

UNIVERSIDAD DE PANAMA

VICERRECTORIA DE INVESTIGACION Y POSTGRADO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

**MAESTRIA EN DERECHO PRIVADO CON ENFASIS EN
DERECHO COMERCIAL**

**LA UNIFICACION DEL DERECHO CONTRACTUAL
INTERNACIONAL**

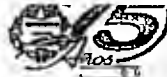
EDWIN JESUS SANJUR SANTAMARIA

**TESIS PRESENTADA COMO UNO DE LOS REQUISITOS PARA
LA OBTENCION DEL GRADO DE MAESTRIA EN DERECHO
PRIVADO CON ENFASIS EN DERECHO COMERCIAL**

ASESOR DR GILBERTO BOUTIN I

PANAMA, REPUBLICA DE PANAMA

2013



UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
DIRECCION DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

DIP-D-188-10
Panama 27 abril de 2010

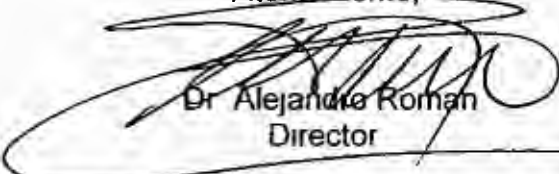
Licenciado
Edwin Sanjur
Estudiante de Programa de Maestria en
Derecho Privado con Énfasis en
Derecho Comercial
E S M

Estimado Licdo Sanjur

Adjunto nota **VIP-DP-500-10** fechada el 14 de abril de 2010 donde se le notifica el código de su proyecto de tesis para los trámites correspondientes

Queda de usted

Atentamente,



Dr. Alejandro Roman
Director

VIP- DP 500-10
14 de abril de 2010

Doctor
Alejandro Román
Director de Investigación y Postgrado
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Panamá
E S D

Estimado Señor Director

Atendiendo su solicitud de inscripción de tesis de los estudiantes de la Maestría en Derecho Privado con Especialización en Derecho Comercial adjunto remito copia de la misma con su respectivo código para los trámites pertinentes

NOMBRE DEL ESTUDIANTE	TÍTULO DE LA TESIS	CÓDIGO
Gabriel E Caballero	El Negocio Off Shore y Onshore como mecanismo de Protección de Activos	327-10-12-10-03
Edwin Sanjur	La Unificación del Derecho Contractual Internacional	327-10 12-10 04

Atentamente



Dr Filiberto Morales
Director de Postgrado

Adj lo indicado

FM/bed

AGRADECIMIENTO

A **Dios** por la oportunidad de culminar una nueva etapa académica en mi vida profesional, a mis padres **Toti y Quenia** por el apoyo dado durante estos años de mi vida.

DEDICATORIA

A mis padres **Toti y Quenia** por sus constantes consejos que siempre que nos proponemos algo en la vida tendremos la oportunidad de lograrlo siempre y cuando el esfuerzo y dedicacion de nuestra parte sea efectivo y persistente

Papa estos ultimos años has aportado tanto a mi crecimiento parece que los años que tienes no son tuyos ya que te veo y te siento con un espiritu renovado y joven me inspiras Viejo te admiro eres el ejemplo que me guia y has sembrado en mi el sentir que el trabajo la vision y animo de progreso no tiene edades

INDICE GENERAL

AGRADECIMIENTO	I
DEDICATORIA	II
INTRODUCCION	xxix
RESUMEN	xlvi
SUMARY	xlvi
I Aspectos metodologicos	xlvi
a Planteamiento del problema	xlvi
b Justificacion de la investigacion	I
c Importancia de la investigacion	liv
d Objetivo general	lv
e Objetivos especificos	lv
f Hipotesis	lvi
g Metodologia de la investigacion	lvi
CAPITULO I DE LA UNIFICACION NORMATIVA EN EL	
DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL	1
1 Aspectos preliminares	2
2 Los metodos de solucion de conflictos de leyes	3
2 1 Metodo conflictual o conflictualista	3
2 1 1 La norma o regla de conflicto	4
2 1 2 Caracteres de la regla de conflicto	5
2 1 2 1 La regla de conflicto es formal	5

2 1 2 2	La regla de conflicto es bilateral	6
2 1 2 3	La regla de conflicto es neutra	6
2 1 3	Estructura de la regla de conflicto	6
2 1 4	Clases de reglas de conflicto	7
2 1 5	La regla de conflicto y la norma material	7
2 2	El metodo de la ley de policia	8
2 2 1	La ley de policia o ley de aplicacion inmediata	10
2 2 2	La ley de policia y la regla de conflicto	11
2 3	El metodo de la proper law	12
2 3 1	La suma de los puntos de contacto de Morris	13
2 3 2	Doctrina de Cavers o de la justicia en cada caso	15
2 3 3	La doctrina del interes gubernamental de Currie	17
2 4	El metodo de la ley uniforme	18
2 4 1	Los congresos internacionales	19
2 4 2	Conferencias especializadas	19
2 4 3	The restatements of the laws of conflicts of laws	20
2 4 4	Organizaciones científicas especializadas	21
2 4 4 1	Asociacion Nacional para el Progreso de las Ciencias Sociales (Birmingham 1857)	21
2 4 4 2	Asociacion Internacional para el Progreso de Las Ciencias Sociales (Bruselas 1862)	21

2 4 4 3	Asociacion de Derecho Internacional o International Law Association ILA (Bruselas 1973)	21
2 4 4 4	Instituto de Derecho Internacional (Gante 1873)	22
2 4 4 5	Instituto Americano de Derecho Internacional (1915)	22
2 4 4 6	La Organizacion de Las Naciones Unidas (ONU)	22
2 4 4 7	Instituto Internacional para la unificacion del Derecho Privado 1926 (UNIDROIT)	23
3	El contenido de la unificacion general	24
4	La unificacion del derecho comercial internacional	25
5	La unificacion del derecho material o sustantivo	28
6	La unificacion de las reglas de conflicto	30
6 1	Evolucion de la unificacion de las normas de conflicto	33
7	Diversidad de metodos para la unificacion del derecho contractual internacional	35
7 1	La ley uniforme frente a la ley modelo	35
7 2	Recomendaciones	37
7 3	Acuerdos internacionales	37
7 3 1	Convenciones universales	38
7 3 2	-Convencion modelo	39
7 3 3	Convencion especial	39
7 3 4	Convencion general	40

7 3 5	Convenciones abiertas, semi-abiertas y cerradas	40
8	La codificación internacional del derecho mercantil	42
9	El derecho uniforme	43
10	El impacto de la codificación	45
11	La codificación y la unificación	46
12	Intervención estatal y no estatal en la codificación	47
13	Método y sistema de ejecución en la codificación internacional	48
14	La codificación internacional en Europa	49
15	La codificación internacional en América	50
16	Fundamento de las codificaciones nacionales	51
16 1	El sistema de la territorialidad	52
16 2	El sistema de la nacionalidad	53
16 3	El sistema del domicilio	53
17	La noción del contrato internacional	53
17 1	La relación jurídica de carácter internacional	59
17 1 1	Elementos de la relación jurídica de carácter Internacional	61
17 1 1 1	El conflicto de leyes	61
17 1 1 2	Los factores de conexión	64
17 1 1 3	La alternativa de aplicar dos o más leyes que pretenden regular la situación o relación jurídica internacional	66
18	Ley aplicable a los contratos internacionales	67

18 1 La regla de oro de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales	68
18 2 Lex loci solutionis o executionis	71
18 3 Lex loci contractus	71
18 4 Lugar de la celebración del contrato o lex loci celebrationis	72
CAPITULO II LA INFLUENCIA DE LA LEX MERCATORIA EN EL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL	75
1 Aspectos preliminares	76
2 Antecedentes de la lex mercatoria	78
3 Noción de lex mercatoria	88
4 Contenido de la nueva lex mercatoria	99
4 1 Los contratos comerciales internacionales	100
4 2 Usos y costumbres comerciales Internacionales	100
4 3 Las condiciones generales de contratación	101
4 4 Principios generales del comercio internacional	101
4 5 Los códigos de conducta	102
4 6 Sistemas de leyes modelo (model law)	102
4 7 Los contratos tipo	103
4 8 El arbitraje internacional y su jurisprudencia	103
5 Naturaleza jurídica de la nueva lex mercatoria	105
6 Autonomía de la lex mercatoria	109
7 Defensores y detractores de la lex mercatoria	110

8	Características de la lex mercatoria	112
8 1	Es un derecho anacional	112
8 2	Es un derecho espontaneo	112
8 3	La lex mercatoria esta dotada de fuerza obligatoria	113
8 4	La lex mercatoria esta constituida por principios usos y reglas	113
8 5	La lex mercatoria garantiza la prelacion del principio de la autonomia de las partes en un contrato internacional	113
8 6	Rompe los esquemas del derecho estatico flexibilizando las relaciones comerciales internacionales	113
8 7	Establece un sistema de jerarquia entre los actores del orden economico mundial	113
8 8	Desarrolla procedimientos agiles y efectivos	113
8 9	Su principal herramienta de tipo jurisdiccional es el arbitraje internacional	114
8 10	En el campo de las relaciones comerciales internacionales busca garantizar transacciones seguras y predecibles	114
8 11	Se ha convertido en la mejor forma de internacionalizacion del capital	114
8 12	La lex mercatoria esta constituida por normas no positivas	114
9	Nueva lex mercatoria y globalizacion	114
10	Actores de la lex mercatoria	116

11 Eficacia de la aplicacion de la lex mercatoria en los laudos Arbitrales	117
12 Lex mercatoria y arbitraje comercial	119
13 Analisis juridico de los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales	121
13 1 Los principios de UNIDROIT y la lex mercatoria	121
13 2 Ambito de aplicacion	122
13 3 Mercantilidad del contrato	126
13 4 Internacionalidad del contrato	128
13 5 Principios rectores	131
13 5 1 Principio non adiplentit contractus	132
13 5 2 Principio de la no onerosidad	133
13 5 3 Libertad de contratacion	134
13 5 4 Principio de conservacion de los actos juridicos	136
13 5 5 Libertad de forma y de prueba	136
13 5 6 Principio de primacia de reglas imperativas	138
13 5 7 Pacta sunt servanda	139
13 5 8 Naturaleza dispositiva de los principios	140
13 5 9 Jerarquizacion y limites de los principios	141
13 5 10 Principio de la apariencia juridica	141
13 5 11 Principio de justicia conmutativa o de reparacion	142

13 5 12 Interpretacion e integracion	143
13 5 13 Internacionalidad y uniformidad	143
13 5 14 Buena fe y lealtad negocial	144
13 5 15 Primacia de los usos y las practicas	145
13 5 16 Resolucion anticipada	146
13 5 17 Principio de llegada	147
14 Aplicaciones de los principios de UNIDROIT	148
14 1 Jurisprudencial	148
14 2 Como ley del contrato	149
14 3 Como lex mercatoria	149
14 4 Como forma de interpretar o complementar instrumentos internacionales vigentes y ley nacional	150
14 5 Como modelo para legislacion a nivel nacional o internacional	151
15 Funciones de los principios de UNIDROIT	152
16 La interpretacion del contrato internacional en los principios de UNIDROIT	155
17 Contribucion de los principios de UNIDROIT a la contratacion mercantil internacional	157

2 1 1 5	La ley personal	174
2 1 1 6	La ley territorial	174
2 1 1 7	Las nulidades de los contratos	174
2 1 1 8	La interpretacion de los contratos	174
2 1 2	Contratos de compraventa cesion de credito y permuta internacional	175
2 1 2 1	Normas de orden publico internacional	175
2 1 3	Contrato de arrendamiento internacional	175
2 1 3 1	La ley territorial	175
2 1 4	Orden publico internacional en el contrato de arrendamiento de servicios	175
2 1 5	Principio de la territorialidad en el contrato de transporte	175
2 1 6	La sociedad	176
2 1 7	Contrato de prestamo	176
2 1 8	Contrato de deposito	176
2 1 9	Contratos aleatorios	176
2 1 9 1	Capacidad contractual	176
2 1 9 2	Ley local	176
2 1 9 3	Principio de la territorialidad	176
2 1 10	Contrato de fianza internacional	177
2 1 11	Prenda hipoteca y anticresis	177
2 1 11 1	Disposiciones de orden territorial	177

2 1 12	Las disposiciones generales sobre los contratos de comercio	177
2 1 13	De las compañías mercantiles	178
2 1 13 1	Caracter mercantil de una sociedad colectiva o comandita	178
2 1 13 2	Caracter mercantil de una sociedad anonima	178
2 1 13 3	Constitucion y funcionamiento de las Sociedades	178
2 1 13 4	Emision de acciones	179
2 1 13 5	Ley territoriales	179
2 1 14	La comision mercantil	179
2 1 15	El deposito y prestamo mercantiles	179
2 1 15 1	Disposiciones de orden publico internacional	179
2 1 15 2	Disposiciones territoriales	180
2 1 16	El transporte terrestre	180
2 1 17	Los contratos de seguro	180
2 1 18	El contrato y letra de cambio y efectos mercantiles analogos	180
2 1 18 1	La forma	180
2 1 18 2	Obligaciones cambiarias	181
2 1 18 3	Endosos	182
2 1 18 4	El aval	182
2 1 18 5	La aceptacion por intervencion	183

2 1 18 6	Plazos y formalidades	183
2 1 18 7	Libranzas vales o pagares y mandatos o cheques	183
2 1 18 8	Falsedad robo hurto extravio de documentos de creditos y efectos al portador	184
2 2	Convencion interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (Mexico 1994)	185
2 2 1	Origenes	185
2 2 2	Caracteristicas de la convencion	187
2 2 3	Ambito de aplicacion de la convencion	190
2 2 4	Ambito del derecho aplicable	195
2 2 4 1	El principio de la autonomia de la voluntad de las partes como medio de eleccion del derecho aplicable a los contratos internacionales	195
2 2 4 2	El depeçage	197
2 2 5	El vinculo mas estrecho	201
2 2 6	Limites de la autonomia de la voluntad de las partes	204
2 2 7	El orden publico en la Convencion de Mexico	205
2 2 8	El derecho que rige la forma del contrato y su aplicacion en la Convencion de Mexico	206

2 2 9	Ley que rige la capacidad de los contratantes en la Convencion de Mexico	208
2 2 10	El derecho que rige los efectos del contrato en la Convencion de Mexico	210
3	DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT DE 2010	211
3 1	Alcance de los principios	211
3 2	Analisis del contenido de los principios de 2010	213
3 2 1	Libertad de contratacion	213
3 2 2	Libertad de forma	213
3 2 3	Caracter vinculante de los contratos	214
3 2 4	Normas de caracter imperativo	215
3 2 5	Exclusion o modificacion de los principios por las partes	216
3 2 6	Interpretacion e integracion de los principios	216
3 2 7	Buena fe y lealtad negocial	217
3 2 8	Comportamiento contradictorio Venire contra factum proprium	219
3 2 9	Usos y practicas	219
3 2 10	Notificacion	222
3 2 11	Definiciones	223
3 2 12	Modo de contar los plazos fijados por las partes	224
3 2 13	Modo de perfeccion	225
3 2 14	Definicion de la oferta	226

3 2 15	Retiro de la oferta	226
3 2 16	Revocacion de la oferta	227
3 2 16 1	Ofertas irrevocables	228
3 2 16 1 1	La indicacion de irrevocabilidad	
	Contenida en la oferta	228
3 2 16 1 2	Confianza del destinatario de	
	Que se trataba de una oferta	
	Irrevocable	228
3 2 17	Rechazo de la oferta	228
3 2 18	Modo de aceptacion	229
3 2 18 1	Indicacion de asentimiento a una oferta	229
3 2 18 2	Aceptacion mediante el comportamiento	
	del aceptante	229
3 2 18 3	Silencio o conducta omisiva	230
3 2 19	Aceptacion tardia Demora en la transaccion	230
3 2 20	Aceptacion modificada	231
3 2 21	Negociaciones de mala fe	232
3 2 22	Clausulas de integracion	233
3 2 23	Contratacion con clausulas estandar	233
3 2 24	Clausulas sorpresivas	235
3 3	Apoderamiento de representantes	236
3 3 1	Ambito de aplicacion	236
3 3 2	Constitucion y alcance de la facultad	

del representante	237
3 3 3 Representacion aparente	238
3 3 4 Representacion oculta	239
3 3 5 Responsabilidad del representante sin poder o excediendolo	240
3 3 6 Sub representacion	241
3 4 Validez	242
3 4 1 Cuestiones excluidas	242
3 4 2 Validez del mero acuerdo	242
3 5 Causales de anulacion	243
3 5 1 Definicion del error	243
3 5 2 Error en la expresion o en la transmision	244
3 5 3 Dolo	244
3 5 4 Intimidacion	245
3 5 5 Excesiva desproporcion	246
3 5 5 1 Posicion negociadora desigual	247
3 5 5 2 Naturaleza y finalidad del contrato	247
3 5 6 Notificacion de anulacion	248
3 5 7 Efectos retroactivos	248
3 5 8 Daños y perjuicios	249
3 6 Interpretacion	249
3 6 1 Intencion de las partes	249
3 6 2 Interpretacion de declaraciones y otros actos	250

3 6 3	Interpretacion sistematica del contrato	250
3 6 4	Integracion del contrato	251
3 7	Contenido y estipulacion a favor de terceros	252
3 7 1	Contenido	252
3 7 1 1	Obligaciones expresas e implicitas	252
3 7 1 2	Obligaciones implicitas	252
3 7 1 3	Cooperacion entre las partes	253
3 7 1 4	Determinacion del tipo de obligacion	253
3 7 1 5	Determinacion del precio	254
3 7 1 6	Renuncia por acuerdo de partes	256
3 8	Estipulacion a favor de terceros	257
3 8 1	Estipulacion a favor de terceros	257
3 8 2	Clausulas de exclusion y limitacion de responsabilidad	258
3 8 3	Revocacion	258
3 9	Cumplimiento	259
3 9 1	Cumplimiento en general	259
3 9 1 1	Momento del cumplimiento	259
3 9 1 2	Cumplimiento parcial	259
3 9 1 3	Cumplimiento anticipado	260
3 9 1 4	Pago con cheque u otro instrumento	262
3 9 1 5	Pago por transferencia de fondos	263

3 9 1 6	Gastos del cumplimiento	264
3 9 1 7	Solicitud de autorizacion publica	265
3 9 1 8	Autorizacion ni otorgada ni denegada	267
3 10	Excesiva onerosidad (hardship)	268
3 10 1	Obligatoriedad del contrato	268
3 10 2	Definicion de la excesiva onerosidad	269
3 10 2 1	Requisitos adicionales para que pueda presentarse la excesiva onerosidad	270
3 10 2 1 1	Los eventos tienen lugar o llegan a ser conocidos despues de la celebracion del contrato	270
3 10 2 1 2	Los eventos no pudieron haber sido razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja	271
3 10 2 1 3	Los eventos escapan al control de la parte en desventaja	271
3 10 2 1 4	La parte en desventaja no ha asumido el riesgo de que dichos eventos pudieran acontecer	271
3 10 3	Efectos de la excesiva onerosidad	272
3 11	Incumplimiento	274
3 11 1	Incumplimiento en general	274
3 11 1 1	Definicion del incumplimiento	274

3 11 1 2 Interferencia de la otra parte	275
3 11 1 3 Subsancion del incumplimiento	275
3 11 1 4 Fuerza mayor	277
3 12 Derecho a reclamar el incumplimiento	279
3 12 1 Cumplimiento de obligaciones dinerarias	279
3 12 2 Pena judicial	280
3 12 3 Cambio de remedio	281
3 13 Resolucion	282
3 13 1 Derecho a resolver el contrato	282
3 13 2 Notificacion de la resolucion	284
3 13 3 Efectos generales de la resolucion	285
3 14 Resarcimiento	286
3 14 1 Derecho al resarcimiento	286
3 14 2 Certeza del daño	287
3 14 3 Prueba del daño en caso de una operacion de remplazo	288
3 14 4 Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada	288
3 14 5 Intereses por falta de pago de dineros	289
3 14 6 Pago estipulado para el incumplimiento	291
3 15 Compensacion	292
3 15 1 Condiciones de la compensacion	292
3 15 2 Efectos de la compensacion	294

3 16	Cesion de creditos transferencia de obligaciones y y cesion de contratos	296
3 16 1	Cesion de creditos	296
3 16 2	Exclusiones	297
3 16 3	Cesion de creditos futuros	298
3 16 4	Suficiencia de convenio entre cedente y cesionario	298
3 16 5	Clausulas prohibiendo la cesion	299
3 16 6	Cesiones sucesivas	300
3 16 7	Excepciones y derechos de compensacion	301
3 16 8	Obligaciones del cedente	301
3 17	Transferencia de las obligaciones	303
3 17 1	Modalidades de la transferencia	303
3 17 2	Exigencia del consentimiento del acreedor para la transferencia	303
3 17 3	Liberacion del deudor originario	304
3 17 4	Excepciones y derechos de compensacion	305
3 18	Cesion de contratos	305
3 18 1	Definiciones	305
3 18 2	Exclusion	306
3 18 3	Consentimiento anticipado de la otra parte	306
3 18 4	Excepciones y derechos de compensacion	307
3 19	Prescripcion	308

3 19 1	Ambito de aplicacion	308
3 19 2	Periodos de prescripcion	308
3 19 3	Modificacion de los periodos de prescripcion por las partes	310
3 19 4	Suspension por procedimiento judicial	312
3 19 5	Suspension en caso de fuerza mayor muerte o incapacidad	313
3 19 6	Derecho de compensacion	314
3 19 7	Restitucion	315
3 20	Pluralidad de deudores y acreedores	315
3 20 1	Pluralidad de deudores (definiciones)	315
3 20 2	Presuncion de solidaridad	316
3 20 3	Derechos del acreedor frente a los deudores solidarios	316
3 20 4	Excepciones y compensacion	316
3 20 5	Efectos del cumplimiento o de la compensacion	317
3 20 6	Efectos de la remision o de la transaccion	317
3 20 7	Efectos del vencimiento o de la suspension de la prescripcion	317
3 20 8	Efecto de las sentencias	318
3 20 9	Reparto entre los deudores solidarios	319
3 20 10	Alcance de la accion de regreso	319

3 20 11	Derechos del acreedor	319
3 20 12	Excepciones en las acciones de regreso	320
3 20 13	Imposibilidad de recuperar	320
3 21	Pluralidad de acreedores	321
3 21 1	Definiciones	321
3 21 2	Efectos de los creditos solidarios	321
3 21 3	Excepciones frente a los acreedores solidarios	322
3 21 4	Reparto entre los acreedores solidarios	322
CAPITULO IV DE LA LEX MERCATORIA EN EL DERECHO		
POSITIVO PANAMEÑO, LA JURISPRUDENCIA PANAMEÑA		
Y EL DERECHO COMPARADO		
		323
1	Derecho positivo panameño frente a la lex mercatoria	324
1 1	Analisis de los principios de UNIDROIT a la luz del Código de Comercio	324
1 1 1	Artículo 5 del Código de Comercio	324
1 1 2	Comparacion entre las normas del Código de Comercio referentes a la contratacion comercial en general y los principios de UNIDROIT 2010	329
1 2	Decreto Ley 5 de 8 de Julio de 1999	339
2	La lex mercatoria y la jurisprudencia panameña	341
2 1	Banco Cafetero Panama S A recurre en casacion en el proceso ordinario que le sigue Banco Exterior de los Andes y de España S A	

