



LOS PRINCIPIOS UNIDROIT 2016 COMO DERECHO APLICABLE AL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

Eduardo Calderón Marengo

Maestro en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Iberoamericana de México.
Candidato a Doctor por parte de la Universidad Centroamericana (UCA) de Nicaragua y por la Universidad de Externado de Colombia.

Déborah Castro Marcenaro

Licenciada en Derecho por la Universidad Centroamericana (UCA)

Resumen

El presente artículo de investigación aborda aspectos torales sobre algunos los instrumentos internacionales de mayor relevancia que regulan la compraventa internacional de mercaderías, tales como Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías y Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en contratos internacionales, los cuales son aplicados al contrato como Derecho escogido por las partes; no obstante, también se realiza el abordaje de los usos y costumbres, dado que constituyen la mayor parte del nuevo Derecho de los comerciantes, o bien, lo que hoy se denomina Lex Mercatoria, la cual ha servido de referencia y fuente para la creación de los instrumentos que analizaremos, mismos que por sus características, dependiendo o no de su incorporación a las legislaciones nacionales, son denominados instrumentos de Derecho suave (Soft Law), siendo su rasgo principal, la carencia de efectos vinculantes mas no jurídicos. Ciertamente en este campo las Convenciones internacionales, leyes modelos y leyes uniformes, usos y costumbre e instrumentos de Derecho suave (Soft Law), juegan un importante rol para la sociedad de comerciantes. En esta investigación se hará especial referencia a la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y a los Principios de UNIDROIT aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

Introducción

La globalización ha traído consigo, un sin número de efectos, para algunos positivo y para otros no tanto, lo cierto es que, su campo de acción se ha expandido a la esfera de las contrataciones internacionales, tanto en el plano tecnológico como jurídico. Los grandes cambios que surgen a raíz de la implementación de nuevos mecanismos para traficar mercaderías en diferentes fronteras ha puesto de manifiesto grandes retos para el Derecho, el cual se ha valido en el plano internacional de la interacción de diversos actores tales como el comerciante, organismos internacionales de Derecho público o privado e incluso de los mismos Estados, quienes han asumido compromisos para la liberación del comercio, lo que ha permitido la adecuación de legislaciones nacionales para conceder esta apertura.

Desde antaño, la aparición del comercio ha obligado a los juristas a replantearse constantemente un sinnúmero de cuestiones en torno a la forma tradicionalista de realizarlo (traficar), así como tratar de solucionar los problemas que han surgido relacionados con la validez legal de las transacciones y contrataciones en el ámbito internacional, en este plano, es una realidad, que el objetivo principal es propender a la armonización legislativa en las áreas integradas, es decir crear instrumentos que sean reconocido por los Estados, con el ánimo de ajustar la regulación del comercio internacional, y es, que precisamente las legislaciones nacionales en muchas ocasiones no contribuyen al desarrollo del mismo, siendo que no obedecen a los cambios imperantes que rigen los ámbitos comerciales, a pesar que hoy en día existe una mayor apertura por parte de los órganos estatales.

Los comerciantes que traspasan fronteras, con el interés de evadir la aplicación de legislaciones nacionales, han creado sus propias regula-

ciones basadas en usos y costumbre, tal como lo hicieron en el Siglo XII, a lo que se denominó en ese entonces, Lex Mercatoria, la que hoy en día vuelve a tomar auge, y es que su práctica, ha permitido la nueva configuración de un ordenamiento jurídico propio de este sector social, empero, no está exenta de críticas dentro de la comunidad científica. Lo cierto es, que la Lex Mercatoria, ha sido fuente de distintos instrumentos internacionales que se han dado a la tarea de regular ciertos aspectos torales del negocio jurídico de compraventa, tales como Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías y Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en contratos internacionales, dichos instrumentos han sido elaborados por organismos internacionales (CNUDMI, ONU, etc.).

Estos (instrumentos) pueden ser integrados por Estados a sus legislaciones, mediante la ratificación de los mismos, sin embargo, pueden operar como Derecho Suave (Soft law), dado que las partes, mediante su autonomía conflictual, pueden invocarlos como Derecho aplicable a su contrato. No existen únicamente este tipo de cuerpos normativos, de igual manera actores internacionales de carácter privado como la Cámara Internacional de Comercio (CCI) o el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT, por sus siglas en ingles), se han sumado a estos esfuerzos, creando instrumentos que recojan los usos y costumbres de mayor envergadura en el plano internacional, ejemplo de ellos son, los Incoterms y los principios UNIDROIT.

El objetivo principal de esta investigación es abordar a groso modo las Convenciones anteriormente citadas, las cuales han surgido a partir de la evolución del comercio en el plano internacio-

nal, integrando en sus cuerpos normativos usos y costumbres de la compraventa de mercaderías utilizados por comerciantes, lo que se traduce en la necesidad de crear un Derecho uniforme, particularmente, pondremos de manifiesto en este análisis a los principios UNIDROIT, como instrumentos de Derecho suave (Soft law), que a la par de las Convenciones, y en base a la autonomía conflictual de las partes, pueden ser elegidos como Derecho aplicable al contrato internacional de compraventa de mercaderías, los cuales se fundamentan en su intrínseca relación con Lex Mercatoria. En este orden de ideas, expondremos los argumentos y contra argumentos de autores que se han dado a la tarea de abordar en diversas ocasiones mediante sus obras científicas el tema en cuestión para alcanzar nuevos aportes derivados del proceso investigativo.

I.- La compraventa de mercaderías en el ámbito internacional.

Como es sabido, la compraventa mercantil constituye una actividad de intermediación en el cambio, en tanto el comprador compra para revender o el vendedor vende una cosa que a su vez ha comprado para revender, además de ser un acto de consumo que pertenece a la zona del cambio, de la circulación de la riqueza, en la que su comercialidad se determina por la intención del sujeto, que no es otra sino la del propósito de especular, de traficar, lucrar. En este orden de ideas, señala Bolaffio que citado por Castrillón y Luna (2003)¹ la compra es el factor genético que se integra con la reventa; se compra para revender o bien se adquiere una cosa con el fin de especular con las sucesivas reventas.

Dando inicio a esta investigación, expresamos que en definitiva la compraventa de mercaderías es una de las transacciones más típicas en el ámbito nacional, así como su regulación contractual en los sistemas imperativos estatales; este negocio jurídico privado es de gran envergadura en el desarrollo económico de toda sociedad, por tanto su desarrollo no se ha circunscrito únicamente a la esfera meramente nacional, y es que con el paso del tiempo el intercambio de bienes ha traspasado fronteras en pro de fortalecer las economías mundiales, así como satisfacer necesidades de consumo; sin embargo esta actividad, tal como lo recalamos, es propia de legislaciones nacionales, empero su regulación en el plano internacional se ha valido de grandes esfuerzos para conciliar normativamente instrumentos que sean acordes a esta realidad, la cual en muchas ocasiones no corresponde con los contextos de una compraventa de mercaderías en el contorno nacional.

Los significativos cambios, derivados del proceso de globalización, en temas tecnológicos, transportes, comunicaciones, etc; han permitido denotar una falta de adecuación a las necesidades del comercio internacional, dado que la práctica internacional ha confirmado en muchas ocasiones los inconvenientes derivados de la hegemonía de las leyes estatales en la regulación de contratos internacionales, y en este caso en particular de la compraventa internacional de mercaderías, además esta falta de regulación muchas veces va en contra de la certidumbre y de la estabilidad imprescindibles en este tipo de transacciones (Fernández Rozas, 2004²).

Para configurar el aspecto temático entorno a la compraventa internacional de mercaderías, procuraremos esbozar los principales tópicos norma-

1 Castrillón y Luna, V. (2003). *Contratos Mercantiles* (2da ed.). Ciudad de México: Porrúa

2 Fernández Rozas, J. C. (2004). *Anuario de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Iprolex.

tivos en el plano internacional que han dado vida a la regulación de este negocio jurídico. No obstante, antes de su abordaje nos es indispensable plasmar la importancia que adquiere la autonomía conflictual de las partes en el ámbito internacional, dado que, a toda luz, la implementación de Derechos nacionales o internacionales en un contrato, va a depender en gran medida de la voluntad soberana de ellas (las partes).

1. La autonomía conflictual en la contratación internacional

La interacción que se produce entre el movimiento de unificación del Derecho sustantivo procura la búsqueda de relaciones jurídicas seguras, y es que, el auge que experimentaron a principios del siglo pasado los intercambios comerciales, debido a la mejora y rapidez de los medios de transporte y de las comunicaciones, motivó la necesidad imperiosa de unificar internacionalmente el Derecho sustantivo y el aplicable a estos negocios comerciales, habida cuenta de que el Derecho internacional privado y su sistema conflictual se revelaba insuficiente para cubrir el amplio elenco de cuestiones que producían los contratos mercantiles (Gómez Segade y García Vidal, 2010)³

A la par de estos cambios y proceso unificadores del Derecho, consideramos oportuno, apuntar que la autonomía de la voluntad adquiere una mayor relevancia en los casos de las compraventas internacionales de mercancías, puesto a la par de los problemas sobre la variedad de bienes que pueden ser objeto del negocio y a las peculiaridades que puede tener el contrato en función de quie-

nes sean las partes contratantes y los problemas a los que éstas se enfrenten en el transcurso de la transacción, se le une el problema de conjugar las exigencias de ordenamientos jurídicos cuyas soluciones son en muchos casos dispares (Boyeras Schumman, 2012⁴, motivo por el cual, la solución a estas variantes ha venido de la mano de la creación de Derechos uniformes, traducidos en instrumentos internacionales de *Soft law*, así como usos y costumbres (*Lex Mercatoria*) amparados por la sociedad de comerciantes en aras de alejarse de la aplicación de normas imperativas nacionales, en este tenor los Estados se han visto obligados a conceder un amplio margen a la autonomía de la voluntad en su vertiente conflictual.

El dinamismo del comercio y la contratación internacional procura una especial atención a este Derecho subjetivo de los contratantes, autonomía conflictual, en definitiva, sólo opera, en puridad, respecto de contratos internacionales, ya que, de esta forma, el calificativo conflictual ciñe el tema de la autonomía de la voluntad como la facultad de las partes para elegir el Derecho aplicable, separándolo de la autonomía de la voluntad en sentido amplio, que es consustancial al contrato, dado que este principio supone que los intercambios económicos se realizan por medio de concesiones recíprocas, que son el resultado de las voluntades de los contratantes. La voluntad es soberana para conducir a la celebración del contrato y para determinar sus efectos, y además su legislación o Derecho aplicable (Dávalos Fernández, 2003)⁵.

De manera más puntual, Leible (2011)⁶ nos proporciona un concepto más fiel, facultad que

3 Gómez Segade, J. A., & García Vidal, Á. (2010). *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI*. Madrid: Marcial Pons.

4 Boyeras Schumman, D. (2012). *La Compraventa Internacional de Mercaderías la modalidad FOB* (Tesis Inédita de Doctorado). Universidad Autónoma de Barcelona, España.

5 Dávalos Fernández, R. (2003). *La regulación jurídica del contrato internacional*. Revista Cubana de Derecho, (21), pgs. 4-56.

6 Leible, S. (2011). *La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales*. Cuadernos de Derecho Transnacional, 3 (1), pgs. 214-233.

concede a las partes de un contrato la libertad de elección del Derecho, por ende, las partes pueden decidir por ellas mismas a que Derecho se somete la relación jurídica existente entre ellas, en este caso el que se aplicaría a una compraventa internacional de mercaderías. Por tanto, el respeto de los intereses de las partes es el argumento de más peso sin lugar a dudas; mediante la elección del Derecho las partes obtienen un conocimiento seguro acerca del Derecho vigente, es decir, el Derecho aplicable, o bien, como manifiesta Oviedo Albán (2012)⁷, esto genera una seguridad jurídica preventiva, evitando conflictos posteriores innecesarios entre las partes, puesto que les permite escoger lo que le resulte más adecuado y sea también aplicado por el órgano jurisdiccional. Sólo a partir de esta base pueden disponer lo necesario para sus negocios y adaptar su conducta jurídicamente seleccionada a los presupuestos del ordenamiento jurídico elegido, es por esto, que el reconocimiento de los intereses de las partes es especialmente el Derecho del comercio internacional de particular importancia.

Fernández Rozas (2004), nos comparte que en muchas ocasiones las partes deciden no escoger un determinado ordenamiento estatal, sino que deciden una solución de carácter "anacional" consistente en someterlo a un supuesto Derecho transnacional, o a la *Lex Mercatoria*, esto es, a usos comerciales, prácticas negócias, principios generales de la contratación, reglas uniformes, o bien, que tienen su origen en la denominada sociedad internacional de comerciantes.

Para la mayoría de los autores es indiscutible que en el Derecho moderno los contratantes no pueden solo procurar la remisión de una legislación de un Estado sino que es admisible el reconocimiento, fruto de la autonomía de la voluntad, de la *Lex Mercatoria* o usos y costumbres que

así dispongan las partes, cuando se procura suplir la ausencia de regulación legal adecuada para el negocio jurídico que se realiza o bien únicamente hacer vida de un uso que constantemente se repite entre ambas partes; colmar las lagunas que existan en el contenido de los contratos o, sencillamente, coadyuvar a resolver las dudas que surjan en la interpretación de éstos y prácticas comerciales internacionales (Dávalos Fernández, 2003), y además estas (las partes) pueden escoger instrumentos internacionales que han sido o no ratificados por los Estados, cuestión que les concede la calidad de Derecho suave (*Soft law*) o duro (*Hard law*), por estas razones abordaremos algunos de las principales convenciones que regulan en el ámbito internacional el negocio jurídico de compraventa internacional de mercaderías.

2. Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías

La reglamentación de la compraventa internacional remonta sus orígenes a 1930, cuando el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) - a través de la sociedad de naciones - distribuyó a los gobiernos dos proyectos de ley uniforme sobre la compraventa internacional. Estos proyectos contenían las bases necesarias para llevar a cabo las operaciones entre partes, pero la labor fue interrumpida con la segunda guerra mundial. El trabajo, fue retomado por el gobierno holandés en 1951, quien organizó una conferencia y sometió a consulta uno de los proyectos. Paralelamente UNIDROIT creó otro proyecto de ley uniforme sobre la formación del contrato de venta internacional de objetos corporales (LUFC) destinado a acompañar el proyecto de ley uniforme sobre la venta internacional de objetos mobiliarios corporales (LUVI). La conferencia de La Haya de 1964 adoptó las dos con-

⁷ Oviedo Alban, J. (2012). *La ley aplicable a los contratos internacionales*. Revista colombiana de Derecho Internacional, (21), pgs. 117-157.

venciones (Andrade-Abularach, 2001, pg. 3)⁸.

