. Cit. 63.

¹⁷ Aguirre Andrade, Alix; Manasia Fernandez, Nelly. Op. Cit. 63.

¹⁸ Aguirre Andrade, Alix; Manasia Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 63.

¹⁹ Aguirre Andrade, Alix; Manasia Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 63-64.

de minimizar las pérdidas; 5.- Pacta Sunt Servanda versus Rebus Sic Stantibus; 6.- Vicios de la voluntad o del consentimiento, y 7.- Pérdida de Oportunidades.²⁰

Los Principios UNIDROIT fueron modificados sustantivamente en el 2004; ampliándose el contenido del Preámbulo, y habiéndose iniciado con una edición de 119 artículos, éstos fueron aumentados a 185.²¹

En cuanto a las innovaciones, se estiman acertadas las caracterizadas como resaltantes por Siqueiros (2005): En el Preámbulo de la edición 2004 se indica, el propósito de los Principios de ofrecer a la sociedad mercantil internacional un instrumento contentivo de reglas generales que las partes voluntariamente acuerden en sus contratos o sean susceptibles de aplicarse, en el caso que ellas no hubiesen elegido el derecho a regularlos. El Preámbulo de los Principios en la formulación de 1994 indicaba como ámbito de aplicación: cuando las partes decidieran someter el contrato a sus disposiciones, cuando las partes acordaran que el contrato se sometiera a los principios generales del derecho, a la “Lex Mercatoria” o expresiones semejantes. Mas, la edición de 2004 señala además que a ellos se someten las partes cuando éstas no han designado ningún derecho para que rija el contrato y, así también, pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme y servir de modelo para la legislación tanto a nivel nacional como en el ámbito internacional.²²

En la versión del 2004 se modifica el texto del articulado contenido en las disposiciones Generales, pues el artículo 2.8 de la edición 1994, regulador de la aceptación de los contratos dentro de un plazo fijo, se integra a las disposiciones generales como artículo 1.12, referido al cálculo de plazos convenidos por las partes, así, las Disposiciones Generales pasan a contener 12 artículos, es decir, se adicionan dos a la formulación de 1994.²³

Por otro lado, se añaden dos secciones al capítulo 2, una relacionada con la formación y la celebración de los contratos y otra referida a las facultades de los mandatarios, cuando el representante actúa por sí mismo o con la autorización expresa del poderdante, también se regulan las atribuciones de los apoderados con otras partes involucradas, cuando actúan excediéndose de las facultades o en caso de extinción del mandato. En relación al capítulo 5, éste aparece con una sección segunda (nueva), la que regula los derechos de terceros beneficiarios de las partes; otras inclusiones o agregados se hicieron al añadir tres capítulos (8,9 y 10) referentes a: capítulo 8) Extinción de las obligaciones por compensación; capítulo 9) Cesión de derechos, transmisión de obligaciones y cesión de derechos contractuales, y capítulo 10) Plazos de prescripción.²⁴

El capítulo 8 regula la situación en la cual las partes se adeuden recíprocamente (dinero u obligaciones monetarias), determinando que cualquiera de ellas podrá compensarla mediante la cancelación mutua de las presta-

20 Romero Pérez, Jorge Enrique. Principios Generales de UNIDROIT. El Caso de Costa Rica. <http://www.ij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/ij/ponencias%20070306/pdf/8-444p.pdf>. pp 5.

21 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 64.

22 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 64.

23 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 64.

24 Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 65.

ciones hasta la concurrencia por la cuantía, de igual manera, en caso que los pagos estén representados en divisas, éstos se podrán compensar (cuando exista libre convertibilidad), siempre y cuando no se hubiere especificado la obligación en una divisa determinada; a fin de ejercer el derecho a la compensación, la parte interesada debe comunicarlo a la otra, por cuanto se prescribe que el mismo no opera en forma automática ni mediante declaración judicial, la notificación opera toda vez que se produzcan los requisitos para que prospere la compensación, y debe señalar las obligaciones que se deben compensar, significa que si la parte solicitante hace omisión de ello, la otra parte estará en el derecho de especificar su determinación, si la determinación es omitida por ambas partes, significará la compensación de todas las obligaciones pendientes, tomando en cuenta la proporcionalidad.²⁵

El adicionado capítulo 9 contiene tres secciones: a) La cesión de derechos: la cual se define como la transmisión que se realiza por pacto o convenio entre cesionante y cesionario a cambio de una contraprestación consistente en dinero o realización de un servicio; también contempla la regulación de la onerosidad o costo excesivo que pudiera resultar para el obligado el tratar de cumplir con la obligación, cuando ésta no sea monetaria, y en tal caso se establece un derecho a favor del obligado a ser retribuido por los gastos extras en que incurra como consecuencia de la cesión; por otro lado, de forma expresa se establece que la cesión opera entre cedente y cesionario, sin que sea requerida la notificación al obligado, con la expresa excepción cuando éste se

hubiere comprometido a la realización de una prestación calificada como “singular”, “íntima” o de carácter “muy personal”, en cuyos casos se hace necesaria la notificación de la cesión efectuada; b) La transmisión de obligaciones, se establece que aquellas de carácter pecuniario o en las cuales se debe cumplir una contraprestación, se pueden transmitir por la persona directamente deudora al nuevo obligado, por convenio entre ambos o por acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor; y c) La cesión de derechos contractuales, definida como aquella realizada por convenio entre cedente y cesionario tanto de los derechos como de las obligaciones que se derivan de una relación contractual con un tercero, para lo cual se requerirá el consentimiento de éste último, quien podrá darlo por anticipado.²⁶

Para finalizar, el nuevo capítulo 10 regula la materia de la prescripción, entendida como la liberación de las obligaciones por el transcurso del tiempo, plazo que transcurre en el tiempo breve de tres años, aun cuando también está regulada la prescripción liberatoria por el intervalo de diez años, contados a partir del día siguiente en el cual el acreedor tiene conocimiento de hechos relevantes para el ejercicio de su derecho; de manera expresa señala que el lapso de prescripción se entiende como una excepción que debe oponer el deudor ante el órgano jurisdiccional, ya que el simple transcurso del tiempo no extingue los derechos para el acreedor.²⁷

Aunque los Principios de UNIDROIT serán aplicados en la práctica solamente debido a su valor persuasivo, pueden tener un papel

²⁵ Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 65.

²⁶ Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 65 – 66.