Magistrado Ponente Eligio A Salas	
Panama veintisiete (27) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996) Corte Suprema de Justicia	
Sala de lo Civil	342
2 1 1 Fallo de primera instancia	347
2 1 2 Fallo de segunda instancia	348
2 1 3 Recurso de casacion	351
2 1 4 Funcionamiento de la operacion bancaria objeto de la litis	357
2 1 5 Fundamentos juridicos de orden internacional empleados en el caso en examen	360
2 1 6 Responsabilidad del banco expedidor	362
2 1 7 Decision de la Sala de Casacion	365
2 2 Apelacion interpuesta por Maersk	
Sealand Trading Name of the Ap Moller Group Dampskibsselskabet Werndborg contra el auto No 87 del 12 de mayo de 2003 dictado por el Segundo Tribunal Maritimo en el Proceso Ordinario Maritimo que le sigue Agrowest S A Dos Valles S A.y Comexa S A Ponente Alberto Cigarruista C Panama uno (1) de junio de dos mil cinco (2005)	

2 3 Sociedad Agrocomercial Procuero Limitada y Evergreen Marine Corporation apelan contra el Auto No 105 del 27 de mayo de 2005 dictado por el Segundo Tribunal Maritimo en el Proceso Ordinario Maritimo que Sociedad Agrocomercial Procuero Limitada le sigue a Evergreen Marine Corporation Ponente Alberto Cigarruista C Panama once (11) de junio de dos mil siete (2007)	375
2 3 1 Antecedentes	375
2 3 2 Consideraciones sobre el auto impugnado	376
2 3 3 La apelacion interpuesta por la demandante	377
2 3 4 La apelacion interpuesta por la demandada	379
2 3 5 Criterio de la Corte	380
3 La lex mercatoria en el derecho comparado	383
3 1 Venezuela	383
3 2 Argentina	384
3 3 España	385
3 4 Colombia	386
RECOMENDACIONES	388
CONCLUSIONES	395
BIBLIOGRAFIA	414

LEGISLACION	422
JURISPRUDENCIA	424
ANEXO I	425

INDICE DE CUADROS

CUADRO I ESTADOS PARTES DEL CODIGO BUSTAMANTE	169
CUADRO II COMPARACION ENTRE LAS NORMAS DEL CODIGO DE COMERCIO Y LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT DE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES DE 2010	329

ABREVIATURAS

CNUDMI Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

CIDIP Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado

CIDIP I Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado

CIDIP II Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado

CIDIP III Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado

CIDIP IV Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado

CIDIP V Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado

CIDIP VI Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado

CIDIP VII Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado

CPM Código de Procedimiento Marítimo o Ley 8va Marítima

INCOTERMS Reglas internacionales para la interpretación de las técnicas comerciales

ILA Asociación de Derecho Internacional o International Law Association

OEA Organización de Estados Americanos

ONU Organización de las Naciones Unidas

UNIDROIT Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

INTRODUCCION

El fenomeno de la unificacion del derecho contractual internacional se sostiene en gran medida en la multiplicidad de negocios que han excedido las fronteras fisicas ideologicas, religiosas politicas, de los diferentes territorios

La relacion juridica de caracter internacional se basa en la coexistencia de elementos significativos o factores de conexion relevantes que hacen que la propia relacion en si se torne de naturaleza internacional

La unificacion internacional del derecho contractual se da sobre la base de reglas o normas comerciales de conocimiento general entre los operadores del comercio internacional Dandose origen a un ***derecho mercatorio*** que se solidifica en que los propios operadores del comercio internacional al desarrollar sus negocios crean sus propias normas debido a que el desarrollo de la actividad legislativa es de lento desarrollo

El fenomeno del trafico juridico internacional se ha caracterizado por tener un crecimiento galopante en años recientes La actividad derivada del mencionado trafico juridico se materializa en actos juridicos denominados contratos los que en razon de la relacion que pretenden documentar y regular se caracterizan por estar repletos de elementos extra nacionales es decir puntos de conexidad que vinculan al acto juridico en cuestion con mas de un ordenamiento juridico

El estudio de la ley aplicable a los actos juridicos internacionales cobra vigencia e importancia para el armonico fluir del trafico y comercio internacional

puesto que el contrato es el instrumento y vehiculo juridico de mayor importancia que da vida a las operaciones comerciales privadas

La *lex mercatoria* es el conjunto de principios que los operadores del comercio internacional han desarrollado como la forma para regular sus actividades evitandose asi el procedimiento legislativo que exige la creacion la discusion y la promulgacion de una ley por los medios politicos que exige el poder legislativo de un Estado

El fenomeno de la unificacion del derecho contractual se cristaliza en el plural numero de negocios que a grandes escalas realizan los operadores del comercio internacional

Evidentemente al desarrollarse la iniciativa de un negocio desde el punto de vista lato o economico surge la necesidad imperiosa de encuadrar ese negocio en una figura juridica que imprime certeza juridica en lo que respecta a los derechos y obligaciones de los sujetos participantes en la misma de alli entonces surge el contrato como medio idoneo para materializar el negocio en sentido lato que ya pasa a ser un negocio en sentido estrictamente juridico

En este sentido los operadores del comercio internacional en el desarrollo de sus negocios han creado sus propias reglas que regulan el desenvolvimiento de sus negocios en el mercado mundial

Ello es asi porque la dinamica del perfeccionamiento de los negocios es de desarrollo acelerado obviamente ese adelanto acelerado no se compeadece con el avance de la tecnica de legislar que en nuestros paises es parsimoniosa

De allí que los comerciante obvian el procedimiento legislativo tradicional que se desarrolla en uno de los organos politicos del Estado y crean un conjunto de principios conocidos como la **lex mercatoria**

La presente tesis, presentada como uno de los requisitos para optar por el grado de maestria en derecho privado con énfasis en derecho comercial tiene como norte fundamental el estudio de la unificación del derecho contractual internacional a la luz de la legislación comercial nacional la doctrina nacional y extranjera los convenios internacionales el derecho comparado y la jurisprudencia que existe al respecto En este sentido el punto de referencia de la **lex mercatoria** en nuestro derecho comercial aparece reflejado en el **artículo 5 del Código de Comercio de Panamá**

El artículo **5 del Código de Comercio** informa y dinamiza la aplicabilidad de la **lex mercatoria** en lo que se refiere a los usos y practicas efectuadas dentro del derecho comercial

Esta norma encierra la hipótesis de una fuente jurídica que no hace una distinción entre uso de comercio interno y uso de comercio internacional, sino por el contrario es una fuente directa que vincula al juez que conoce de la causa

El temperamento legal de esta norma expresa

Si las cuestiones sobre derechos y obligaciones comerciales no pudieren ser resueltas ni por el texto de la ley comercial ni por su espíritu ni por los casos análogos en ella previstos, serán decididos con arreglo a los usos del comercio observados generalmente en la plaza y a falta de estos se estará a lo que establezca el derecho civil

La esencia jurídica de esta norma determina la posibilidad del traslado a una norma positiva aplicable a una relación jurídica internacional cuando se da el caso que la ley positiva vigente no contempla todos los casos por ende se debe incurrir en las prácticas y usos del comercio internacional en los casos concretos en donde las partes así lo hayan descrito

Además el presente estudio pretende analizar la legislación comercial vigente frente a los postulados de la *nueva lex mercatoria*. Nos estamos refiriendo al Título VII Disposiciones Comunes a los Contratos de Comercio del Libro Primero Del Comercio en General del Código de Comercio que contiene los artículos 194 y siguientes

En este sentido el artículo 194 del Código de Comercio señala que en cuanto no se encuentre regulado en el Código de Comercio algunos de los aspectos referentes a la materia de contratación mercantil deberán atenerse a los usos del comercio generalmente observados en cada plaza y a falta de estos a las prescripciones del derecho común relativas a las obligaciones y contratos en general. Aquí se están reconociendo los usos como una aplicación subsidiaria y al mismo tiempo deviene un criterio que complementa la interpretación de los actos en sus múltiples manifestaciones

Evidentemente los artículos 5 y 194 del Código de Comercio van en concordancia y se encuentran concatenados ya que ambas normas hacen alusión a los usos del comercio observados en cada plaza como mecanismo idóneo para regular una relación contractual cuando la ley comercial guarda silencio al respecto

El presente estudio se secciona en cuatro capítulos. El primer capítulo denominado **DE LA UNIFICACION NORMATIVA EN EL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL** contempla una aproximación a los métodos de la solución de conflictos que presenta el tráfico jurídico internacional

Estableciéndose así la íntima vinculación entre los métodos de la solución de los conflictos de leyes y la unificación normativa del derecho comercial internacional haciendo hincapié fundamental en el método de la ley uniforme como el método de la solución de los conflictos de leyes arquetipo que fija en suma la esencia de la unificación normativa en el derecho comercial internacional

Es el método de la ley uniforme el camino que determina la estructuración de la unificación normativa es decir a través de este método se pretende que el conjunto de negocios jurídicos que se desarrolla dentro de una sociedad comercial internacional estén gobernados dentro de su funcionamiento por normas que sean de uniforme aplicación dentro de todos los operadores del comercio internacional

Es una realidad que la diversificación, versatilidad y la gran gama de negocios a escala mundial han crecido sorprendentemente tomando en consideración los avances tecnológicos que hacen del mundo una pequeña aldea que se convierte en una sociedad común

Dentro de este primer capítulo además estudiamos los aspectos concernientes a los instrumentos que el método de la ley uniforme utiliza para procurar sus fines dentro de los que podemos mencionar los congresos

internacionales, las conferencias especializadas la influencia del *common law* a través de **the restatements of the laws of conflicts of laws**, las organizaciones científicas especializadas en el tema de la unificación del derecho

Además es importante en este sentido tomar especial consideración acerca de la unificación de las normas del derecho internacional privado o reglas de conflicto en contraposición a la unificación de las normas materiales o sustantivas que regulan la relación jurídica de carácter internacional de forma directa sin remitirla a un ordenamiento jurídico determinado como si lo realiza la regla de conflicto

Es importante referirnos a los diversos métodos para la unificación del derecho contractual internacional que se sustentan en la ley uniforme la ley modelo las recomendaciones y los acuerdos internacionales

Siguiendo estas mismas líneas del pensamiento el primer capítulo hace especial referencia a la codificación internacional del derecho mercantil tocando aspectos básicos del derecho uniforme el impacto de la codificación la codificación frente a la unificación y la intervención del Estado en la codificación así como también la no intervención del mismo en el proceso de codificación

Continuamos refiriéndonos al concepto de la codificación y sus clases, los métodos y sistemas de la ejecución de la codificación internacional, dentro del estudio histórico de los sistemas de codificación hacemos especial consideración a las tendencias de la codificación en América Latina y Europa

Dentro de este parámetro es substancial determinar el cimiento de las codificaciones nacionales que se dan intrínsecamente de los parámetros

regulatorios de un solo ordenamiento jurídico nacional que se condensa dentro de las propias fronteras físicas de un solo territorio estatal

Finalmente, se da especial tratamiento respecto de la noción de contrato internacional como pieza central de la unificación del derecho contractual internacional. En este punto analizamos la esencia misma de la contratación privada internacional dentro de los lineamientos de la relación jurídica de carácter internacional y sus elementos. La unificación del derecho contractual internacional tomando como epicentro el **contrato internacional** no puede ser analizada desde un punto de vista distante del conflicto de leyes. Indiscutiblemente cuando examinamos un contrato internacional vamos a percibir que su estructura comporta una relación jurídica internacional inmersa dentro de factores de conexión lo suficientemente relevantes que producen la internacionalización material de la propia relación jurídica que encamina sus efectos jurídicos no solo dentro de un circuito económico sino que sus derivaciones jurídicas van mucho más allá de un mercado económico doméstico.

Es ahí donde se apoyan las corrientes actuales de la doctrina que instituyen que sobre la base de los negocios jurídicos internacionales los actores del comercio internacional tienen más contacto jurídico entre sí. Verbigracia los grupos profesionales o comerciales llamados operadores del comercio Internacional tales como banqueros, transportistas, abogados, mediadores, interlocutores, comisionistas, empresas navieras, empresas exportadoras, empresas importadoras, compañías de seguros, petroleras, corredores de aduana, etc.

El segundo capítulo de este estudio se denomina **LA INFLUENCIA DE LA LEX MERCATORIA EN EL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL**

dentro de este capítulo hacemos exclusivos comentarios referentes a la conceptualización de la lex mercatoria que es sin duda una pieza fundamental dentro de la dinámica del derecho comercial internacional

Se entiende que la misma es un conjunto de prácticas y usos de comercio internacional asimilado por los comerciantes y mercaderes que conjugan normas uniformes de carácter dispositivo que sirven como mecanismo para regular una relación jurídica internacional

Dentro del parámetro conceptual la lex mercatoria puede ser entendida como un conjunto de reglas anacionales cuyo génesis se da con el propósito de crear un sistema normativo rector de las relaciones comerciales aplicables a toda operación de comercio dentro de un espacio transnacional o anacional gestada o perfeccionadas por agentes u operadores del comercio internacional

La nueva lex mercatoria se desprende directamente de los usos y prácticas del comercio mundial

El derecho mercatorio es producto de la necesidad del comercio mundial cuyos sujetos fundamentales son los profesionales o comerciantes que erigen un marco regulatorio que opera al margen del derecho estadual en la esfera exclusivamente transnacional

En este sentido se destacan los principios rectores tales como principio non adimplentit contractus principio de la no onerosidad libertad de contratación, principio de conservación de los actos jurídicos, libertad de forma y de prueba

principio de primacia de reglas imperativas pacta sunt servanda naturaleza dispositiva de los principios jerarquizacion y limites de los principios principio de la apariencia juridica principio de justicia conmutativa o de reparacion, interpretacion e integracion internacionalidad y uniformidad, buena fe y lealtad comercial, primacia de los usos y las practicas resolucion anticipada y principio de llegada

Se destaca la aplicacion de los principios de **UNIDROIT**, la misma puede ser jurisprudencial como ley del contrato como lex mercatoria como una forma de interpretar o complementar instrumentos internacionales vigentes y la ley nacional y como un modelo para la legislacion a nivel nacional o internacional

Asi mismo hacemos referencia a las funciones actuales de los principios de **UNIDROIT** que sin lugar a dudas han contribuido a dinamizar las practicas y el desarrollo del comercio internacional

Alimenta la funcion de los principios el caracter creciente de las practicas comerciales internacionales es comun la utilizacion de modalidades contractuales para el perfeccionamiento de las practicas del mercado economico internacional

Subsiguientemente el actual estudio vislumbra un tercer capitulo denominado **EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES Y LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT** ”

Analizaremos el derecho convencional europeo a la luz de la contratacion internacional haciendo referencia a la convencion de la Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional (1955) la convencion de

la Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional (1986) el Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)

Dentro del contexto de este capítulo analizaremos la normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 15 de 26 de septiembre de 1928 (Codigo de Derecho Internacional Privado o Codigo Bustamante) que contiene una serie de normas aplicables a los contratos de comercio de los artículos 244 al artículo 273. Asimismo en este capítulo estudiaremos el derecho convencional a la luz de las disposiciones de la normativa que fue aprobada en la tercera sesión plenaria de la **CIDP IV** el 17 de marzo de 1994 en donde se erige la convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (Mexico 1994)

El derecho convencional interamericano aplicable a los contratos internacionales en la **CIDP IV** del 17 de marzo de 1994 determina una conceptualización del contrato internacional cuando en su artículo 1 establece que se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados partes diferentes o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado parte estableciéndose una conceptualización del contrato internacional en base al criterio de la residencia de las partes contratantes y si la propia relación jurídica contractual soporta elementos de extranjería o puntos de contacto suficientemente relevantes para producir la internacionalización de la propia relación contractual

También dentro de este análisis tocaremos lo pertinente al ámbito de la aplicación de la convención la determinación derecho aplicable al contrato que sigue la regla fundamental del derecho elegido por las partes la existencia y validez del contrato y el ámbito del derecho aplicable a la contratación privada internacional

Continúa realizándose una especial consideración sobre la última versión de los Principios de **UNIDROIT** para los contratos comerciales internacionales de **2010**

Podemos notar que la última versión de la *lex mercatoria* es más compacta en comparación con el desarrollo anterior de la misma dados en en 1994 y 2004. Vemos como el esfuerzo de los juristas de los cinco continentes se converge en gestar un instrumento internacional versátil y en consonancia con las nuevas corrientes y modalidades del comercio mundial

Los operadores del comercio mundial han asimilado que la unificación del derecho contractual internacional es la ***humanización del derecho contractual internacional*** que procura que el desarrollo de los negocios contractuales no se vea traicionado en sus efectos y desarrollo. El contrato es el vehículo arquetipo por medio del cual se transfiere el patrimonio de las personas el contrato es un instrumento de la economía por ende no debe ser interrumpido en su desarrollo y movilidad

La nueva versión de los principios de **UNIDROIT de 2010** ha asimilado lo anterior e introduce nuevas formas jurídicas que permiten perfeccionar sin traumas de ninguna clase las relaciones contractuales internacionales

En la nonagesima reunion de su Consejo de Gobierno celebrada en Roma a principios de mayo de 2010 el Instituto Internacional para la Unificacion del Derecho Privado **UNIDROIT** anuncio la publicacion de la nueva version de sus principios en materia de contratos comerciales internacionales

El nuevo documento contiene nuevas disposiciones con respecto a las versiones de 1994 y del 2004 sobre todo en materia de restitucion ilegalidad condiciones y pluralidad de acreedores y deudores

La nueva edicion de los principios de **UNIDROIT** tiene 211 articulos distribuidos en 12 capitulos. Los principios **UNIDROIT** sobre Contratos Mercantiles Internacionales de 2010 adoptados en el seno Instituto Internacional para la Unificacion del Derecho Privado **UNIDROIT** son entendidos como un ordenamiento privado que a tenor de su preambulo ***establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales*** y que tienen como precedente los principios **UNIDROIT** enunciados en el año 1994 y en 2004. Cabe decir que los principios **UNIDROIT 2010** han sido considerados como una version ampliada de las versiones anteriores. Estos principios abarcan diversos temas como la buena fe la libertad de forma la perfeccion del contrato el error el dolo la desproporcion la interpretacion del contrato entre otros que pueden ser aplicados por los tribunales arbitrales y por la justicia estatal en los litigios que conocen. Desde la perspectiva de su aplicacion en litigios arbitrales en una sociedad internacional globalizada y heterogenea como la nuestra con un comercio que cada vez desconoce mas la nocion de frontera, interesan en dos vertientes. Por un lado como derecho aplicable propiamente dicho y por

otro lado desde un punto de vista procesal. En lo que a la aplicabilidad de los Principios de **UNIDROIT** concierne, los arbitros pueden aplicarlos tanto por voluntad de las partes como por silencio de estas. En efecto, tal como se recoge en el preambulo (que recoge sus propositos) los principios en cuestion pueden ser aplicables cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos, cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes, o cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato. En relacion a la aplicacion de los principios de **UNIDROIT** por acuerdo de las partes, no hay que esforzarse demasiado para entender que esto es consecuencia de la autonomia de la voluntad. Las empresas pueden estipular que su contrato se rige por los principios de **UNIDROIT**. Los principios de **UNIDROIT** son el marco de referencia para interpretar o complementar los instrumentos internacionales de derecho uniforme o nacional, y se aplican cuando las partes lo decidan expresamente, cuando acuerden que su contrato se rija por los principios generales del derecho o por la *lex mercatoria* o si no escogieron el derecho aplicable al contrato.

A su vez el cuarto capitulo se denomina '**DE LA LEX MERCATORIA EN EL DERECHO POSITIVO PANAMEÑO, LA JURISPRUDENCIA PANAMEÑA Y EL DERECHO COMPARADO**

Se toca lo referente al derecho positivo panameño frente a la *lex mercatoria*, haciendo un analisis de los principios de **UNIDROIT** a la luz delCodigo de Comercio, en donde se realiza una comparacion de la concordancia

de las normas de ambos instrumentos legales destacando que nuestro Código de Comercio a pesar de ser de 1917 refleja a grandes rasgos la inspiración de los principios de **UNIDROIT de 2010** en lo que respecta a usos y prácticas: validez del mero acuerdo, imposibilidad inicial, autorización denegada, modificación en una forma en particular, perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular, modificación en una forma en particular, plazo para la aceptación, aceptación dentro de un plazo fijo, cumplimiento parcial, modo de perfección, definición de la oferta, plazo para la aceptación, aceptación dentro de un plazo fijo, rechazo de la oferta, revocación de la oferta, buena fe y lealtad negocial, integración del contrato, obligaciones implícitas, intromisión en el cumplimiento de la condición, obligación de preservar los derechos, entre otras figuras jurídicas.

Hacemos especial referencia al Decreto Ley 5 de 8 de Julio de 1999 en cuanto a la forma en que se resolverán los conflictos de leyes, el Decreto Ley 5 de 1999 concuerda en que las partes podrán determinar que el arbitraje se surta en equidad tal cual lo establece el artículo 3 que permitirá interpolar aspectos y principios de la *lex mercatoria*.

Asimismo estudiamos la *lex mercatoria* y la jurisprudencia panameña haciendo un análisis de tres casos jurisprudenciales. El reconocimiento de la *lex mercatoria* en la jurisprudencia panameña a través del fallo de 27 de febrero de 1996 emitido por la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia dentro del negocio jurídico Banco Exterior de Los Andes y de España vs Banco Cafetero de Panamá que tiene lugar al reconocimiento de la *lex mercatoria*.

dentro de tal superioridad. El Magistrado Ponente en este caso se apoya en el **artículo 5 del Código de Comercio** que establece la viabilidad de la aplicación de normas anacionales a una relación puntualmente internacional.

El reconocimiento de la *lex mercatoria* en el fallo del 27 de febrero de 1996 establece la existencia de una norma consuetudinaria acordada entre los grupos profesionales y operadores del comercio mundial. El fallo en alusión también determina cuando estamos en presencia de una relación jurídica internacional o contrato internacional.

El segundo caso jurisprudencial analizado se refiere a la acción interpuesta por la firma forense **MORGAN & MORGAN**, actuando como apoderada especial de **DAMPSKIBSSELKABET AF 1912, AKTIESELSKABET & AKTIESELSKABET DAMPSKIBSSELSKABET SVENDBORG** cuyo nombre comercial es **MAERSK SEALAND** misma que entabla recurso de apelación contra el Auto nº 87 de 12 de mayo de 2003 proferido por el Segundo Tribunal Marítimo de Panamá dentro del proceso ordinario marítimo que **AGROWEST, S A, DOS VALLES, S A y COMEXA, S A** le siguen a la apelante **MAERSK SEALAND**.