El 17 de diciembre de 1966; la Asamblea General de las Naciones Unidas fundó la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil internacional (CNUDMI), más conocida por sus siglas en inglés (UNCITRAL), la cual fue, y sigue siendo, el patrocinador mundial de la Convención (Galán Barrera, 2003, pg. 78)⁹. La función de la CNUDMI es promover la progresiva armonización y unificación de la ley del comercio internacional, coordinando el trabajo de las organizaciones activas en este campo y animando la cooperación entre ellas, así como promover una mayor participación en los Convenios internacionales existentes y una más amplia aceptación de los modelos existentes y de las leyes uniformes, sobre todo este último punto por el descontento que existía por parte de muchos gobiernos sobre la poca implementación de un Derecho uniforme. La primera medida que adoptó fue la remisión de los textos de la LUCI y la LUFC a todos los países miembros de las Naciones Unidas para que se pronunciasen sobre si se iban a adherir a los mismos o no y las razones de su decisión.

Para este fin se creó un nuevo grupo de trabajo el 26 de marzo de 1969. Los miembros del mismo fueron elegidos igualmente entre países de sistemas legales, sociales y económicos diferentes. Las primeras siete sesiones se dedicaron a la revisión de LUCI. En 1976, en el séptimo período de sesiones, acabó la revisión de la LUCI con un nuevo Proyecto de Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías, que jun-

to con el comentario preparado por la Secretaría constituyó la base del Proyecto redactado y aprobado por la Comisión en 1977, además se realizó un texto en relación a la formación y validez de los contratos partiendo de LUFC y en un proyecto de UNIDROIT sobre unificación de ciertas normas relativas a la validez. Se transmitió después a la Asamblea General que, en la Resolución 33/93 de 16 de diciembre de 1978, decidió convocar una Asamblea plenipotenciaria para considerar el proyecto de Convención (Martínez Cañellas, 2004)¹⁰.

Antes de que se configurara el nuevo texto mediante la convención convocada, ya tenía críticas positivas sobre su elaboración e implementación, así lo expresa Medina de Lemus (1992)¹¹:

En cuanto a la crítica que merece el proyecto de Convención, ya había obtenido una favorable acogida por parte de los países que participaron en la UNCITRAL. Se dijo que constituía un serio avance sobre los textos antecedentes por que había tenido en cuenta los principios de la mayoría de los sistemas jurídicos y por qué estaba redactado de forma flexible, con simplicidad y claridad, reflejando una transacción equilibrada y cuidadosamente formulada entre los intereses de las partes (pg.33).

Este proyecto alcanzó esta crítica por el arduo trabajo que se impregnó en esta convención donde acudieron 62 Estados y 8 Organizaciones Internacionales. De vital importancia rescatar que el espíritu de consenso que se había desarrollado en CNUDMI se mantuvo hasta el final, trabajo que dio frutos.

8 Andrade-Abularach, L. (2001). *Los contratos de compraventa internacional de mercaderías*. Guatemala: Serviprensa.

9 Galán Barrera, D. (2003). *La compraventa internacional de mercaderías y su integración en el ordenamiento jurídico colombiano*. Criterio Jurídico, (3), pgs.7-33.

10 Martínez Cañellas, A. (2004). *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías*. Granada: Comares S.L.

11 Medina de Lemus, M. (1992). *La venta internacional de mercaderías*. Madrid: Tecnos S.A.

Alcover Garau citado por Medina de Lemus (1992) manifiesta acertadamente que el mejor resultado desde el punto de vista doctrinario ha sido recoger en un solo texto los temas relativos a la perfección del contrato y al contenido del mismo, y de esta forma se logran los mismos efectos de las leyes anteriores, pero sin los inconvenientes de repeticiones y contradicciones que acarrear la existencia de dos textos.

Además de lo anterior, también la creación de esta norma tuvo un importante aporte para la configuración de un nuevo Derecho internacional en el plano mercantil. De esta manera Adame Goddard (1994)¹² apunta a que si bien el objetivo era definir un régimen uniforme para los contratos de compraventa internacional y procurar su implementación en legislaciones nacionales sobre la materia, también constituye un paso decisivo en la construcción de lo que puede denominarse un derecho mercantil internacional, con el ánimo de que facilite los intercambios de bienes, capitales y servicios en un monto que tiende a la globalización económica (fenómeno que tiende de acuerdo al nivel de intercambio de bienes alrededor del mundo), denotando la creación de un derecho supra nacional.

Actualmente, sin lugar a dudas, uno de los textos más relevantes de las últimas décadas y ha sido suscrita por más de 80 Estados con sistemas sociales, jurídicos y políticos diferentes, Fernández Rozas, Arenas García, & De Miguel Asensio (2013)¹³ concuerdan con lo planteado por Adame Goddard tomando en cuenta que la Convención es la manifestación más relevante del denominado Derecho uniforme de los negocios in-

ternacionales con el ánimo de facilitar al operador la previsibilidad del derecho, pero además ellos van más allá de una simple uniformidad, criterio que comparto plenamente, debido a que este instrumento no solo alimenta la uniformidad en las relaciones comerciales internacionales, sino que también consiste en ofrecer una mayor certeza jurídica a las partes en la contratación, para lo cual las normas se traducen en una expresión de la realidad comercial en la actual etapa de las transacciones mercantiles internacionales.

Sobre su naturaleza jurídica, apuntamos lo expresado por el Doctor Oviedo Albán (2011)¹⁴, la Convención sobre Compraventa es de aquellos tratados denominados por la doctrina como tratado ley o tratados normativos que tienen por objeto formular una regla del Derecho que sea objetivamente válida, como así lo ha sido este instrumento, y se caracterizan porque la voluntad de todos los signatarios tienen idéntico contenido además de ser inmediatamente aplicables sin necesitar desarrollos en el Derecho interno. Desde esta perspectiva, se puede destacar la diferencia entre la Convención y los tratados de Derecho Internacional Privado que persiguen la determinación de la ley nacional aplicable a las relaciones jurídicas privadas con componentes extranjeros.

Con respecto a su estructura, la Convención consta de 101 artículos divididos en cuatro partes. La Parte I define el ámbito de aplicación y contiene algunas disposiciones generales entre las cuales se encuentran reglas de interpretación de la Convención (Art. 1-13). La Parte II regula la formación del contrato (Art. 14-24). La Parte III está dedicada a la ejecución o cumplimiento del con-

12 Adame Goddard, J. (1994). *El contrato de compraventa internacional*. México: McGraw-Hill.

13 Fernández Rozas, J. C., Arenas García, R., & De Miguel Asensio, P. A. (2013). *"Derecho de los negocios internacionales"* (4ta ed.). Madrid: *Iustel*.

14 Oviedo Alban, J. (2011). *Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías. Aplicaciones jurisprudenciales*. Saarbrücken: Editorial Academia Española.

trato, incorporando la mayor parte de disposiciones sustantivas referidas a los derechos y obligaciones de las partes del contrato de compraventa internacional. La Parte IV, titulada "Disposiciones Finales"; explica cómo un Estado puede adherirse a la Convención y que tipo de reservas puede imponer a su aceptación.

Otro aspecto de gran envergadura que debemos resaltar sobre este instrumento es sobre su ámbito de aplicación, que viene establecido en los arts. 1 al 6, en esta vía el artículo 1, detalla que: "La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa internacional de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en estados diferentes: a) Cuando esos estados sean estados contratantes; o b) Cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante"; este último inciso se refiere a la permisibilidad que da un Estado en caso de no ser contratante de poder someterse a la ley del Estado que sí es contratante,

Para determinar la aplicación de la Convención a la luz de las premisas anteriormente mencionadas, se le debe entender como directa, sin embargo, también cabe la aplicación indirecta de la misma. Esto también es conocido por Galán Barrera (2004)¹⁵ como ámbito espacial de aplicación en donde determina que, si uno de los Estados no es contratante o, incluso, ambos no son contratantes, pero en virtud de las normas de Derecho Internacional Privado que correspondan se remite a la ley de un Estado contratante se aplicará indirectamente la Convención y en lo que considero puede tomarse como fuente de Derecho y parte de la *Lex Mercatoria* que analizaremos posteriormente.

Además, algo novedoso que introduce este documento es el reconocimiento de la aplicación

de usos y costumbres. Correctamente, la Convención ha previsto no dejar por fuera este tema de gran preeminencia. Para Medina de Lemus (1992) el espíritu de una convención que contiene Derecho uniforme es el de traducir las prácticas efectivamente en el comercio internacional, como así lo realiza el instrumento analizado, pero como texto necesariamente general trata de materias muy diversas y recoge usos que han sido ampliamente observados en numerosos sectores de actividad y con referencia a ciertos lugares geográficos y como se podrá observar se han utilizado como fuente de Derecho.

La Convención de Viena prevé no solo la aplicación de los usos efectivamente convenidos entre las partes sino también aquellos que se consideran objetivamente aplicables al contrato. A los primeros se refiere al artículo 9.1 expresando que las partes quedan obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. Para ello basta mencionarlos expresamente, es el caso de la aplicación de Incoterms, o deducirlos implícitamente de su comportamiento, interpretando la voluntad según las reglas ya examinadas, función que le tocará al órgano jurisdiccional o arbitral (Medina de Lemus, 1992, pg.53)

Por su parte el artículo 9.2 señala que, salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Es necesario determinar las dos condiciones para su debida aplicación, primero, que el uso sea conocido por las dos partes, lo que excluye a muchos de ellos, propios de países occidentales

15 Galán Barrera, D. R. (2004). *La convención de las naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*. Estudios Gerenciales, 20 (91), pgs. 49-64.

ajenos a los de en vías de desarrollo y la segunda condición, es que sea observado regularmente en el tipo de actividad y en el tipo de contrato. No es necesario que el uso sea universal, pero si bien deben aplicarse al comercio internacional y no solo a las transacciones internas, además deben ser probados, determinándose la carga de la prueba por la *lex fori*, si la determinación se hace al margen de un litigio, corresponderá a aquel que los invoca (Medina de Lemus, 1992).

La Convención es un instrumento idóneo mas no perfecto, empero su fin último es bridar un Derecho aplicable al elemento internacional de la compraventa de mercaderías, es por esta razón que la misma define claramente cuando ha de entenderse el supuesto de internacionalidad, fuera de esto no será posible su aplicación. En este orden de ideas es necesario enfatizar que la Convención tiene carácter dispositivo, respetando la autonomía de las partes de tal manera que puede ser excluida o bien puede tomarse en cuenta la libre aplicación de los usos mercantiles para modificar, restringir, ampliar o anular una determinada relación comercial en relación a este instrumento.

La Convención a pesar de su afán de crear Derecho uniforme establece cláusulas muy generales en la determinación de las obligaciones de las partes, así como los mecanismos de oferta y aceptación, razón por lo que las partes atienden siempre a la autonomía de la voluntad, los usos y costumbres para pactar lo que la convención no regula. Los redactores de la misma al parecer estaban conscientes de esta deficiencia por lo que salvaron estas situaciones dejando establecido este principio; sin embargo, aún existen problemas que el Derecho uniforme no resuelve, he aquí la invocación de la norma de conflicto y su relación con la Convención

Analizada la Convención es necesario pun-

tualizar que su implementación ha sido de vital importancia para el desarrollo del comercio internacional sobre todo en la búsqueda de un derecho uniforme. Como bien mencione, aún existen vacíos que pueden superarse, sin embargo, las reglas generales están claramente establecidas.

3. Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías

Otro instrumento de carácter internacional que se debe tomar en cuenta en los negocios jurídicos de compraventa internacional de mercaderías es la Convención de Nueva York sobre la prescripción en materia de venta internacional de mercaderías, y es que, con la intención de crear un Derecho Internacional Uniforme en materia de contratos internacionales, sin que pretenda inmiscuirse con el régimen nacional del contrato de compraventa celebrado entre nacionales del mismo Estado, ni con los tratados comerciales que los países hubieran celebrado estableciendo reglas específicas para casos concretos, la Convención de Viena de 1980 contiene un protocolo adicional que aborda específicamente la temática de términos de prescripción (Matute Morales, 2001)¹⁶.

La Convención sobre la Prescripción se preparó y adoptó en 1974 para hacer frente a esas dificultades. Ulteriormente, en 1980 la Convención fue enmendada por un Protocolo encaminado a armonizar su texto con el de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en particular en lo relativo al ámbito de aplicación y a las declaraciones admisibles. De hecho, la Convención sobre la Prescripción puede verse, desde un punto de vista funcional, como parte de la Convención sobre la Compraventa y, en definitiva, puede considerarse que representa un paso importante

16 Matute Morales, C. (2001). Marco Jurídico de la compraventa internacional de mercancías. *Anuario del Instituto de Derecho Comparado*, (24). Recuperado de <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/>

hacia la normalización global del Derecho que rige la compraventa internacional (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 1974)¹⁷.

Tal como declara Navarro Pentón (2009)¹⁸, por lo que concierne a las cuestiones excluidas del ámbito de aplicación material de la Convención Viena, es preciso apuntar que la prescripción no corresponde específicamente a la venta, por tanto, fue objeto de regulación específica en el Convenio antes citado, quedando también al margen cuestiones como la capacidad de obrar, los vicios del consentimiento, la representación, la cesión de derechos, la asunción de deudas o las cláusulas penales, por ser éstas instituciones propias del Derecho de obligaciones en general, y no privativas del contrato de compraventa internacional de mercancías.