²⁷ Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernandez, Nelly. Op. Cit. pp 66.

muy significativo en muchos contextos, como proveer de reglas y criterios a las Cortes de los Estados y árbitros privados en lo concerniente a interpretar y suplir los instrumentos internacionales existentes; y en que los árbitros pueden encontrarlos convenientes cuando están invitados a decidir según “los usos y costumbres del comercio internacional”, entonces es conveniente tener a mano este conjunto de reglas que son el resultado de la investigación intensiva y deliberación prolongada.²⁸

V.- ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, CONEXIONES CON LA CONVENCION DE VIENA DE 1980 Y LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT.

Arbitraje es el procedimiento aceptado por las partes para que un grupo de personas competentes resuelva una disputa (Artículo 43 Constitucional de Costa Rica estima, Derecho a Arbitraje)²⁹; en voto No. 2307-95 de las dieciséis horas del nueve de mayo de mil novecientos noventa y cinco la Sala Constitucional de Costa Rica manifestó que “el proceso de arbitraje es dentro de nuestra Constitución Política, una forma alternativa para la solución de conflictos patrimoniales que ha sido prevista en tanto podría resultar para las partes más rápida y ágil.”³⁰; para Alfonso Calvo Caravaca y Luis Fernández

de la Gándara en sus dos libros: “El Arbitraje Comercial Internacional” y “Derecho Mercantil Internacional” definen el Arbitraje como “ un medio jurídico de arreglo de litigios presentes o futuros basados en la voluntad de las partes que eligen por si mismas directamente o a través de mecanismos de designación acordado por ellas – por ejemplo delegando en un tercero imparcial persona física o jurídica- a simples particulares a los que se les confía la adopción de una decisión obligatoria –el laudo arbitral- que ponga fin a la diferencia entre ellas.”. Así se concibe al arbitraje como: obligatorio por su resultado; voluntario por su origen, y, jurisdiccional por su función.³¹

En resumen, podemos decir, que lo tratado en el presente acápite, es lo referente a la aplicación de la “Nueva Lex Mercatoria” en el Arbitraje Comercial Internacional, sin embargo, antes de pasar a ello, es necesario refrescar algunos conocimientos, así en relación a la expresión “Nueva Lex Mercatoria”, nos ilustra María del Carmen Tovar Gil, que “Este nombre surgió en el plano doctrinal, impulsado principalmente por los profesores Schimithoff y Goldman. Estos juristas denominaron Nueva “Lex Mercatoria” al conjunto de normas conformado por principios generales, codificaciones profesionales, contratos tipos y jurisprudencia arbitral, que se dan a través de las organizaciones profesionales, como respuesta a las necesidades del comercio internacional.”³² De ahí, es notorio que los

28 Matute Morales, Claudia. EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, Los principios Jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional. <http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/1-2000/1-2000-5.pdf>. pp 4.

29 Romero – Pérez, Jorge Enrique. Tratado de Libre Comercio, Estados Unidos-Centroamérica-República Dominicana, Análisis desde la perspectiva ideológica del Derecho Económico. San José, Costa Rica, Instituto de Investigación Jurídica. 2006. pp 329.

30 Araya Obando, Verónica de los Ángeles. El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en el Derecho Comercial Internacional, Tesis de Graduación para optar al Título de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 2006. pp 61.

31 Araya Obando, Verónica de los Ángeles. Op. Cit. p 62.

32 Tovar Gil, María del Carmen; Aplicación de la Lex Mercatoria Internacional por los Árbitros; Revista Lima Arbitration No. 2; 2007; Lima, Perú, pp 107.

Principios de UNIDROIT y la Convención de Viena de 1980, son parte conformante de la “Nueva Lex Mercatoria”, y por ende, lo que acá se trata es la aplicación de estos dos componentes de la “Nueva Lex Mercatoria” en otro componente de la misma, entendiendo como este otro componente a la Jurisprudencia Arbitral.

También nos parece necesario, mencionar lo referente a la, llamada por nosotros, naturaleza de la “Nueva Lex Mercatoria” como sistema jurídico, en lo que acogemos la opinión de Antonio Boggiano quien expresa al respecto que la *lex mercatoria* puede ser concebida no como un sistema jurídico autónomo, o hasta cierto punto “autónomo”, creado por términos y usos del comercio internacional fuera de los derechos nacionales, sino como un conjunto de reglas y principios dentro de ellos, en los intersticios y límites que los sistemas de Derecho Internacional Privado les dejan para crear, con delimitada libertad, un nuevo derecho común del comercio internacional, común a todos los derechos nacionales. A nuestro modo de ver, la *lex mercatoria* es un derecho intersticial. Es también un derecho común porque puede considerarse aceptado en los límites de los distintos sistemas nacionales de Derecho Internacional Privado.³³

Esta opinión de Antonio Boggiano, que compartimos, la encontramos reforzada en el mismo texto de los Principios de UNIDROIT al consignar estos (desde su primera versión) en su Artículo 1.4 que “Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional,

internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.”, claro está en este texto transcrito, que la “Nueva Lex Mercatoria” es un derecho “intersticial”, a como lo llama Boggiano, al ubicarse en los espacios que las normas nacionales, internacionales y supranacionales le dejan.

Al entender que la “Nueva Lex Mercatoria” (de la que son parte los Principios de UNIDROIT) no es un derecho estatal, sino uno “autónomo” o “intersticial”, cabe el cuestionamiento de su fuerza de aplicabilidad y consecuente acato por las partes que, sometiendo un asunto a un Tribunal Arbitral este haya resuelto conforme a la “Nueva Lex Mercatoria”, al respecto comparto la opinión de Hernany Veytia, quien manifiesta que “Los italianos suelen utilizar dos vocablos que no encuentro traducción exacta al español: *autorità* y *autorevolezza*. La primera hace referencia a la fuerza, poder, potestad de imponer sanción y la segunda al prestigio, reconocimiento y respeto que lleva una intrínseca convicción para aceptar lo dicho. Posiblemente el camino andado hasta ahora por los Principios más ha sido por la ruta de la *autorevolezza* que de la *autoridad*. En opinión de quien esto escribe los Principios UNIDROIT no necesitan la «potestas» del legislador porque les sobra *autorevolezza* por su intrínseco contenido, por los autores que participaron, por el prestigio e independencia política del Instituto para la Unificación del Derecho Privado y finalmente, porque si se extirpa la buena fe, diligencia contractual no habría desarrollo comercial.”³⁴

33 Boggiano, Antonio; Curso de Derecho Internacional Privado, Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales; Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo – Perrot, 2da. Ed.; 2000; pp 879.

34 Veytia, Hernany; Back to the Future: Los Principios de UNIDROIT 3; Revista Lima Arbitration No. 2; 2007; Lima, Perú; pp 128 – 129.