En ese sentido tenemos que nos encontramos ante un proceso ordinario marítimo instaurado por **AGROWEST, S A** y Otros contra la naviera **MAERSK SEALAND** ante el Segundo Tribunal Marítimo de Panamá donde se demanda el incumplimiento de un Contrato de Servicio Marítimo suscrito en el Perú para el suministro de contenedores, reserva de espacio en los buques y la transportación de contenedores a los puertos de destino. El tercer caso se da

dentro del proceso ordinario marítimo que la **SOCIEDAD AGROCOMERCIAL POCURO LIMITADA** le sigue a **EVERGREEN MARINE CORPORATION** los apoderados de ambas partes han interpuesto recurso de apelación contra el Auto nº 105 de 27 de mayo de 2005 dictado por el Segundo Tribunal Marítimo de Panamá. En el acto impugnado medularmente se resuelve que se rechaza de plano el incidente de nulidad parcial promovido por la demandada **EVERGREEN MARINE CORPORATION** dentro del proceso ordinario marítimo interpuesto por la sociedad **AGROCOMERCIAL POCURO LIMITADA** y ordena a la parte demandante **SOCIEDAD AGROCOMERCIAL POCURO LIMITADA**, elimine de su demanda la pretensión declarativa consistente en que se decrete la nulidad absoluta de las cláusulas del conocimiento de embarque N° EISU 732300001498 lo cual deberá efectuar dentro del término de cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria de la resolución. La bondad de este fallo es que introduce una definición de lo que se entiende por contrato internacional al indicar que la Corte Suprema ha reiterando que los conocimientos de embarque son considerados o calificados tanto por la doctrina internacional como por nuestra jurisprudencia como contratos estándares y no como contratos adhesivos puros siendo perfectamente válidas las cláusulas de sumisión jurisdiccional o arbitraje y la de ley aplicable en ellos estipuladas. Agrega el fallo que también se ha dicho que estos contratos de transporte de carga marítimos evidenciados en conocimientos de embarque surgen por la práctica del comercio internacional, *por lo que se les considera como contratos de carácter internacional*. Para finalizar realizamos un análisis de la *lex*

mercatoria en el derecho comparado destacando los casos de Venezuela, Argentina, España y Colombia. En lo relacionado al derecho venezolano se destaca la privanza de fuentes para los casos con elementos de extranjería que se encuentra recogida en la ley de derecho internacional privado y en la ley de arbitraje comercial (artículo 1 en ambos instrumentos legales). Con respecto a la ley de derecho internacional privado, en primer lugar incluye normas de derecho en particular las establecidas en los tratados, en segundo lugar se señalan las leyes internas y a falta de ellas se utilizará la analogía y finalmente los principios de derecho internacional privado generalmente aceptados. En materia de contratos internacionales prima las disposiciones señaladas por las partes que constituyen ley entre ellas. En el derecho argentino es de capital importancia hacer alusión al fallo de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones de fecha de 21 de diciembre de 1990 se trata de un arbitraje entre Cia Naviera Perez Companc S A y otro c Ecofisa S A y otro. Este fallo expresa que la lex mercatoria emerge de los modernos laudos arbitrales en particular de los dictados por la Corte de Arbitraje. El derecho español hace mención de las normas de conflicto del ordenamiento jurídico español incluidas en los artículos 8 y siguientes del Código Civil que guardan relación con la materia de la contratación internacional. En Colombia la recepción de la lex mercatoria se recoge en los artículos 3, 5 al 9 del Código de Comercio la que hacen perfectamente viable su reconocimiento. Así mismo el artículo 7 numeral 2, de la Ley 518 de 1999 con base en lo cual los vacíos legales en lo concerniente a la compraventa internacional de mercaderías se regirán por las normas de

derecho internacional privado normas que no son cosa distinta a la lex
mercatoria

RESUMEN

El fenómeno de la unificación internacional del derecho contractual se sostiene en la multiplicidad de negocios entre los particulares y los propios Estados que han excedido las fronteras físicas ideológicas religiosas, políticas de los diferentes territorios

La relación jurídica de carácter internacional se basa en la coexistencia de elementos significativos que hacen que la propia relación en sí se torne de naturaleza internacional

La unificación internacional del derecho contractual se da sobre la base de reglas o normas comerciales de conocimiento general entre los operadores del comercio internacional Dándose origen a un derecho mercatorio que se solidifica en que los propios operadores del comercio internacional al desarrollar sus negocios crean sus propias reglas debido a que el desarrollo de la actividad legislativa es anacrónico y de lento desarrollo

La *lex mercatoria* en su expresión sintáctica es el conjunto de los principios que los operadores del comercio internacional han desarrollado como la forma para regular sus actividades evitándose así el procedimiento legislativo que exige la creación la discusión y la promulgación de una ley por los medios políticos que exige el poder legislativo de un Estado

SUMMARY

The international unification of contractual law phenomenon maintains in a multiplicity of businesses between the individuals and the own States that have exceeded their physical ideological religious and political borders of different territories The legal relation of international characters is based on the coexistence of significant elements that make its own relation becoming of international nature

The international unification of contractual law occurs based on rules or commercial norms of general knowledge between the operators of international trade Occurring to origin to a mercatorio law that is solidified in which the own operators of the international trade when developing their businesses create their own rules because the development of the legislative activity is anachronistic and of slow development

The *lex mercatoria* which in a syntactic expression means the set of the principles that international trade operators have developed as the way to regulate its activities avoiding the legislative methods that demands the creation discussion and promulgation of a law through political procedures as the legislative authorities demands

1 Aspectos metodológicos

a Planteamiento del problema

El planteamiento del problema significa afinar y estructurar más concretamente la idea de investigación. El planteamiento del problema de nuestra investigación va dirigido a analizar **la unificación del derecho contractual internacional desde la perspectiva del derecho positivo panameño, el derecho convencional, la jurisprudencia panameña, el derecho comparado y la doctrina nacional y extranjera**

La unificación del derecho contractual internacional precisa determinar un estudio que implique el análisis del derecho comercial vigente dentro de la regulación de la contratación comercial del Código de Comercio y las normas que al respecto establece el mismo. Lo que determina que el fenómeno de la unificación del derecho contractual internacional se relaciona directamente con el derecho comercial vigente en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Conjuntamente el derecho convencional al establecer la ley aplicable a la contratación privada internacional determina una serie de factores que deben ser analizados al respecto. Así, por ejemplo, el artículo 5 de la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales **CIDIP V** establece cuáles son los parámetros en donde no se determina el derecho aplicable a los contratos internacionales. Adicionalmente se presenta el análisis de la normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 15 de 26 de septiembre de 1928 (Código de Derecho Internacional Privado o Código

Bustamante) que contiene una serie de normas aplicables a los contratos de comercio de los artículos 244 al artículo 273

En lo que atañe al estudio de la jurisprudencia nacional es puntual indicar que a través del fallo de 27 de febrero de 1996 proferido por la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia en el caso donde son partes litigantes Banco Exterior de Los Andes vs Banco Cafetero de Panama se reconoce la recepción de la *lex mercatoria* tomando como sólido basamento los parámetros regulatorios que condensa la inteligencia del artículo 5 del Código de Comercio. Es importante el desarrollo de otra jurisprudencia luego de este fallo que también es tocada en este estudio como ya lo hemos planteado.

La doctrina establece diferentes criterios con respecto a la vigencia del fenómeno de la unificación del derecho contractual internacional los cuales forman parte del planteamiento del problema de investigación que nos atañe.

Añade que la unificación está condicionada por factores jurídicos, sociales y económicos lo que hace imperiosa la necesidad de un análisis particular sobre esta materia.

En este sentido es importante subrayar lo que han atinadamente establecido los versados en la materia.

En realidad, plantear el problema no es si no afinar y estructurar más formalmente la idea de investigación. El paso de la idea al planteamiento del problema en ocasiones puede ser inmediato, casi automático o bien llevar una considerable cantidad de tiempo, ello depende de cuán familiarizado esté el investigador con el tema a tratar, la complejidad misma de la idea, la existencia de estudios antecedentes, el empeño del investigador. ¹[Hernández Sampieri et al (1995: 42)]



Lo que sustenta a todas luces los parametros que enmarcan el presente estudio

En ultimo lugar es significativo revelar que el planteamiento de nuestro problema de investigacion se centra en determinar de una forma metodologica los parametros que tanto la legislacion nacional la jurisprudencia patria el derecho convencional y la doctrina han establecido para determinar la unificacion del derecho contractual internacional

b Justificacion de la investigacion

La unificacion normativa en el derecho contractual internacional busca darle certeza o previsibilidad juridica a una relacion de derecho privado que tiene caracter internacional

Eilo es asi debido a que existen una diversidad de metodos en el derecho internacional privado que buscan determinar la ley aplicable a una relacion de derecho o situacion juridica cuando esta soporta los elementos de extranjeria o puntos de contacto lo intensamente significativos que determinen esa situacion

De alli entonces surgen los llamados conflictos de leyes cada vez que estamos en presencia del choque entre dos mas normas legales, que pertenecen a distintos ordenamientos juridicos las cuales ante la presencia de una relacion o situacion juridica con elementos de extranjeria objetivamente relevantes o significativos busca conocer cual de esos ordenamientos juridicos es el competente para consecuentemente determinar cual es la ley aplicable a esa misma relacion o situacion juridica solventando de esta forma las dudas sobre la ley aplicable a un caso determinado

En otras palabras, los conflictos de leyes surgen cuando en una misma relacion o situacion juridica concurren factores de conexion objetivamente relevantes que procreen la opcion o duda de determinar cual es el ordenamiento juridico competente para resolver o regir la soberania juridica de la relacion o situacion en cuestion

La relacion juridica de caracter internacional se encuentra subordinada a la nocion de los conflictos de leyes que determinan la duda de que ley es la aplicable a una relacion juridica internacional de caracter privado

Ello es asi debido a que si la relacion juridica internacional llamese contrato u otro instrumento soporta en su estructura los elementos de extranjeria lo intensamente significativos provocan que la misma se conduzca dentro del cauce del derecho comercial internacional

La diferencia entre una relacion juridica de caracter domestica y una de caracter internacional es evidente

La relacion juridica de caracter domestica o territorial esta inmersa en elementos de extranjeria que no soportan en su estructura la duda en determinar que ley se aplica a los mismos porque evidentemente no son lo suficientemente significativos para condicionar la existencia de la duda de la ley que los va a regir por ejemplo un contrato de compraventa celebrado por dos nacionales panameños sobre unã finca ubicada en Darien

El ejemplo anterior es claro debido a que los factores de extranjeria que son el lugar de la situacion del bien la nacionalidad de las partes el lugar de la celebracion del acto juridico del contrato son meramente locales o panameños

lo que no provoca duda de que ley los va a gobernar puesto que los mismos son regidos todos por la ley panameña

Por el contrario hay conflictos de leyes cuando los elementos de extranjería son lo intensamente significativos que provocan duda de que ley los va a gobernar así nuestro ejemplo sería diferente si en la Ciudad de Panamá se celebra un contrato de compraventa sobre bienes muebles entre un nacional japonés y otro venezolano sobre bienes muebles que se encuentran ubicados en Grecia

Evidentemente los factores de conexión producen la opción conflictual, debido a que si examinamos nuestro último ejemplo la nacionalidad de las partes contratantes es japonesa y venezolana el contrato se celebra en la Ciudad de Panamá sobre bienes situados en Grecia

Surge entonces la duda en determinar que ley es aplicable a la capacidad que tienen las partes para contratar la ley aplicable a la situación del bien, la ley aplicable a los efectos jurídicos que surgen del contrato etc

Por ello es importante identificar la diferencia que existe entre una relación jurídica de carácter doméstica versus una relación jurídica de carácter internacional frente a lo que hemos denominado un contrato doméstico y la noción que la nueva *lex mercatoria* exhorta sobre un contrato internacional

La unificación del derecho privado en el contexto internacional se ha dado a través de la *lex mercatoria*

Después de la época de los setenta los usos comerciales van adquirir importancia debido al desarrollo del comercio internacional al aumento de la

inversion extranjera y al crecimiento del otorgamiento crediticio internacional en divisas

Como consecuencia de lo anterior surge el renacimiento de los usos de comercio internacional contribuyendo a la configuracion de los codigos privados con independencia de los derechos positivos o nacionales el predominio de la autonomia de la voluntad de las partes en la concertacion de la contratacion internacional

La lex mercatoria se encuentra inmersa en un plano transnacional el espacio transnacional es el espacio globalizado exento de limites fronterizos configurado por ese soberano privado supraestatal difuso Sin embargo como es obvio el espacio transnacional presupone la necesaria existencia del espacio nacional que es trascendido o desbordado por el primero

Analogamente a lo que sucede con el espacio transnacional ocurre con la **poblacion transnacional**” En este ultimo caso el paisaje esta poblado de personas juridicas esto es de empresas transnacionales

Tal poblacion designada con el nombre de **societas mercatorum** o **business community** esta lejos de ser homogenea y menos aun de reivindicar una identidad nacional unica y aunque se aproxima a una sociedad multicultural (sus intereses van de los neumaticos a los diamantes, del petroleo a las telecomunicaciones, de las divisas a los farmacos o de los automoviles al credito etc) se siente comoda con un derecho basado en leyes modelo, codigos de conducta normas prudenciales, usos comerciales y principios generales

Como producto de ese constante intercambio comercial entre las sociedades transnacionales las navieras los abogados entre otros, que constituyen los operadores del comercio internacional surge un sentimiento de normas que reglamentan su comportamiento comercial

Ese comportamiento comercial esta identificado con características diversas que son en suma flexibles ágiles y versátiles puesto que el comercio internacional tiene ineludiblemente que seguir avanzando de tal suerte que las normas que traben el desarrollo y florecimiento del comercio debe ser una cuestión del pasado

Todas las consideraciones anteriormente expuestas justifican las razones de la presente investigación Es decir determinan el propósito para el cual se realiza el presente estudio partiendo de una sociedad internacional se justifica el estudio de la unificación del derecho contractual internacional

c Importancia de la investigación

El presente estudio es importante para precisar el contenido y alcance de la unificación del derecho contractual internacional

Este fenómeno tiene importancia trascendental en el ámbito de la nueva sociedad de comerciantes que ha generado un espacio de auto regulación de sus transacciones inspiradas en un principio de igualdad profesional y de conocimiento Dentro de ese espacio de autorregulación normativa se han generado normas anacionales neutras espontáneas y consensuales que tienen vigencia paralela y funcional con el derecho positivo estatal

La unificación del derecho contractual internacional contemporáneo se concentra en la funcionabilidad del libre mercado la libre oferta y demanda de bienes y servicios la versatilidad en el intercambio de bienes y servicios y capital que enmarca los vínculos jurídicos entre sociedades transnacionales y el propio Estado moderno

Es importante el presente estudio ya que la *lex mercatoria* nace producto de la necesidad del comercio mundial como un derecho común de los mercaderes operadores del comercio mundial que se solidifica en pro de la justicia mercantil supra nacionales y de foro arbitral

Definitivamente el derecho mercatorio se funda en reglas generadas por grupos interprofesionales del comercio mundial los que mediante un consenso crean reglas especializadas sustantivas y anacionales El nuevo derecho comercial es la derivación inmediata de los usos del comercio que invade la técnica de los contratos mercantiles modernos con efectos extraterritoriales Es allí en donde se sustenta la importancia del presente estudio

d Objetivo general

- 1 Determinar los principios que sustentan la unificación internacional del derecho contractual

e Objetivos específicos

- 1 Analizar la evolución histórico legal de la unificación del derecho contractual internacional
- 2 Estudiar el concepto legal de la contratación internacional

- 3 Interpretar la normativa internacional que regula las normas aplicables a la contratacion internacional
- 4 Demostrar el reconocimiento jurisprudencial de lex mercatoria en Panama

f Hipotesis

Nuestra hipotesis de trabajo es la siguiente ***La unificacion del derecho contractual internacional se sustenta (no se sustenta) en las reglas que han establecido los operadores del comercio internacional***

Este trabajo va dirigido a determinar el sustento de la unificacion del derecho contractual internacional que se evidencia en las reglas o normas que los propios operadores del comercio internacional han forjado como producto del devenir de sus negocios internacionales

Los comerciantes necesitan dentro de su ambito reglas flexibles que regulen sus actividades a fin que los negocios que estos ejecuten se vean inmersos en condiciones de estabilidad y competitividad

Evidentemente la regulacion al respecto no ha sido una creacion de la noche a la mañana puesto que siglos de historia han transcurrido para que esas reglas que se forjaron en otrora hoy en dia se acondicionen a los cambios tecnologicos sociales y politicos actuales

g Metodologia de la investigacion

La metodologia de la investigacion utilizada consiste en revision bibliografica de la doctrina nacional y extranjera sobre el tema el analisis de la normativa delCodigo de Comercio al respecto el derecho convencional la

normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 15 de 26 de septiembre de 1928 (Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante) que contiene una serie de normas aplicables a los contratos de comercio de los artículos 244 al artículo 273 además se consultará la jurisprudencia nacional sobre la materia finalmente utilizaremos como fuentes de información fundamental los instrumentos normativos de carácter internacional que establecen normas sobre el derecho aplicable a la contratación internacional

Entre estos instrumentos normativos internacionales se encuentran los principios de **UNIDROIT de 2010 (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado)** para los contratos comerciales internacionales y la convención interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacional **CIDIP V (Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado)** celebrada en la Ciudad de México en 1994

Además, se consultarán artículos de revistas especializadas de derecho para determinar en conjunto las opiniones de los diferentes autores sobre el tema en comento. Luego de consultada la bibliografía estaremos en la capacidad de comenzar a redactar nuestro trabajo para someterlo finalmente a la revisión de nuestro profesor director de tesis el que establecerá las correcciones e indicaciones pertinentes para finalmente imprimir el texto definitivo de nuestra tesis para pasar a la sustentación de la misma ante el tribunal de sustentación. Los resultados que esperamos con nuestro trabajo son

acerca de la aplicación jurisprudencial y normativa de los principios jurídicos sobre los que se apoya la unificación del derecho contractual internacional

La doctrina sobre el tema que nos compete es clara en establecer los postulados fundamentales sobre los cuales se sustenta la unificación del derecho contractual internacional en el plano de la judicatura nacional en 1996 la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante el fallo del 27 de febrero del negocio jurídico conocido como Banco Exterior de los Andes vs Banco Cafetero Panama que reconoce los principios fundamentales de la *lex mercatoria*. Esta jurisprudencia marca un hito de suma trascendencia en la jurisprudencia patria debido a que recoge el reconocimiento y la aceptación de la *lex mercatoria* y la conceptualización de lo que se entiende por una relación contractual internacional. Se establece que la *lex mercatoria* es la ley aplicable a una relación jurídica de carácter internacional establecida entre dos operadores del comercio internacional o grupos localizados en domicilios o Estados diferentes. Analizar la unificación del derecho contractual internacional evoca definitivamente a entender la noción de contrato internacional y es otro de los resultados que pretendemos establecer con la investigación.

En la doctrina nacional son muy reducidos los autores que han escrito sobre el tema. Sin embargo consideramos que al existir un pilar normativo internacional es necesario además que se conceptualice la contratación internacional en sí.

Como resultado de nuestro trabajo hacemos hincapié en la relación que existe entre la unificación del derecho contractual internacional y la

jurisprudencia nacional la proyección del derecho positivo panameño frente a la unificación del derecho contractual, la influencia de los elementos que sustentan la unificación del derecho contractual internacional en las convenciones internacionales existentes y las que han de existir en el futuro y finalmente estructurar una conceptualización de lo que se entiende como contratación internacional

**CAPITULO I DE LA UNIFICACION NORMATIVA EN EL
DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL**

1 Aspectos preliminares

La unificación normativa en el derecho comercial internacional busca darle certeza, seguridad o previsibilidad jurídica a una relación de derecho privado con carácter internacional. Las partes involucradas en un contrato que tiene los puntos de contacto lo suficientemente significativos que provocan su internacionalización exigen que sus intereses sean amparados por los mecanismos legales existentes. Al respecto se han establecido una diversidad de métodos que buscan determinar la ley aplicable a una relación de derecho o situación jurídica cuando esta soporta los elementos de extranjería o puntos de contacto lo intensamente significativos que determinen esa situación.

Por ende, dentro de este enfoque surgen los llamados conflictos de leyes cada vez que estamos en presencia del choque entre dos normas legales que pertenecen a distintos ordenamientos jurídicos, las cuales ante la presencia de una relación o situación jurídica con elementos de extranjería objetivamente relevantes o significativos, busca conocer cuál de esos ordenamientos jurídicos es el competente para consecuentemente determinar cuál es la ley aplicable a esa misma relación o situación jurídica, solventando de esta forma las dudas sobre la ley aplicable a un caso determinado.

En otras palabras, los conflictos de leyes surgen cuando en una misma relación o situación jurídica concurren factores de conexión objetivamente relevantes que procrean la opción o duda de determinar cuál es el ordenamiento jurídico competente para resolver o regir la soberanía jurídica de la relación o situación en cuestión. Para dar solución a los conflictos de leyes

existen una serie de metodos a la solucion de los conflictos de leyes que proyectaremos a continuacion

2 Los metodos de solucion de conflictos de leyes

2.1 Metodo conflictual o conflictualista

Ese metodo de solucion de los conflictos de leyes esta vinculado indisociablemente a la norma o regla de conflicto del foro norma que ante la eventualidad del despliegue de una controversia de caracter internacional remite al juez a que en virtud de la misma señale de manera indirecta, el derecho aplicable a la situacion controvertida

El derecho intencional privado se ha sustentado en el clasico metodo conflictualista que determina la localizacion de la ley que regira una relacion de derecho internacional privado Su origen directo data de la escuela estatutaria italiana de los glosadores en el siglo XIII quienes lo esbozaron para determinar que ley es la mas acorde con el supuesto de una relacion juridica Se ha sostenido que

La teoria general de los conflictos de leyes se traduce en un metodo llamado **Metodo Conflictual o Conflictualista** que data de mas de 500 años de existencia dentro del derecho occidental En el Metodo Conflictual o Conflictualista se absorben todos los fenomenos que deben ser juzgados y apreciados por el juez de la causa para llegar justamente a una ley aplicable inteligente y fundamentada [Boutin (2002 344 345)]

Es el metodo clasico de la solucion de conflictos de leyes cuya raiz se fundamenta en una dualidad de razonamiento logico que determina en la norma de conflicto la coexistencia de dos teoremas, el primero de estos que se

encarga de encuadrar la relacion o situacion juridica internacional y el segundo que evoca a determinar el ordenamiento juridico aplicable al caso internacional objeto de la litis

El jurista mexicano **Leonel PEREZNIETO CASTRO** concluye con respecto al metodo conflictualista lo siguiente Tecnica mediante la cual se pretende resolver problemas del trafico juridico internacional con la aplicacion de normas o reglas de conflictos bilaterales [Pereznieto (1984 378)] Por ello la sustancia de la teoria de los conflictos de leyes se sustenta en el metodo conflictualista que embelesa todos los pilares constitutivos que deben ser apreciados por el juzgador para arribar a la ley aplicable a una relacion juridica que contiene los elementos de extranjeria lo agudamente significativos que son determinantes para conceptualizarla de caracter internacional

2 1 1 La norma o regla del conflicto La norma de conflicto o norma de derecho internacional privado es aquella norma que no regula o resuelve la relacion juridica de caracter internacional debatida en ese momento sino simplemente se limita a indicar el ordenamiento juridico aplicable a esa relacion particular con efectos extraterritoriales La regla de conflicto encuadra la relacion juridica internacional y la envia o remite a un sistema juridico considerado como competente para dar la solucion material de la cuestion controvertida sistema juridico que puede ser tanto nacional como extranjero

Ello es asi ya que la misma ha recibido distintas denominaciones tales como norma remisoria, norma de colision regla de conexion porque su

naturaleza es conectar o remitir una situación jurídica de carácter internacional o con efectos extraterritoriales a un determinado ordenamiento jurídico

Una regla de conflicto en materia de contratación privada internacional es el artículo 176 del Código Bustamante que indica que ***Dependen de la ley personal de cada contratante las reglas que determinen la capacidad o incapacidad para prestar el consentimiento***

Aquí se puede notar a todas luces el carácter remisorio de la norma porque ella no regula de forma directa la relación jurídica en cuestión por ende tiende a designar el ordenamiento jurídico aplicable a la cuestión cambiaria que puede ser la **lex fori** o la **lex causae**

Ese ejemplo evidencia que la regla de conflicto no contiene disposiciones de derecho material que gobiernen de forma directa la cuestión debatida, sino que simplemente se limita a expresar el ordenamiento jurídico en donde ha de localizarse el derecho material que en forma directa gobierne los efectos jurídicos de la relación jurídica extraterritorial

2 1 2 Caracteres de la regla de conflicto

La regla de conflicto se caracteriza por ser formal bilateral y neutra [Boutin (2002 286 290)]

2 1 2 1 La regla de conflicto es formal Puesto que la misma no entra a indicar el derecho sustantivo o material que rige la relación jurídica con efectos internacionales sino un ordenamiento jurídico competente que entrara a regular los efectos materiales de la relación jurídica de carácter internacional En fin la regla de conflicto es formal porque no resuelve directamente la

cuestión debatida mas solamente la remite al ordenamiento juridico que ha de proporcionar la solución. La norma de conflicto tiene la connotación que la solución jurídica no viene directamente ordenada- sino que la misma proyecta una remisión a un ordenamiento juridico determinado quien va a proporcionar la solución material o de fondo de la situación jurídica internacional

2 1 2 2 La regla de conflicto es bilateral Ello es así porque la regla de conflicto al ventilar una relación jurídica puede designar como competente ya sea la ley material del foro o la ley material extranjera

2 1 2 3 La regla de conflicto es neutra Eso significa que una vez que se procede a consultar la norma de conflicto que hace parte del sistema del foro, ello no es óbice para que se este obligado a interpretar el propio derecho del foro. Ello es así porque desde el momento en que el juez ante la eventualidad de una controversia de carácter internacional cuando procede a consultar su propia regla de conflicto que forma parte de su sistema se le da la opción ya sea de inclinarse por la aplicación de un derecho distinto del foro o la propia **lex fori**

2 1 3 Estructura de la regla de conflicto Se ha indicado que la regla de conflicto tiene una estructura **bimembre dual bidimensional** o **bipeda** constituida por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica [Boggiano (1978 57)] El supuesto de hecho indica la relación, cuestión o categorías jurídicas de carácter internacional o multinacional la consecuencia jurídica remite a un ordenamiento juridico determinado considerado como competente para regular el supuesto de hecho objeto de la controversia

2 1 4 Clases de reglas de conflicto Pueden ser unilaterales o bilaterales. Las reglas de conflicto **unilaterales** son las que se circunscriben a delimitar el radio de su aplicación a una situación jurídica dentro del territorio de un determinado Estado sin contemplar que ley ha de regular situaciones jurídicas que estén fuera de su ámbito.