La Convención sobre la Prescripción establece reglas uniformes sobre el plazo dentro del que una parte en un contrato de compraventa internacional de mercancías debe entablar una acción judicial contra otra parte para hacer valer una reclamación dimanante del contrato o relacionada con su incumplimiento, revocación o validez, esto en definitiva, aporta claridad y previsibilidad en un aspecto de gran importancia para entablar una acción judicial y hacer prevalecer los derechos de quienes así lo demanden, además, aporta seguridad jurídica entre los contratantes cuando existen diferencias de términos entre Derechos nacionales imperativos, habida cuenta que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se fija un período transcurrido el cual no es posible entablar una demanda, por ende el objetivo que persigue es evitar que se puedan incoar acciones judiciales

en fechas tan tardías en que las pruebas relativas a una demanda tal vez ya no sean fiables o se hayan perdido, y a fin de amparar a las partes ante la incertidumbre que habría si pudieran estar expuestas a posibles demandas durante mucho tiempo, esas diferencias pueden crear dificultades a la hora de hacer valer demandas dimanantes de operaciones de compraventa internacional (CNUDMI, 1974).

Entre algunas disposiciones relevantes de este instrumentos podemos mencionar: que es aplicable a los contratos de compraventa de mercancías celebrados entre partes cuyos establecimientos se encuentran en distintos Estados, siempre y cuando ambos Estados sean partes contratantes o siempre que las reglas del Derecho internacional privado declaren aplicable la ley de un Estado Contratante a un contrato de compraventa de mercancías, asimismo, la Convención también puede ser aplicable si las partes han convenido en ello, es decir que su aplicación puede ser de forma directa, indirecta y atendiendo a la autonomía conflictual de las partes. En otro aspecto toral, fija un plazo de prescripción de cuatro años (CNUDMI, 1974, art.8), En ciertas condiciones, ese plazo puede prorrogarse, como máximo, hasta diez años (CNUDMI, 1974, art.10).

Del mismo modo, prevé reglas sobre la extinción y la prórroga del plazo de prescripción, el plazo se extingue cuando el demandante entabla un procedimiento judicial o arbitral o cuando presenta una reclamación en un proceso en curso. Si el procedimiento concluye sin que haya recaído una decisión vinculante sobre el fondo del asunto, se estimará que el plazo de prescripción ha seguido corriendo durante el procedimiento. No obstante,

17 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1974). Convención sobre la *Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Recuperado de http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_limitation_period.html

18 Navarro Pentón, A. G. (2009). *Régimen Jurídico de la compraventa internacional de mercaderías en Europa y América latina. ¿Un sistema suficiente?* (Tesis Inédita de Doctorado). Universidad de Granada, España.

si el plazo ha expirado durante el procedimiento o va a expirar en menos de un año, se concede al demandante un año más para incoar un nuevo procedimiento (CNUDMI, 1974, art.17).

No se reconocerá ni surtirá efecto en procedimiento alguno, ninguna acción que se haya iniciado tras la expiración del plazo de prescripción (CNUDMI, 1974, art.25.1) Tal expiración sólo será tenida en cuenta si es invocada por una de las partes en el procedimiento; no obstante, los Estados podrán hacer una declaración por la que permitan a los tribunales, a iniciativa propia, tener en cuenta la expiración del plazo de prescripción (CNUDMI, 1974, art.36). De otro modo, la única excepción que podrá hacerse a la regla que impide el reconocimiento o los efectos de un procedimiento será cuando la parte invoque su derecho y lo oponga a la otra parte como excepción o compensación frente a la demanda de la otra parte.

Es notoriamente importante destacar que la Convención es únicamente aplicable a las operaciones internacionales y su vigencia impide que los contratos que entran en su ámbito de aplicación se rijan por reglas de derecho internacional privado, siempre con el ánimo de buscar la uniformidad del Derecho en este tipo de negocios jurídicos. Los contratos internacionales que no entren en el ámbito de aplicación de la Convención, así como los contratos en los que se haya convenido válidamente en la aplicación de otra ley, no se verán afectados por la Convención, al igual que los contratos de compraventa puramente nacionales los que se regirán por el derecho interno. Para culminar, nos resta decir que son 23 Estados que forman parte de esta Convención y su adhesión es libre, y que el hecho de formar parte de la Convención de Viena de 1980, no obliga a los Estados a ser parte de este otro instrumento internacional.

4. Convención de las Naciones Unidas so-

bre la utilización de comunicaciones electrónicas en contratos internacionales

Es indudable que, al momento de hablar de compraventa de mercaderías, uno de los negocios jurídicos más utilizados en el tráfico de bienes tanto nacional e internacional, debemos tomar en cuenta la vorágine que produce el fenómeno de la globalización, y con ella todos los cambios que influyen directamente en los contratos y sus regulaciones. El desarrollo de la tecnología ha puesto su marca en el quehacer diario de compradores y vendedores, sobre todo en aquellos casos que la distancia lo amerita con el fin de acortarla para generar mayor seguridad, agilidad y precisión en los intercambios de bienes comerciales.

El comercio electrónico se encuentra en auge, sus bondades proporcionan herramientas fundamentales para concretar de manera certera intercambios de bienes que atraviesan fronteras; su regulación viene dada por los esfuerzos tanto de Estados como Organismos Internacionales, pero con mayor énfasis en el plano supranacional encaminado en la creación de un Derecho uniforme. La aparición de este comercio ha obligado a los juristas a replantearse un sinnúmero de cuestiones en torno del comercio tradicional, es decir, buscar soluciones a problemas tales como la legalidad de las transacciones y contrataciones sin soporte papel, la protección de los derechos de propiedad intelectual, la protección de los consumidores en cuanto a la publicidad engañosa o no deseada, el fraude, los contenidos ilegales y uso abusivo de datos personales, la inseguridad de las transacciones y medio de pagos electrónicos, la proliferación de protocolos de comercio electrónico incompatibles, el control de las contrataciones internacionales; esta problemática crea la necesidad de impulsar, propender a la armonización legislativa tanto nacional e internacional.

Los esfuerzos han sido innumerables, todos encaminados a satisfacer las necesidades que im-

peran por las grandes revoluciones tecnológicas, empero este trabajo investigativo resaltarán las bondades que otorga la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en contratos internacionales. Este instrumento fue preparado por el grupo sobre comercio electrónico, en el cual se trabajó en varios períodos de sesiones entre 2002 y 2004, y finalmente la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) decidió, en su 38º período de sesiones, presentarlo a la asamblea general para su examen, la que finalmente lo adoptó como Convención (Oviedo Albán, 2006)¹⁹.

Empero, le antecedieron a la Convención dos instrumentos que procuraron la unificación normativa del comercio electrónico, y fue en la década de 1980, cuando existían muy pocas leyes al respecto. El trabajo de la CNUDMI llevó a la adopción de dos textos, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas, la que en su momento fueron significativamente exitosas. Estas leyes modelo son comúnmente consideradas como estándares legislativos globales en sus respectivos campos, y por supuesto son instrumentos de Derecho suave (Soft law). Los principios en los que se basan constituyen pilares globales del derecho del comercio electrónico. Sin embargo, como bien es sabido las leyes modelo tienen limitaciones intrínsecas provenientes de su naturaleza, dado que carecen de fuerza imperativa frente a las legislaciones nacionales, por ende la conveniencia de analizar la experiencia adquirida por ambas leyes modelos, así como de la incorporación de disposiciones que atienden a

prácticas y tecnologías comerciales recientes, las normas imperativas que propenden a nacionalizar los actos de comercio además que no siempre son acordes a las necesidades de los mismo, entre otros factores, derivó en la necesidad de crear esta Convención (Castellani, 2015)²⁰.

Para Oviedo Albán (2006) y Castellani (2015) con la Convención se quiere contribuir a reducir la incertidumbre generada en cuanto a determinar el valor jurídico de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, al igual que se señala en la parte preliminar de la Convención, una de las consideraciones a tener en cuenta con dicho instrumento, es que la mayor utilización de comunicaciones electrónicas, contribuye a mejorar la eficiencia en las actividades comerciales y ofrece nuevas oportunidades para acceder a mercados remotos, lo que en últimas contribuye al desarrollo económico de los países, dicho en otras palabras, el objetivo fundamental es la facilitación del reconocimiento jurídico transfronterizo de las comunicaciones y de las firmas electrónicas.

Más específicamente, promueve el comercio transfronterizo al facilitar el uso de medios electrónicos en relación con la aplicación de tratados concluidos antes de que el uso de las comunicaciones electrónicas fuera común, reforzar los niveles de uniformidad en la promulgación, actualizar y complementar ciertas disposiciones de las leyes modelos antes mencionadas y proveer una legislación básica moderna y uniforme sobre comercio electrónico a países que carezcan de legislación o que la tengan pero incompleta, particularmente busca eliminar los obstáculos jurídicos para las operaciones internacionales derivados

19 Oviedo Albán, J. (2006). *Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en contratos internacionales*. Revista Colombiana de Derecho Internacional, (7), pgs. 11-59.

20 Castellani, L. G. (2015). *La convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos Internacionales: relevancia práctica y lecciones aprendidas*. Revista de Derecho Privado, (29), pgs. 75-99.

principalmente de las diferencias entre las reglas aplicables a los contratos en los diferentes países.

De este modo, el 23 de noviembre del 2005, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales; tal como lo expresan Feldstein de Cárdenas y Scotti (2007)²¹: “estamos convencidas de que este instrumento jurídico internacional está llamado a constituirse en un verdadero hito en el área del comercio electrónico” (pg.73). Dando continuidad a este trabajo investigativo procuraremos realizar un esbozo del contenido más importante de esta convención, iniciando por su ámbito de aplicación.

La Convención se aplica todas las comunicaciones electrónicas intercambiadas entre partes cuyos establecimientos estén situados en Estados diferentes y cuando al menos una de esas partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante, tal como reza su artículo 1, además puede ser aplicable por elección expresa de las partes, tomando en cuenta su autonomía conflictual, sin necesidad que los Estados sean parte de la misma, lo que en particular, reconocemos como un logro positivo, tomando en cuenta que las partes pueden tener libertad de elegir el derecho aplicable, principio rector de los negocios internacionales, sumado a esto como bien expresa Fontalvo Ramos (2006)²², el texto convencional incorpora, como principios que regirán las disposiciones de la misma, la libertad de forma contemplada, la no discriminación, la equivalencia funcional y, por último y de gran importancia, el principio de la inalterabilidad del Derecho preexistente.

Otro aspecto a destacar es que, se excluyen

del ámbito de aplicación de la Convención los contratos concertados con fines personales, familiares o domésticos, como los relacionados con el Derecho de familia y el Derecho que rige las sucesiones, así como determinadas operaciones financieras, títulos negociables y documentos de titularidad, cabe mencionar que este instrumento puede aplicarse a compraventas de carácter mercantil como civil.

Objetivamente la Convención se circunscribe sólo a las comunicaciones electrónicas que tienen que ver con los contratos estableciendo, a su vez, un criterio de internacionalidad para delimitar su ámbito de aplicación, tal como lo hemos expresado. En este orden de ideas, primeramente debe entenderse comunicaciones como toda exposición, declaración, reclamación, aviso o solicitud, incluida una oferta y la aceptación de ésta que las partes hayan de hacer o decidan hacer con relación con la formación o el cumplimiento del contrato a como reza el art 4.a, siendo electrónica toda aquella que las partes hagan por medio de mensajes de datos, y esto a través de información generada enviada, recibida o archivada por medios electrónicos o magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax (Fontalvo Ramos, 2006).

Derivado de estos conceptos podemos enunciar que se aplica a todas las comunicaciones intercambiadas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato mediante el uso de todos los medios de comunicación que no son escritos u orales, no obstante es menester señalar que en su art.3 le confiere a las partes

21 Feldstein de Cárdenas, S., & Scotti, L. (2007). *La convención sobre utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: un avance hacia la armonización legislativa en materia de contratación electrónica*. Revista científica de UCES, 11 (1), pgs. 59-90.

22 Fontalvo Ramos, R. (2006). *La incorporación de las comunicaciones electrónicas en los contratos de compraventa internacional de mercaderías*. Ars Iuris Salmanticensis, 4, pgs. 103-121.

contratantes excluir su aplicación o modificar sus condiciones en la medida en que lo permitan las disposiciones legislativas por lo demás aplicables, siempre respetando la autonomía conflictual de las mismas.

Destacamos lo que Castellani (2015) agrega sobre la definición de comunicación dada por la Convención:

... tiene como objetivo incluir tanto intercambios contractuales como los precontractuales. Más aún, la interacción no tiene que realizarse totalmente en forma electrónica, ya que solo algunas partes de ella pueden ser desmaterializadas. Por ejemplo, un documento comercial electrónico podría ser producido en el marco de un contrato de medios mixtos; más aún, este documento comercial podría incluir una cláusula arbitral referida a regulaciones diferentes al derecho sustantivo utilizado en dicho documento (pg.80).

Continuando con el abordaje de la Convención, sobre la cuestión de compatibilidad entre convenciones que surge del inciso 4 del artículo 17 cuando establece que la Convención no prevalecerá sobre las normas de ninguna organización regional de integración económica con las que pueda entrar en conflicto y que sean aplicables a partes cuyos respectivos establecimientos se encuentren en Estados miembros de una organización de esa índole, conforme a una declaración formulada con arreglo al artículo 21, Feldstein de Cárdenas y Scotti (2007) argumentan que la participación de organizaciones regionales de integración económica surge del artículo 17, disponiendo que toda organización regional de integración económica que esté constituida por Estados soberanos y que ejerza competencia sobre ciertos asuntos que se rijan por la Convención podrá igualmente firmar, ratificar, aceptar o aprobar, o adherirse, por

tanto la organización hará como propio el Derecho derivado de la Convención y a su vez los Estados partes contratantes de dicha organización, lo que consideramos oportuno en pro de alcanzar una uniformidad del Derecho y su aplicación no solo por las partes sino por los Estados como garantes de un orden jurídico internacional.