Para comprender la repercusión de la Convención de Viena de 1980 y los Principios de UNIDROIT en el Arbitraje internacional, en primer lugar se ha de tener claro que estos dos cuerpos normativos no son contradictorios entre sí, sino, que se complementan el uno con el otro y que mucho de lo preceptuado en la Convención es retomado por los Principios de UNIDROIT, lo que se aprecia de manera muy clara en los “Principios Generales” (Capítulo I) y en “Formación del Contrato” (Capítulo II), de los Principios de UNIDROIT, notando que estos son prácticamente una copia de los establecido en la Convención³⁵; teniendo de esta manera que la Convención Incidió en los Principios de UNIDROIT y estos pueden ser usados para complementar la primera, así las cosas, cuando un laudo arbitral alude a los Principios de UNIDROIT se deberá entender que, al menos de manera implícita, también se refiere a la Convención y viceversa.

Amén de lo expresado en el párrafo anterior, también es necesario al menos enumerar los Principios Jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), los que para una mejor comprensión se han agrupado en categorías: en instrumentales y sustanciales, así como establecer tendencias en temas específicos, y de igual manera se tomará en cuenta las últimas tendencias de la Corte de Arbitraje Internacional de la CCI. En una primera categoría se encuentran los principios llamados instrumentales, los cuales se agruparon tomando en consideración problemas propios del arbitraje comercial

internacional y las soluciones dadas a los fines de definir la extensión de los poderes que se le reconocen a los árbitros. Una segunda y tercera categoría, en la cual se agrupan los principios sustanciales fundamentales y los aplicados en algunos temas específicos, constitutivos de la Ley Mercantil Internacional o de esa “Lex Mercatoria” que se ha venido formando y que aún se encuentra en evolución. Una cuarta categoría que tiene que ver directamente con los Principios de UNIDROIT, en la cual se agruparon las últimas tendencias de los árbitros en cuanto a la aplicación o no de los mismos como una manifestación de la “Lex Mercatoria”³⁶; por ello seguimos la clasificación que hace Claudia Matute Morales en su texto EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, Los principios Jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional, así tenemos³⁷:

A) Principios Sustanciales Fundamentales:

1. Principio de Buena Fe.

a- Deber de Cooperación de las Partes.

Este es uno de los principios de la lex mercatoria que los árbitros del comercio internacional hacen respetar afanosamente. Claramente es una prolongación del principio de Buena fe que se le impone a las partes. Este encuentra su ámbito de aplicación en materia de formación y ejecución de los contratos. Este deber implica una obligación de informaciones recíprocas sobre elementos susceptibles

35 Perales Viscasillas, María del Pilar. Los Principios de UNIDROIT y CISG: Su Mutua Interacción. <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/138/12.pdf> pp 6.

36 Matute Morales, Claudia. LA LEX MERCATORIA Y LOS PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. <http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/idc27/27-4.pdf> pp 26.

37 Matute Morales, Claudia, EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, Los principios Jurisprudenciales.... Op. Cit. pp 6 – 13.

capaces de influir en la conclusión del contrato o sobre las condiciones de la ejecución; así las cosas, la Corte Internacional de Arbitraje en un laudo (dictado en el asunto 9593 de 1998) ha consagrado que según lo que reflejan los Principios de UNIDROIT (Artículo 5.3) los usos en el comercio internacional requieren de la buena fe en el cumplimiento de los contratos. Así lo venía sosteniendo la Corte Internacional de Arbitraje desde 1975, cuando el Laudo correspondiente al asunto 2443 de ese año sostuvo “Las partes deben ser perfectamente conscientes de que sólo una colaboración leal, total y constante entre ellas podrá eventualmente permitir resolver, por encima de las dificultades inherentes a la ejecución de cualquier contrato, los numerosos problemas derivados de la extrema complejidad de la formulación y enmarañamiento de los compromisos litigiosos”, agregando que “Se impone esta obligación de cooperación que, con toda razón, la doctrina moderna encuentra en la buena fe que debe gobernar la ejecución de todo contrato.”

b- Deberes de Minimizar Pérdidas.

Según los árbitros de comercio internacional, la víctima de la inejecución de una obligación debe cautelarse contra los efectos de la falta de cumplimiento por parte de su co-contratante; sólo en la medida en que haya hecho lo posible para disminuir, la pérdida sufrida, el acreedor de una obligación inejecutada puede pretender la concesión de daños-intereses por el árbitro. Este principio de mitigación de pérdidas o daños, ha sido reiterado por la Corte en el laudo dictado en el asunto 7210 de 1999 en

donde lo relaciona con el Artículo 7.4.8 de los Principios de UNIDROIT.

En julio del dos mil dos en Costa Rica se dicta laudo que establece la obligación de minimizar pérdidas, y en lo conducente manifiesta el laudo:

“La demandada, ..., ha alegado que era dueña de la estructura. Pero aunque era dueña, la estructura estaba destinada a un proyecto concreto y era objeto de sus obligaciones de cumplimiento, por lo que no tenía facultades de disposición libre, sin consultar a la actora. Tal actuación es contraria a su deber de minimizar pérdidas. En la jurisprudencia arbitral internacional se ha aplicado el DEBER DE MINIMIZAR PÉRDIDAS y el DEBER DE LIMITAR EL DAÑO, en la aplicación de UNIDROIT, artículo 7.4.8 (Cámara de Comercio Internacional, Caso 7110 de 1995,98 y 99).³⁸

c- Culpa In Contrahendo.

Este principio considera que aquel que causa un daño durante una negociación, faltando a sus deberes de diligencia o a los deberes dictados por la buena fe o la equidad, debe repararlo. Yves Derains en su libro “Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional”, en relación a este principio menciona el laudo dictado en el asunto 2291 en 1975, en que se señala que este deber de buena fe no podrá excluirse de las negociaciones que se refieran a la readaptación de un contrato. Pero la obligación de negociar de buena fe implica, entre otras cosas, la de “abstenerse de cualquier clase de propuesta inaceptable, y que deba necesariamente conducir al fracaso de las conversaciones”

38 McLaren Magnus, Rosemarie; Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional; Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho; Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica; 2003; pp 102.

2) Principio de Diligencia.

Las partes deben hacer prueba de una diligencia normal, útil y razonable en la salvaguardia de sus intereses, este es el soporte de numerosas decisiones arbitrales. Hace recaer, de modo general, sobre las partes una presunción de competencia profesional. Este principio explica el rigor que manifiestan los árbitros con respecto a las partes que se han abstenido de prever en su contrato una cláusula de adaptación a la evolución de las circunstancias externas.