Ello es así porque esta norma de conflicto está estructurada con un fin determinar la ley aplicable de todas las situaciones jurídicas que acontecen dentro de su territorio, con exclusión de la aplicabilidad de toda ley extranjera. De tal forma que todas esas situaciones jurídicas serán regidas por la ley del foro. Las normas de conflicto **bilaterales**, por el contrario, pueden plantear la opción de elegir como ley competente la ley del foro o la ley extranjera. Son aquellas normas que no se circunscriben a regular todas las relaciones jurídicas bajo el imperio de una sola ley por razones territoriales sino que da cabida a la igualdad entre la ley del foro y la ley extranjera.

La diferencia entre las normas de conflicto unilateral y bilateral consiste en que las primeras se orientan bajo el prisma de determinar el ámbito de aplicación de la ley del foro descartando toda ley extranjera y las segundas admiten la aplicación tanto de la *lex fori* como de la *lex causae*.

2 1 5 La regla de conflicto y la norma material La naturaleza de la norma de conflicto es meramente remisoria a un ordenamiento determinado donde se puede encontrar la solución a la cuestión que ha suscitado la controversia. De allí que la norma de conflicto no resuelve casos determinados.

por ende ha de tratarse de una norma **no material, o no sustantiva, o norma que no resuelve el fondo del asunto**

La norma material por el contrario soluciona el caso concreto de manera directa careciendo de efectos remisorios y contemplando la solución al caso controvertido de naturaleza internacional. La diferencia entre una norma y otra es que la norma de conflicto remite la cuestión debatida a un ordenamiento jurídico determinado en tanto la norma material soluciona el caso iusprivatista internacional de forma directa.

2.2 El método de la ley de policía

El método de la ley de policía provoca desvirtuar el carácter conflictual de una relación jurídica de carácter internacional, porque ante la presencia de una ley de aplicación instantánea se bloquea el ámbito de aplicación de la regla de conflicto descartándose la opción de dos o más leyes que pretendan regular una determinada situación o relación jurídica. Por ende cuando estamos en presencia de una ley de aplicación instantánea no es operante la eficacia de la norma de conflicto pues aquella ley asedia de manera directa la vigencia de la norma de conflicto ya que la materia en cuestión está gobernada por una norma de carácter imperativa y de aplicación inmediata. La concepción más elaborada de las normas de aplicación inmediata se le debe a **FRANDESCAKIS (1958)** quien sustenta la vigencia de esas normas sobre la base de un carácter inexorablemente imperativo descartando la aplicación de la norma de conflicto que pudiese conducir a la aplicación del derecho extranjero. Por ende, la norma de policía provoca la no conflictualización de

una relacion de caracter internacional desvirtuando los conflictos de leyes puesto que la materia esta regulada por una norma de caracter imperativo, no admitiendo conflictualizacion alguna. La nocion de la ley de policia evoca el rechazo de la aplicacion de la ley extranjera por el predominio de la organizacion estatal de manera que ante la eventualidad de una relacion juridica internacional la ley aplicable sera la ley del foro porque la materia recae sobre una norma de policia. Por lo tanto el metodo de la ley de policia provoca suprimir la aplicacion de la norma de conflicto trayendo consigo la ausencia de la vigencia de los conflictos de leyes. Asi como el metodo conflictual se basa en la regla de conflicto del foro el metodo de la ley de policia tiene como piedra angular la ley de policia que no es mas que una ley politica imperativa y que salvaguarda la organizacion politica social y economica de un Estado. Se ha apuntado acertadamente sobre el metodo de la ley de policia o de aplicacion inmediata que

Conforme a esta tecnica se procura resolver los problemas derivados del trafico juridico internacional de manera directa mediante la aplicacion de ciertas normas del sistema que por su naturaleza excluyen cualquier otro recurso. Generalmente se trata de normas que protegen la hegemonia y eficacia del sistema normas que no toleran la intrusion de un derecho foraneo o extranjero y que protegen al sistema juridico nacional y la integridad y estructura del Estado. [Aparicio (1997: 66)]

La ley de policia tiene como presupuestos fundamentales un interes general y colectivo o de proteccion por tal motivo se ha considerado que dichas normas deben aplicarse sin otro recurso pues son de caracter

imperativas e inderogables. En vista de ello el método de la ley de policía evoca a la conclusión ineludible de que siempre que la relación jurídica extraterritorial no haya sido regulada mediante una ley de policía o ley política de un Estado admitirá la vigencia metodológica de la norma de conflicto y por ende tal relación jurídica con efectos extraterritoriales se puede **conflictualizar** provocando la opción o duda de que ley va a gobernarla.

2.2.1 La ley de policía o ley de aplicación inmediata

Tal es la naturaleza de este tipo de normas que evoca la aplicación inmediata de la misma sobre la cuestión controvertida, ello es así porque la orientación es que esta fundamentada en un orden público de protección y dirección. Son leyes sociales, políticas y económicas que orientan la organización estatal. Partiendo de la premisa que toda norma jurídica está dotada de una dualidad estructural, el insigne jurista **BOGGIANO** apunta que

El tipo legal de estas normas capta generalmente un aspecto de casos jusprivatistas multinacionales. La consecuencia jurídica describe el proyecto de solución del caso mediante la elección del sistema jurídico nacional propio de la norma de policía como indicado para resolver el caso. [Boggiano (1978: 45)]

La preocupación de este autor se erige en el sentido que una interpretación chauvinista extensiva de la norma de policía sería contraria al fin del derecho internacional privado que propugna la solución justa a los casos internacionales, opinión que compartimos plenamente. Orientados bajo el prisma que la ley de policía tiene una finalidad de protección de los intereses generales y de dirección socioeconómica, son normas de policía las

siguientes la reglamentación que establece la ley bancaria sobre el secreto bancario, el secreto al cual están obligadas las empresas fiduciarias los documentos de las sociedades anónimas que no pueden darse en publicidad el régimen de constitución sindical las normas de inembargabilidad de los bienes de las organizaciones sociales, la norma de cotización en el régimen de seguridad social normas registrales de las escrituras públicas y actos jurídicos en el registro público la inscripción del nacimiento de las personas naturales en el registro civil el régimen de seguridad social referente a los accidentes y enfermedades profesionales, los requisitos para obtener una licencia fiduciaria bancaria o de seguros los parámetros legales para la constitución de un fideicomiso la inembargabilidad de los bienes fideicomitidos los requisitos de fondo y forma para la existencia de los contratos el registro de la propiedad industrial y el derecho de autor los requisitos para una licitación pública un concurso de precios o la contratación directa en materia de contratos administrativos las normas sobre revisado vehicular o de vehículos de motor el reglamento de tránsito y transporte terrestre las normas de protección del patrimonio histórico o nacional las normas sobre nulidad absoluta de los actos contractuales etc

2.2.2 La ley de policía y la regla de conflicto

La intervención de la ley de policía es previa a la vigencia de la regla de conflicto. Por ello cuando interviene la ley de aplicación inmediata no hay conflictos de leyes puesto que la materia controvertida está regulada por una ley imperativa que excluye toda conflictualización. La ley de policía impide

la vigencia de la regla de conflicto Evidentemente ante esta eventualidad la relacion juridica esta sometida a un dominio unilateral de la ley del foro desvinculando toda opcion conflictual Por consiguiente notamos que

- La estructura de la regla de conflicto con respecto a la ley de policia difiere tanto en su contenido y aplicacion
- La regla de conflicto es remisiva en tanto la ley de aplicacion inmediata gobierna directamente la relacion juridica controvertida
- La ley de policia se visualiza desde la concepcion del interes social economico, politico que deben ser protegidos y, por tanto no cabe la sustitucion de la misma por otra ley foranea
- Por ser la norma de policia de aplicacion directa excluye la conflictualizacion de la relacion juridica internacional o lo que es lo mismo no hay un conflicto de leyes

2.3 El metodo de la proper law

Ese metodo de la solucion de conflictos tiene sus raices en el derecho anglo norteamericano con una finalidad la de establecer que ley es aplicable a una relacion de caracter internacional con determinadas peculiaridades No en vano se ha sostenido que

El metodo **jus privatista** internacional anglo norteamericano apelado **proper law** tambien apreciado por el Derecho Internacional Privado frances bajo el titulo del **impresionismo** juridico ya que el mismo responde no a un criterio sistematico sino a una casuistica y pincelada que establecen una imagen de cerca y de lejos otra proyeccion distinta a la concepcion de cerca del derecho en si mismo o mejor dicho la constante aplicacion doctrinaria del derecho del foro norteamericano lo transforma realmente en un

derecho **narcisista** cuya aplicacion de la justicia es completamente unilateral [Boutin (2002 321)]

Como es sabido el metodo conflictual es el metodo clasico en la solucion de los conflictos de leyes. Empero se fueron gestando movimientos intelectuales que provocaron la concepcion de nuevos metodos a la solucion de los conflictos de leyes, por ello nace el metodo tipico del derecho internacional privado anglo norteamericano. Ese metodo germina con una orientacion peculiar respecto al metodo clasico o conflictualista. Ello es asi porque el metodo conflictualista se cimienta en una concepcion programatica y racional encuadrada en la norma de conflicto que responde a una naturaleza romanista o continental subyugada en un primer **teorema** en donde se conjuga la cuestion internacional y una conclusion en donde se converge la remision a un ordenamiento juridico competente que regira los efectos de esa relacion juridica internacional. El metodo del derecho internacional privado anglo norteamericano por el contrario parte de un realismo e instinto natural del derecho anglo norteamericano ya que en la eventualidad que el juez anglo norteamericano se encuentre ante la presencia de una controversia con rasgos internacionales buscara de manera instintiva, espontanea o natural la ley mas adecuada o consona que se le va a aplicar a esa relacion internacional.

2 3 1 La suma de los puntos de contacto de Morris

Determinemos el siguiente ejemplo: un contrato de compraventa internacional de mercaderias es suscrito entre una sociedad anonima estadounidense y una sociedad anonima china sobre doscientos contenedores

de electrodomesticos ubicados en un puerto en Nueva York Estados Unidos de America La oferta y la firma del contrato se realizan en Florida el pago de la mercancia se realiza por medio de dolares estadounidenses en un banco de Filadelfia y la entrega de la carga transportada por una naviera sueca se realizara en el Puerto de Balboa Panama

Partiendo de la teoria esbozada por **MORRIS** que responde a que la ley aplicable a una relacion de caracter internacional la da la suma de los puntos de contacto Procedemos a **sumar esos puntos de contacto** las partes firmantes del contrato internacional lo son una sociedad anonima estadounidense y una sociedad anonima china la mercaderia se encuentra en doscientos contenedores ubicados en un puerto en Nueva York , la oferta y la firma del contrato se realizan en Florida el pago de la mercancia se realiza en un banco de Filadelfia en dolares americanos y la entrega la realiza la empresa naviera sueca en Panama

De alli que concluyamos que hay cinco **puntos de contacto** que se inclinan a favor de los Estados Unidos de Norteamerica, pues tan solo existen tres factores de conexion extraños a los Estados Unidos que son la sociedad anonima china la nacionalidad de la naviera sueca y el lugar de la entrega de la carga por lo tanto, se descarta la aplicacion del derecho contractual panameño chino o sueco a la relacion juridica contractual y la suma de los puntos de contacto se inclina hacia la aplicacion del derecho norteamericano en materia de compraventa internacional de mercaderias

Ese razonamiento es sobre la base de la suma de puntos **de contacto cuantitativa**. Quienes critican esa teoría se formulan la interrogante ¿Que Derecho será el aplicable en caso de que la suma de los puntos de contacto este en paridad? Allí surge una deficiencia en la misma ya que no hay solución ante esa vicisitud teniendo que recurrir al **elemento aleatorio** para poder dar respuesta a que ley gobierna esa situación jurídica internacional. Luego de esta falencia **MORRIS** modifica su postura al señalar que la ley aplicable a una relación de comercio internacional será el resultado de la suma de puntos de contactos o factores de conexión **cualitativa y no cuantitativa** recayendo una labor ardua en la persona del juzgador tendiente a determinar que punto de contacto tiene un valor cualitativo más relevante que otro deviniendo esta doctrina en un inconveniente para determinar **la precisión** del derecho que ha de aplicarse, trayendo consigo una tarea difícil y técnicamente imposible para el juzgador.

2.3.2 Doctrina de Cavers o de la justicia en cada caso

Sostiene que la búsqueda de la ley aplicable a una relación jurídica de carácter internacional debe estar motivada por la aplicación de la justicia en cada caso. Por ende el juez anglo norteamericano al estar en presencia de una controversia de carácter internacional aplicará la ley sobre la base de su cúmulo de concepciones que sobre la justicia él tenga. Deviniendo esta teoría en apreciaciones subjetivas y unilaterales de parte de la conciencia del juzgador y es allí en donde se objeta el principal inconveniente para la misma. Debido a que la búsqueda de la justicia en cada caso es una concepción

eminente personalísima que dependerá del conjunto cultural de acepciones que sobre la justicia tenga cada juez de acuerdo a su patrimonio cultural o entorno social

Por ejemplo lo que puede ser justo para un juez **afgano musulmán** imbuido en la doctrina **islámica** puede que no sea justo para un **juez latinoamericano** arraigado de la doctrina católica, **apostólica y romanica**

Así por ejemplo una sociedad agrícola norteamericana de viñedos ubicada en California celebra un contrato de seguros internacional de mercaderías con Generali Seguros Sucursal de Italia sobre ciento cincuenta contenedores de uvas doscientos contenedores de manzanas verdes y cincuenta contenedores de manzanas rojas **el objeto del seguro no cubre, la pérdida de la mercancía por incendio del buque, sino solamente por abordaje de la nave**, la mercancía es embarcada en Boston con destino a Brasil la naviera es de nacionalidad japonesa, sin embargo en el viaje ocurre un incendio de la nave y toda la mercancía se destruye

El juez anglo americano va a tener varias posibilidades regirse por lo términos del contrato internacional de seguro de la mercancía que excluye el hecho del incendio como riesgo asegurado y exonerar del pago del seguro a la empresa aseguradora porque no ocurrió abordaje o condenar a la aseguradora al pago del seguro porque a pesar que no hubo abordaje la mercancía toda se perdió por el hecho impredecible del incendio de la misma

¿Cuál será la justicia que se aplicaría en este caso condenar a la aseguradora al pago de la indemnización por el siniestro acaecido o liberarla de

responsabilidad contractual a pesar de las pérdidas millonarias de las que fue objeto la sociedad agrícola californiana?

Definitivamente se pueden dar un cúmulo de posibilidades tantas existan en la mente del juez como en el existan variantes o constantes en su acumulación de percepciones que con respecto a la justicia en cada caso tenga. De allí lo abstracto subjetivista y variante de la teoría pues lo que aparenta ser justo en un caso en otro tal vez no lo sea o de serlo puede que lo sea en mayor o menor medida.

En fin la justicia en cada caso es eminentemente subjetivista variante dispar e incontinua por la diversidad de corrientes ideológicas o culturales que condicionan ese sentir abstracto que según **CAVERS** es el basamento de localización de que ley es **mas justa** para gobernar la **soberanía jurídica** de una relación jurídica internacional.

2 3 3 La doctrina del interés gubernamental de Currie

Esta doctrina determina la importancia gubernamental o del Estado cuando estamos en presencia de una controversia de carácter internacional. En la eventualidad que el juez se encuentre con una controversia de carácter internacional al buscar la ley aplicable tiene que tener como norte el interés que ha de concursar el ente estatal en la misma es decir antes de buscar que ley ha de gobernar la situación jurídica internacional hay que precisar si existe en tal situación un interés gubernamental que tenga incidencia directa para determinar que ley va a aplicar a dicha cuestión de carácter internacional.

A nuestro juicio, esta doctrina atrae la controversia de carácter internacional y la somete a la ley del Estado cuando este manifieste un interés en la misma controversia determinando la existencia de falencias que la hacen inestable e imprecisa

La principal debilidad de la teoría de **CURRIE**, se centra en el hecho que no explica la solución a un conflicto de leyes de carácter internacional cuando estamos ante la concurrencia de más de un interés estatal propugnado por uno o varios Estados que en pie de igualdad que en la comunidad internacional tienen el mismo interés e intensidad con relación a la cuestión negocio jurídico o situación jurídica debatida

Por ejemplo el gobierno panameño celebra un contrato de consultoría ambiental con una empresa rusa alemana y española para que las mismas hagan un estudio sobre el impacto de las construcciones en los manglares de la Bahía de Panamá sin embargo, tal estudio no es entregado dentro del término de tres meses pactado en el contrato internacional de consultoría, por lo que las empresas consultoras recaen en un incumplimiento contractual Según la doctrina del interés gubernamental de **CURRIE** es el derecho del gobierno panameño el que debe regir los efectos jurídicos del incumplimiento contractual dentro de la presente relación jurídica descartando de plano la aplicación del derecho ruso alemán o español a la presente controversia

2.4 El Método de la ley uniforme

Partiendo de la premisa que el derecho internacional privado tiene su ámbito de estudio en determinar que ley gobierna a una situación jurídica que

esta pernoctando con varios ordenamientos jurídicos surgiendo la interrogante de que ley gobierna a esa situación jurídica que muchas veces se torna nomada o vagabunda

Ante esa eventualidad surge la contingente necesidad de buscar seguridad jurídica en el interés que engendra dicha relación con efectos extraterritoriales

El tráfico jurídico internacional demanda seguridad jurídica para la salvaguarda de dichos actos por ende se han esbozado nuevos métodos para la solución de los conflictos de leyes como lo es el método de la ley uniforme

El método de la ley uniforme apela a una solución universal, para establecer seguridad y certeza jurídica en la relación de jurídica internacional De tal suerte que surja la idea universal de encuadrar armonía en los sujetos involucrados en la misma

2 4 1 Los congresos internacionales

- Como es el caso del **Congreso de Panamá** de 1826 que es el primer intento de codificación del derecho internacional público y privado en el hemisferio americano
- El Congreso de Lima de 1877 1878
- Primer Congreso de Montevideo de 1888 1889
- Segundo Congreso de Montevideo de 1939 1940

2 4 2 Conferencias especializadas

- Conferencia Panamericana de Washington de 1889 México de 1901
Rio de Janeiro de 1906 Buenos Aires de 1910 Santiago de Chile de

1923 La Habana en donde se aprueba el Código Bustamante de 1928
Montevideo de 1933, Lima de 1938 Bogotá de 1948 Caracas de
1954

- Conferencias de la Haya de 1893 1894 1904 1925 1928
- Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho Internacional Privado (CIDIP) CIDIP I Panamá en 1975 CIDIP II Montevideo en 1979 CIDIP III La Paz Bolivia en 1984 CIDIP IV Montevideo en 1989 CIDIP V México en 1994 etc

2 4 3 The restatements of the laws of conflicts of laws

Es la compilación sistemática de las decisiones judiciales con conclusiones en forma de normas ilustrativas establecidas en forma programática para la solución de los casos que no tienen carácter vinculante pero sí gran importancia práctica. Su ámbito de aplicación se extiende a todos los Estados de la Unión Norteamericana. Partiendo de la premisa que el sistema del **common law** es reactivo a la codificación se compilan las sentencias que suplen a los códigos y ayudan a resolver los casos sobre la base de los antecedentes jurisprudenciales ya compilados en los llamados **Restatements**. El primer **restatement** fue publicado por **Joseph H. BEALE** de la escuela de leyes de Harvard en 1934 que contiene 625 artículos con doce capítulos.

El **second restatement of conflict of law** se publica en 1971 por **Willis L. M. REESE** de Columbia University Law School of Nueva York aplicando los postulados de la ley de policía o de aplicación inmediata.