Sin lugar a duda, un aspecto de suma importancia que recoge este instrumento son los criterios para establecer la equivalencia funcional entre las comunicaciones electrónicas y los documentos sobre papel, así como entre los medios electrónicos de autenticación y las firmas manuscritas, el artículo 9 reitera las normas básicas contenidas en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico, relativos a los criterios para el reconocimiento de equivalencia funcional entre las comunicaciones electrónicas y los documentos sobre papel, incluyendo el documento original sobre papel, así como entre los medios electrónicos de autenticación y las firmas manuscritas. Sin embargo, a diferencia de la Ley Modelo, la Convención no aborda el tema de la conservación de los registros, ya que se consideró que este asunto se relacionaba más estrechamente con el ámbito del derecho probatorio y requerimientos administrativos que con la formación y ejecución de los contratos (Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, s.f.)²³

Además, la Convención establece el principio general de que no se negará validez a una comunicación solamente porque se haya realizado por medios electrónicos, esto resalta uno de los pilares de la materia, como es el principio de equivalencia funcional conforme con el cual corresponde otorgar un tratamiento igualitario a las comunicaciones electrónicas y a las contrataciones inter-

23 Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (s.f.). *La Convención de Naciones Unidas sobre el uso de Comunicaciones Electrónicas en Contratos Internacionales: una nota introductoria*. Recuperado de <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/actualidad/convencionnu.pdf>

nacionales tradicionales, conjuntamente dada la proliferación de los sistemas automatizados de mensajes, la Convención reconoce la fuerza ejecutoria de los contratos celebrados a través de esos sistemas, inclusive cuando ninguna persona física haya revisado los actos realizados a través de los sistemas, así lo manifiestan Feldstein de Cárdenas y Scotti (2007), sin embargo Castellani (2015) expone una problemática específica sobre lo antes mencionado por la autoras, y es que, los acuerdos arbitrales celebrados en forma electrónica son cada vez más comunes en la práctica empresarial, dada la progresiva desmaterialización de los documentos comerciales, empero, si se busca el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral de conformidad con la Convención de Nueva York, y el acuerdo de arbitraje se concluyó electrónicamente, es necesario asegurarse de que la ley reconoce la equivalencia entre forma electrónica y en papel.

Para ir concluyendo los tópicos más importantes que se regulan en la Convención, consideramos indispensable el tratamiento de los del tiempo y el lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas, ajustando las reglas que tradicionalmente regían esos conceptos jurídicos al contexto electrónico e introduciendo elementos innovadores, tal como lo enuncia Secretaría de la CNUDMI (s.f.), el envío ocurre cuando una comunicación electrónica sale de un sistema de información que está bajo el control del iniciador, mientras que la recepción ocurre en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario. La recepción se presumirá lograda cuando la comunicación electrónica llegue a la dirección electrónica del destinatario, las comunicaciones electrónicas se presumen enviadas y recibidas desde el establecimiento de negocio de las partes.

Ahora bien, toma especial relevancia para los Estados, quienes podrán también plantearse

adoptar las disposiciones de la Convención a nivel interno. Esa decisión promovería la uniformidad, al ahorrar recursos judiciales y legislativos, e incrementaría la seguridad jurídica respecto de las operaciones comerciales, en el caso particular Nicaragua no es miembro de la Convención de Viena de 1980 y la Convención de la cual nos ha ocupado en este apartado, por lo que plenamente recomendamos la adopción de ambos textos que a nuestro parecer son complementarios para la compraventa internacional de mercaderías, siendo que ambos gozan de un carácter dispositivo.

En definitiva, como mencionamos al inicio de este apartado, la compraventa internacional de mercaderías no está exenta de los grandes cambios introducidos por la tecnología a razón de la globalización dando pautas a nuevas formas de comunicación, la que concretan negociaciones y contrataciones, por tanto la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en contratos internacionales constituye un pilar complementario para la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980. Aunque no es punto de discusión la aplicación autónoma y paralela de ambas convenciones con mayor frecuencia los contratos de compraventa internacional de mercaderías son celebrados por medios electrónicos. Ambas se basan en principios flexibles por lo que las convierten en instrumentos coherentes y adaptables a una sociedad en la que sus relaciones son cada vez más dependientes de las nuevas tecnologías, evitando, de este modo, cualquier enmienda a sus disposiciones.

Hasta este momento hemos abordado, a nuestro parecer, tres de las convenciones más relevantes en la aplicación del negocio jurídico de la compraventa internacional de mercaderías, las cuales se erigen como dispositivas a favor de la elección de las partes para la aplicación en sus contratos, no obstante, al igual que muchos otros

instrumentos, ellos han plasmado en sus articulados usos y costumbres que se han sido utilizado por la sociedad de comerciantes en el plano internacional configurándose como instrumentos de Derecho suave (*Soft law*), e inclusive hasta el día de hoy los comerciantes aplican en sus contratos usos y costumbres que no necesariamente estén recogidos en este tipo de instrumentos por lo que es de vital importancia su estudio dentro del marco de la regulación de la compraventa internacional de mercaderías.

5. Lex Mercatoria y Derecho suave (Soft law). Derechos aplicables a la compraventa internacional de mercaderías

Hablar de Lex Mercatoria es evocar el desarrollo y evolución del Derecho en manos de los comerciantes desde el siglo XII, para construir un concepto de esta, Clerc (2013)²⁴ nos ilustra que la *Lex Mercatoria*, o bien, *ius Mercatorum*, originariamente era un término designado para identificar a un conglomerado de normas jurídicas que regulaba la actividad comercial durante la primera Edad Media y, usualmente, fijadas por los mismos comerciantes y artesanos y sin que interviniera allí alguna autoridad, edicto o apelación a norma superior, lo cual, transformaba a esta Lex Mercatoria, en un derecho claramente consuetudinario. Su aplicación cayó en desuso, claro está, hacia los inicios de las grandes codificaciones jurídicas que tuvieron lugar, la primera de ellas, durante la llamada Alta Edad Media y, luego, la segunda, hacia el final del siglo XVIII, perdió fortaleza, mas no desapareció.

El fenómeno de la globalización y su influencia

en el comercio internacional, la falta de producción normativa por parte del Estado específicamente en la materia comercial, el creciente tráfico del comercio, la proliferación de organismos internacionales, el desarrollo y la aplicación de la autonomía de la voluntad de los contratantes, son factores torales que han permitido el resurgimiento con mayor fortaleza de este ordenamiento jurídico que posee ciertos elementos comunes con el Derecho de los comerciantes en aquel período; sumado a esto el nuevo Derecho de comercio internacional, donde la Lex Mercatoria despliega sus efectos, ha surgido en la práctica de los comerciantes pertenecientes a distintos Estados con diferentes sistemas políticos, económicos y sociales, así como con distintos niveles de desarrollo (Espinoza Quintero, 2009)²⁵.

Tobar Torres (2012)²⁶ la denomina como una nueva *Lex Mercatoria* al conjunto de reglas de comportamientos y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se generan de manera constante y reiterada en el comercio internacional y que son asumidas por los particulares en virtud de la existencia de una convicción de carácter vinculante que es calificada como usos y costumbres del comercio internacional -o bien, que delimita su contenido-. Fernández Rozas (2000), es más preciso al conceder sin duda alguna a *Lex Mercatoria*, la categoría de ordenamiento jurídico creado a manos de la "sociedad internacional de los comerciantes"; en buena medida autónoma respecto de los Estados; y el hecho de que, pese a las diferencias entre los sistemas políticos y económicos, evidencia que existe un Derecho autónomo del comercio, nacido de las propias

24 Clerc, C. (2013). *El Derecho Internacional Privado y los procesos globalizadores*. Prologomenos, 16 (32), pgs. 15-30.

25 Espinoza Quintero, L. (2009). *Principio de Autonomía de la Voluntad e instrumentos de carácter internacional en el sistema jurídico colombiano*. *Civilizar ciencias sociales y humanas*, 9 (16), pgs. 15-40.

26 Tobar Torres, J. A. (2012). *La nueva Lex Mercatoria o de cuando la realidad supera la ficción*. *Ataques y defensas de la nueva Lex Mercatoria en el comercio internacional*. *Pensamiento Jurídico*, (34), pgs. 239-274.

exigencias de éste, y que se ha desarrollado con independencia de estos sistemas jurídicos nacionales.

Por otro lado, Berman y Dasser, citados por Giménez Corte (2002)²⁷, consideran que la nueva Lex Mercatoria es Derecho de raíz consuetudinaria, como lo era la antigua, dado que está formada por usos que constituyen un Derecho espontáneo, uniforme, y en cierta manera universal; que son usos propios de los comerciantes, y que tratan de superar las dificultades propias del conflicto de leyes cuando se trata de determinar el Derecho nacional que regirá una determinada relación jurídica. Sin duda alguna, son normas que carecen de la fuerza de la ley; sin embargo, están vigentes. Dentro de esta misma discusión se encuadra la duda que si ¿constituyen costumbre jurídica? efectivamente la respuesta debe ser positiva y contundente, más aún en el espacio del Derecho comercial; inclusive normas tanto de Derecho suave (*Soft law*) y Derecho duro (*Hard law*) se han creado a partir de los usos y costumbres internacionales.

Es entonces que podemos afirmar, con propiedad, que la Lex Mercatoria se configura como un Derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo creado por los propios comerciantes, con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales a la aplicación, siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países, liberándose de la rigidez y de la falta de sensibilidad para el tráfico mercantil internacional de estas últimas. A partir de estas reflexiones podemos manifestar que son dos las notas que permiten caracterizarla, su "anacionalidad"; es decir, no emana de un sistema jurídico propio de un Estado soberano y, en segundo tér-

mino, la fuerza obligatoria que le otorga la comunidad comercial internacional, aunque en ciertas ocasiones esta fuerza vinculante se contrasta con las normas de Derecho sustantivo de los Estados.

Pereznieto Castro (1999)²⁸ nos proporciona otra aproximación al contenido de Lex Mercatoria, compuesto por una amplia serie de reglas emitidas por organismos privados a nivel internacional o por órganos intergubernamentales a ese mismo nivel, pero cuya característica principal es que se trata de reglas que no tienen ningún origen y una obligatoriedad en su aplicación por parte de los Estados.

La referencia más precisa, consideramos que, viene dada por Giménez Corte (2002); primeramente determina a los usos, luego a los contratos internacionales; las condiciones generales de contratación y los standards forms; las reglas de las asociaciones profesionales y las guide lines; los principios generales del comercio internacional, y los restatements of law; los códigos de conducta, las convenciones internacionales aún no vigentes y ratificadas por los Estados, las leyes modelos; y los laudos arbitrales. Sobre este último punto queremos resaltar que la práctica y jurisprudencia arbitral ha permitido la instauración de este ordenamiento jurídico, de esto se encauza la vital importancia para la subsistencia y reconocimiento de la *Lex Mercatoria*.

Pasando a otro punto de análisis, a pesar de su demostrado carácter autónomo, la institución jurídica que venimos tratando no deja de ser objeto de crítica, por ejemplo, algunos doctrinarios enuncian que es un sistema que obedece a los intereses y necesidades específicas de un grupo social lo que le resta legitimidad dentro del Derecho internacional, puesto que sus promotores

27 Giménez Corte, C. (2002). *Lex Mercatoria, garantías independientes y coacción extra estatal*. Revista de Derecho Internacional y Mercosur, (3), pgs. 343-361.

28 Pereznieto Castro, L. (1999). *Derecho Internacional Privado* (7ma ed.). México: Oxfrod.

son un grupo social poderoso. Se señala igualmente que la *Lex Mercatoria* no es autónoma al condicionar su desarrollo a la aceptación que de ella tengan los Derechos estatales, sobre esto cabe reflexionar que su aceptación viene dada por la autorregulación que confiere la autonomía de la voluntad en su carácter conflictual. No obstante, lo único que puede atribuirse a esta afirmación es que en el plano contencioso nacional los jueces podrán limitar la aplicación de un Derecho derivado de la *Lex Mercatoria* consagrado en el contrato, cuando así lo considere el judicial. Es por esto que ha tomado mayor auge la práctica arbitral que plenamente reconoce este nuevo ordenamiento jurídico (Rodríguez Fernández, 2012)²⁹. Esas críticas provienen, en buena medida, de quienes aún consideran la vieja concepción de que sólo el Estado está facultado para producir normas.

La *Lex Mercatoria* tiene una importancia normativa que no depende de un Derecho local y tiene una especial importancia para el comercio y la contratación internacional, ya que las partes no se someten a ninguna jurisdicción nacional ni a un Derecho sustantivo nacional. Por consiguiente, se erige como un orden jurídico propio, aunque sea incompleto, y en alguna medida esté subordinado a los órdenes jurídicos nacionales en su aplicación y eficacia al momento de exigir su cumplimiento; dependencia que no afecta a su autonomía.

En la esfera del comercio y la contratación internacional este ordenamiento jurídico puede ser traducido y sistematizado mediante instrumentos de naturalezas flexibles y carentes de efectos vinculantes, que ocupan como fuente para su creación a la *Lex Mercatoria*, y es aquí donde encontramos esa intrínseca vinculación entre Derecho suave (*Soft Law*) y *Lex Mercatoria*. Esta vincula-

ción ha sido objeto de diversos estudios, siendo que en muchas ocasiones ambos términos se han ocupado indistintamente, considerándose como sinónimos uno del otro, lo que no es correcto. Es por esto que, en cumplimiento a nuestros objetivos planteados edificaremos un entramado doctrinario y analítico que nos permita descubrir la diferencia de ambos términos, pero a la vez sus elementos integradores que consienten su perfecta unión y adecuación en el comercio y la contratación internacional.

En primer orden, a pesar que la *Lex Mercatoria* y el Derecho suave (*Soft law*) tengan características muy similares, ambos no son equivalentes. Desde su conceptualización encontramos las primeras diferencias. Así, la *Lex Mercatoria* es un ordenamiento jurídico autónomo creado por los comerciantes, el cual se fundamenta en tres pilares: las prácticas del día a día de la comunidad internacional del comercio (comerciante), los usos codificados o no en convenciones internacionales y los principios generales del Derecho; pero sobre todo se caracteriza por ser espontáneo, llevando en sus raíces la voluntad de las partes; además su creación data desde siglo XII, mucho antes de que se hablará de Derecho suave (*Soft law*). Este último se traduce en normativas emanadas por actores no estatales (como organizaciones internacionales, agrupaciones gremiales, etc.), de forma tal que su carácter no es vinculante, pero si revestido de efectos jurídicos. Estos instrumentos contienen diversas exposiciones temáticas en relación al tipo de Derecho aplicable (mercantil, medio ambiente, propiedad intelectual, derechos humanos, etc.), en cambio la *Lex Mercatoria* es utilizada únicamente por la "sociedad de comerciantes".