B) Principios Instrumentales

1) La Competencia Arbitral (Principios Kompetenz – Kompetenz)

El Reglamento del Tribunal de Arbitraje de la C.C.I (artículo 13.3) se encuentra redactado de la siguiente manera:

Cuando una de las partes alega una o varias excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio de arbitraje, la Corte, habiendo probado prima facie la existencia de este convenio, puede decidir, sin prejuzgar la admisibilidad o el fundamento legal, de estas excepciones, que el arbitraje tenga lugar. En este caso, corresponderá al árbitro proveer sobre su propia competencia.

Se trata pues de la expresión de un principio general del arbitraje internacional cuyos árbitros no dudan en aplicar. Es, en efecto, una condición sine qua non para la eficacia del arbitraje como modo de solución de los litigios.

La posibilidad que el árbitro tiene que proveer sobre su propia competencia se considera

como una verdadera costumbre internacional de la práctica arbitral.

Veamos entonces como ha sido la posición de la Corte de Arbitraje de la C.C.I sobre este particular:

Que no habiéndose discutido la existencia material de la cláusula que establece el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, incumbe al árbitro en virtud de las disposiciones del artículo 13.3. del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, proveer sobre su propia competencia; así se desprende del Laudo dictado el asunto No.1.507 en 1970.

En ese mismo sentido, se había expresado la Corte de Arbitraje de la C.C.I en 1968 en el asunto No. 1.526, al manifestar que “Es norma admitida en materia de arbitraje comercial internacional, la de que no habiendo una disposición en contrario en el procedimiento estatal, el árbitro provee sobre su propia competencia.”

De igual manera, el Tribunal Arbitral ha resuelto sobre su propia competencia en otros laudos, de los que solamente citaremos algunos y otros solamente los enunciaremos, así tenemos:

El laudo de 1974 No. 2138, en que el Tribunal Arbitral expresa: “ Resultando que el litigio... hace referencia no al arreglo de una desavenencia susceptible de solucionar mediante conciliación sin obstaculizar el curso de la ejecución del contrato, sino a la inejecución misma, por parte de los compradores, sus obligaciones derivan del contrato. Resultando, pues, que no debe tenerse en cuenta la estipulación relativa a la conciliación. Resultando que, habiéndose constituido legalmente el Tribunal Arbitral, procede que se declare competente para

conocer el litigio que enfrenta a las partes del contrato de...”³⁹

El laudo dictado en el asunto No. 2476 en 1976, que en su texto dice: “Así pues, el Tribunal Arbitral reconoce que es competente para conocer el presente litigio después de haber comprobado que ninguna estipulación del acuerdo de las partes se opone a la afirmación propia de su competencia, y esto también porque el defecto y los vicios de consentimiento alegados por la demandada no afectan para nada a la cláusula de arbitraje, afectando sólo el fondo del contrato.”⁴⁰

Enunciando otros laudos dictados en el mismo sentido encontramos: El laudo en el asunto No. 2321, de dos empresas israelitas demandando a un Estado africano y a un establecimiento Público de este Estado; el laudo en el asunto No. 2521 de 1975, de una empresa francesa demandando a un establecimiento público de un Estado africano; el laudo No.2558 de 1976, de un ciudadano francés demandando a una sociedad francesa; y el laudo del asunto No. 3383, de una sociedad belga demandando a una sociedad iraní.⁴¹

2) La Separabilidad de la Cláusula Arbitral (Autonomía de la Cláusula Arbitral)

La autonomía de la cláusula de arbitraje en relación con el contrato que la contiene es una regla indiscutible del derecho de arbitraje comercial internacional.

Ya en 1968 en el asunto No. 1.526 se expresó “También es una regla admitida actualmente

en materia de arbitraje internacional, o en vías de serlo de un modo uniforme, que, según la fórmula del Tribunal Supremo de Francia, el acuerdo compromisorio ya se haya concluido por separado de éste o esté incluido e el acto jurídico al que se refiere, tiene siempre, salvo circunstancias excepcionales, una completa autonomía jurídica, excluyéndose que pueda verse afectada por una posible invalidez de este acto.”

En el mismo sentido encontramos otros laudos, así como el correspondiente al asunto No. 1507 dictado en 1970, así tal resolución expresó: “...en virtud de la función que la cláusula compromisoria cumple en el comercio internacional, es autónoma y está sometida a un régimen distinto del reservado para el contrato.”; en 1972 en el asunto No. 2694, se dicta el laudo que además de reafirmar la autonomía jurídica de la cláusula compromisoria, también amplía sus alcances al establecer la inoponibilidad de excepciones a este principio.⁴²

3) Interpretación Restrictiva de la Cláusula Compromisoria

La C.C.I., en el Laudo dictado en el asunto No. 4.392 en 1983, se ha pronunciado sobre este particular en los siguiente términos:

De todos modos, en caso de duda, los acuerdos relativos al arbitraje solo permiten una interpretación restrictiva, y deben atenerse, en primer lugar al texto. Ya que la intención de una parte de someterse a un juez distinto al juez estatal, es decir a un juez que en sí mismo es

39 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 45 – 46.

40 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 48.

41 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 46, 47, 49 y 50.

42 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 42 – 43.

incompetente, debe manifestarse claramente. La aplicación de un convenio expreso relativo al arbitraje, tendría como efecto restringir los derechos garantizados a las partes para recurrir ante los Tribunales Estatales, y no resistiría la interpretación restrictiva de los convenios relativos al arbitraje, aún cuando los dos contratos se encontrasen reunidos en un mismo contexto.

C) Algunas Interpretaciones Sobre Temas Específicos:

1) El Derecho Aplicable:

El poder que tiene el árbitro para separarse de los sistemas jurídicos nacionales y aplicar un Derecho “anacional”, es afirmado con gran rigor en el siguiente laudo, correspondiente al asunto No.1641 de 1969:

Las partes no indicaron en sus acuerdos ni en su correspondencia el derecho nacional que, llegado el caso, estimaban debería aplicarse a sus relaciones o a sus desavenencias. De este modo han otorgado implícitamente al árbitro la facultad y el poder de aplicar a la hora de interpretar sus obligaciones las normas del derecho y en su defecto, los usos del comercio.

En esta parte resulta imprescindible hablar de los “usos mercantiles”, toda vez que según lo que establece la Convención de Viena sobre la Compraventa internacional de Mercaderías, si bien es cierto que no ofrece un concepto autónomo, sí le otorga un lugar preponderante a los usos mercantiles en determinados sectores económicos, por ejemplo, la compraventa y el transporte internacionales.