2 4 4 Organizaciones científicas especializadas

2 4 4 1 Asociación Nacional para el Progreso de las Ciencias Sociales (Birmingham 1857)

En orden histórico fue la primera asociación en realizar estudios tendientes a la unificación del derecho internacional privado

Motivo una serie de congresos de índole marítima como Glasgow de 1860, Londres de 1862 York de 1864 constituyendo un sistema de clasificación de las averías denominado Reglas de York

2 4 4 2 Asociación Internacional para el Progreso de las Ciencias Sociales (Bruselas 1862)

Bajo su dirección promueve una serie de Congresos como el Congreso de Bruselas en 1862 Gante en 1863, Amsterdam en 1864 y Berna en 1865 tratando materias como la ejecución de sentencias extranjeras las letras de cambio, sentencias arbitrales y sociedades anónimas

2 4 4 3 Asociación de Derecho Internacional o International Law Association ILA (Bruselas 1873)

Auspicia los Congresos de Amberes de 1877 y Liverpool de 1890 replanteándose y formulando más sistemáticamente las Reglas de York que llamo Reglas de York y Amberes

La **ILA** ha desarrollado una vasta labor en una serie de congresos propugnando la uniformidad de diversas ramas en especial el derecho comercial internacional

2 4 4 4 Instituto de Derecho Internacional (Gante 1873)

Es la institucion privada de mayor relevancia en el estudio cientifico del derecho internacional privado tomo como basamento el principio del Reconocimiento del derecho extranjero como deber de justicia internacional Ha realizado reuniones importantes tocando aspectos significativos de nuestra ciencia formulando conclusiones que gozan de gran autoridad y prestigio

2 4 4 5 Instituto Americano de Derecho Internacional (1915)

La labor mas importante que ha desplegado es la participacion activa en el estudio y redaccion de las normas del Codigo Bustamante

En su reunion de Lima de 1924 designo el Instituto una comision de miembros que colaboraron en esa labor de estudio y redaccion

Trabajo que se materializa en la Sexta Conferencia de la Habana en donde se aprueba el Codigo de Derecho Internacional Privado

2 4 4 6 La Organizacion de las Naciones Unidas (ONU)

Esa Organizacion Internacional a traves de la Comision de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha desplegado una magnifica labor en el campo del Derecho Internacional Privado a traves de Convenciones Internacionales y Leyes Modelos Entre estas convenciones internacionales tenemos la del reconocimiento y ejecucion de sentencias arbitrales extranjeras 1958 transporte maritimo de mercaderias 1978 contrato

de compraventa internacional de mercaderías de 1980 etc Entre las leyes modelos podemos indicar la de arbitraje internacional de 1985 la de comercio electrónico de 1996 e insolvencia transfronteriza de 1997 etc

2 4 4 7 Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, 1926 (UNIDROIT)

Con sede en Roma goza de gran prestigio y aceptación mundial por su labor Entre sus aportes tenemos la convención sobre la venta internacional de bienes muebles de 1964 convención sobre el contrato de viaje de 1970 y su realización más reciente **Los principios para los contratos de comercio internacional o la nueva lex mercatoria en sus versiones de 1994, 2004 y 2010**

En el ámbito internacional existen otras instituciones científicas del derecho que ha contribuido a la unificación del derecho internacional privado como el **Max-Planck- Institut Fur Ausländisches und Internationales Privatrecht** fundado en Berlín en 1926 el **Comité Interamericano** con sede en Río de Janeiro Brasil y **la Cámara de Comercio Internacional** con sede en París Francia

Ha existido otra tendencia y es la llamada codificación interna o nacional del derecho internacional privado con matices muy significativos en Suiza con la ley federal de derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987 en la ley de derecho internacional privado de Venezuela de 6 de agosto de 1998 y el código tunecino de derecho internacional privado de 1 de marzo de 1999

3 El contenido de la unificación general

En lo atinente al problema de la determinación de la ley aplicable a una relación jurídica de carácter internacional el contenido de la unificación general toma gran importancia

Las situaciones que envuelven la determinación del derecho aplicable hacen necesario que exista un sistema general universal que garantice la toma de decisiones similares en la elección de la ley competente en todas partes sin importar la jurisdicción a la cual pertenezca el juez. Es decir, el contenido de la unificación general del derecho contractual internacional apela a la existencia de un sistema común de corte universal adoptando una reglamentación única para las relaciones jurídicas que trascienden las fronteras de un solo Estado.

En virtud de la búsqueda del derecho aplicable a la relación jurídica de carácter internacional se deben buscar procedimientos que unifiquen las normas jurídicas que gobiernan una relación jurídica de carácter privado.

Con respecto al fenómeno de la diversidad legislativa esto presenta el inconveniente que se puede resolver mediante dos fórmulas: mediante la unificación de las normas de conflicto y mediante la elaboración de un derecho material uniforme o su armonización o aproximación. En lo que respecta a la unificación ella consiste en que existan diversos ordenamientos jurídicos que tengan un mismo derecho.

Sobre esta temática se ha establecido que

Los conceptos de unificación, armonización y aproximación no son sinónimos. La unificación consiste en insertar en uno o más sistemas

legislativos, reglas de derecho con un mismo contenido normativo. Los doctrinantes han dicho que la armonización vista desde el punto de vista negativo se sitúa más allá de la diversidad originaria de los distintos sistemas legislativos pero más acá de toda uniformidad en el cuadro de esos mismos sistemas jurídicos. En los órganos legislativos interesados debe existir la conciencia de realizar la tarea y una regla objetiva capaz de concretar la armonización. La armonización se caracteriza por su variabilidad y busca reglas materiales, lo que representa la unificación de los principios. La aproximación de las legislaciones consiste en la coordinación de distintos ordenes jurídicos internos con el propósito de adaptar sus normas fundamentales a un patrón caracterizado por la afinidad de su contenido sustancial. [Monroy Cabra, (1999: 42)]

4 La unificación del derecho comercial internacional

La temática de la unificación del derecho comercial internacional no es fácil de abordar. En este sentido la unificación del derecho comercial internacional se ha visto fortalecida con la aparición de la nueva *lex mercatoria* en el plano de los negocios que llevan a cabo los operadores del comercio internacional.

En este sentido la lentitud con que progresa la uniformidad legislativa del derecho mercantil desde el punto de vista de los órganos legislativos nacionales ha favorecido la progresiva formación de un derecho autónomo del comercio internacional que en la medida que se desvincula de todo ordenamiento positivo nacional crea una uniformidad regulatoria. La dinámica en que el derecho nacional es unificado mediante una técnica legislativa surge en la práctica un derecho uniforme vivo de génesis autárquica que tiene su

fuerza y desarrollo en los propios medios profesionales del tráfico mercantil internacional y cuya uniformidad corresponde a la solidaridad de los intereses que une a la sociedad internacional de comerciantes. De allí que en nuestro tiempo surge una nueva y universal **lex mercatoria** que ha trascendido las fronteras físicas de los Estados convirtiéndose por este motivo en un derecho común del comercio internacional.

El nuevo derecho del comercio internacional nace por la práctica de los diversos comerciantes, los que han creado un nuevo escenario caracterizado por una sociedad internacional de comerciantes regido por un derecho autónomo cuyo nacimiento es condicionado por las exigencias del comercio internacional que se ha gestado con total independencia de los sistemas jurídicos nacionales. En la edad media se sentían los primeros intentos de concertar un derecho uniforme sobre el sustento de un mercado económico supranacional, sin embargo hoy en día se vuelve a plantear la universalidad del derecho mercantil.

La creación de una **nueva lex mercatoria** se solidifica en un orden jurídico que posee esas características comunes que los comerciantes de aquel período establecieron en la edad media sobre la base de un mercado económico supranacional. La **lex mercatoria** se sostiene sobre un ordenamiento jurídico que tiene esos elementos comunes que los comerciantes indicaron en aquel período, retornando así ese derecho mercantil despolarizado con una unidad supranacional que se desarrolla de forma distinta que la unidad política y que solo se asocia a la unidad de mercado.

El derecho unificado legislado es la consecuencia de la unificación de las legislaciones nacionales. Por su parte, la legislación internacional está conformada por un sin número de tratados y convenciones internacionales que producen un derecho uniforme de carácter internacional.

En los tratados y convenios las partes contratantes asumen el compromiso de introducir en su derecho interno tales disposiciones y a medida que esto se va desarrollando se va acelerando el proceso de unificación del derecho comercial.

Los diversos tratados y convenios internacionales, los encontramos en los sectores de los pagos internacionales, la compraventa internacional de mercaderías, el arrendamiento financiero, el factoring internacional. En este sentido, se extiende una contraposición reflejada en un sistema de normas de inspiración uniforme que se imbuye en parámetros comunes a los ordenamientos adaptados a las exigencias del tráfico mercantil internacional. De allí que los convenios y tratados internacionales derogan gran parte de las reglamentaciones internas de los Estados imponiendo su vigencia sobre el derecho de los Estados contratantes.

Una de las principales ventajas que presupone la unificación es la certeza o certidumbre jurídica sobre la materia objeto de la regulación y los que critican la unificación del derecho argumentan que trae como consecuencia la rigidez y la dificultad de adaptación a cada sistema nacional. Los Estados a través del tratado internacional pueden recoger y formular las prácticas de los comerciantes. La uniformidad legislativa del derecho mercantil internacional es

bien limitada y progresa con mucha lentitud debido a que se desvirtua la uniformidad legislativa a través del juego de reservas por las renuncias que los Estados efectúan al firmar un tratado o convenio internacional sustentándose en todo aquello que signifique un mínimo de compromisos internacional y que afecte a su soberanía

5 La unificación del derecho material o sustantivo

El derecho material o sustantivo en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales supone un derecho directo que regula la relación jurídica de carácter internacional. No estamos hablando de una regla de conflicto o regla indirecta en el derecho internacional privado en donde se remite a un ordenamiento jurídico determinado para que esta regule la relación jurídica en todos sus aspectos. Sino más bien el derecho material regula de una forma directa la relación jurídica sin abocarse al rejuogo de la regla de conflicto en el derecho internacional privado. Las normas materiales resuelven el caso iusprivatista internacional de forma directa estableciendo una solución directa a la controversia internacional planteada. A diferencia de la regla de conflicto la cual remite a un ordenamiento jurídico competente y luego en este hay que buscar la norma material que ha de aplicarse a cada caso en concreto. Las normas materiales son de naturaleza sustantiva directa y no remisorias, a diferencia de la regla de conflicto que es de naturaleza no sustantiva, indirecta y potencialmente remisorias.

Así se llega a la conclusión que las normas materiales uniformes de derecho internacional privado son instrumentos adecuados para materializar

soluciones mas justas a los casos multinacionales que las propiciadas por la metodologia indirecta conflictualista

Sobre la unificacion del derecho material se ha señalado que

La unificacion del derecho sustancial es una evolucion que conlleva la derogatoria de las reglas de conflicto o reglas de derecho internacional privado para ser sustituidas por el derecho material o de fondo, supranacional de caracter consuetudinario y que prime sobre los derechos locales excluyendo, casi por antonomasia las reglas de conflicto de derecho internacional privado [Boutin (2002 336)]

Ello es asi ya que los efectos que produce la unificacion del derecho material supranacional es coronarse como regente directo de las controversias que se susciten en el ambito de las relaciones juridicas internacionales

Una de las proyecciones de la unificacion del derecho material es la sustitucion o derogatoria de la regla de conflicto ademas la unificacion del derecho material tiene incidencia directa sobre los conflictos de leyes ya que la doctrina autorizada ha esbozado metodos para la solucion de los conflictos de leyes siendo uno de esos metodos el de la ley uniforme que precisamente tiene uno de sus soportes en la llamada ley uniforme entendiendose la misma como el texto que tiene por finalidad sustituir las reglas de conflicto existentes en cada uno de los Estados signatarios de la misma esta ley uniforme esta presentada ya sea como convencion internacional o como anexo en donde los Estados contratantes no podran aportar modificaciones al texto de la misma

Sobre el aspecto de las normas materiales se ha indicado que

Mediante este metodo se intenta resolver de manera directa un problema derivado del trafico juridico internacional con la aplicacion de ciertas normas del sistema que por su naturaleza tienen vocacion internacional con exclusion de cualquier otro recurso [Pereznieto (1995 82)]

Con respecto a las normas materiales se puede diferir que existen ciertos problemas derivados del trafico juridico internacional que pueden resolverse de modo directo mediante la aplicacion de normas materiales nacionales con exclusion de cualquier otro recurso a su vez en cada sistema juridico nacional se da la existencia de un conjunto de normas juridicas cuyas categorias pueden servir para solucionar directamente problemas derivados del trafico juridico internacional

Las normas materiales plantean un procedimiento a traves del cual de manera directa se resuelve un problema derivado del trafico internacional con la aplicacion de un derecho material o sustantivo

6 La unificacion de las reglas de conflicto

El metodo conflictual o conflictualista es un metodo de solucion de los conflictos de leyes que esta vinculado indisolublemente a la norma o regla de conflicto del foro, norma que ante la eventualidad del despliegue de una controversia de caracter internacional remite al juez, a que en virtud de la misma señale de manera indirecta el derecho aplicable a la situacion controvertida. Es alli en donde radica la unificacion de esta norma conflictual en el plano de las relaciones juridicas de caracter internacional

El derecho intencional privado se ha sustentado en el clásico método conflictualista que determina la localización de la ley que regirá una relación jurídica internacional. Su origen directo data de la escuela estatutaria italiana de los glosadores en el siglo XIII quienes lo esbozaron para determinar que ley es la más acorde con el supuesto de una relación jurídica.

Es el método clásico de la solución de conflictos de leyes cuya raíz se fundamenta en una dualidad de razonamiento lógico que determina en la norma de conflicto la coexistencia de dos teoremas: el primero de estos que se encarga de encuadrar la relación o situación jurídica internacional y el segundo que evoca a determinar el ordenamiento jurídico aplicable al caso internacional objeto de la **litis**.

Por ello, la sustancia de la teoría de los conflictos de leyes se sustenta en el método conflictualista que embelesa todos los pilares constitutivos que deben ser apreciados por el juzgador para arribar a la ley aplicable a una relación jurídica que contiene los elementos de extranjería lo suficientemente significativos que son determinantes para conceptualizarla como de carácter internacional. La norma de conflicto es aquella norma que no regula o resuelve la relación jurídica de carácter internacional debatida en ese momento sino simplemente se limita a indicar el ordenamiento jurídico aplicable a esa relación particular con efectos extraterritoriales. La regla de conflicto encuadra la relación jurídica internacional y la envía o remite a un sistema jurídico considerado como competente para dar la solución material de la cuestión controvertida: sistema jurídico que puede ser tanto nacional como extranjero.

Ello es así ya que la misma ha recibido distintas denominaciones tales como norma remisoría, norma de colisión, regla de conexión porque su naturaleza es conectar o remitir una situación jurídica de carácter internacional o con efectos extraterritoriales a un determinado ordenamiento jurídico.

Se evidencia que la regla de conflicto no contiene disposiciones de derecho material que gobiernen de forma directa la cuestión debatida sino que simplemente se limita a expresar el ordenamiento jurídico en donde ha de localizarse el derecho material que en forma directa gobierne los efectos jurídicos de la relación jurídica extraterritorial. La regla de conflicto es formal puesto que la misma no entra a indicar el derecho sustantivo o material que rige la relación jurídica con efectos internacionales sino un ordenamiento jurídico competente que entrará a regular los efectos materiales de la relación jurídica de carácter internacional. En fin, la regla de conflicto es formal porque no resuelve directamente la cuestión debatida, mas solamente la remite al ordenamiento jurídico que ha de proporcionar la solución. La norma de conflicto tiene la connotación que la solución jurídica no viene directamente ordenada sino que la misma proyecta una remisión a un ordenamiento jurídico determinado quien va a proporcionar la solución material o de fondo de la situación jurídica internacional. Por otra parte la regla de conflicto es bilateral, ello es así porque la regla de conflicto al ventilar una relación jurídica puede designar como competente ya sea la ley material del foro o la ley material extranjera como competente para regir la materia controvertida. La regla de conflicto es neutra, lo que significa que una vez que se procede a consultar la

norma de conflicto que hace parte del sistema del foro ello no es óbice para que se este obligado a interpretar el propio derecho del foro. Ello es así porque desde el momento en que el juez ante la eventualidad de una controversia de carácter internacional, cuando procede a consultar su propia regla de conflicto que forma parte de su sistema se le da la opción ya sea de inclinarse por la aplicación de un derecho distinto del foro o la propia *lex fori*.

La unificación de la regla de conflicto constituye el camino idóneo para que la relación jurídica de carácter internacional este gobernada mediante un medio que conduzca al juez del foro a determinar que el derecho aplicable lo será consultando un instrumento que de forma indirecta resuelva el caso sin embargo este método conlleva la desaparición del derecho material o de fondo en el ámbito de las relaciones jurídicas internacionales lo que traería consigo la desaparición de un derecho material o directo que pretenda gobernar los efectos jurídicos de una relación jurídica internacional.

6.1 Evolución de la unificación de las normas de conflicto

La evolución de la unificación de las normas de conflicto puede ser vista desde diferentes puntos. Por una parte la conforma la codificación del derecho internacional privado que se encuentra en los códigos que siguen la inspiración científica de **STORY, SAVIGNI y WAECHTER** que son los Códigos de Zurich (1853) la Ley Griega (1856), el Código de Sajonia (1863) el Código Báltico (1864) el Código Civil Italiano (1865) los principios para la solución de los conflictos de leyes durante el final del siglo XIX estaban regulados en títulos preliminares de los códigos civiles por ejemplo la ley de introducción del

Código Civil alemán (1896), el Ho Reu del Japón (1898) la introducción del Código Civil del Brasil de 1917 modificada en 1942 la ley polaca de 1926 y el apéndice del Código Civil de Uruguay de 1941 Esta técnica ha sido seguida por la ley coreana (1962) la nueva ley polaca (1965) la ley de aplicación del derecho de la República Democrática Alemana de (1975) y las leyes de derecho internacional privado de España (1974) y Portugal (1967) Así mismo deben citarse la ley de Checoslovaquia de 1963 sobre derecho civil y procesal y la ley de la República Democrática Alemana sobre contratos económicos internacionales Como la codificación de las normas de derecho internacional privado es todavía deficiente las codificaciones nacionales contienen las normas de derecho internacional privado [Monroy Cabra (1999 44)]

Por su parte las ideas de Story influyeron en los Códigos Argentinos (1869) Paraguay (1869) las ideas del jurista Andrés Bello influyeron en el Código Civil de Chile (1855), en el Código Civil de Ecuador (1860 y 1950) Venezuela (1862) Nicaragua (1867) Uruguay (1868) Colombia (1863) El Salvador (1880) Honduras (1906) y Panamá (1916) Por su parte el jurista brasileño Teixeira influyó en el Código de Brasil (1860) extendiéndose a Paraguay

El Código de Napoleón de (1804) influyó directamente a Bolivia (1831) Costa Rica (1841) Haití (1825) Perú (1851) República Dominicana (1845 y 1884)

7 Diversidad de metodos para la unificacion del derecho contractual internacional

7.1 La ley uniforme frente a la ley modelo La ley uniforme es el conjunto de normas que tiene por finalidad sustituir la regla de conflicto en el derecho internacional privado que existe en el ordenamiento jurídico de cada Estado contratante. La ley uniforme se presenta como convención internacional o como un anexo a la convención internacional ya suscrita. La peculiaridad de la ley uniforme es que los Estados contratantes de la misma no pueden aportar cambios, enmiendas o modificaciones al texto de la misma.

Por su parte la ley modelo es un instrumento normativo cuyo fin es reemplazar a la regla de conflicto de los ordenamientos jurídicos nacionales existentes en cada uno de los Estados contratantes. La diferencia es que no está contenida ni anexada a una convención internacional sino simplemente recomendada como proyecto de ley por el organismo que la ha elaborado. La ley modelo es un método de unificación distinto de las convenciones basadas en la reciprocidad y sin compromiso internacional.

Tanto la ley uniforme como la ley modelo tienen como rasgo fundamental la concurrencia del principio ineludible de reemplazar la regla de conflicto en el plano del derecho internacional privado. Ello es así porque tanto la ley uniforme como la ley modelo están dotadas de normas materiales o derecho material o sustantivo que regula de forma directa la relación jurídica de carácter internacional sin remitir esa relación jurídica a ningún ordenamiento positivo nacional.

La ley modelo es un método de unificación que no tienen carácter vinculante ya que no obligan a los Estados a adoptarla sino que sirven de inspiración o base para legislar nacionalmente. En este sentido los Estados tienen la plena libertad de introducir cambios en las fechas posteriores a su adopción. Las leyes modelo básicamente consisten en la redacción de reglas destinadas a reemplazar las actualmente existentes en los Estados. Estas reglas no están anexadas ni integradas en una convención internacional por lo contrario son recomendadas como proyectos de ley por organismos especializados que las han confeccionado.

Las leyes modelo en ocasiones presentan por parte de los organismos elaboradores diferentes versiones de la misma con el propósito de adoptar la más conveniente a los intereses o a la situación particular de cada Estado.

Se señala que es ventajoso este método debido a que da la libertad de modificación unilateral de su contenido y eso se explica en el sentido que las reglas de las leyes modelo al no estar contenidas en una convención pueden ser modificadas de manera unilateral aun después de haber sido aceptadas en el plano interno. Cuando se adopta una ley modelo en un Estado estos pueden extender su ámbito de aplicación a los territorios que están a su cargo sin necesidad de aprobación expresa o tácita de otros Estados. En contraposición los críticos del método de la ley modelo han indicado que por poder ser estas modificadas unilateralmente se atenta contra la uniformidad de soluciones que procura la actividad codificadora, al ser flexibles en el sentido de ser redactadas con independencia de representación de los gobiernos no son

expresion de las diversas ideas de los Estados como si lo es las convenciones internacionales trayendo consigo la disminucion de su autoridad en el tema de la reciprocidad cuando nos referimos a las convenciones internacionales se pueden estipular que tales disposiciones se pueden aplicar mediante ciertas condiciones de reciprocidad o en las relaciones entre ciertos Estados con las cuales existan vinculos especiales situacion esta que desaparece en los casos de las leyes modelo

7.2 Recomendaciones

Las recomendaciones es el metodo internacional de formulacion de principios o directrices destinadas a reglamentar una relacion juridica que no implica la ratificacion por parte de un Estado. Las recomendaciones son actos internacionales que han servido de base o inspiracion para las legislaciones nacionales asi como tambien para materializar convenciones internacionales

Las recomendaciones tienen como finalidad la aproximacion de las legislaciones diversas cuando esta se les ha confiado a organismos internacionales dentro de un proceso cuyos horizontes han sido definidos por un numero plural de Estados

7.3 Acuerdos internacionales

Se trata de un metodo internacional por medio del cual los Estados se obligan a aplicar sobre su territorio las normas que han sido unificadas comprometiendose ya sea a que las reglas unificadas sean aplicadas en su sistema de derecho interno o a respetar los principios fundamentales adoptados convencionalmente en el momento de legislar en el plano interno

Los acuerdos internacionales tienen como propósito fundamental que los Estados se comprometan a aplicar sobre las relaciones jurídicas de sus territorios las normas que han sido unificadas en los mismos de tal suerte que los Estados partes se obligan a establecer las normas unificadas en su ordenamiento jurídico o al momento de legislar en el plano interno tienen que respetar los principios fundamentales aceptados en tales acuerdos internacionales

La doctrina autorizada ha establecido críticas a la adopción de acuerdos internacionales. Estas críticas van dirigidas a que los mismos presentan inconvenientes en la obra unificadora del derecho. En este sentido al existir un compromiso internacional que confiere mayor previsibilidad o certeza jurídica sobre el derecho unificado una vez se ratifique este conlleva el carácter de rigidez en su adaptación a los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales.