29 Rodríguez Fernández, M. (2012). *Reconocimiento de la Lex Mercatoria como normativa propia y apropiada para el comercio internacional*. Revista e-Mercatoria, II (2), pgs. 45-84.

30 González Rivera, T. V., & Castrillón y Luna, V. M. (2015). "La codificación del derecho mercantil internacional". México: Porrúa.

Consideramos que el concepto brindado por González Rivera & Castrillón y Luna (2015)³⁰ es el más preciso, ellos conciben al Soft Law como instrumentos, ciertamente escritos, que si bien derivan de una práctica deben plasmarse en documentos con categoría internacional, los cuales denotan lo no obligatorio (elementos que enuncian la mayoría de doctrinarios). Además, dejan en evidencia que se trata de normas aspiracionales impulsadas sobre manera por los organismos internacionales, vistos como nuevos sujetos del entorno mundial.

Ambos han encontrado su desarrollo en el ámbito internacional, por parte de la *Lex Mercatoria* específicamente en el comercio, dado que ambos procuran llenar los vacíos jurídicos de la norma nacional en este tipo de relaciones (internacionales); y es por esto que, tanto los creadores y usuarios de estos Derechos, se alejan de la aplicación de normas locales con el ánimo de no nacionalizar sus negocios jurídicos, lo que ha permitido un fuerte desarrollo en la construcción de un nuevo Derecho para los comerciantes. Por lo que podemos afirmar que, hoy en día, jerárquicamente la *Lex Mercatoria* ocupa un grado superior al sistema normativo estatal cuando se trata de operaciones que ocupan al Derecho mercantil internacional. Circunstancia favorecida por el amplio espacio destinado al ejercicio de la autonomía de la voluntad, como elemento esencial para configurar las relaciones entre comerciante mediante la contratación internacional (Rapallini, 2011)³¹.

Bajo esta realidad entendemos, entonces, que la *Lex Mercatoria* se despliega por el denominado Derecho suave (*Soft law*), es decir, los instrumentos de este último, son resortes que propenden

a la sistematización científica y fundada difusión de la *Lex Mercatoria*, acción que vincula de manera directa a los organismos internacionales que traducen los usos y costumbres en instrumentos no vinculantes, un ejemplo de ellos son los denominados Incoterms. La relación intrínseca entre ambas figuras surge en el comercio internacional, dado que la normatividad mercantil como objeto de la ciencia jurídica, se ha ocupado desde sus inicios, en desarrollar una estructura que permita regular de forma independiente el carácter jurídico y socioeconómico de las relaciones entre particulares (Jaramillo Vernaza, 2010)³².

En consonancia con lo manifestado en el párrafo que antecede, en el Derecho mercantil contemporáneo las fuentes principales serán casi siempre, el desarrollo de las costumbres mediante las cuales se instrumentalizan las actividades mercantiles; la autonomía de la voluntad privada expresada en las formas contractuales más utilizadas en el ámbito comercial, y la asimilación por parte de organizaciones internacionales de comerciantes y de sus tribunales arbitrales, de reglas y principios aceptados por sus miembros.

Sobre estos razonamientos no podemos desconocer la importante faceta normadora del Derecho suave (*Soft law*), que constituyen la dimensión contemporánea de la *Lex Mercatoria*, sin embargo esta última también ha sido acogida en los sistemas estatales a través de textos internacionales que institucionalizan su desarrollo, y sirve, además, para fijar sus contenidos y propiciar una mayor aplicación prospectiva por la propia sociedad de comerciantes, como ha ocurrido con la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías, cuando ya está de-

31 Rapallini, L. E. (2011). *Evolución del "Ius Mercatorum" como fuente del derecho internacional privado del comercio*. Anales, (41), pgs. 108-116.

32 Jaramillo Vernaza, M. (2010). El Derecho Mercantil en el contexto transnacional: su relación con el procedimiento de inclusión. *Revista Análisis Internacional*, (1), pgs. 154-170.

bidamente ratificada por los Estados (Fernández Rozas, 2000)³³. Vale la pena aclarar que no siempre los instrumentos de Derecho suave (*Soft law*), se sustentan por la *Lex Mercatoria*, con todo, en materia de Derecho comercial internacional esta es fuente de este tipo instrumentos con mayor frecuencia.

Teniendo presente que la *Lex Mercatoria* es una realidad integradora de Derecho suave (*Soft law*), y ambas del comercio internacional, por lo que la importancia de este último deviene según Perezniето Castro (2012)³⁴ en su acomodamiento a diversas situaciones de carácter internacional, entre ellas el comercio, reduciendo la contradicción entre sistemas, en la medida que propenden a una uniformidad; de tal modo que esta disciplina representa el motor del cambio y modernización del Derecho mercantil internacional, contemporáneo, pero que lo hace, a partir de categorías distintas a las que tradicionalmente se conocen en el Derecho interno. En este mismo sentido, afirma All (2013)³⁵ que el Derecho suave (*Soft law*) es la puerta hacia una concepción más abierta, flexible, y plural del Derecho internacional, acorde con los tiempos de mayor globalización mundial, cuya dinámica se expande en un espacio transnacional y que a pesar de los paradigmas del positivismo estatalista, el progresivo ensanche del concepto de arbitralidad, en tanto las partes pueden utilizar normas elaboradas por organismos privados desprovistas de carácter vinculante, le confiere

un carácter dominante en este ámbito.

Claramente, las fuentes del Derecho comercial que regulan las transacciones internacionales se han ampliado abarcando a la *Lex Mercatoria* y, como ya hemos visto, a una variedad de formas de Derecho suave (*Soft law*), como leyes modelo, guías legislativas, reglas y términos comerciales uniformes, por ende es preciso enunciar que la *Lex Mercatoria* en muchas ocasiones opera como Derecho suave (*Soft law*), dos realidades integradas, una comprensiva de la otra, o independientes, compartiendo o no determinadas características. Este escenario revela una acción manifestadora que procura la unificación de un Derecho del comercio internacional que demanda un aspecto dinámico y contribuye a dar a sus normas una contextura flexible, configurando un universo jurídico particularmente fluido, sin tener el ánimo de afectar el Derecho interno nacional y menos su soberanía (Sierralta Ríos, 2001)³⁶, tal como acontece con la regulación internacional de la compraventa de mercaderías.

La creciente e inevitable interrelación económica de los países; la configuración de mercados comunes multinacionales; la proliferación de los tratados de libre comercio, para Díaz Bravo (2007)³⁷ son, entre otras, las razones que explican y aun justifican la caudalosa corriente unificadora internacional del Derecho mercantil o comercial en todas sus expresiones, a tal punto que en el mundo moderno ya no es posible referirse a un

33 Fernández Rozas, J. C. (2000). *El derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización*. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México, (5), pgs. 161-230.

34 Perezniето Castro, L. (2012). *La revolución del Derecho Internacional Privado en el mundo de hoy*. Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (21), pgs. 401-419.

35 All, P. M. (2013). *Algunos interrogantes sobre la fuerza y la debilidad de la codificación privada internacional*. En D. Fernández Arroyo, Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración (pgs. 169-204). Asunción: CEDEP.

36 Sierralta Ríos, A. (2001). *Palabras lineares del derecho internacional del comercio*. Revista Jurídica, 4, pgs.37-66.

37 Díaz Bravo, A. (2007). *Derecho Mercantil* (2da ed.). México: Iure Editores.

Derecho mercantil puramente nacional o doméstico.

Para concluir este apartado, nuevamente ponemos de manifiesto que hemos demostrado la exclusiva relación que guarda la *Lex Mercatoria* y el Derecho suave (*Soft law*); ambas realidades de vital importancia para el comercio internacional, puesto que la transformación del Estado, por influjo de los procesos de integración económica, han modificado las formas de crear el Derecho, por tanto estos dos ordenamientos jurídicos permiten entrelazar nuevos mecanismos de producción normativa que atienden los diferentes contextos jurídicos, especialmente, los negocios comerciales internacionales. De manera concreta, exteriorizamos que el fenómeno de la globalización ha generado el desarrollo del *Soft law* y su íntima relación con la *Lex Mercatoria*, al igual que su recepción por los organismos internacionales, por la importante acción que en este ámbito ejerce, y además su armonización reduce en gran medida las contradicciones existentes entre los distintos sistemas jurídicos nacionales (Fernández Rozas, 2010)³⁸.

Por otra parte, para la contratación internacional (acción típica de los comerciantes que adquieren derechos y obligaciones en el ámbito del comercio internacional), tanto la *Lex Mercatoria* como el Derecho suave (*Soft law*) brindan una amplia gama de Derechos plasmados en instrumentos no vinculante que pueden ser aplicados por los contratantes, tales como la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías y Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de comunicaciones

electrónicas en contratos internacionales, cuando estas no han sido ratificadas por los Estados, por tanto solo se incorporan a los contratos internacionales mediante la autonomía conflictual de las partes. Ambos métodos son de producción normativa y cada vez más complementarios (Pereznieta Castro & Silva Silva, 1995)³⁹, por ende, los operadores del comercio se alejarán cada vez más de los Derechos nacionales y solos recurrirán a ellos cuando tengan que hacer ejecutivo un derecho mediante los órganos coactivos del Estado. Esto se manifiesta a través de la consagración del principio de la autonomía de la voluntad, por el cual este tipo de instrumentos adquieren un carácter vinculante, razonamiento del que nos ocuparemos a continuación.

Dentro del espectro de instrumentos de Derecho suave existen, un sin número de ellos, no obstante, para nuestra investigación hemos escogido a los PRINCIPIOS UNIDROIT como instrumentos nacidos de ambas vertientes, con los que exponemos de manera más puntual su indudable utilidad como instrumentos de *Soft law* tanto para el comercio como para la contratación internacional, y la recepción en los Derechos nacionales.

II.- Principios unidroit sobre los contratos comerciales internacionales.

Lo anteriormente expuesto nos da cabida para resaltar el papel fundamental que ha tenido la globalización en el desarrollo socio – económico mundial, lo cual ha tenido una repercusión en el apresurado crecimiento del comercio internacional, lo que trajo como consecuencia la insuficiencia normativa de los ordenamientos jurídicos nacionales para la regulación de contrataciones

38 Fernández Rozas, J. C. (2010). *Autorregulación y Unificación del Derecho de los Negocios Internacionales*. En J. V. González García, Derecho de la regulación económica (Vol. VIII, pgs. 83-138). Madrid: Iustel.

39 Pereznieta Castro, L., & Silva Silva, J. A. (1995). "Derecho Internacional Privado. Parte Especial". México: Oxford.

transnacionales y los conflictos que pudiesen ser derivados de esta modalidad contractual, en consecuencia en el Derecho Internacional nace el denominado Soft Law (Derecho Suave), el cual tiene como objetivo la unificación de diversas normas nacionales permitiendo un funcionamiento eficaz de las actividades económicas transnacionales y los conflictos que de estas pudiesen suscitarse.

A la par de estos cambios y en la búsqueda de una unificación normativa surge la UNIDROIT, logrando su fundación en el año 1926, y siendo reconocido como un órgano adscrito la que se denominaba Sociedad de Naciones conocida hoy en día como Organización de las Naciones Unidas en sus siglas ONU, tuvo como finalidad la armonización normativa en el comercio internacional, luego de la primera guerra mundial, es por esto que en el año 1940 fue creado el estatuto UNIDROIT. (Guarín Ferrer, 2015)⁴⁰

La UNIDROIT es originada mediante una propuesta elaborada por Vittorio Scialoja, quien fue senador durante el gobierno fascista de Italia, dicha propuesta fue entregada el día 26 de septiembre del año 1924 a la Asamblea General de la Sociedad de Naciones. En esta se fundamentaba la idea de crear una entidad que tuviese como propósito el estudio de diversas problemáticas del Derecho Privado, en vistas de crear una colaboración entre diversos Estados a fin de lograr una armonización y coordinación entre sus legislaciones, logrando el establecimiento de normas de Derecho Privado Uniforme que facilitarían la resolución de conflictos internacionales. (Labariega

Villanueva, 1998)⁴¹

La funcionalidad de la UNIDROIT ha sido destacada desde sus inicios por diversos autores, quienes señalan que esta institución es de vital importancia para el desarrollo del Derecho Internacional por su carácter transnacional y su constante búsqueda de la unificación del Derecho, en este sentido tenemos que destacar lo establecido por Castro Cervantes (2009)⁴² quien en esta línea de pensamiento establece lo siguiente:

Vale resaltar que la UNIDROIT ha sido desde su comienzo una herramienta esencial para la unificación del derecho privado. La globalización ha llevado a abrir nuevos escenarios en las relaciones jurídicas, sobre todo en el ámbito internacional, impulsando de esta forma a una armonización jurídica de carácter universal destinada a dirimir las relaciones contractuales entre las personas naturales y jurídicas de distintos países; de ahí la importancia que reviste la labor de este organismo internacional (pg. 72).

Así mismo basándonos en los artículos 1 y 2 del Estatuto Orgánico del UNIDROIT⁴³, podemos señalar que este es un organismo independiente e intergubernamental cuyo objetivo principal es realizar el estudio de diversas legislaciones en búsqueda de realizar la armonización y coordinación de las mismas para lograr la efectiva creación de un derecho privado uniforme, que permita la solución de diversas controversias en el ámbito de las relaciones de derecho privado internacional.

Esta entidad estará compuesta por seis órga-

40 Guarín Ferrer, J. (2015). *Principios UNIDROIT*. Ratio Iuris, 3 (1), pgs. 108-137

41 Labariega Villanueva, P. A. (1998). *El Unidroit: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado*. *Revista de Derecho Privado*, (27), pgs.115 – 128

42 Castro Cervantes R. (2009) *La unificación del derecho privado frente a la globalización*. *Justicia Juris*, 6 (12), pgs. 70 – 78.

43 Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. (1993). *Estatuto Orgánico con la incorporación de la enmienda al artículo 6, párrafo 1, entrada en vigor el 26 de marzo de 1993*. Recuperado de: <https://www.unidroit.org/spanish/presentation/estatuto.pdf>

nos como son: la Asamblea General, el Presidente, el Consejo Directivo, el Comité Permanente, el Tribunal Administrativo y la Secretaria., esto de conformidad con el artículo 4 del Estatuto Orgánico, en la misma línea en los artículos 5 y 6 nos establece que las entidades mencionadas anteriormente estarán conformadas por los miembros de los Estados que hayan sido adscritos a la institución. Actualmente la UNIDROIT cuenta con 63 Estados adscritos, teniendo en cuenta que Nicaragua es un Estado parte en esta institución desde el año 1940.