Puede perfectamente escogerse que el Tribunal arbitral aplique para la solución del

conflicto, específicamente los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 1994, como hicieron las partes reclamantes en el caso 8331 de 1996.

2) El Principio “Pacta Sunt Servanda”

La seguridad de las transacciones es una preocupación primordial para los árbitros de comercio internacional, y es por ello que no admiten que las estipulaciones contractuales puedan ser discutidas más que en casos excepcionales.

En efecto, los árbitros no proceden a tal revisión o adaptación más que cuando haya sido contractualmente prevista o está autorizada por el derecho aplicable. En caso contrario, se niegan a ello, concediendo preferencia al principio “Pacta Sunt Servanda” sobre el adagio “Rebus Sic Stantibus”.

A este respecto la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio internacional en el laudo publicado en el JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL de 1974 de la Cour d’Arbitrage de la Chamber de Commerce International y citado por Yves Derains en su obra de 1985 “Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional”, laudo del que aquí se reproduce un extracto, en este no se aceptó el principio Rebus Sic Stantibus alegado por una de las partes:

Considerando además que el principio “Rebus Sic Stantibus”, invocado por X, no puede ser aplicado en este caso. Conviene en efecto, retener esta noción con reserva y prudencia, sobre todo cuando la intención de las partes se ha manifestado claramente en el contrato. Esta presunción se impone aún más, cuando se trata de transacciones internacionales, en las que en general las partes conocen los

riesgos que pueden sufrir, y por ello formularlos de manera precisa.

Esta decisión viene a reforzar la tendencia de los árbitros, que se niegan a poner en ejecución el principio “Sebus Sic Stantibus”, cada vez que las partes no han incluido en su contrato una cláusula que prevea la adaptación a la evolución de las circunstancias externas.

Otro laudo en que la Cámara de Comercio Internacional aplicó el principio Pacta Sunt Servanda fue en el asunto No. 8486 de septiembre de 1996.⁴³

En Costa Rica, al respecto, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, en laudo dictado en agosto del 2001, reafirmó la tendencia internacional de no admitir la aplicación del principio Rebus Sic Stantibus, a menos que, las partes mismas, hayan incluido en el contrato cláusulas que permitan la adaptación de las circunstancias; sosteniendo el Tribunal Arbitral que “A este respecto, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional e el extracto de sentencia que aquí se reproduce no aceptó el principio “Rebus Sic Stantibus”.⁴⁴ Procediendo el Tribunal a citar el extracto del laudo arbitral que ya hemos transcrito y que aparece en el JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL de 1974 de la Cour d'Arbitrage de la Chamber de Commerce International y citado por Yves Derains en su obra de 1985 “Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional”.

3) La Exceptio Non Adimpleti Contractus.

Una de las partes puede ser excusada del cumplimiento de sus obligaciones, si hay un incumplimiento sustancial por parte de la otra.

Para la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI este principio legal ampliamente aceptado consagra que si un comprador no cumple con su obligación de pago del precio cuando es debido, el vendedor puede, en ausencia de una provisión contractual expresa en contrario, suspender la ejecución de su obligación respecto al embarque y/o entrega. Este concepto civil correspondiente a la EXCEPTIO NONADIMPLETI CONTRACTUS corresponde al principio establecido en los Principios de UNIDROIT, 7.1.3.; Así fue sostenido por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI en el laudo del asunto No. 7119 de 1999.

D- Últimas Tendencias

Se ha hecho referencia a los Principios de UNIDROIT en al menos 23 casos sometidos a la Corte de Arbitraje Internacional de la CCI hasta finales de 1998.

Los Principios de UNIDROIT pueden ser aplicados en una gran variedad de contextos, tal como mencionan en su Preámbulo. Y específicamente dentro del arbitraje existen tres categorías de aplicación en las cuales son particularmente útiles:

1. Primeramente, ellos pueden ser aplicados propiamente como la ley del contrato, en virtud de escogencia expresa de las partes o mediante la cual implícitamente esa decisión pueda apreciarse.

⁴³ McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 110.

⁴⁴ McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 111.

2. En segundo lugar, no obstante las partes hayan escogido la ley municipal, los principios pueden ser aplicados cuando se haga difícil determinar reglas específicas en la ley nacional aplicable. A este respecto, los principios han sido utilizados para llenar vacíos en las leyes internas así como para dar una interpretación internacional á esas leyes nacionales.
3. Y en tercer lugar, los Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar otros instrumentos de leyes uniformes, en especial la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías.

Esta categorización es la que refleja la actual práctica de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI con relación a la aplicación de las Principios de UNIDROIT en el Arbitraje de la Cámara.

Se verá a continuación como se han aplicado estos principios de acuerdo a estos escenarios planteados:

1. Los Principios de UNIDROIT Aplicados Propiamente como la Ley del Contrato Internacional.

Los principios de UNIDROIT han sido utilizados como la *lex contractus* algunos casos llevados a la CCI.

Lo primero que examina el Tribunal arbitral es el punto relativo a la lección del derecho, no encontrando ninguna elección expresa, esta ausencia les hace llegar a la conclusión de que cada parte lo que realmente deseó fue excluir la aplicación de la ley nacional de la otra.

El tribunal arbitral interpreta una escogencia implícita que hace referencia a los “principios de la justicia natural”.

En efecto en el laudo dictado en el asunto No. 7375 el tribunal encuentra que ante la ausencia de elección de una ley el contrato debe ser interpretado como si cada parte hubiese deseado evitar la legislación nacional de la otra parte u otra ley en general. “El contrato entonces se desnacionaliza, y se aplican los Principios generales del Derecho y los Principios de UNIDROIT en cuanto ello puedan ser considerados como el reflejo de principios y reglas generalmente aceptados.