Los acuerdos internacionales pueden revestir ciertas modalidades [Hernández (2003 129 138)]

7 3 1 Convenciones universales

El origen de las convenciones internacionales se da en la conferencia de la Haya con el propósito de unificar integralmente una temática jurídica entre un grupo de Estados que se reunieron para tales efectos, es decir que La Conferencia de la Haya a través de las convenciones universales procura la hipótesis de reglamentar de una manera íntegra una realidad jurídica determinada

Es importante hacer referencia a este aspecto ya que las convenciones internacionales son uno de los instrumentos para la unificación del derecho contractual internacional

7 3 2 Convencion modelo

Se trata de un instrumento que sirve de base e inspiración unificadora del derecho para determinados Estados los que conservan la plena libertad de reestructurar sus disposiciones incluyéndoles un toque de individualidad ya que solo están obligados a inspirarse en sus propias normas jurídicas

Dentro de los antecedentes de la convención modelo podemos establecer que en las sesiones de la Haya algunos delegados establecieron la probabilidad de concretizar una convención modelo en vez de un tratado multilateral que determinaba los principios fundamentales de una materia

Dentro de este método de unificación del derecho es determinante que las partes puedan modificar y derogar las disposiciones de la convención modelo por que existen diferencias inconciliables entre los diferentes regímenes jurídicos que regulan una situación específica

7 3 3 Convencion especial

Este método de la unificación del derecho se sustenta en que si no se puede llegar a un acuerdo general sobre los principios fundamentales de una materia determinada podrían entonces generarse convenciones especiales

Indudablemente en este tipo de método puede mencionarse como ejemplo la quinta sesión de la conferencia de la Haya que pretendió establecer una ley única internacional sobre la quiebra sin embargo ante la vicisitud que

implicaba este aspecto por la variedad de legislaciones existentes sobre la quiebra se concluyo que lo mas conveniente era la redaccion de convenciones particulares sobre la materia de la quiebra internacional

7 3 4 Convencion general

Este instrumento de unificacion del derecho a nivel internacional se sostiene indicando que cuando sobre alguna materia juridica determinada se pudiese concluir una aceptacion general de los Estados respecto de los principios basicos de esa materia entonces la mejor solucion sera celebrar una convencion general que servira de inspiracion para legislar internamente sobre esa materia

Este metodo de la convencion general se trata del tipico caso de las convenciones multilaterales que expresan un entendimiento reciproco al que han podido llegar un gran numero de Estados sobre los principios esenciales de una materia juridica determinada

Este metodo enuncia que las reglas sobre los principios esenciales de una materia juridica podrian ser aceptadas por casi la mayoria de los Estados Por ejemplo en las sesiones de la conferencia de la Haya la convencion general estaba destinada a ser firmadas y ratificadas por la mayoria de los Estados participantes en la conferencia debido a que ha sido posible llegar a un acuerdo sobre los principios esenciales de la materia

7 3 5 Convenciones abiertas, semi- abiertas y cerradas

Este tipo de clasificacion de las convenciones responde al grado de universalismo de las clausulas finales de las mismas Es decir si se permite o

no la adhesión de otros Estados que no participaron en la elaboración de la convención o no forman parte representativa del organismo internacional del cual emana la convención

Con respecto a las convenciones abiertas se puede establecer que las mismas son las que presentan el mayor grado de universalismo ya que todo Estado puede adherirse a la misma con independencia del hecho que si ha participado o no en su elaboración o si pertenece o no a la organización de la cual surge la convención

Sobre el tema de las convenciones semi abiertas son aquel tipo de convenciones en que la adhesión de otro Estado estará sujeta a algún tipo de condición o requisito sin el cual tal adhesión no surte efecto

Con respecto a la adhesión podemos indicar que la misma puede estar condicionada de las siguientes formas

- o Adhesión con efecto limitado por la posible oposición de los Estados partes en las convenciones. En este caso la adhesión solo producirá efectos en las relaciones entre los Estados que se hayan adherido y los Estados contratantes que no hayan elevado objeción alguna dentro del plazo establecido
- o Adhesión condicionada por la admisión expresa de todos los Estados contratantes. Consiste en la posibilidad que el silencio de uno de los Estados partes que hubiere ratificado tal convención podría hacer fracasar la admisión de otro Estado parte

- Adhesión condicionada por una cláusula de aceptación expresa con efecto individual. En este sentido la adhesión solo produce efectos en las relaciones entre el Estado que se haya adherido y los Estados contratantes que hayan declarado aceptar esa adhesión
- Adhesión condicionada a la no oposición o veto de otros Estados. Se determina que el veto está sometido a un plazo preclusivo luego del cual se entiende haber aceptado

En conclusión las convenciones cerradas son aquellas que no son susceptibles de adhesión de ningún otro Estado que no esté representado originalmente en la conclusión de la convención

8 La codificación internacional del derecho mercantil

Existen diferentes fuentes de codificación del derecho mercantil internacional a saber

- Fuentes de producción autónoma: la *lex mercatoria*, contratos tipos y condiciones generales de venta, usos y prácticas del comercio internacional y el arbitraje comercial internacional

La *lex mercatoria* es el conjunto de reglas que los propios operadores del comercio internacional han creado para regir sus relaciones comerciales. Los contratos tipos y las condiciones generales de venta tienen vigencia en el tráfico mercantil internacional.

Los contratos tipos y condiciones generales de venta consisten en un conjunto de reglas surgidas de los participantes del comercio internacional que

se asimila al poder auto normativo de los particulares en el plano del comercio internacional

Las condiciones generales de ventas estan redactadas de forma unilateral por las empresas participes del comercio internacional las asociaciones de comerciantes y los organismos internacionales intergubernamentales Se trata de reglas del comercio internacional sustentadas sobre la contratacion uniforme en las relaciones comerciales internacionales

Las condiciones generales de venta estan aceptadas por ciertos sectores del comercio internacional al igual que los contratos tipos que van a ser utilizados para la venta de ciertos productos Usos y practicas del comercio internacional representados por los **INCOTERMS** que son las reglas internacionales para la interpretacion de las tecnicas comerciales que contienen normas para la interpretacion de los terminos comerciales referidos unicos a la entrega de la mercaderia y transmision de riesgos desarrollados por la camara de comercio internacional

Por ultimo el arbitraje comercial internacional con sus laudos arbitrales

9 El derecho uniforme

Mediante el metodo del derecho uniforme por medio de normas de derecho sustantivo comunes establecidas por un tratado o acuerdo internacional se regulan las relaciones juridicas que los particulares desarrollan Mediante este metodo el juez del foro encuentra disposiciones de derecho sustantivo para resolver las situaciones que plantean las transacciones

comerciales internacionales. El mismo plantea la hipótesis de solucionar problemas que presenta el tráfico jurídico internacional a través de un derecho sustantivo uniforme.

Es importante establecer que la armonización del derecho a nivel internacional nace producto de la creación de bloques económicos regionales mediante mercados de libre comercio o mercados comunes. La armonización del derecho a escala internacional comprende una solución a la relación comercial entre países con sistemas jurídicos distintos o con sistemas económicos diferentes pero que su corriente de negocios justifica los acuerdos internacionales en esta materia.

En conclusión el derecho uniforme plantea la posibilidad que mediante normas de derecho material o sustantivo determinados por un tratado o acuerdo internacional se regulan las situaciones jurídicas que los particulares desarrollan a nivel internacional.

Entre las ventajas que podemos argumentar a favor del método del derecho uniforme se puede citar que mediante el mismo se logra una verdadera armonización internacional de conceptos y soluciones sobre un tema específico. La armonización lleva a la unificación de criterios por parte de los propios tribunales de acuerdo a la interpretación que hagan los tribunales. Se sabe cuál es la posición que la jurisdicción competente guarda sobre el tema en cuestión lo que contribuye a una mayor certeza y previsibilidad jurídica.

10 El impacto de la codificación

La codificación trajo consigo una serie de modificaciones que contribuyeron a crear un nuevo ámbito social económico y jurídico en medio de un escenario internacional

La tarea codificadora fue un elemento más en las nuevas formas de vida económicas y de mercado y contribuye a entender la acción del derecho en la integración. Sobre el sentido del impacto de la codificación se ha establecido que

Con la codificación el Estado se plantea en términos jurídicos de técnica legal el problema de su relación con el mundo exterior y al mismo tiempo el de su estructuración interna. En el Derecho internacional privado esta dualidad de planos resulta elocuente. Cuando hablamos de codificación en nuestra disciplina tenemos que pensar tanto en la elaboración de un sistema de normas realizado en función de la obligada coexistencia de los ordenamientos jurídicos estatales como en la natural convivencia de los sistemas jurídicos particulares que como tales sistemas jurídicos, se articulan en el seno del ordenamiento estatal [Aguilar Navarro (1982: 476)]

La codificación implica una orientación doctrinal que sensibiliza la esencia del derecho internacional privado y condiciona su madurez. Esto se explica que en cualquiera exposición correcta del panorama científico de las relaciones jurídicas internacionales resulte obligadas referencias las tendencias que han venido de la mano con el fenómeno de la codificación

La codificación del derecho impacta en una decisión política y reclama una acción técnica que tiene que ser considerada producto de la necesidad del comercio mundial

11 La Codificación y la unificación

La realidad del comercio mundial se sostiene en una pluralidad de sistemas jurídicos particulares e integrados en una superior comunidad jurídica. El mundo de las relaciones comerciales internacionales descansa en la combinación que produce una comunidad internacional que apela más al nacimiento de un derecho común el cual considera indispensable

El comercio mundial no puede funcionar sin el sosten que le producen todos los ordenes llamados a propiciar la existencia de un derecho común por lo tanto el derecho común unificado es producto del reflejo de una forma de pensar de una comunidad transnacional

Para que se cumpla la labor de la unificación se necesita ambientar la relación jurídica dentro de un **universalismo**. Para llegar a ese universalismo hay que realizar una coordinación entre los diferentes sistemas jurídicos particulares (llevando a cabo una progresiva unificación de las normas de conflicto y una adecuada uniformidad en aquellos campos del derecho material que las exigencias de nuestra civilización industrial y comercial edifican a escala auténticamente universal) la unificación tiene la inestimable misión de dosificar los elementos particulares y universales que deben integrar un régimen jurídico que sea el norte de las relaciones jurídicas transnacionales

12 Intervencion estatal y no estatal en la codificacion

El Estado a traves de sus organos politicos ha contribuido eficazmente a la codificacion

En las legislaciones nacionales por ejemplo los codigos civiles y otras normas han pretendido unificar el derecho sin embargo la corriente moderna determina que el Estado ha abandonado este ambito de intervencion en la codificacion

En otrora era el Estado al que le pertenecia la facultad de establecer de manera unilateral los parametros legales que regularan una determinada actividad sin embargo actualmente organismos especializados en materias de unificacion han logrado gran avance en este aspecto En este sentido vemos que esta poco a poco desapareciendo la intervencion del Estado en la codificacion lo que ha traído directamente consigo la intervencion organismos e instituciones especializadas en el ambito de la codificacion las que han efectuado ingentes esfuerzos en la materia por ejemplo **UNIDROIT** que en materia de contratacion privada internacional en 1994 establece los principios generales de los contratos comerciales internacionales que constituyen verdaderas reglas de derecho ligadas al genesis formacion perfeccionamiento ejecucion y fenecimiento de la dinamica contractual internacional Sin querer mas adelantār sobre el tema que sera objeto de analisis posteriormente los principios de **UNIDROIT** constituyen el lenguaje de comunicacion contractual entre los operadores del comercio mundial

13 Metodo y sistema de ejecucion en la codificacion internacional

La codificación supone una labor técnica y una actuación política el sentido político de la codificación se manifiesta en relación con un esquema de valores con un catálogo de fines y con un repertorio de decisiones

Técnicamente la codificación presupone al mismo tiempo un sistema o régimen de trabajo y unas fórmulas jurídicas que contribuye al marco de las decisiones legales lo que presupone analizar tres grupos de situaciones a saber

- o La relación entre las organizaciones internacionales y las acciones codificadoras. Se advierte que una auténtica codificación internacional exige que el órgano codificador forme parte de una organización internacional con capacidad de decisión propia. Cabe decir que vasta que la codificación quede situada en el esquema de funciones y competencias de una organización internacional para que los resultados sean más eficientes.
- o Institucionalización de la acción codificadora. Es reconocida la necesidad de institucionalizar la empresa codificadora se plantea el problema de saber cuáles son los criterios que servirán para proceder a esa organización. La decisión depende del propósito que se persigue y de la materia a tratar. Resulta recomendable la acción de órganos que combinen la presencia de elementos gubernamentales y de expertos a

titulo personal grupos que como personas independientes representen los diversos intereses en presencia

- o Tecnicas juridicas utilizadas para lograr la progresiva unificacion. En este aspecto se ubican los causes tecnicos a traves de los que se consigue la labor de la codificacion como tratados internacionales, leyes uniformes, leyes modelos entre otras formulas

14 La codificacion internacional en Europa

En la edad antigua en Grecia existia un centenar de convenciones en materia de derecho privado

El primer tratado conocido que formaba parte de una serie de acuerdos entre las ciudades italianas y francesas en materia de conflicto de leyes fue el suscrito entre Pisa y Amalfi en 1126

Sobre este sentido en el siglo XIX la idea de la codificacion dominante en el derecho interno pasa al derecho de gentes. Siguiendo al autor **TEXEIRO**

VALLADAO esto se da en varios Codigos y Proyectos de Codigos

Los de Ferrater Cod DI de Barcelona 1846 7 de Paroldo Saggio di Codificazione del DI de Turin 1861 de Domin Petruschevecz austriaco Precis dun Code de DI de Leipzig 1861 de Bluntschli DI als Rechtsbuch dargestellt 1868 traduccion francesa de Lardy 1869 (y la española de Cavarrubias, Mexico 1871) del jurista de Bolivia Agustin Aspiazu Dogmas del DI N York 1872 de Dudley Field Draft – Outlines of an International Code N York 1872 etc [Texeiro Valladao (1987 238)]

La idea de uniformar internacionalmente las normas del derecho internacional privado tuvo como pionero a Mancini que la defendió y la vio victoriosa en el consejo diplomático contencioso (1861) y en la cámara de diputados (1863-1866) de Italia. Luego Mancini en misión oficial de su gobierno en 1867 propone su idea que solo renaciera con aprobación oficial a final de 1881 pero sin ningún tipo de resultado positivo. Sin embargo es a Mancini quien se le otorga el papel precursor en la codificación del derecho internacional privado.

15 La codificación internacional en América

La caracterización que se ha apropiado de los trabajos de codificación internacional en América han sido favorables al movimiento codificador por las siguientes razones:

- o Por la existencia de un mayor grado de proximidad de la tradición jurídica común de las repúblicas americanas que se explica en un mayor grado de homogeneidad dentro de las mismas por una tradición jurídica común.
- o Una acentuada tendencia hacia las reuniones y conferencias internacionales encaminadas a fomentar una cooperación pacífica.
- o La existencia de órganos apropiados para acometer la codificación como por ejemplo el caso de las Conferencias Interamericanas especializadas sobre Derecho Internacional Privado (**CIDIP**).

- o Una vision apropiada de las exigencias que impone la tarea de codificacion internacional

Con respecto a la influencia europea en las codificaciones nacionales americanas siguiendo al autor **MONROY CABRA**

Se pueden dividir los sistemas conflictuales americanos en cuatro grandes grupos el primer grupo se inspira en las ideas de Story codigo argentino (1869) paraguayo (1889) y el sistema conflictual de los Estados Unidos El gran jurista **ANDRES BELLO** influye a traves del codigo chileno (1855) en estos Estados Ecuador (1860 – 1950) Venezuela (1862), Nicaragua (1867) Uruguay (1868) Colombia (1873) El Salvador (1880) Honduras (1880 1906) y Panama (1916) La doctrina de **TEIXEIRA DE FREITAS** se manifiesta en elCodigo Civil de Brasil (1860) y su influencia se extiende tambien a los codigos de Argentina y Paraguay [Monroy Cabra (1999 60)]

Actualmente se puede agregar que las codificaciones nacionales o internas de cada Estados se encuentran dispersas en diferentes ordenamientos juridicos internos

Asi por ejemplo en las Constituciones Nacionales leyes de extranjeros codigos sustantivos y procesales y algunas leyes internas sobre aspectos especificos Existe dispersion de normas que muchas veces se encuentra en los codigos civiles, codigos de comercio y codigos de procedimiento civil y leyes especiales

16 Fundamentos de las codificaciones nacionales

La codificacion interamericana se ha sustentado sobre sistemas diversos los cuales vamos a expresar a continuacion

16.1 El sistema de la territorialidad

Tiene sus raíces en la tradición de España colonial. Este sistema de la territorialidad tiene su primera expresión precisa en el código civil chileno de 1955 el cual establece la aplicación del derecho chileno a todas las situaciones jurídicas que se susciten dentro de su territorio agregando que el derecho chileno es también aplicado a los nacionales chilenos que se hallen en el extranjero. Esto implica que tanto el aspecto territorial y personal estarán sometidos a las legislaciones nacionales. Sobre el particular se ha comentado lo siguiente

Esta conexión corresponde a la idea de que todo Estado en principio solo aplica su propio derecho, siempre que se de alguna relación especial o personal con el país sirviendo tal relación al mismo tiempo para fundamentar la jurisdicción de los tribunales. Se trata aquí de un derecho conflictual arcaico, el cual define únicamente el campo de aplicación de derecho interno, de manera semejante a la tendencia que hoy todavía domina en el derecho público. El derecho extranjero es tenido en cuenta a lo sumo de manera indirecta mediante el reconocimiento de los hechos ya cumplidos en el extranjero. [Samtleben (1983:4)]

Esta posición territorialista a pesar que nunca llegó a ser absoluta su influencia no dejó de sentirse en las codificaciones interamericanas.

El sistema de la territorialidad que tiene su antecedente directo en América Latina en el código civil chileno en 1855, fue adaptado solo con algunos cambios leves su posición territorialista llegó a ser definitiva para el derecho conflictual de la mayor parte de los Estados de América Latina.

16 2 El sistema de la nacionalidad

El sistema de la nacionalidad aplicable a nacionales y extranjeros debe su difusión en América Latina a la recepción del pensamiento europeo principalmente los códigos civiles europeos y el código civil francés. El principio de la nacionalidad encontró amplio eco en América Latina a mediados del siglo XIX por influencia de la escuela italiana.

Como característica importante el principio de la nacionalidad pudo imponerse en América Latina contra la tradición territorialista dominante solo de modo pasajero. Durante el siglo XX el principio de la nacionalidad fue desplazado casi en todas sus partes por tendencias territoriales o por el principio del domicilio. Es importante indicar que el principio de la nacionalidad es considerado en su doble sentido aplicable tanto a nacionales como a extranjeros debe su difusión en América Latina al pensamiento europeo.

16 3 El sistema del domicilio

Este sistema fue receptado en América Latina por primera vez en el código civil argentino de 1869 y luego fue diseminado para formar parte de la tradición jurídica del derecho conflictual de los Estados del Plata. La idea del principio del domicilio está dirigida contra el principio de la nacionalidad europea, el fundamento de esta posición es someter a los nacionales de otros Estados al derecho del Estado receptor o donde mantiene su domicilio.

17 La noción del contrato internacional

Como ya hemos indicado con anterioridad para que una relación jurídica tenga el carácter de internacional tiene que existir un conflicto de leyes la

relacion juridica tiene que estar soportada en factores de conexion lo intensamente significativos o relevantes para llegar a la conclusion que exista duda en determinar que ley gobierna la relacion juridica y por ultimo debe existir la opcion de aplicãr dos o mas leyes que en teoria son las competentes para regir los designios juridicos del negocio contractual

La nocion de contrato internacional evidentemente no puede estar aislada de los postulados anteriores

En el derecho convencional podemos anotar varias aristas que determinan cuando estamos frente a un contrato con caracter internacional

Asi la Convencion Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP V) de 17 de marzo de 1994 nos da una nocion de contrato internacional

El articulo 1 de dicha convencion indica que Se entendera que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o establecimiento en Estados Partes diferentes o si el contrato tiene contactos objetivos con mas de un Estado Parte

La nocion expresada con anterioridad es diafana al expresar los elementos que contiene la nocion de contrato intèrnacional

Por una parte existe un contrato internacional cuando las partes contratantes del mismo tienen su residencia habitual o establecimiento en Estados diferentes ello es evidente porque este factor de conexion tiene que estar localizable geograficamente es jurisdicciones territoriales distintas, siendo asi el panorama no puede ser un contrato internacional aquel contrato en

donde las partes contratantes se encuentren bajo un mismo territorio o en una misma soberanía lo que determina evidentemente la aplicación de una sola ley. La economía del contrato internacional determina que su funcionamiento sobre el contacto con más de un ordenamiento jurídico

En este sentido cobra vital importancia la noción de punto de contacto o factor de conexión dentro de los conflictos de leyes. No la aplicación de la noción de contrato internacional cuando los factores de conexión o puntos de contacto no son lo suficientemente relevantes para que la relación jurídica contractual se internacionalice. Los efectos jurídicos de un contrato doméstico, se consumen dentro de un solo ordenamiento jurídico nacional no ocurre lo mismo en el funcionamiento de un contrato internacional debido a que este último tiene efectos jurídicos o se conecta por desplazamiento con más de un ordenamiento jurídico nacional. Sobre este punto es importante indicar que el factor de conexión residencia habitual o establecimiento no es el más apropiado para indicar la internacionalización del contrato. Ello lo indicamos porque debió ser más apropiado que la convención interamericana hiciera referencia a la noción de domicilio que es de corte civilista y que apoya los postulados de la capacidad contractual. Por otra parte la convención interamericana sabiamente indica que el contrato es internacional si el mismo tiene contactos objetivos con más de un Estado parte. Lógicamente la convención no se limita al concepto de residencia habitual o establecimiento en Estados partes, sino que amplía el margen de los factores de conexión a más allá del estatuto personal ello es obvio porque la estructuración de un contrato

es mucho mas complejo o completo por lo que en este aspecto es apropiada tal indicacion

Es evidente que dentro de este postulado cabrian otros factores de conexion como por ejemplo el lugar de la celebracion de los actos el lugar de pago de una obligacion pecuniaria etc En este sentido la Convencion de Ottawa de 1988 sobre arrendamiento financiero internacional indica una nocion sobre contrato internacional al indicar en el articulo 3 numeral 1 que La presente convencion se aplica cuando el arrendador y el arrendatario tienen su establecimiento en Estados diferentes Nuevamente se evoca el factor de conexion del establecimiento de las partes contratantes lo que hace evidentemente que el contrato sea internacional

Ademas el articulo 2 numeral 1 de la Convencion de Ottawa de 1988 sobre factoraje internacional indica que La presente convencion se aplicara cuando los creditos cedidos conforme al contrato de factoraje se originen en un contrato de compra venta de mercaderia entre un proveedor y un deudor que tengan sus establecimientos en estados diferentes

Las Convenciones de Ottawa tanto de Factoring como de Leasing internacional son puntuales en indicar cuando nos encontramos frente a la nocion de contrato internacional y estas no solo recurren a los puntos de contacto para indicar la internacionalizacion del contrato sino que tambien da camino a la posibilidad que dentro de la nocion de contrato internacional se evoque el rejuego de la norma de conflicto

La Convencion de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderias de 1980 indica que el caracter internacional del contrato de compraventa esta contemplado de la siguiente manera

Articulo 1º

1) La presente Convencion se aplicara a los contratos de compraventas de mercaderias 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 aplicacion de la ley de un Estado contratante

()

3) No se tendra en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellos, ni de informacion revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebracion del contrato o en el momento de su celebracion

A los efectos de determinar la aplicacion de la presente Convencion no se tendra en cuenta ni la nacionalidad de las Partes ni el caracter civil o comercial de las Partes o del contrato

Es evidente que el criterio dominante es la ubicacion del establecimiento para determinar cuando estamos en presencia de un contrato internacional en esta convencion sin tomar en consideracion la nacionalidad de las partes, es decir que no importa a la luz de la presente convencion para determinar la internacionalidad del contrato bajo esta normativa la ubicacion de los bienes objeto del contrato ni el lugar de la ejecucion del mismo Dentro de este mismo aspecto para determinar la internacionalizacion de un contrato pueden

haber varios aspectos que nos llevan a determinar su caracter internacional asi por ejemplo el lugar de la celebracion del contrato el lugar de su ejecucion la nacionalidad de los contratantes la ubicacion de los bienes objeto del contrato el domicilio de los contratantes el lugar de pago del contrato, la capacidad contractual, los requisitos formales del contrato la naturaleza y los efectos del contrato etc

No obstante lo anterior los principios de **UNIDROIT** para los contratos internacionales no adoptan con claridad ningun criterio para establecer la internacionalidad del contrato, sin embargo existe la presuncion que el concepto de internacionalidad de los contratos deben ser interpretados en el sentido mas amplio posible para que solo queden excluidas aquellas relaciones contractuales que tengan ausencia de todo elemento que las haga internacional es decir cuando todos los puntos de contacto o elementos de extranjeria del contrato solamente lo conecten con un ordenamiento juridico positivo especifico

Entonces los principios de **UNIDROIT** adoptan el criterio los mas abarcador posible en su interpretacion que permita excluir solo los casos en que dentro del contrato no existiera ningun elemento internacional, es decir cuando todos los elementos relevantes de un contrato en cuestion estuvieren conectados a un solo pais

Nosotros en lo particular compartimos el siguiente criterio

una relacion se reputa internacionalmente cuando en dicha relacion o situacion legal o negocio juridico contengan elementos de extranjeria suficientemente

significativos o intensamente significativos que permitan la opción de una o más legislaciones que gobiernen esa misma relación jurídica es decir los elementos de extranjería o factores de conexión implica una interpretación subjetiva no solamente objetiva del carácter internacional del negocio jurídico en examen [Boutin (op cit 651)]

Por nuestra parte podemos aportar una noción de contrato internacional expresando que estamos ante un contrato internacional cuando se celebra un negocio relación o situación jurídica en donde su estructura intrínseca está soportada por elementos de extranjería o factores de conexión lo suficientemente relevantes que permitan determinar la duda u opción respecto de que ley va a gobernar los designios jurídicos de los efectos del contrato pactado

En otras palabras existe un contrato internacional cuando el mismo está sostenido en puntos de contactos que determinen una internacionalización material del mismo

17.1 La relación jurídica de carácter internacional

Para que se del concurso de los conflictos de leyes se requiere que la relación jurídica que ofrece la duda con respecto a que ley se le debe aplicar sea de carácter internacional

Entendiéndose al respecto que existen relaciones jurídicas puramente internas que son las que entran en contacto con un solo ordenamiento jurídico de un Estado relaciones relativamente internacionales que son las que tienen un carácter puramente interno, con respecto a un ordenamiento jurídico extranjero tal es el caso de la adopción realizada en el extranjero en donde los

efectos patrimoniales se sometan a la ley panameña dando la sucesión derechos hereditarios al único heredero que es el menor adoptado. A contrario sensu de lo que ocurre con las relaciones jurídicas internacionales puesto que estas entran en conexión con más de un ordenamiento jurídico estatal Fenomenología a la que nos hemos de referir a lo largo de este contexto. Una relación jurídica de carácter internacional como presupuesto básico de los conflictos de leyes se puede entender desde tres enfoques: el enfoque conflictual, el enfoque económico y el enfoque convencional [Sanjurjo Santamaría (2003: 131)]

- Enfoque conflictual. Se entiende desde esta óptica una relación de carácter internacional cuando en la misma participan factores de conexión acentuadamente o intensamente significativos que conllevan una hesitación o vacilación de determinar qué ley va a ser aplicada a esa relación ya sea la *lex fori* o la *lex causae* dependiendo de la consulta e interpretación que oferte la regla de conflicto del sistema del foro.
- Enfoque económico. Desde este ángulo se reputa una relación de carácter internacional cuando conlleva una prestación de servicios, bienes o capital que trasciende a efectos transfronterizos o más allá de las fronteras físicas de un territorio. Concepción que aporta el derecho transnacional.