Tomando en cuenta la relevancia que tiene la UNIDROIT como institución contribuyente al desarrollo del Derecho Comercial procederemos a analizar lo respectivo a los Principios UNIDROIT sobre los contratos Comerciales Internacionales, abordando los aspectos atinentes a esta figura jurídica iniciando con sus aspectos generales, pasando por su concepto y naturaleza jurídica, estructura, hasta llegar a su aplicación en la compraventa internacional de mercaderías.

1. Aspectos generales

Dada la gran envergadura que poseen los Principios UNIDROIT nos vemos ante la necesidad de dedicar un apartado a los aspectos generales que les componen, por tanto, abordaremos su origen, tomando como referente los diversos datos históricos que se dieron en virtud de esta figura jurídica de carácter internacional. Así pues, en primer lugar, tenemos que señalar que los principios UNIDROIT fueron creados en el año 1994 por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, el cual es una institución denominada como intergubernamental es decir que el mismo se encuentra ajeno a cualquier Estado y cuya sede se encuentra ubicada en la ciudad de Roma (Guarín Ferrer, 2015).

Los principios UNIDROIT son reconocidos internacionalmente y es por este motivo que se vuelven de vital importancia cuando se trata de temáticas competentes a contratación internacional ya que estos son comúnmente utilizados para darle solución a controversias entre diferentes Estados en lo referido a contrataciones mercantiles.

En tal sentido podemos retomar lo señalado por Moreno Rodríguez (2012)⁴⁴ quien dispone que los principios UNIDROIT fueron creados bajo el modelo de los denominados American Restatements of the Law of Contracts o también conocidos como "Restatements", este modelo fue adoptado gracias a la colaboración fundamental del norteamericano Allan Farnsworth quien fue uno de los académicos más notables que colaboró en el proceso de elaboración de los principios, este fue el que propuso la adopción de un instrumento distinto a las tradicionales "convenciones", dando de esta manera a la adopción del modelo. Por lo antes mencionado fue adoptado el término "principios" en lugar de la palabra "Restatement", o "Reformulación" según su traducción al español, esto con la finalidad de tener una connotación de carácter se adoptó el término "Principios", pretendiendo con ello connotar el carácter no estatal del instrumento.

Así mismo cabe destacar que poseen un carácter universal, dinámico y neutral que está inspirado a partir del intento de construcción de estos basados en los modelos del Civil Law y Common Law, y su ordenación interna aplicando los usos y costumbres, usos y prácticas de comercio internacional, lo cual ha significado que mediante estos se ha creado un nuevo modelo de regulación en la economía global en el cual convergen las instituciones tradicionales del Derecho general de los contratos, teniendo en cuenta que los principios UNIDROIT están pensados y son aplicados

44 Moreno Rodríguez, J. S. (2012). *Los principios de la HAYA y el Derecho no estatal en el arbitraje comercial internacional*. Revista Jurídica. 2 (29), pgs. 30 – 62.

preferentemente a los contratos realizados en el ámbito transnacional y vinculado a operaciones o instituciones típicamente mercantiles. Sin embargo, a pesar de lo antes mencionado el legislador ha empleado un lenguaje jurídico menos especializado y más acorde con el tráfico comercial, esto a fin de que los principios puedan ser fácilmente comprendidos y por tanto aplicados con mayor claridad en el ámbito comercial (Flores Doña, 2009)⁴⁵.

Los Principios UNIDROIT cuentan actualmente con cuatro ediciones (2016, 2010, 2004 y 1994), las cuales en su mayoría han sido traducidas a los cinco idiomas oficiales de la UNIDROIT (inglés, alemán, francés, italiano y español), además la edición 2010 se encuentra traducida en 16 idiomas no oficiales de la institución, en este sentido debemos señalar que la edición 2016 únicamente se encuentra en tres de los cinco idiomas oficiales siendo estos: inglés, francés e italiano. Si bien es cierto los Principios cuentan con cuatro ediciones debemos entender que la edición actual no enmienda a la anterior, sino que estas se complementan entre sí y en cada una de ellas se realiza una ampliación de contenido, con el fin de incluir aspectos no regulados en la edición anterior, manteniendo siempre la forma estructural que poseen los principios desde su primera edición (Romero Gil Delgado, 2014)⁴⁶.

De tal modo que por las características que conforman la creación de los principios UNIDROIT logramos inferir que estos tienen como propósito o finalidad ofrecer en la comunidad internacional

un instrumento en el cual se contienen reglas generales que puedan ser utilizadas por las partes en sus contratos o emplearlos en caso de que estos no logren definir una norma aplicable al contrato en cuestión. (Galindo Granado 2006)⁴⁷.

En conclusión, los Principios UNIDROIT se han convertido en un elemento clave para el desarrollo del comercio internacional y sin reconocidos por diversos autores por su carácter internacional y supranacional permitiendo la efectividad de los en el ámbito internacional para lograr una eficacia jurídica en los negocios internacionales y los conflictos que de estos se susciten. Habiendo entendido los aspectos generales que atañen a esta temática es menester proceder con el desarrollo de esta investigación de manera que logremos establecer la concepción que se brinda en la doctrina y su naturaleza jurídica a fin de comprender con mayor amplitud esta figura jurídica y su cabida en el Derecho supranacional.

2. Concepto y Naturaleza Jurídica

Con referencia al concepto de los Principios UNIDROIT, tenemos que recalcar que en principio no se brinda uno como tal, sin embargo, diversos autores brindan nociones de lo que podría ser concebido como una conceptualización de los principios, tal como nos señala Romero Gil Delgado (2014) el cual hace referencia a esta temática de la siguiente manera:

Los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales son un conjunto de reglas articuladas, y comentadas por los redactores,

45 Flores Doña, M. (2009). *Los principios UNIDROIT como Derecho universal de la contratación internacional*. Congreso Internacional: Contratación y arbitraje mercantil internacional realizado en la Universidad Complutense de Madrid. España.

46 Romero Gil- Delgado, M.C. (2014), *Avances en la aplicación de los principios Unidrot sobre los contratos comerciales internacionales. Clausulas modelo para los contratantes*. Cuadernos de Derecho Transnacional, 6 (1), pgs. 253-268.

47 Galindo Granado, B. (2006). *Contratos comerciales internacionales y principios UNIDROIT*. Ratio Iuris, (4), pg. 1

48 Oviedo Albán J. (2002). *Los principios UNIDROIT para los contratos internacionales*. Dikaion. 16 (11), pgs. 96-125.

a disposición de los interesados como un modelo de reglamentación aplicable a sus relaciones contractuales. A diferencia de otros instrumentos de derecho internacional no tienen carácter obligatorio o vinculante para los contratantes a menos que estos hayan elegido su aplicación (pg. 254).

En la misma línea Oviedo Albán (2002)⁴⁸ resalta que los Principios UNIDROIT son un intento de enunciar reglas que son comunes en la mayoría de los sistemas legales, teniendo como objetivo ser un conjunto de reglas que se puedan aplicar con intencionalidad de los sistemas jurídicos y económicos. Siendo por tanto adoptados para brindar soluciones que se ajusten de manera eficiente a las necesidades del tráfico internacional

Finalmente, para lograr comprender la conceptualización de los principios traemos a colación lo establecido por Aguirre Andrade & Manasía Fernández (2006)⁴⁹ quienes consideran que los Principios UNIDROIT están codificados supranacionalmente como un derecho contractual, que es fácilmente adaptable a los distintos ordenamientos jurídicos, dado que por sus características se adecuan a las exigencias de las relaciones mercantiles internacionales actuales.

Por tanto podemos inferir que los principios UNIDROIT son un Derecho Contractual, articulado mediante reglas generales adaptables a diversos ordenamientos jurídicos y económicos, con características que se adecuan a las exigencias de las relaciones mercantiles internacionales actuales, lo cual le permite soluciones armónicas y certeza jurídica a las partes contratantes y un modelo de reglamentación claro con facilidad en su aplicabilidad para las relaciones contractuales internacionales de diversos sistemas jurídicos.

En lo que a la naturaleza jurídica de esta figu-

ra jurídica tenemos que traer a colación lo establecido por diversos autores quienes en alguna u otra medida nos das las pautas para lograr una construcción propia en lo que a naturaleza jurídica se refiere, por tanto, resaltamos en primera instancia lo establecido por Aguirre Andrade & Malacías Fernández (2006) quienes afirman que: “los Principios Unidroit poseen una naturaleza jurídica sui generis, especial, en cuanto a su creación, interpretación, alcance y aplicabilidad, imposible de colocarlos en alguna específica consideración expuesta, dado que con las variadamente señaladas presentan puntos de convergencia” (pg. 56).

Por otra parte, algunos autores, le otorgan un carácter conflictual el cual le permite a las partes determinar el Derecho aplicable al contrato, otros identifican a los principios como *Lex Mercatoria*; por último, existen quienes insisten en su carácter subjetivo, afirmando que los principios deben ser interpretados como un sistema elaborado y completo que en su conjunto podría ser considerado como Derecho aplicable al contrato (Maekelt, 2005⁵⁰).

De manera más puntual Oviedo Albán (2003)⁵¹ nos proporciona una idea un tanto más clara de esta temática, los principios tienen un carácter eminentemente potestativo que acorde con su naturaleza jurídica las partes pueden acordar en un contrato someterse a ellos e igualmente en principio (salvo pacto en contrario) pueden excluir alguna de sus normas. Manifestando su acuerdo con la posición que ha pretendido ver a los principios UNIDROIT como manifestación de la costumbre internacional y como un fiel reflejo de la *Lex Mercatoria*.

En consecuencia nos adherimos a la postura de Oviedo Albán tomando en cuenta que, efecti-

49 Aguirre Andrade, A. & Manasía Fernández, N. (2006). “Los principios Unidroit en las relaciones comerciales internacionales.” *Revista de Derecho*, (25), pgs. 44 – 79.

50 Maekelt, T. (2005). *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*. Recuperado de http://aciempol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/2005/BolACPS_2005_143_291-306.pdf

vamente según nuestro criterio jurídico los principios manifiestan tanto elemento de la costumbre internacional siendo a su vez un reflejo de lo que denominaría como *Lex Mercatoria* moderna, es decir una evolución jurídica que tiene un carácter Sui Generis, siendo creada de manera especial para su aplicación en los contratos internacionales, teniendo una creación, aplicación, interpretación y alcance supranacional, permitiéndole una resolución efectiva y armoniosa en caso de controversias internacionales, por ende, su naturaleza es meramente dispositiva.

3. Estructura

Tal como se ha abordado en apartados anteriores nos es oportuno traer a colación el lineamiento siguiente, los Principios UNIDROIT están compuestos por “principios y reglas” que son comunes en el Derecho General de los Contratos, encauzado por los usos y prácticas del comercio internacional. Teniendo en su redacción una falta de rigor técnico ante el uso de terminologías, esto en virtud de la pretensión universal y neutral que con estos se persigue. (Flores Doña, 2009)⁵².

Entendiendo el contenido de estos principios según lo antes mencionado procederemos a señalar que en lo referente a la estructura de los Principios UNIDROIT 2016 en primera instancia se destaca que su articulado tiene una estructura similar a la edición 2010, ya que se encuentran igualmente compuestos por 211 artículos, lo cual refleja una diferencia notoria de la edición 2004 que únicamente contenía 185 artículos y la edición 1994 en la que se encontraban 120 artículos.

Debemos resaltar como novedad de esta edición encontramos la regulación de los contratos de larga duración. (International Institute for the Unification of Private Law, 2016)⁵³

En lo referente al contenido de los Principios UNIDROIT 2016 encontramos que se encuentran compuestos por un preámbulo y un total de 11 capítulos, en los que están contenidos un total de 211 artículos y son distribuidos de la siguiente manera: En el preámbulo se establecen los lineamientos generales para los contratos comerciales internacionales, dejando claro el propósito de los principios y estableciendo los casos en que los Principios pueden ser aplicados, cuando las partes acuerden que el uso de los principios o la *Lex Mercatoria* en su contrato, también podrán ser aplicados cuando las partes no pacten ningún Derecho que aplicar al contrato, pueden ser utilizados cuando las partes no seleccionen ninguna legislación nacional que dirija su contrato, pueden ser utilizados como interpretación o complemento del derecho uniforme internacional, igualmente pueden ser utilizados como interpretación o suplemento del derecho nacional y como modelo para legisladores nacionales o internacionales. En el preámbulo también se hace referencia a las cláusulas modelo para el uso de los Principios UNIDROIT en los contratos comerciales, sobre este tema no ahondaremos más puesto que a posterior le daremos un mayor desarrollo.

En el capítulo 1 encontramos reguladas las disposiciones generales en un total de doce artículos, dejando sentadas las bases de la libertad de contratación, libertad de forma, *pacta sunt ser-*

51 Oviedo Alban, J. (2003). *Aplicación de los principios UNIDROIT a los contratos comerciales internacional*. *Criterio Jurídico*, 1 (3), pgs.7 – 33.

52 Flores Doña, M. (2009). *Los principios UNIDROIT como Derecho universal de la contratación internacional*. Congreso Internacional: Contratación y arbitraje mercantil internacional realizado en la Universidad Complutense de Madrid. España.

53 International Institute for the Unification of Private Law (2016). UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Recuperado de <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>

vanda, la denominada Good faith and fair dealing (buena fe y lealtad en la relación comercial), incluye de manera novedosa el denominado comportamiento inconsistente e incluye al denominado long-term contract o contrato de larga duración.

El capítulo 2 aborda lo referido a la formación y autoridad de los representantes (formation and authority of agents), en este se establece todo el proceso de formación del contrato, dejando como regla general que el contrato se perfecciona mediante el acuerdo de voluntades de las partes este apartado está compuesto por un total de 32 artículos que se subdividen en dos partes la primera parte consta de 22 artículos en los cuales se regula todo lo referente al proceso de formación del contrato, en tanto en la selección segunda que tiene en total 10 artículos se encuentra regulado lo referido a la autoridad de los representantes y los mecanismos por los que esta puede ser otorgada.