Así encontramos también el Laudo dictado en el asunto No. 8817 de 1999, en el que se hizo uso tanto de los Principios de UNIDROIT como de la Convención de Viena de 1980, para resolver el fondo del caso, este asunto versó sobre un contrato exclusivo de distribución, estableciendo el árbitro que tanto la Convención junto con sus principios, ahora contenidos en el texto de los principios de UNIDROIT, constituían la fuente legal más apropiada para la resolución de la disputa. También en el caso No. 9474 (Incumplimiento de contrato de suministro de notas bancarias entre entidad bancaria estatal y compañía manufacturera de “securities”), el Tribunal Arbitral propuso a las partes el uso de los principios y reglas generales en materia de contratos internacionales, lo que fue aceptado, en base a tal aceptación, se hizo uso de los parámetros contenidos en los Principios de UNIDROIT, justificándose en que estos principios y reglas generales en materia de contratos internacionales no se encuentran directamente materializados en ninguna convención internacional, pero pueden ser

encontrados en diversas fuentes, entre ellas, los Principios de UNIDROIT.⁴⁵

En el asunto No.8331 de 1999, las partes de manera expresa acordaron el uso de los Principios; las partes no eligieron una ley nacional, en su lugar establecieron que el Tribunal Arbitral debía utilizar los acuerdos relevantes entre las mismas partes, y en caso de ser necesario y apropiado, los Principios de UNIDROIT, a partir de tal acuerdo el tribunal hizo uso de los Principios de UNIDROIT.⁴⁶

En el 2001 al resolverse el caso No. 9875, se estuvo a que las partes no incluyeron estipulación sobre el derecho a aplicar y, ante lo complicado de establecer los factores de conexión que determinaran cual derecho nacional aplicar (francés o japonés), los árbitros establecieron que las reglas más apropiadas para resolver el caso eran las de la “Lex Mercatoria”, manifestadas en instrumentos como los Principios de UNIDROIT, considerando el tribunal, que una licencia remanufactura y distribución de productos de varios países del mundo no podía ser regulada apropiadamente por la ley de un país específico dada la ausencia del acuerdo de las partes en este sentido. En similar situación se encontraba el caso No. 7110 de 1999 (entre compañía inglesa y una institución de Medio Oriente, derivada de varios contratos entre ellos); algunos contratos no incluían estipulación sobre el derecho a aplicar, otros hacían referencia al concepto de justicia natural y a las regulaciones de arbitraje de la Cámara de París; la parte actora solicitaba la aplicación de los principios generales de

Derecho, en cambio la parte solicitaba la aplicación de la ley inglesa; el Tribunal Arbitral determinó que las partes habían excluido la utilización de la ley nacional y que al elegir el arbitraje internacional de la Cámara, su intención era recurrir a las reglas y principios generales en materia de contratos, además, estableció que estas reglas y principios se encontraban reflejados fundamentalmente en los Principios de UNIDROIT.⁴⁷

De similar manera se resolvió el asunto No. 7375 (también basado en una serie de contratos, aquí una compañía de Estados Unidos y su compradora en Medio Oriente), se determinó que la ausencia de elección contractual del derecho aplicable implicaba que ninguna de las partes aceptaba la aplicación de las leyes nacionales de su contraparte; a partir de esta elección negativa implícita, se determinó utilizar las reglas y principios generales aplicables en materia de obligaciones contractuales internacionales y que gozaran de amplio reconocimiento y aceptación en la comunidad empresarial internacional, incluyendo en esto los conceptos de “Lex Mercatoria” y tomando en cuenta los Principios de UNIDROIT.⁴⁸

Un caso muy interesante, y que refleja en pleno la influencia de la Convención de Viena de 1980 y los Principios de UNIDROIT en el arbitraje internacional, así como los demás componentes de la “Nueva Lex Mercatoria”, es el laudo en el asunto No. 8502, tal caso se dio entre una compañía exportadora de arroz y otras compradoras de Francia y Holanda en un contrato de suministro; el contrato era omiso en relación a la ley a aplicar, pero hacía

45 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 17 – 18.

46 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 18 – 19.

47 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 21 – 22.

48 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 23.

referencia a los INCOTERMS 1990 y a los UCP 500, el Tribunal interpretó esta referencia como indicador que las partes estaban dispuestas a que el contrato fuese regulado por los usos y costumbres comerciales internacionales, y para tal fin haría alusión al Convenio de Viena y los Principios de UNIDROIT, como evidencia de las prácticas reconocidas en el derecho comercial internacional.⁴⁹

Nos parece claro, que al hacerse alusión en un contrato a los INCOTERMS (cualquiera que sea su versión) y/o a los UCP (500 ó 600), se está estableciendo que el contrato se rige por usos y costumbres de la “Nueva Lex Mercatoria”, y por tanto el aplicar otros componentes de ésta (“Nueva Lex Mercatoria”) a la resolución de una diferencia surgida de tal contrato es plenamente válido con el espíritu e intención de las partes de ser regulada su relación jurídica por las reglas, principios, usos y costumbres aceptadas internacionalmente en el marco de la contratación comercial de carácter internacional.

2) Los Principios de UNIDROIT como Complemento para Aplicar la Ley Doméstica Aplicable.

Los principios de UNIDROIT han sido aplicados como complemento o interpretación de la ley doméstica en algunos casos recientes de la CCI. De acuerdo a los comentarios que acompañan “las letras negras” de la publicación de los Principios en 1994, el uso de estos principios para interpretar la ley interna aplicable se justifica cuando esa regla de la ley aplicable resulta difícil de establecer y la solución pueda ser encontrada en los principios.

Nótese, en el siguiente laudo (extracto) de factura costarricense, dictado en el 2001, en que se señalan los Principios de UNIDROIT a efecto de complementar la ley y jurisprudencia de Costa Rica, que dice “No solamente la legislación y jurisprudencia nacional son aplicables, sino también la normativa propia de la contratación comercial internacional, compuesta fundamentalmente por los principios y usos generalmente admitidos en el comercio, por cuanto las partes mismas convinieron el cláusula décima de la carta de intenciones que actuarían entre ellas “con base en la buena fe y sanas costumbres, de conformidad con las más sanas prácticas comerciales y términos amistosos”. Este enunciado faculta al Tribunal para aplicar tales reglas, como lo ha hecho en casos semejantes la corte de la Cámara de comercio Internacional (V. Casos 8908 de 1996 y 8873 de 1997. International Court of Arbitration Bulletin, vol 10/2-Fall-1999, p. 78 y ss) aplicando directamente los principios de UNIDROIT (V. BORTOLOTTI, Fabio, *Il Diritto dei Contratti Internazionali*. Cedam, Padova, 1997, p. 784 y ss. V. Lamb. Traducción de GARRO, Alejandro, Columbia University School of Law, New York, 1993).”⁵⁰

3) Los Principios de UNIDROIT como Complemento e Interpretación de Convenciones Internacionales.

Los principios de UNIDROIT han sido utilizados como complemento de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de mercaderías en algunos casos.

Existe entonces una necesidad de una herramienta comparativa de emergencia

49 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 23 – 24.

50 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp. 38.

como estos Principios de UNIDROIT, capaces de ofrecer soluciones en los lugares donde existan vacíos en la ley uniforme y en donde los variados sistemas legislativos nacionales no sean capaces de proveer una solución satisfactoria.

4- Exclusión de los Principios de UNIDROIT

En pocos casos, se ha considerado excluida la aplicación de los Principios de UNIDROIT.