- Enfoque convencional De acuerdo a esta concepcion una relacion es de caracter internacional cuando los sujetos inmersos en una relacion contractual estan domiciliados en Estados distintos Esa es la definicion que la Convencion de Viena de 11 de abril de 1980 introduce sobre la compraventa internacional

En nuestro caso particular nos inclinamos mas por el enfoque conflictual de la relacion juridica, para determinar cuando estamos en presencia de una relacion juridica de caracter internacional para evidentemente relacionarla con los conflictos de leyes

17 1 1 Elementos de la relacion juridica de caracter internacional

17 1 1 1 El conflicto de leyes

Debemos ineludiblemente que precisar que se entiende por conflicto de leyes La solucion de los conflictos de leyes es el objeto principal del derecho internacional privado por ende la doctrina define al derecho internacional privado como la ciencia que tiene por objeto la solucion de los conflictos de leyes Se ha indicado al respecto que Se designan con este nombre las hipotesis en las cuales una misma relacion de derecho sometida por diversos lados a varias legislaciones suscita una duda sobre que ley debe ser aplicada [Pillet (1923 34)]

La elucubracion mental de este autor es diafana y sencilla situando a los conflictos de leyes cuando en una misma relacion juridica convergen en su

aplicabilidad varias legislaciones suscitando la duda o la opción de determinar que ley gobierna la soberanía jurídica de esa relación con efectos extraterritoriales o extranacionales

Evidentemente el factor duda es determinante para buscar la solución al conflicto de tal suerte que existiendo una relación jurídica con efectos extraterritoriales o extranacionales ante el concurso de dos o más leyes que pretendan gobernarla se suscita la incertidumbre sobre que legislación debe aplicarse a esa hipótesis de carácter supranacional deviniendo natural y espontáneamente los conflictos de leyes

La doctrina mexicana ha indicado que El llamado conflicto de leyes surge cuando existen puntos de conexión que ligan una situación jurídica concreta con las normas de dos o más Estados [Arellano (1999 713)]

Según la opinión del jurista los conflictos de leyes que le interesan al derecho internacional privado son los conflictos de vigencia espacial entre las normas jurídicas de dos o más Estados que emergen con relación a una sola situación jurídica concreta

En los conflictos de leyes de interés para esta disciplina existe una relación jurídica determinada y es necesario localizar cuál es la norma jurídica que le es aplicable a la misma puesto que en esta única relación jurídica converge dos o más leyes que estiman deben regularla En resumen, el conflicto de leyes se plantea entre normas sustantivas que pretenden regir simultáneamente una misma relación jurídica en un momento determinado

La doctrina nacional nos ha indicado que

Hay conflictos de leyes cuando una misma relacion juridica con elementos de extranjeria concurren dos o mas legislaciones y es preciso determinar cual de ellas sera aplicada al caso en concreto [Aparicio (1997 55)]

Siguiendo este parametro doctrinal se ha indicado que

Tienen lugar los conflictos de leyes cuando las legislaciones de dos o mas Estados se consideran aptas o competentes para regir una misma situacion juridica de derecho privado con caracter internacional compuesta en su interior con elementos de extranjeria que debido a los elementos de extranjeria que la constituyen crean la opcion de dos o mas leyes que intervengan para regir dicha situacion juridica Sin embargo, la situacion juridica debe contener ciertos elementos de extranjeria o puntos de conexcion que permitan la posible opcion o duda racional de que dos o mas legislaciones se consideran como competentes o aptas para regir o resolver la relacion de derecho privado de caracter internacional [Boutin (1987 26)]

Por nuestra parte consideramos que existen conflictos de leyes cada vez que estamos en presencia del choque entre dos mas normas legales que pertenecen a distintos ordenamientos juridicos las cuales ante la presencia de una relacion o situacion juridica con elementos de extranjeria objetivamente relevantes o significativos busca conocer cual de esos ordenamientos juridicos es el competente para consecuentemente determinar cual es la ley aplicable a esa misma relacion o situacion juridica solventando de esta forma las dudas sobre la ley aplicable a un caso determinado

En otras palabras los conflictos de leyes surgen cuando en una misma relacion o situacion juridica concurren factores de conexion objetivamente relevantes que procrean la opcion o duda de determinar cual es el ordenamiento juridico competente para resolver o regir la soberania juridica de la relacion o situacion en cuestion. No en vano se ha sostenido que

Se entiende por conflictos de leyes cuando una relacion o situacion juridica contienen elementos de extranjeria suficientemente o intensamente significativos que permitan la opcion de dos o mas leyes que gobiernen esa misma situacion juridica o esa misma relacion juridica. Esta es una definicion estrictamente conflictual que aportamos nosotros dentro de la definicion de arbitraje en las mismas leyes juridicas. Se define como la busqueda o localizacion de la ley imputable por el juez de los elementos de extranjeria que componen un negocio juridico. Esos elementos de extranjeria le dan un caracter internacional, mediante los factores de conexion objetivos que permiten establecer su caracter internacional. [Boutin (op cit 223)]

17 1 1 2 Los factores de conexion

Se entienden que los mismos son. El medio tecnico utilizado por la norma conflictual para la designacion de la ley material aplicable es la relacion con que las personas, las cosas o los actos se encuentran en determinado ordenamiento. [Maja de la Muela (1987 286)]

Los puntos de contacto son las circunstancias directamente vinculadas a las personas, los actos o los bienes que la regla de conflicto utiliza para indicar la ley material competente que debe regirlos. Son las circunstancias de hecho, elementos o factores que consignados en la norma de conflicto funcionan

como criterios para la determinación del derecho que ha de aplicarse. Así es por ejemplo la nacionalidad de una persona natural o jurídica, la residencia de una persona natural, el lugar de estancia de la misma, la sede o domicilio social de una persona jurídica, el lugar de la situación de los bienes, la bandera que ondea una nave o el pabellón de una aeronave, el lugar de la celebración de los actos, el lugar de pago de una obligación pecuniaria, el lugar donde se tramita un proceso, el lugar donde se ejecuta un acto o el lugar elegido por las partes contratantes para que rija dicha ley los efectos de un contrato. Todas estas circunstancias consignadas en la norma de conflicto en un momento determinado indican cuál es la ley material aplicable.

Es importante aclarar que para que exista conflicto de leyes, esos factores de conexión que incorporan las relaciones o situaciones jurídicas deben ser agudamente significativos para que germine la duda en el espíritu del juez o la autoridad acerca de cuál es el ordenamiento jurídico que debe regular tal situación o relación, y ello surge cuando esa relación o situación jurídica entra en contacto con más de uno de tantos ordenamientos jurídicos que existen en determinados Estados. Así se ha argumentado acertadamente que

Los elementos de extrajurisdicción o puntos de contacto que contengan las relaciones jurídicas deben ser suficientemente o intensamente significativos que acarreen o produzcan la posibilidad u opciones de considerar dos o más legislaciones distintas tendientes a regir la relación jurídica apareciendo la interrogante de cuál de aquellos derechos positivos deben regular la relación internacional. [Boutin (op cit 30)]

Por ejemplo, no habra conflicto de leyes cuando dos panameños celebran un contrato de arrendamiento sobre una finca ubicada en la Provincia de Chiriqui. Esta relacion contractual no entraña efectos internacionales pues la misma es eminentemente local y no germina ninguna opcion conflictual. Ello es así porque la economia de la transaccion contractual se subsume en el territorio nacional.

Por lo tanto no se procrea la duda de cual es la ley que debe gobernarla pues es evidente el caracter domestico de la misma.

Por consiguiente no cabe el supuesto de internacionalizacion de dicha relacion juridica pues se trata de una operacion eminentemente local y cualquier invocacion conflictual seria en fraude a la ley competente y contraria al derecho contractual internacional.

17.1.1.3 La alternativa de aplicar dos o mas leyes que pretenden regular la situacion o relacion juridica internacional

Como consecuencia natural de la existencia en el derecho internacional privado de una relacion o situacion juridica con factores de conexi6n intensamente significativos se propicia una opcion de dos o mas leyes de distintos ordenamientos juridicos que pretenden regir esa misma relacion juridica o situacion juridica de caracter internacional.

De allí que cuando existe dicha opcion nace en la mente interesada del juez, abogado o autoridad de que se trate la duda de que ley va regir los efectos juridicos de la misma. Evidentemente tendra que ser la ley del foro o la

ley extranjera dependiendo de la consulta e interpretacion que le ofrezca la regla de conflicto del sistema del foro

18 Ley aplicable a los contratos internacionales

La esencia del negocio juridico **per se** determina la naturaleza normativa de la fuente que lo gobierna en todos sus efectos legales. Un contrato sujeto a la regulacion del derecho interno estara sometido a la aplicacion de la ley interna o la **lex fori** por el contrario si el contrato soporta en su estructura los elementos de extranjeria o puntos de contacto los suficientemente relevantes que producen que el mismo tenga efectos extraterritoriales se origina entonces la duda de determinar cual es la ley competente que regira los efectos juridicos del contrato, que necesariamente no ha de ser la ley del foro

Dentro de este ultimo perfil se enmarca la relacion juridica internacional o contrato internacional en donde evidentemente el juez del foro estaria en una situacion de duda con respecto a que ley gobierna esa relacion o situacion juridica. Caso contrario seria una relacion juridica evidentemente domestica cuyo circuito economico no trasciende las fronteras de un Estado y los propios elementos de extranjeria o factores de conexion que la misma soporta no producen ninguna opcion conflictual o duda razonada con respecto a la ley aplicable en concreto

Existen diferentes clases de contratos internacionales podemos mencionar el contrato de factoring el contrato de compraventa internacional de mercaderias el contrato de suministros contratos de leasing los contratos

bancarios el contrato de transporte terrestre, marítimo y aéreo el contrato internacional de construcción los contratos cinematográficos contratos de seguro contrato de mandato y comisión contrato de fianza contratos de representación contratos de agencia contrato de concesión contratos deportivos contratos de trabajo contratos de préstamo contratos de obras, contratos de donaciones contratos de colaboración empresarial contratos de depósito contratos de consultoría internacional contrato reaseguro internacional, contrato de dación en pago contrato de cesión de créditos contrato de cesión de derecho hereditarios contrato de cesión de derechos litigiosos contratos de colaboración empresarial contrato de compraventa de buques, contrato de compraventa de inmuebles contrato de sociedad, contrato de mutuo contrato de anticresis contrato de prenda entre otros

18.1 La regla de oro de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales

Según la regla de oro de la autonomía de la voluntad de las partes, estas son libres para determinar la ley que deba regir los efectos del contrato que pactan. Este criterio para determinar la ley competente o una relación contractual ha sido enormemente criticado debido a que se argumenta que las partes en ejercicio de esta facultad se constituyen en un poder legislativo que produce que las leyes de cumplimiento general se conviertan en facultativas. Por otra parte, si los contratantes no manifiestan su voluntad acerca de qué ley rige el contrato, en caso de desatarse la litis, el juzgador tendrá que investigar o averiguar cuál es la intención de las partes con respecto a la aplicación de la

ley que rige el contrato según las circunstancias específicas de cada caso concreto. Este criterio de la autonomía de la voluntad de las partes de los contratos internacionales lo aplican Japón, Polonia, Francia, Rumania, Inglaterra, Holanda y Bélgica.

Actualmente se acepta que las partes ejercitando su autonomía conflictual propia de la naturaleza del derecho internacional privado elijan la ley aplicable al contrato, lo que se ha materializado en gran cantidad de convenciones internacionales y muchas legislaciones internas. Se ha establecido con respecto a este criterio:

Mediante tal elección las partes excluyen la aplicación del derecho que las normas del conflicto del juez indican como aplicable al contrato. Las normas de conflictos legales susceptibles de exclusión por las partes resultan dispositivas y subsidian la determinación del derecho competente cuando las partes omiten convenir dicha exclusión. [Monroy Cabra (1999: 305-306)]

El principio de autonomía de la voluntad de las partes ha recibido un acogimiento universal en el derecho internacional privado. Es importante considerar que como criterio para la búsqueda de la ley competente que va a gobernar la estructura de un contrato internacional a la autonomía de la voluntad de las partes le suceden los usos que en el comercio internacional sean ampliamente conocidos, regularmente observados o de conocimiento para las partes. Con respecto a los usos de comercio y la costumbre se debe hacer una distinción entre uno y otro debido a que no son sinónimos. Con respecto a la diferenciación entre uso y costumbre se ha esgrimido lo siguiente:

La costumbre se presume los usos de comercio deben ser pactados y no se presumen los usos son vinculantes y se pactan o se contractualizan mientras que las costumbres se aplican el regimen como si fuera una regla de derecho los usos son un simple hecho y se someten al regimen probatorio de los mismos mientras que la costumbre hace parte del sistema paralelo de fuente completiva y es asi por su estructura material y moral la costumbre es una repeticion sin contradiccion de actos hechos u omisiones [Boutin (1998 16)]

Con respecto a la autonomia de la voluntad de las partes al elegir el derecho aplicable a un contrato internacional puede ser de forma expresa o implicita expresa cuando se determina de forma concreta La eleccion implicita debe ser cierta, indudable para no incurrir en lagunas legales o regulatorias

La facultad de elegir el derecho que sera aplicado a un contrato solo puede admitirse en aquellos contratos internacionales o contratos vinculados a multiples sistemas juridicos y no en contratos absolutamente internos cuya economia contractual subyace dentro de un ordenamiento juridico determinado Un contrato es internacional por ejemplo cuando en su celebracion se vincula a varios sistemas juridicos por los domicilios de los oferentes y aceptantes o si su ejecucion es multinacional

La autonomia de la voluntad de las partes tiene limites impuestos la autonomia conflictual no puede rebasar el conjunto de principios fundamentales que constituyen el orden publico internacional Es decir, que el derecho o la ley aplicable al contrato que ha sido elegida por las partes no puede vulnerar los

principios fundamentales de orden publico sobre los cuales se instituye el sistema juridico del foro

Los contratantes en base a la autonomia de la voluntad de las partes tampoco pueden desplazar el cumplimiento de las normas de policia o ley de aplicacion inmediata

18 2 Lex loci solutionis o executionis Dentro de este sistema de localizacion de la ley aplicable a un contrato internacional se deben analizar diferentes situaciones, tales como la jurisdiccion competente llamada a decidir la litis que produce el cumplimiento o incumplimiento de la obligacion contractual el lugar donde esta el asiento de la obligacion y el derecho local aplicable Con respecto al lugar que debe considerarse como asiento de la obligacion debe darsele preferencia al lugar de cumplimiento por ser cierto puntual y estable La jurisdiccion de la obligacion debe determinarse en el lugar de su cumplimiento La determinacion del lugar de ejecucion puede resultar de la voluntad de las partes Si las partes no han determinado el lugar de cumplimiento hay que buscarla en la voluntad tacita que puede surgir de circunstancias accidentales

18 3 Lex loci contractus Segun este criterio el contrato internacional debe estar regido en todos sus efectos juridicos por la ley que los crea la que se fundamenta en la territorialidad Este criterio tiene la ventaja que al determinar que la ley que rige el contrato es la ley del lugar de celebracion del mismo Se eliminan los problemas de la multiplicidad de los lugares de ejecucion El sistema de la lex loci contractus se ha criticado debido a que la

teoría de la territorialidad que es acorde por el derecho anglosajón no es de ninguna manera la solución más científica y adecuada para solucionar los conflictos de leyes en materia de contratación privada internacional. Por otra parte hay casos precisos en donde no siempre se obtiene que haya una sola ley del lugar de la celebración del contrato. En este sentido se cita el contrato internacional que no se perfeccionó sino por el cumplimiento de varias condiciones cada una de las cuales se verifica dentro de la regulación de un ordenamiento jurídico distinto. La *lex loci contractus* es inoperante cuando se celebra un contrato a bordo de un buque mercante en altamar ya que por la movilidad o carácter desplazativo del buque no hay un asiento certero o preciso de la celebración contractual.

18.4 Lugar de la celebración del contrato o *lex loci celebrationis*

Según este criterio los contratos se rigen por la ley del lugar donde se han celebrado. Es decir, cuando se da una controversia el juez debe aplicar a los contratos internacionales la ley del lugar en el que el contrato se ha celebrado. La justificación de esta solución estaba basada en la soberanía estatal. Los actos jurídicos celebrados en el territorio de un Estado se regulan por su propia ley. Debido a que el Estado extiende su soberanía sobre su territorio. Para sustentar la regla *lex loci celebrationis* para los contratos en el respeto de la soberanía del Estado lo que era un argumento muy débil se esbozaron tres explicaciones que sustentan la precitada regla. La primera explicación señala que solo se acepta dicha regla en los casos que los contratantes tienen conocimiento de la ley del lugar donde el contrato se

celebra tal situación se dio con mayor frecuencia en la edad media debido a que los contratos internacionales se celebraban en las ferias, puertos y mercados. En este caso los contratantes conocen fácilmente el lugar de la celebración del mismo y la ley de dicho lugar por lo que pueden fácilmente prever la aplicación del mismo. Esta explicación solo funciona cuando el lugar de celebración del contrato es previamente conocido por los contratantes, lo que no constituye una panacea o solución universal a la conflictualización de la relación contractual. La segunda explicación que defiende el criterio de la *lex loci celebrationis* se explica en que el contrato se rige por la ley del lugar de su celebración y el estado de las personas se rige por la ley del lugar del origen de las mismas. Sobre este último aspecto se ha explicado que

Sería algo parecido al <<status personnel del contrato>>. La explicación es original e ingeniosa pero como la anterior no es satisfactoria si el lugar de celebración del contrato es fortuito o causal porque resulta difícil prever cuál es la <<Ley del contrato>> [Carrascosa (2006 En Calvo et al 165)]

La tercera explicación a cerca del fundamento de la aplicación de la *lex loci celebrationis* se manifiesta porque las partes han aceptado implícitamente la aplicación de dicha ley. Actualmente el lugar de la celebración del contrato no es un modelo poderoso para determinar la aplicación de la ley que gobierna un contrato internacional. Ello se explica en la medida que el lugar de celebración del contrato internacional suele ser en muchas ocasiones fortuito, debido a los avances tecnológicos de nuestra era. Es muy frecuente que el contrato internacional se celebre por correspondencia a través de medios

electronicos y ciberneticos o por medio de intermediacion bancaria, el lugar de celebracion del contrato es un elemento externo a la propia estructura del mismo el lugar de celebracion del contrato puede ser fraudulentamente buscado por las partes para hacer valido un contrato que en otras circunstancias hubiese sido nulo el lugar de celebracion del contrato no existe hasta que el contrato se haya celebrado Por estas consideraciones el punto de conexion lugar de celebracion del contrato pierde validez juridica debido a que conduce a leyes imprevisibles por los contratantes y en determinadas ocasiones es muy complicado determinar cual es el lugar de celebracion del contrato como punto de conexion para determinar la ley competente que regira los designios de la relacion juridica contractual internacional

CAPITULO II

LA INFLUENCIA DE LA LEX MERCATORIA EN EL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL

1 Aspectos preliminares

La unificación del derecho contractual internacional ha tenido su repunte con la *lex mercatoria*. Luego de la época de los setentas los usos comerciales van a adquirir importancia por el desarrollo del comercio internacional, el incremento de la inversión extranjera y al crecimiento del otorgamiento crediticio internacional en divisas.

Como resultado de lo anterior surge un renacimiento de los usos de comercio internacional contribuyendo a la configuración de los códigos privados con independencia de los derechos positivos o nacionales y el predominio de la autonomía de la voluntad de las partes en la concertación de la contratación internacional.

La *lex mercatoria* se encuentra sumergida en el plano transnacional surge un espacio transnacional globalizado exento de límites fronterizos configurado por un soberano privado supraestatal y difuso.

Sin embargo como es obvio el espacio transnacional presupone la necesaria existencia del espacio nacional que es trascendido o desbordado por el primero.

El espacio transnacional está poblado de empresas transnacionales también designadas con el nombre de *societas mercatorum* o *business community* la que está lejos de ser homogénea o pertenecer a una sola nacionalidad.