En el Capítulo 3, la validez, esta se desarrolla en un total de 23 artículos, de los cuales podemos retomar como idea fundamental que el acuerdo de las partes es el que perfecciona el contrato y por tanto le otorga la validez. El capítulo 4 aborda lo referente a la interpretación, desarrollando la misma en un total de 8 artículos en este se pueden extraer que la interpretación debe ser dada por la intención común de las partes. En el Capítulo 5 trata sobre contenido y derecho de terceros, con un tratamiento legal de 20 artículos que se encuentran divididos en tres secciones, en las cuales se regula el contenido del contrato, los derechos de los terceros y las condiciones del contrato.

El Capítulo 6 tiene en su apartado lo relativo al Cumplimiento (Performance), compuesto por 20 artículos que se encuentran dividido en dos

secciones: cumplimiento general y la excesiva onerosidad (Hardship). El Capítulo 7 por su parte, plantea lo concerniente al incumplimiento (Non-performance) en el cual se encuentran 32 artículos que están divididos en cuatro secciones como lo son: incumplimiento en general, el derecho al cumplimiento, terminación del contrato y los daños. El Capítulo 8 trata la figura de la Compensación (set-off) estructurado por un total de 8 artículos en los que se establecen las condiciones, contenido y los efectos de la compensación.

En el Capítulo 9 describe lo relacionado a la cesión de derechos, transferencia de obligaciones y cesión de contratos compuesto por un total de 30 artículos que son desarrollados en tres secciones, cesión de derechos compuesta por 15 artículos, transferencia de obligaciones compuesta por 8 artículos y cesión de contratos compuesta por 7 artículos. El Capítulo 10 instaura la figura de la Prescripción (limitation periods), compuesta por 11 artículos pudiendo resaltar de estos que dejan establecido como periodo ordinario de prescripción 3 años y como periodo máximo 10 años. Capítulo 11, Pluralidad de deudores y de acreedores, compuesto por 17 artículos que son subdivididos en dos partes: pluralidad de deudores que está estructurado por 13 artículos y pluralidad de acreedores que está compuesto por 4 artículos

Teniendo clara la estructura de la cuarta edición de los principios es necesario igualmente señalar que los principios han sido redactados de manera especial, para esto tomaremos en cuenta lo señalado por Robles Farías (2016)⁵⁴ quien acota que es especial y muy interesante la forma en que los Principios han sido redactados, cada institución regulada se presenta en tres partes: primero los artículos propiamente dichos, denominados Black Letters Rules, los que son acom-

54 Robles Farías, D. (2017). *La Nueva Edición de los Principios UNIDROIT 2016 - La Regulación de los Contratos de Larga Duración*, Revista Perspectiva jurídica UP, (9), [Recuperado de http://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-num-9/la-nueva-edicion-de-los-principios-unidroit-2016-la-regulacion-de-los-contratos-de-larga-duracion](http://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-num-9/la-nueva-edicion-de-los-principios-unidroit-2016-la-regulacion-de-los-contratos-de-larga-duracion)

pañados por amplios comentarios explicativos y finalmente por ejemplos. Tanto los comentarios como los ejemplos aclaran el contenido del artículo y el ámbito de su aplicación. En ocasiones se encuentran también referencias a otros instrumentos internacionales de derecho uniforme. Los comentarios no se refieren a ningún derecho nacional, a menos que alguna norma o institución haya sido tomada de alguno y se considere oportuno indicar ese origen o, por el contrario, cuando se pretenda aclarar la exclusión de la aplicación de alguna norma nacional (el ejemplo más evidente es el artículo 3.1.2 y comentario 2 a este artículo que excluye cualquier prerrequisito para la formación o conclusión de un contrato, como podría ser la causa, regulada en diversos derechos nacionales pertenecientes al civil law o la consideration del common law).

Dentro de los Principios UNIDROIT 2016 encontramos introducidas novedades que producen cambios significativos en la su aplicación en el ámbito internacional, iniciando con lo consagrado en el pie de página del preámbulo en el cual se establece que las partes pueden hacer uso de las Cláusulas Modelos de los Principios UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales, estas cláusulas han sido utilizadas desde la edición 2010 esto debido a la propuesta realizada por el Profesor Don Wallace ante la Dirección de UNIDROIT decidió poner en marcha un grupo de trabajo que preparase unos modelos de Cláusulas que pudieran ser manifestadas en el contrato por las partes en donde se establezca de manera clara y precisa su deseo de utilizar los Principios UNIDROIT durante el cumplimiento del contrato o en caso de que surgiese algún conflicto (Romero Gil Delgado, 2014).

En la misma línea Romero Gil Delgado (2014) nos señala que en la elaboración de

las cláusulas que han sido utilizadas desde la edición 2010 y finalmente consagradas en la edición 2016 se tomó en cuenta tanto la práctica contractual actual como la manera en que tribunales y jueces arbitrales aplican los principios inclusive en los supuestos en los que las partes no hubiesen hecho referencia alguna en el contrato, se prepararon dos modelos cada una de las cláusulas esto con la finalidad de aplicarlas tanto al momento de iniciar el contrato como en el supuesto de que teniendo el contrato con anterioridad surgiese un conflicto y la partes desearan aplicar los principios, así mismo con el objetivo de evitar ser ambiciosos y con el fin de respetar los límites que la mayoría de las legislaciones nacionales le imponen a la libertad de elección de una legislación aplicable algunas cláusulas quedan reservadas a los tribunales arbitrales y otras en cambio pueden ser utilizadas tanto ante tribunales arbitrales como ante jueces naturales.

Del grupo de trabajo anteriormente mencionado, y según los lineamientos que al mismo se le dieron surgieron 4 modelos de cláusulas en los que se abordan situaciones en las que pueden ser aplicados los Principios UNIDROIT siendo estas: 1- Cláusulas Modelo eligiendo los Principios UNIDROIT como único Derecho aplicable, 2- Clausula Modelo en la que se incorporan los Principios UNIDROIT como términos del contrato, 3- Clausula Modelo de preferencia por los Principios UNIDROIT como mecanismo de interpretación y suplemento para la Convención de las naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, cuando la segunda sea escogida por las partes, 4- Cláusula Modelo referente a la aplicación de los Principios UNIDROIT como mecanismo de interpretación y suplemento aplicable al Derecho nacional. (International Institute for the Unification of Pri-

vate Law, 2013)⁵⁵.

La segunda novedad y más significativa de esta edición es la incorporación de los contratos de larga duración (Long-Term Contracts), esta incorporación tiene el objetivo principal en esta edición era realizar la incorporación este tipo de contratación, por tanto, para lograr esto se realizaron modificaciones en el Preámbulo y los artículos 1.11, 2.1.14, 5.1.7, 5.1.8 y 7.3.7, sumando un total de seis adecuaciones. Realizando además ajustes y adiciones en los comentarios a otros artículos, todo en torno a los referidos contratos de larga duración. (Robles Farías, 2017)

La definición de estos contratos la encontramos en el Artículo 1.11 el cual establece: "contrato de larga duración es aquel que será ejecutado durante un periodo de tiempo y que normalmente conlleva, en medidas variables, complejidad en la transacción y una relación continua entre las partes". Esta incorporación se debe al deseo de la UNIDROIT por mejorar las prestaciones que los principios pusiesen brindar con respecto a los contratos duraderos esto en virtud de buscar una mayor seguridad jurídica a las partes mediante la ampliación del alcance de los Principios (Alba Fernández, 2016)⁵⁶.

En definitiva, la edición 2016 de los Principios UNIDROIT como podemos apreciar en este análisis representa una adaptación necesaria que responde a los cambios constantes en el comercio internacional, sin embargo, en estos se respeta la estructura que se le ha dado a los Principios desde la primera edición en el año 1994, lo cual permite una fácil comprensión y aplicación de estos en los diversos actos de comercio internacional

y la inclusión de esta nueva figura (contratos de larga duración) y el establecimiento claro de las cláusulas (cláusulas modelo) en el preámbulo nos deja la certeza de que la UNIDROIT como institución se encuentra en una constante búsqueda seguridad jurídica y una mayor agilidad en el tráfico jurídico internacional.

4. Relación de los principios UNIDROIT con la Lex Mercatoria

En el desarrollo del Derecho Mercantil internacional nos encontramos con dos figuras que hoy por hoy juegan un papel fundamental en el desarrollo de las relaciones comerciales transnacionales actuales. Para hablar de la Lex Mercatoria debemos señalar que su desarrollo data de la edad media siendo utilizada por los comerciantes de la época para identificar las normas jurídicas que regulaban la actividad comercial de esa época. Por su parte los Principios UNIDROIT datan del siglo veinte con mayor exactitud del año 1994, estos son nacen como un conjunto de principios y reglas aplicables a la compraventa de mercaderías internacional y son aportados por un organismo cuya finalidad era realizar una unificación del Derecho Internacional Privado.

Lo anteriormente expuesto nos refleja con claridad que en principio estas figuras jurídicas nacieron en épocas totalmente diferentes y la finalidad que buscaban no era precisamente la misma, sin embargo, a pesar de sus diferencias nos es menester señalar que ambas guardan una muy estrecha relación en el desarrollo de la actividad comercial internacional actual, destacando que ambos se han desarrollado casi de manera con-

55 International Institute for the Unification of Private Law (2013). Model Clauses For the use of the UNIDROIT Principles of international Commercial Contracts. Recuperado de <https://www.unidroit.org/english/principles/modelclauses2013/modelclauses-2013.pdf>

56 Alba Fernández, M. (2016). *Los contratos de larga duración en la reciente revisión de los Principios sobre los Contratos Comerciales de UNIDROIT*, *Revista Perspectiva jurídica UP*, (7). Recuperado de <http://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-7/los-contratos-de-larga-duracion-en-la-reciente-revision-de-los-principios-sobre-los-contratos-comerciales-de-unidroit>

junta en los últimos años como un mecanismo de resolución ante controversias supranacionales derivadas de la relación contractual comercial internacional, entre sujetos de diversos países.

Para algunos autores los Principios UNIDROIT forman parte de una denominada nueva Lex Mercatoria o también conocida como Lex Mercatoria moderna, siendo el caso de Gesa Barón (2005)⁵⁷ y Oviedo Albán (2002)⁵⁸ quienes concuerdan en que los principios forman parte de esta nueva Lex Mercatoria debido a sus características internacionales, origen común y porque en su sentido más amplio dentro de los principios encontramos contenidas las fuentes del comercio internacional y no únicamente los usos y costumbres mercantiles, todo lo antes mencionado es lo que le hace responder a las necesidades comerciales actuales. Por su parte Tovar Gil (2007)⁵⁹ señala que la amplitud discrecional permite que en la práctica se acepte a la Lex Mercatoria como primera fuente normativa aplicable a los contratos. Este poder discrecional se refuerza con la existencia de los principios UNIDROIT, puesto que estos abren la posibilidad de una aplicación cómoda de la Lex Mercatoria.

En la misma línea Guarín Ferrer (2015) refleja que la Lex Mercatoria se ve reflejada bajo el esquema del marco normativo denominado como Principios UNIDROIT, que al igual que en la edad media estos buscan armonizar y tratar de forma justa los conflictos que pudiesen surgir entre comerciantes que realicen contratos transnaciona-

les.

En concordancia con lo antes mencionado, estamos ante la presencia de dos figuras jurídicas muy utilizadas y los cuales poseen una gran aceptación en el ámbito comercial internacional, esto no únicamente establecido por los doctrinarios sino que también logra ser respaldado mediante estudios realizados por especialistas, por lo cual si en alguna medida quisiéramos graficar el uso de estos nos podríamos remitir al estudio realizado por Mereminskaya (2014)⁶⁰ quien resalta que el resultado de aplicación de los Principios UNIDROIT y la Lex Mercatoria es notoriamente similar, y sigue que estos en alguna medida intercambiaban su uso, en el estudio se refleja que los Principios UNIDROIT eran utilizados: Siempre 6.3%, regularmente 12.7%, usados ocasionalmente 46% y nunca usados en un 34.9%. Lo cual refleja una clara similitud con la Lex Mercatoria Siempre 3.2%, regularmente 15.9%, usados ocasionalmente 49.2% y nunca usados en un 30%.

Atendiendo a estas consideraciones tenemos que inferir que si bien es cierto en principio la Lex Mercatoria y los Principios UNIDROIT comparten características similares, estos no son equivalentes, iniciando por su concepción ya que la Lex Mercatoria es fundamentada en las prácticas frecuentes del comercio, es organizada por los comerciantes y data de una época anterior a los principios los cuales son emanadas de una organización internacional que tiene como finalidad más que la recopilación de normas jurídicas, bus-

57 Gesa Barón, B. (1998). Do the UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* for a new *lex Mercatoria*? Recuperado de: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>

58 Oviedo Alban, J. (2002). *La unificación del Derecho Privado: Unidroit y los principios para los contratos comerciales internacionales*. Recuperado de <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html>

59 Tovar Gil, M. C. (2007). *Aplicación de la Lex Mercatoria internacional por los árbitros*. Lima Arbitration, (2), pgs. 106-125.

60 Mereminskaya, E. (2014). *Results of the Survey on the Use of Soft Law Instruments in International Arbitration*. Recuperado de <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/06/06/results-of-the-survey-on-the-use-of-soft-law-instruments-in-international-arbitration/>

ca una unificación del Derecho Mercantil Internacional. Por tanto, podemos señalar que, aunque estas compartan un carácter “anacional” y una aplicación en las normas mercantiles internacionales, no son lo mismo y no pueden por tanto ser aplicadas como sinónimo.

Habiendo realizado la salvedad anterior tenemos que instaurar que la relación entre los principios UNIDROIT y la Lex Mercatoria versa en el uso y aplicación que se da de estos para la resolución efectiva de controversias surgidas por contrataciones internacionales. Así mismo podemos establecer que los Principios UNIDROIT complementan lo establecido por la Lex Mercatoria brindando un carácter actual, dada la constante búsqueda de actualización jurídica que estos persiguen mediante la incorporación las figuras contractuales actuales y realizan una constante actualización de los mismos en dependencia de las necesidades comerciales internacionales.