El laudo dictado en el asunto 8873 encontraron que las reglas de UNIDROIT relativas a la excesiva onerosidad sobreviniente no representan un uso mercantil internacional.

El Dr. Jorge Enrique Romero Pérez en su ponencia dictada en el Congreso Internacional de Derecho Mercantil en Marzo del 2006, titulada Principios Generales de UNIDROIT. El Caso de Costa Rica; hizo clara mención de algunos laudos arbitrales en que se han aplicado la Convención de Viena de 1980 y/o posprincipios de UNIDROIT, los que a continuación se resumen⁵¹:

Laudo del 30 de abril del 2001, en este se aplicó el Principio de Buena Fe, expresando tal laudo que cada parte tiene la obligación de tener con el otro un comportamiento que no la pueda perjudicar. Indicando que es aplicable también la normativa propia de la Contratación Comercial Internacional, compuesta por los principios y usos generalmente admitidos en el comercio.

Los argumentos por los cuales el Tribunal arbitral de Costa Rica considera que los Principios de UNIDROIT resumen las más

sanas prácticas comerciales, que las partes indican son:

- Recopilación hecha por expertos internacionales procedentes de todo el mundo, sin intervención de los Estados o gobiernos, lo que favorece la neutralidad, calidad y habilidad para demostrar el estado actual de consenso en este campo.
- Están inspirados por el derecho internacional uniforme, especialmente la Convención de Viena de 1980.
- Son particularmente idóneos para ser aplicados en el terreno arbitral.
- Se han construido para ser aplicables a los contratos internacionales.
- Son reglas concretas sumamente útiles.

En el Laudo del 13 de agosto del 2001, se ratifica en Principio de Pacta Sunt Servando. Se rechazó el Principio de Rebus Sic Stantibus cuando las partes no lo han incluido en el contrato.

Se presume que este principio no se aplica en las transacciones internacionales, ya que en general las partes conocen los riesgos que pueden sufrir en la evolución de circunstancias externas o cuando la onerosidad sobreviviente es excesiva y extraordinaria.

En el Laudo del 5 septiembre del 2001, se aplicaron los principios de la presunción de la competencia profesional y el de la presunción de la apreciación de los riesgos de los operadores del comercio. El Tribunal arbitral

51 Romero Pérez, Jorge Enrique. Principios Generales de UNIDROIT. El Caso de Costa Rica... pp 7- 10.

manifestó que comparte la doctrina sostenida por la Corte de Arbitraje de la CCI que aplica el principio de la presunción incompetencia profesional y la presunción de la apreciación de los riesgos de los operadores del comercio.

En el Laudo del 29 de julio del 2002, el Tribunal Arbitral aplicó el artículo 7.4.8 de los Principios de UNIDROIT. Se delimitó el daño sufrido (daños y perjuicios), como indemnización a que tiene derecho la parte que se ve afectada por la falta de cumplimiento de las obligaciones contractuales de su contraparte.

La Fuerza Mayor es eximente de responsabilidad en caso de incumplimiento, es menester que el hecho alegado cumpla con las condiciones de ser ajeno a la voluntad de las partes, ser imprevisible y a la vez irresistible. Así se sostuvo en laudo de factura costarricense de julio del 2002, en el cual se citan varios laudos de la C.C.I en ese sentido; en relación a la fuerza mayor alegada por la parte demandada, el laudo señala: “En cuanto a la supuesta fuerza mayor; La imposibilidad subjetiva no es fuerza mayor: “..no puede admitirse como justificación de la inejecución ... Es de apreciación constante que una imposibilidad subjetiva no exime a una persona de ejecutar un compromiso contractual” (ha dicho la jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional, caso 1782 de 1973). La fuerza mayor es imprevisible e irresistible: “Un suceso de fuerza mayor es strictu sensu un suceso anónimo que presenta los caracteres de imprevisibilidad (es decir que en el momento en que se produce, no hay ninguna razón especial para pensar que se va a producir) y de irresistibilidad (es decir que el demandado se ha encontrado en la imposibilidad absoluta

de ejecutar el contrato)” (Cámara de Comercio Internacional, doctrina del caso 2139 de 1974). No se dan en la especie tales elementos. No se dan para (la demandada) los elementos de fuerza mayor.”⁵²

VI.- SE TRABAJA LA TERCERA EDICIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT.

De lo tratado en los acápites anteriores se tiene la clara impresión y certeza de la utilidad práctica de los Principios de UNIDROIT, los que han sido aplicados en sus dos diferentes ediciones, sin embargo, al ser el comercio internacional sumamente cambiante y dinámico, y al darse también una dinámica pujante en las diferentes ramas de la tecnología, la que siempre ha sido, es y seguirá siendo instrumento del comercio internacional, se hace inobjetable la necesidad de la revisión, actualización y adición de los Principios de UNIDROIT, así como de todos los demás componentes de la “Nueva Lex Mercatoria”, en virtud de ello es que se está preparando una tercera edición de los Principios.

El Grupo de Estudio para la preparación de la tercera edición de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales tuvo su primera reunión en Roma del 29 de mayo al 1 de junio de 2006. Asistieron a la reunión Guido Alpa (Italy), M. Joachim Bonell (UNIDROIT), Paul-André Crépeau (Canada), Samuel Kofi Date Bah (Ghana), Benedicte Fauvarque - Cosson (France), Paul Finn (Australia), Marcel Fontaine (Belgium), Michael Philip Furmston (United Kingdom), Henry D. Gabriel (United States),

52 McLaren Magnus, Rosemarie; Op. Cit.; pp 91 – 92.

Sir Roy Goode (United Kingdom), Arthur Hartkamp (Netherlands), Alexander Komarov (Russian Federation), Ole Lando (Denmark), Takashi Uchida (Japan), João Baptista Villela (Brazil), Pierre Widmer (Switzerland), Zhang Yuqing (China) y Reinhard Zimmermann (Germany). Asistieron además en calidad de observadores: Ibrahim Al Mulla for the Emirates International Law Center, Christine Chappuis for the Group de Travail Contrats Internationaux, François Dessemontet for the Swiss Arbitration Association, Alejandro Garro for the New York City Bar, Emmanuel Jolivet for the ICC International Court of Arbitration, Richard Mattiaccio for the American Arbitration Association, Hilmar Raeschke-Kessler for the German Arbitration Institute, Giorgio Schiavoni for the Chamber of National and International Arbitration of Milan, Jeremy Sharpe for the Center for American and International Law, Institute for Transnational Arbitration, Matthew Sillett for the London Court of International Arbitration and Renaud Sorieul for the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).⁵³

Del 4 al 8 de junio de 2007 el Grupo de Estudio para la elaboración de la tercera edición de los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales se reunió para tratar los temas que se incluirán en la tercera edición. Se ha anticipado que se abordarán tópicos como (a) unwinding of failed contracts (el retiro de contratos frustados), (b) illegality (ilegalidad o asuntos que involucran temas

pocos transparentes), c) plurality of obligors and of obligees; (pluralidad de acreedores y deudores), (d) conditions; (condiciones) y (e) termination of long-term contracts for just cause (terminación de los contratos de larga vigencia por justa causa).⁵⁴

La tercera sesión del Grupo de Trabajo para preparar la tercera edición de los Principios de UNIDROIT se llevó a efecto del 26 al 29 de mayo del 2008, y el resumen de lo tratado en esta tercera sesión, según la página web de UNIDROIT, aún se encuentra en elaboración.⁵⁵

A como se puede notar, de la lista de participantes, por America Latina solamente participa Brasil por medio de João Baptista, lo que es incongruente, en muchas maneras con la realidad comercial de America Latina respecto al mundo, tomando en cuenta, por ejemplo, que es America Latina la mayor productora de café y otros granos, Honduras es el mayor productor de tilapia a nivel mundial, y así en Latinoamérica se ubican gran cantidad de países que ocupan puestos preponderantes a nivel mundial en la producción de algún rubro específico, en razón de ello, y de la modernidad a la que nuestro subcontinente aspira y a que al final de cuentas somos usuarios y/o destinatarios de la “Nueva Lex Mercatoria”, es que considero importante una mayor participación de América Latina en la discusión y redacción de la tercera edición de los Principios de UNIDROIT.

⁵³ Veytia, Hernany; Op. Cit.; pp 130 – 131.

⁵⁴ Veytia, Hernany; Op. Cit.; pp 126.

⁵⁵ <http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study050/wg03/wg-2008.htm>.

VII.- CONCLUSIÓN

Es más que manifiesto que en el ámbito de contratación comercial internacional se necesitan normas que presten un marco general acorde a las características propias del comercio, este tipo de normativas estuvieron dispersos por mucho tiempo, pero luego se dio inicio a una labor, que podríamos llamar, compiladora hasta lograr la creación de la “Nueva Lex Mercatoria”, de la cual son componentes importantes la Convención de Viena de 1980 y los Principios de UNIDROIT, normas que interactúan entre sí y que tienen una especie de carácter de complementación, y ambas son de aceptación cada vez más generalizada tanto por Estados como por los sujetos intervinientes en los tractos comerciales internacionales.

Amén de la cada vez más amplia aceptación de estas normativas, siempre se darán diferencias entre los contratantes y he ahí la necesidad de medios de resolución expeditos de tales controversias, siendo uno de estos medios el arbitraje, sin embargo, este debe basarse en alguna disposición normativa que ha de aplicar para solucionar las controversias sometidas a su consideración, así encontramos

que tanto la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, caminan en el mismo sentido, en razón de aceptar la validez y utilidad de la Convención de Viena de 1980 y los Principios de UNIDROIT para fundar sus laudos, al considerar que lo contenido en estas normativas es lo que mejor refleja la realidad del tracto comercial internacional y por ello inspira resoluciones apegadas a la equidad y justicia en el ámbito comercial internacional.

Sin embargo, también compartimos la opinión de Hernany Veytía, en el sentido que es necesaria una mayor difusión, y así lograr una más amplia aplicación de los mismos, no solo aplicación al momento de resolver las controversias, sino una aplicación ab initio, desde el mismo momento de las tratativas o conversaciones preliminares a efectos de contratar y en la contratación misma. De igual manera es necesaria una mayor difusión, al menos en América Latina, en el plano académico, pues, muchos colegas abogados no han, si quiera, escuchado hablar de tan importantes Principios. Así como la necesidad de una mayor participación de América Latina en la discusión y redacción de la tercera edición de los Principios de UNIDROIT.

BIBLIOGRAFÍA

- 1- Aguirre Andrade, Alix; Manasía Fernández, Nelly. LOS PRINCIPIOS UNIDROIT EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. Revista de Derecho, No.25, Universidad del Norte, Baranquilla, Colombia, 25: 47-79, 2006.. para consulta disponible en página web: http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/25/2_Los%20principios%20Unidroit.Revista%20de%20Derecho%20N%2025.pdf
- 2- Araya Obando, Verónica de los Ángeles. El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en el Derecho Comercial Internacional, Tesis de Graduación para optar al Título de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 2006.
- 3- Boggiano, Antonio; Curso de Derecho Internacional Privado, Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales; Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo – Perrot, 2da. Ed.; 2000.
- 4- El texto completo en español y con la Nota Explicativa a la que se ha hecho alusión y en la que basan los comentarios del presente texto, se descargó de la página web que responde a la siguiente dirección: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf>
- 5- Matute Morales, Claudia. EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, Los principios Jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional. <http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/1-2000/1-2000-5.pdf>.
- 6- Matute Morales, Claudia. LA LEX MERCATORIA Y LOS PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. <http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/idc27/27-4.pdf>
- 7- McLaren Magnus, Rosemarie; Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional; Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho; Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica; 2003.
- 8- Oviedo Albán, Jorge. Aplicaciones de los Principios de UNIDROIT a los Contratos Comerciales Internacionales. http://www.puj.edu.co/banners/APLICACIONES_DE_LOS_PRINCIPIOS.pdf
- 9- Perales Viscasillas, María del Pilar. Los Principios de UNIDROIT y CISG: Su Mutua Interacción. <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/138/12.pdf>
- 10- Romero Pérez, Jorge Enrique. Principios Generales de UNIDROIT. El Caso de Costa Rica . <http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/ijj/ponencias%20070306/pdf/8-444p.pdf>

- 11- Romero – Pérez, Jorge Enrique. Tratado de Libre Comercio, Estados Unidos-Centroamérica-República Dominicana, Análisis desde la perspectiva ideológica del Derecho Económico. San José, Costa Rica, Instituto de Investigación Jurídica. 2006.
- 12- Tovar Gil, María del Carmen; Aplicación de la Lex Mercatoria Internacional por los Árbitros; Revista Lima Arbitration No. 2; 2007; Lima, Perú; 2007.
- 13- Veytia, Hernany; Back to the Future: Los Principios de UNIDROIT 3; Revista Lima Arbitration No. 2; 2007; Lima, Perú; 2007.
- 14- <http://www.unidroit.org/english/workprogramme/study050/wg03/wg-2008.htm>.