Por consiguiente podemos afirmar que los Principios UNIDROIT si bien en principio no son un sinónimo de la Lex Mercatoria estos perfectamente pueden constituir un complemento efectivo para la aplicación de la esta razón por la cual no nos debe de extrañar que según la cifras estos sean utilizados casi de manera igualitaria, ambos tienen sin duda alguna gran relevancia en el comercio internacional y nos atrevemos a decir que en cierta medida los Principios UNIDROIT se sustentan si no en su totalidad al menos en una parte de la Lex Mercatoria y es por esto que logramos denotar una clara vinculación entre ambas figuras al momento de su aplicación para la solución de controversias comerciales internacionales, además debe agregarse que estos principios son instrumentos de Derecho suave (Soft law), y ellos se han nutrido de la Lex Mercatoria para su formación y aplicación en la contratación internacional.

5. Aplicación de los principios UNIDROIT

en el contrato de compraventa internacional de mercaderías

Los Principios UNIDROIT constituyen una serie de lineamientos particulares, accesibles y de fácil utilización para los sujetos parte del comercio internacional, ofreciendo soluciones armónicas, por tanto, desde la primera edición de los principios UNIDROIT se ha dispuesto en el preámbulo su aplicación en los contratos mercantiles internacionales, en los eventos que las partes conviniesen a bien inclusive en contratos de carácter nacional. A su vez los principios pueden ser utilizados para la interpretación y complemento de disposiciones uniformes internacionales, no obstante, a pesar de las varias aplicaciones posibles que les pueden ser otorgadas, estos fueron concebidos principalmente para realizar una regulación a los contratos mercantiles internacionales. (Oviedo Albán, 2003)

La aplicación de los Principios UNIDROIT se ha realizado de manera predominante en los Tribunales Arbitrales, siendo su principal supuesto de problemas negociales los contratos internacionales que se suscitan en la esfera nacional (existencia de consentimiento, contenido y cumplimiento del contrato), en la misma medida estos resuelven controversias suscitadas para los conflictos de las instituciones universales contenidas en los Derechos Nacionales como lo son (autonomía de la voluntad contractual y la integración en ella de lo que resulte de la buena fe y los usos, libertad de forma, etc.). Las soluciones brindadas por los Principios no se apoyan en la Naturaleza Internacional de la relación contractual sino más bien en la denominada “nueva manera de entender” la función reguladora de la contratación mercantil, la cual es brindada mediante el protagonismo que se le otorga a los usos y prácticas del comercio internacional (Flores Doña, 2009).

Tomando en cuenta lo antes mencionado debemos resaltar que los principios UNIDROIT en virtud de su carácter mercantil e internacional son

citados y aplicados en una gran cantidad de contratos internacionales, siendo en igual medida una base para la decisión de laudos arbitrales internacionales, más aún cuando las partes han decidido utilizarlos como Derecho aplicable a su contrato (Guarin Ferrer, 2015). Tal como señala Gamboa Morales, citado por Oviedo Alban (2013)⁶¹, en el arbitraje internacional existe una clara tendencia a realizar una “desnacionalización” del contrato y es por esto que se realiza una aplicación de los principios UNIDROIT como Derecho aplicable al contrato, siendo esto en varios casos refrendado por los tribunales.

Resulta pues que los principios son de clara importancia para los árbitros internacionales ya que estos pueden encontrar en ellos un mecanismo para aplicar “los usos y costumbres del comercio internacional”; tomando en cuenta que también las partes pueden pactar que sus contratos sean regidos por este grupo de reglas en lugar de un Derecho nacional. Reforzando este planteamiento tenemos que señalar el Laudo arbitral de la ICC de 1998 enunciado por Tovar Gil (2007) en el cual se establece que los principios pueden ser usados por las partes, envueltos en una decisión voluntaria de aplicar los mismos en su relación contractual, de la misma manera este establece que los principios pueden ser establecidos para ayudar al árbitro a confirmar su uso en conflictos particulares.

Por todo lo antes mencionado logramos ver que la principal importancia de estos principios en la aplicación de la compraventa de mercaderías internacional subyace en dos vertientes principales: 1- Determinar un Derecho aplicable a las contrataciones internacionales que esté acorde con

diversos ordenamientos jurídicos y que por tanto le permita una aplicación efectiva dentro de los mismos para un desarrollo pleno de la actividad económica, 2- Determinar los procedimientos a seguir por las partes en caso de que no se tenga un derecho aplicable en caso de conflictos internacionales, permitiendo la certeza jurídica para las partes y una claridad en el momento de la toma de decisiones por parte de los árbitros.

Así pues para finalizar tenemos que destacar las novedades que se incorporaron en la edición 2016 y establecer como esto tendrá repercusión en los contratos de compraventa de mercaderías internacional, es entonces que, dentro de las problemáticas que dieron cabida a la incorporación de contratos de larga duración era la falta de claridad para brindar una solución ante los conflictos suscitados como propios de esta modalidad contractual, ya que la compraventa es uno de los contratos identificados en los propios principios como contratos de ejecución o tracto único, lo cual refleja la clara diferencia en los contratos de larga duración, los cuales tienen un tracto sucesivo que es determinado por las partes (Alba Fernández, 2016).

Por ende, la incorporación de los contratos de largo plazo que se presenta en la edición 4 de los principios UNIDROIT, sin duda alguna favorecerá a los árbitros internacionales, puesto que a lo largo de los años han tenido problemáticas con la resolución de este tipo de contratación, al ser estos incorporados en los principios proveerán a los árbitros y a las partes del contrato de la seguridad jurídica necesaria para el desarrollo de esta modalidad de contratación (Perales Villascas, 2017)⁶².

De la misma manera, la agregación de las clau-

61 Oviedo Albán, J. (2013). Los principios de Unidroit como reglas aplicables al contrato internacional. *A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana de 21 de febrero de 2012*. Cuadernos de la Maestría en Derecho, (3), pgs.7-22

62 Perales Viscasillas, M. P. (2017). *Long – Term Contracts: New Regulation for International Commercial Arbitrations*. Recuperado de <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/26/long-term-contracts-new-regulation-international-commercial-arbitrations/>

sulas modelo en el preámbulo de los principios tienen como beneficio dejar establecido a las partes contractuales modelos efectivos que pueden ser utilizados en sus contratos conllevando estos a dos situaciones: 1- Una mayor certeza jurídica para las partes contractuales, permitiendo de esta manera una mejor aplicación de los principios en el Derecho Internacional, conllevando a un mayor desarrollo del comercio puesto que mediante estas se evitaría la incertidumbre que genera no tener un derecho aplicable, teniendo como resultado un incremento económico – jurídico en los diversos ordenamientos jurídicos. 2- Facilitaría la resolución de conflictos haciendo que los árbitros tengan plena claridad del derecho aplicable brindando una solución rápida y menos costosa a las partes contratantes, agilizando así el tráfico jurídico internacional.

En conclusión, los principios UNIDROIT, a efectos de la denominada globalización ha tenido han tenido un gran protagonismo y relevancia en la esfera del crecimiento económico al ser una figura jurídica con gran aceptación por los sujetos del comercio internacional y por su efectiva aplicación en diversos tribunales arbitrales. Siendo estos aplicados a diversas situaciones de la contratación internacional como el derecho más acertado para brindar solución a los conflictos. La constante actualización de estos principios con respecto a las necesidades del Derecho Mercantil Internacional, los hacen ideales para obtener un Derecho transnacional aplicable acorde con las diversas necesidades del entorno globalizado, por tanto, no nos ha de extrañar que esta figura alcance un mayor crecimiento, y que tal, como se ha realizado en su edición número 4 se sigan incorporando cada vez más en futuras ediciones diversos aspectos contractuales o lineamientos que permitan una mayor agilidad en el comercio internacional.

APORTES Y RESULTADOS

La compraventa de mercaderías, uno de los negocios jurídicos más antiguos y típicos en las legislaciones nacionales, adquiere connotaciones especiales en el ámbito internacional; desde su formalización hasta su ejecución; en este espacio (internacional), los comerciantes se han alejado de la aplicación de normas nacionales, siendo que estas no atienden a las necesidades, o bien, no regulan plenamente los distintos problemas que se presentan al momento de intercambiar bienes por distintas fronteras, entre ellos, aspectos económicos, sociales y sobre todo jurídicos, habida cuenta que en muchas ocasiones los contratantes pertenecen a sistemas jurídicos diferentes, por ende sus legislaciones no son uniformes, lo que conlleva a una necesaria desregulación de este negocio jurídico por parte de las legislaciones nacionales.

Tras la problemática planteada, desde inicio del siglo pasado, se han sumado esfuerzo por crear instrumentos internacionales por parte de organismos tanto de Derecho público como privado, apoyados por comerciantes y Estados. La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, remonta sus orígenes a inicios del siglo pasado con un fuerte tinte, jurídico y económico; uno de los primeros instrumentos de Derecho uniforme que pretendía crear una regulación que influyera no solo en los contratos internacionales y el Derecho aplicable a estos, sino que también en la adecuación de ordenes jurídicos nacionales, de cara a evitar la nacionalización de este tipo de transacción, y es que, comúnmente las partes de este tipo de negocio jurídico eluden la aplicación de Derechos imperativos, siendo que no son acordes a las realidades trasfronterizas en el intercambio de bienes.

La Convención de Viena de 1980, es un instrumento bastante completo, sin embargo no regula todo lo concerniente a la compraventa, verbigr-

cia, los términos de prescripción, por esta razón la Convención contiene un protocolo adicional, la Convención de Nueva York del 14 de Junio de 1974 sobre la prescripción en materia de venta internacional de mercaderías que al igual que la Convención de Viena, pretendía generar un Derecho uniforme para evitar las contradicción que suscitaban las normas nacionales en estos tipos de términos, otorgando mayor seguridad jurídica a los contratantes, definitivamente un esfuerzo muy acertado. Por otra parte, tenemos a la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas, a nuestro parecer, uno de los instrumentos con mayor influencia del fenómeno de la globalización en su arista tecnológica, siendo que hoy en día, las transacciones comerciales no pueden estar desligadas de los avances tecnológicos en materia de comunicación, lo que ha otorgado un mayor dinamismo a este negocio jurídico.

La Convención sobre comunicaciones electrónicas, fue creada con el ánimo de resolver los problemas derivados de la incertidumbre en cuanto al valor jurídico de las comunicaciones electrónicas intercambiadas en el marco de los contratos internacionales, especialmente los de compraventa de mercaderías, debido a que constituyen un serio obstáculo al comercio internacional, y al igual que las otras dos convenciones mencionadas, persigue la finalidad de crear normas uniformes destinadas a eliminar las disparidades o las barreras que se oponen al uso de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, más aún en esta temática, en que muchos Estados tienen poco avance legislativo, es entonces que su objetivo principal se enfoca en incrementar la certidumbre jurídica y la previsibilidad comercial en los contratos internacionales. En definitiva, aún queda mucho camino que recorrer sobre esta temática, empero, los Estados deberán adoptar posturas más abiertas para sumarse a estos pro-

cesos de unificación del Derecho comercial en el plano internacional.

A la par del análisis de los instrumentos precisados, no podíamos dejar por fuera, tres figuras jurídicas que juegan un rol fundamental en la configuración de este nuevo orden jurídico internacional, la autonomía conflictual, la Lex Mercatoria y el Derecho suave (Soft law). La autonomía de la voluntad en su vertiente conflictual ha tomado auge en el plano de las contrataciones internacionales, dado que, los comerciantes tiene la potestad, bajo su libertad, de escoger el Derecho que más les favorece para regular sus contrataciones, en este punto, entra en juego la denominada Lex Mercatoria, un término que se utiliza desde el Siglo XII, que refiere a los usos y costumbres creados por los mercaderes, y que hoy en día, se ha erigido como un nuevo ordenamiento jurídico autónomo creado por este gremio, siempre con el objetivo de eludir la aplicación de Derechos nacionales que no están a la par de las connotaciones que presenta el comercio internacional; es así que, la Lex Mercatoria procura cubrir el amplio espectro de las regulaciones en materia comercial internacional, otorgando una mayor seguridad jurídica a los contratantes.

La Lex Mercatoria, ha sido la fuente principal del Derecho mercantil internacional, es así que las Convenciones estudiadas se han nutrido de los usos y costumbres, las buenas practicas que han tenido gran aceptación en el espacio de las contrataciones internacionales y que ahora son recogidas por estos instrumentos, los que a su vez son incorporados a las legislaciones nacionales mediante la ratificación por los órganos estatales competentes; empero, no todos los Estados han tenido una gran apertura, es decir que no todos se han adherido a estas Convenciones, tal es el caso de Nicaragua, lo que no resta valor jurídico a este tipo de instrumentos que funcionan como Derecho Suave (Soft Law), lo que permite a las

partes incorporarlos a sus contratos como Derechos aplicables en base a su autonomía conflictual, confiriéndoles carácter vinculante; pero no solo las Convenciones no ratificadas funcionan como Derecho Suave (Soft Law), también existe un amplio catálogo de normativas emanadas de organismos privados, que se han dado a la tarea de materializar los usos y costumbres más importantes y reconocidos, verbigracia, los Principios UNIDROIT.

Los UNIDROIT es una de las instituciones más reconocidas en los últimos años por su ardua labor de unificación del Derecho Internacional Privado, actualmente cuenta con 63 países miembros, incluyendo a Nicaragua, la cual se encuentra como parte de esta institución desde el año 1940. El trabajo de esta institución va más allá de una simple creación de uniformidad legislativa internacional, este tiene como objetivo primordial brin-

dar certeza jurídica a las partes contratantes de transacciones comerciales internacionales con el fin de lograr un dinamismo económico – jurídico que permita el desarrollo del comercio internacional.

Los principios UNIDROIT cuentan con una gran aceptación internacional y estos son utilizados cada vez con mayor frecuencia para la resolución de controversias internacionales, de la misma manera estos se encuentran en una constante actualización basados en las necesidades jurídicas del comercio internacional. Las actualizaciones incluidas en la edición 2016 de los principios denotan el claro afán de esta organización para mantener la certeza jurídica de las partes, ampliando constantemente el ámbito de aplicación para los mismos, siendo este acoplado constantemente a la realidad jurídica comercial actual.