Estas empresas se caracterizan por ser multiculturales (sus intereses son diversos desde las piezas de auto, petróleo y sus derivados, fármacos,

cosméticos celulares piedras preciosas ,oro etc) se sienten cómodas con un derecho basado en leyes modelos, códigos de conducta normas prudenciales, usos comerciales y principios generales

El mundo de las relaciones comerciales internacionales de nuestros días nos determina una tendencia cada vez más frecuente ejecutada por los comerciantes y operadores del comercio internacional. Los que imponen sus propios usos y costumbres convertido en normas consuetudinarias autónomas y de aceptación general. Los agentes del comercio mundial escudriñan fórmulas más adecuadas a la realidad del tráfico mercantil moderno con el propósito de resolver sus controversias sin aplicar las leyes de sus propios Estados de tal suerte que los agentes del comercio mundial son los creadores de sus propias reglas dentro de la dinámica del mercado mundial

La *lex mercatoria* ha sido utilizada para identificar a un conjunto de normas con carácter supranacional que existe con un grado de autonomía en relación a los ordenamientos jurídicos positivos nacionales que constituye un conglomerado de reglas acordes a la ordenanza de las relaciones comerciales internacionales con especial énfasis de aplicación a la contratación internacional que efectúan los operadores del comercio internacional a los que se les puede aplicar directamente las normas del derecho mercatorio en lugar de los mandamientos legales de los ordenamientos jurídicos nacionales

En el presente capítulo se tocará lo concerniente a los principios para los contratos internacionales de **UNIDROIT** y su influencia en las sociedades transnacionales

2 Antecedentes de la *lex mercatoria*

Los antecedentes mediatos de la *lex mercatoria* se sitúa en la época medieval el punto de partida es la existencia de costumbres que escapan de los derechos locales y que regulan las relaciones mercantiles internacionales. En el medio evo surge una clase social denominada ***las societas mercatorum*** que se dedicaba al comercio. Esta nueva clase social adquiere mayor poder dentro de la colectividad e implemento una serie de usos y costumbres profesionales que se denominaron *lex mercatoria*. Ese grupo social estaba integrado por artesanos y comerciantes que se organizan en corporaciones y gremios. La actividad comercial realizada por los mismos se torno internacional lo que trajo como consecuencia que se volviera inadecuada la aplicación de las leyes locales a los requerimientos de su actividad mercantil así se da el primer esbozo del desarrollo de la *lex mercatoria* que se ubica desde principios del siglo XII.

Por su parte las ferias medievales se constituyen en uno de los campos de producción más significativos de la *lex mercatoria*. La feria conformaba un circuito comercial y económico que se celebraba cada año en donde los comerciantes de distintos lugares acudían a ella durante varias semanas con el aval del rey donde se desarrollaba la feria. El monarca permitía a los mercaderes arreglar entre ellos sus litigios comerciales es decir la feria a parte de procurar el intercambio comercial entre los mercaderes de diversas nacionalidades era el epicentro que servía de foro para dilucidar los litigios que producían el intercambio mercantil.

Junto a las ferias se estructuraron los gremios y las corporaciones desde mediados del siglo XII que poseían órganos propios de dirección, autonomía normativa y jurisdicción especial para aplicarla. De esta forma se desarrolló un derecho mercantil conformado por las costumbres y los usos de una clase social caracterizado por su nacionalidad, legitimidad, uniformidad y el uso de un amplio sentido de equidad medieval. Por su parte, los mercaderes comerciaban sus productos en las ferias regionales de la Europa feudal sin fronteras ni leyes feudales.

El origen de la *lex mercatoria* fue eminentemente consuetudinario, no obstante, la *lex mercatoria* se plasmó por escrito tal como lo ha expresado la doctrina:

La *lex mercatoria* por escrito (v.g. *Consuetudine de Genova* 1056, *Constitutum Usus de Pisa* 1161, *Liber Consuetudinum de Milan* 1216) luego se recogió en Estatutos Corporativos (Como el del Arte de la Lana de Florencia 1301, el *Breve Mercatorum de Pisa* 1316, los *Statuti dei Mercanti de Parma, Piacenza, Brescia, Roma, Verona, Milan*, etc.) y estos a su vez se integraron en tratados interlocales e internacionales (v.g. *Capitulare Nauticum de Venecia*, las *Tavole Amalfitane*, los *Ordenamientos de Trani*, el *Breve Curiae Maris de Pisa*, entre otros) [Cadena Afanador (2005: 4)]

La *lex mercatoria* se caracterizó por ser cosmopolita, transnacional, consuetudinaria y clasista (dirigida de manera exclusiva hacia la ***societatem mercatorum***, el carácter de cosmopolita se basó en la flexibilidad, especialidad y autonomía).

Durante los siglos XI y XII la manera de pensar y actuar cambio en las poblaciones naciendo este cambio de mentalidad y costumbre fue producto de varios factores dentro de los que podemos mencionar un derecho romano anquilosado y fuera de la epoca. Los excedentes en la produccion agricola que obligaron la busqueda de nuevos mercados el crecimiento de las ciudades en donde se trasladaron los campesinos que se constituyeron en grupos orfebres comerciantes y banqueros.

Esta revolucion comercial se origina en Italia en ciudades como Venecia Bari Pisa y Genova y luego se extendio a otras ciudades de Europa. No todas las ciudades crecieron a un mismo ritmo ya que el intercambio en alguna de ellas era meramente local en el mercado donde existia una reglamentacion rigida sobre la proteccion de los consumidores mientras que el gran comercio era aquel dedicado a traspasar las fronteras. Era el llamado comercio de la exportacion que se llevaba a cabo en las ferias de las cuales son muy famosas las ferias de Lyon y Champaña en Francia en donde participaban mercaderes del norte de Italia. Esta es la etapa mas importante de la evolucion ya que el nacimiento de la *lex mercatoria* esta intimamente ligado a la actividad de los gremios y de las corporaciones de mercaderes que se organizan en las ciudades medievales para defender sus derechos. Por tanto los comerciantes se asociaban en grandes corporaciones profesionales que recibian el nombre de consulados y cuya mision consistia en la defensa y proteccion de los intereses economicos de sus miembros. Las corporaciones estaban organizadas de tal suerte que la maxima autoridad de las mismas eran

llamados consules junto a los cuales habian funcionarios Las corporaciones gozaban de autonomia y de jurisdiccion propia la jurisdiccion era ejercida por el consul mercatorum El fenomeno comercial iniciado en el siglo XII tambien fue regulado Esta normativa se le conoce como lex mercatoria medieval

Este sistema juridico se extiende durante la edad media, se prolongo durante el renacimiento hasta el siglo XVII culminando con el fenomeno de la estatizacion del derecho comercial que dejaria sin efecto a esta figura

Dentro de las normas que los antiguos mercaderes establecieron mediante el uso y la practica que pasaron a formar parte de las legislaciones nacionales podemos ver los acuerdos informales pueden llegar legalmente validos que obliguen a las partes la mera posesion de una letra de cambio otorga el derecho de pago el vendedor tiene el derecho a retener el transito de bienes vendidos si el comprador incumple el contrato respectivo los socios pueden demandarse entre si

Durante la edad media no es muy probable señalar que los juristas medievales estuvieron consientes que los comerciantes se regian por un sistema juridico diferente al estatal sin embargo surgio la lex mercatoria como una respuesta medieval a las necesidades del trafico comercial

Durante la edad moderna a partir del siglo XV surge la teoria del mercantilismo en donde se da el crecimiento de la importancia del poder politico en la economia, ademas se produce la revolucion industrial y el derecho mercantil tradicional comienza a perder importancia como consecuencia de la expansion de las primeras ordenanzas mercantiles entre

las que podemos mencionar La Ordenanza Francesa del Comercio promulgada por Luis XIV (1673) La Ordenanza Francesa de La Marina (1681)

La importancia de la *lex mercatoria* decayo en el siglo XVI Contribuyo a este descenso el afianzamiento del derecho cuyo protagonista es el Estado Moderno el cual absorbio la *lex mercatoria* transnacional el desplazamiento geografico de los principales centros comerciales las falencias internas de la *lex mercatoria* que le habian tornado menos transparente e impredecible

Despues de la segunda guerra mundial (en las decadas de los 60 y 70) los usos de comercio van a adquirir una importancia mucho mayor debido al enorme desarrollo del comercio internacional el creciente aumento de las inversiones extranjeras y el aumento de los prestamos internacionales en divisas Estos son factores economicos que conducen a la utilizacion de nuevas formas juridicas que producen el renacimiento de los usos del comercio internacional contribuyendo a la configuracion de codigos privados independientes de los derechos nacionales la practica comercial internacional consistente en regular las partes por si mismas (autonomia conflictual y autonomia material) en sus relaciones contractuales estableciendose para los mismos tipos de contratos clausulas semejantes o muy similares que determinan la institucionalizacion de los contratos tipo

Para el año de 1968 conmemorando los cuarenta años de fundacion de **UNIDROIT** (Instituto Internacional para la Unificacion del Derecho Privado) en Roma surge la idea de crear un cuerpo regulatorio sobre los contratos comerciales internacionales

En 1971 el Consejo Directivo de **UNIDROIT** incluye en la agenda de trabajo la preparacion de un ensayo de unificacion relativo a la parte general de los contratos. En 1980 se crea un grupo de trabajo que se constituye con representantes de diversas culturas y sistemas juridicos (del civil law del common law y de los sistemas socialistas) los que constituyen un comite de trabajo cuyas labores culminan en 1994 con la publicacion de los **principios para los contratos comerciales internacionales**

Los **principios para los contratos comerciales internacionales** constituyen actualmente una solucion a las situaciones juridicas que presentan el derecho de los negocios internacionales y son un intento por remediar muchas de las diferencias surgidas del derecho aplicable a tales negocios. No son ninguna formula de modelo de clausulas contractuales para ningun tipo de pacto en particular ni es una forma de convencion internacional o de ley uniforme para los contratos internacionales y constituyen su valor unicamente de su fuerza persuasiva.

Los principios constituyen reglas que son comunes a la mayoria de los sistemas legales existentes y adoptan soluciones que se acomodan a las necesidades del trafico internacional.

Los principios de **UNIDROIT** de 1994 estan divididos en siete capitulos que contienen un total de ciento veintisiete articulos con disposiciones aplicables de todo el contrato desde su genesis hasta su culminacion mediante el cumplimiento o incumplimiento del mismo.

Estructura de los principios de **UNIDROIT** de 1994

- Preamble que contiene el proposito de los principios
- Capitulo 1 Disposiciones generales
- Capitulo 2 Formacion del Contrato
- Capitulo 3 Validez
- Capitulo 4 Interpretacion
- Capitulo 5 Contenido
- Capitulo 6 Cumplimiento
- Capitulo 7 Incumplimiento

Los principios para los contratos comerciales internacionales son el conjunto de reglas que pueden ser empleadas con independencia de los diversos sistemas juridicos y economicos existentes en el mundo De tal forma que se determina la ley de fondo aplicable a la contratacion privada internacional

En cuanto a la naturaleza de los propositos de los principios para los contratos comerciales internacionales los podemos agrupar de la siguiente forma tomando como punto de referencia el preambulo de su publicacion en 1994

- Establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales
- Seran de aplicacion directa cuando las partes hayan convenido que el contrato se ha de regir por tales principios

- Se pueden aplicar cuando las partes hayan consensuado que su contrato se regule por los principios generales del derecho o la *lex mercatoria* o por expresiones semejantes
- Los principios pueden proporcionar soluciones a controversias que engendren cuando no sea posible determinar la ley aplicable al contrato
- Los principios son medios idóneos para interpretar y complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme
- Los principios pueden servir como modelo para la legislación a nivel nacional e internacional

Rige la regla de oro de la autonomía de la voluntad de las partes ya que la fuente de la obligación de los mismos radica en que las propias partes acuerden someter los efectos del contrato a los principios. Entonces la autonomía de la voluntad de las partes cobra nuevamente vigencia como un principio rector del derecho contractual internacional.

La naturaleza de la obligación de los principios en el contrato es eminentemente potestativo cuando las partes en un contrato acuerden someterse a ellos igualmente pueden excluir la aplicación de alguna de sus normas o modificar el efecto de sus disposiciones.

Las presentes disposiciones contienen principios reglas comunes al tráfico mercantil internacional sobre obligaciones y contratos sea que se constituyen en disposiciones legales codificadas o se constituyan como costumbres. Es decir, la *lex mercatoria* es la denominación dada al derecho mercantil internacional constituida por varias fuentes.

Alguno de los artículos de los principios reflejan costumbre internacional pero también otros reflejan lo que conocemos como principios generales del derecho y otras disposiciones son creadas legislativamente adoptados bajo el prisma de facilitar el comercio internacional

Durante la década de los 80 la ingeniería financiera pone en el mercado nuevos productos de difícil encaje en el derecho mercantil internacional. Se trata de productos diseñados para operar diferentes mercados financieros simultáneamente con distintas divisas y cuyos gestores son sociedades de inversión constituidas en un país cuya sede se encuentra en otro

La *lex mercatoria* supone la existencia de un espacio transnacional en el que se ubican las operaciones antes citadas. Ese espacio como resulta evidente no puede circunscribirse a un territorio delimitado por las fronteras estatales exentos de límites fronterizos

En ese espacio transnacional se encuentran las empresas transnacionales designadas con el nombre de ***societas mercatorum*** o ***business community*** que se asemejan a una sociedad multicultural donde se procura un múltiple y variado intercambio

Esa *societas mercatorum* se siente cómoda con un derecho basado en leyes, modelos, códigos de conductas, normas prudenciales, usos comerciales y principios generales

La nueva *lex mercatoria* ha surgido de las prácticas reiteradas de las corporaciones transnacionales de los más variados sectores de la actividad económica pertenecientes a distintos Estados

Se trata de una sociedad de comerciantes (*societas mercatorum*) independientes de los Estados que tiene la capacidad de la creación progresiva de un marco jurídico propio que de respuestas a sus necesidades ofreciendo soluciones jurídicas coherentes y adecuadas al comercio internacional

Se crea entonces una íntima vinculación entre las grandes corporaciones transnacionales y las instituciones privadas internacionales que constituyen los cimientos de la nueva *lex mercatoria*. Los usos comerciales, los contratos tipo, las condiciones generales de los contratos internacionales, los principios generales del comercio internacional elaborado por las asociaciones profesionales y organismos internacionales constituyen las típicas fuentes de expresión de la nueva *lex mercatoria*.

Otra edición de los principios de **UNIDROIT** que aparece 10 años después de la publicación de los mismos no pretende ser una revisión general de la edición de 1994. Transcurrida una década, pudo comprobarse que los principios recibieron una aprobación generalizada por los mercantilistas y que no suscitaron problemas significativos de aplicación por las partes que convinieron en que sus acuerdos fuesen regidos por ellos. La edición del 2004 contiene muy pocas reformas de fondo al articulado de los principios de 1994. Sin embargo, la creciente práctica de la contratación electrónica requirió que la edición 2004 adicionara o modificara el texto del articulado de las disposiciones generales (Capítulo I) y de formación de los contratos (Capítulo II) de los principios de 1994. El objetivo básico de la nueva edición fue la de introducir una nueva normatividad en temáticas de interés para la comunidad

internacional del comercio. Con ese sentido se adicionan dos secciones a los capítulos II y V de la versión de 1994 que norman las facultades de los apoderados y los derechos de terceras partes. También se añaden tres nuevos capítulos que regulan la extinción de las obligaciones por compensación, la cesión de derechos, la transmisión de las obligaciones y la cesión de derechos contractuales y los plazos de prescripción.

También fueron incluidos dos nuevos dispositivos en el capítulo I sobre conducta inconsistente de una de las partes y el capítulo V sobre remisión de la deuda mediante convenio. La edición 2004 de los principios de **UNIDROIT** contiene diez capítulos y 185 artículos en comparación a la edición de 1994 que tenía siete capítulos y 120 artículos. Actualmente se ha lanzado la última versión de los principios de **UNIDROIT** para los contratos mercantiles internacionales en 2010 que en el capítulo tercero de este estudio estaremos haciendo especial consideración de los mismos.

3 Noción de lex mercatoria

La voragine y el crecimiento acelerado de los negocios dentro de las relaciones comerciales privadas internacionales han traído como consecuencia el surgimiento de una normativa paralela a la de los ordenamientos jurídicos nacionales sustentada sobre la base de los usos del comercio mundial y desarrollado generalmente en los sectores del comercio mundial.

Es lo que se ha denominado como la nueva lex mercatoria internacional. Esta denominación fue acuñada principalmente por los profesores **SCHMITTHOFF Y GOLDMAN**

Estos juristas denominaron la *lex mercatoria*

Al conjunto de normas conformado por principios generales codificaciones profesionales contratos tipos y jurisprudencia arbitral que se dan a través de las organizaciones profesionales como respuesta a las necesidades del comercio internacional [Tovar Gil (2007 107)]

El gran jurista **GOLDMAN** establece como fuente de la *lex mercatoria* en primer lugar los usos y reglas consuetudinarias las cláusulas contractuales generales y los contratos tipo En segundo lugar coloca la jurisprudencia arbitral y los principios generales entendidos como fuente subsidiaria cuyo propósito es llenar los vacíos o lagunas legales dejadas por las anteriores fuentes Con respecto a la clasificación de las fuentes de la *lex mercatoria* que el autor en comento ha establecido se ha comentado lo siguiente

Posteriormente modificara este esquema de fuentes de manera que los principios generales del derecho relativos a las relaciones comerciales internacionales y los principios comunes a los sistemas jurídicos nacionales más la jurisprudencia arbitral serán las fuentes prioritarias de la *lex mercatoria* Será el arbitraje comercial internacional el que concrete los principios generales del derecho del comercio internacional y los principios comunes a los sistemas nacionales en presencia Los tribunales arbitrales cumplirán una doble función a) dirimir los litigios derivados de las relaciones contractuales inherentes al comercio internacional atendiendo a las reglas y principios del derecho transnacional en el que se incluye la *lex mercatoria* b) contribuir a la manifestación y desarrollo de tales reglas y principios a través de sus decisiones que se convierten a sí en fuentes de la *lex mercatoria* [Lopez Ruiz (2007 4 5)]

La 'lex mercatoria como orden jurídico se sostiene en la presencia de una sociedad mercantil de carácter internacional que tiene la capacidad de producir su propio derecho regulador de sus negocios o transacciones internacionales

Por su parte **SCHMITTHOFF** profundizando a cerca de la lex mercatoria establece que la misma se refiere a principios comunes de las leyes relacionadas con los negocios comerciales internacionales o reglas uniformes aceptadas por todos los países concibe a su vez la lex mercatoria como una especie de derecho material especial y autónomo del comercio internacional dotado de un amplio grado de uniformidad internacional lo que le permitiera obviar las reglas de conflictos estatales que constituyen un obstáculo para el comercio internacional

Estamos de acuerdo con la posición de este autor al establecer que las reglas de conflictos estatales constituyen un obstáculo para el comercio internacional debido a que la mecánica conflictualista que se determina en la regla de conflicto hace que el derecho aplicable a una relación comercial internacional pueda estar motivada por la multiplicidad de factores de conexión o puntos de contacto que la propia regla de conflictos establece

Ello es así, ya que la regla de conflicto establece una mecánica del derecho aplicable indirecta ya que el punto de contacto que se encuentra en la misma es que remite a la aplicación del derecho competente en cada caso concreto. El derecho material por el contrario busca determinar la ley o la norma competente que gobierna a la propia relación jurídica internacional de forma directa sin tener que pasar por el exhaustivo rejuego de la regla de

conflicto por lo tanto da mas previsibilidad o certeza juridica al negocio juridico internacional la aplicabilidad de normas materiales en contraposicion a las normas conflictuales

Comentando la nocion que sobre la lex mercatoria ha apuntado **SCHMITTHOFF** se ha glosado lo siguiente

La lex mercatoria sera creada deliberadamente bien por convenciones internacionales como las leyes modelo, bien por reglas creadas por organizaciones privadas internacionales como la CCI. Ahora bien a diferencia de Goldman, Schmitthoff entiende que este derecho transnacional se funda en el reconocimiento directo o indirecto de los Estados pero destacando su especificidad dentro de los ordenamientos nacionales. Estos no pueden oponerse a que en el ambito de la libertad contractual las partes usen y apliquen un Derecho autonomo del comercio internacional mientras este respete los limites del orden publico estatal [Lopez Ruiz (su cit)]

Sobre las nociones de la lex mercatoria el jurista **GOMEZ**, afirma que la lex mercatoria es

Tambien -- quizas sobre todo -- un metodo para alcanzar decisiones (*method of decision - making*) de tal modo que en su aplicacion los arbitros decidiran la controversia partiendo de un analisis legal comparado concretando a partir de dicho analisis la norma o normas mas ampliamente afectadas en el sector en cuestion. Las fuentes que para este menester podran utilizar seran todas aquellas reglas y / o compilaciones de principios mercantiles de convenios internacionales -- ratificados o no -- asi como de laudos arbitrales y de trabajos de investigacion existentes sobre la cuestion [Gomez Jene (2006 139 140)]

Dentro de este mismo orden de ideas con respecto a la definicion de la lex mercatoria se ha apuntado lo siguiente

La lex mercatoria puede ser entendida como el conjunto de normas anacionales empleadas por grupos profesionales o comerciantes llamados operadores del Comercio Internacional tales como comerciantes, banqueros transportistas abogados mediadores, interlocutores comisionistas etc con el proposito de concluir aquellos contratos de comercio internacional los cuales revisten determinadas características tales como la flexibilidad **souplese** antiformalistas, derivados del concurso de reglas espontaneas inspiradas por la voluntad de las partes basadas en la buena fe de la contratacion y en el logro de la concrecion de dicho negocio juridico [Boutin (1998 13)]

La doctrina ha señalado que con el transcurso de la historia universal han existido normas que han gobernado las relaciones privadas de los mercaderes internacionales. Se puede establecer que en la edad media los comerciantes invocaron un grupo de reglas que la practica comercial demandaba en base a los principios de equidad y buena fe contractual. La equidad y la buena fe contractual se aplicaban a los riesgos asociados con la perdida y deterioro de los bienes objeto de los contratos la transmision de la propiedad de tales bienes.

Las reglas anteriores tenían su epicentro en las ferias y puertos abiertos cuando se daba una controversia entre los comerciantes el epicentro de la solución del conflicto o foro jurisdiccional era la propia feria o el puerto y estaba dirigido por los propios mercaderes las decisiones que tomaban los mercaderes eran basadas en la equidad mediante un procedimiento sencillo versatil flexible dinamico y agil de esta forma los tribunales compilaron las

reglas relativas a las disputas y las aplicaron de forma uniforme a varios países

Esas reglas en la edad media se conocieron como *ius mercatorum* o *lex mercatoria*, al conjunto de usos y costumbre que regían las transacciones de los comerciantes. Entre las razones del nacimiento de la *lex mercatoria* tenemos la insuficiencia del derecho romano en resolver nuevas dificultades y el crecimiento de las relaciones comerciales entre los pueblos. Fueron los propios comerciantes que regularon tales situaciones por medio de reglas de origen consuetudinario y otras de origen corporativo adoptadas en el seno del gremio de los comerciantes.

Para **GOLDMAN** la *lex mercatoria* es

Un conjunto de principios generales y reglas consuetudinarias espontáneamente elaboradas sin referencia a un concreto sistema jurídico nacional, reglas provenientes de diversas fuentes que nutren constantemente las estructuras legales y actividad específica de la colectividad de quienes opera en el comercio internacional. [Goldman (2005: 487)]

Este concepto es historicista pues la *lex mercatoria* se constituye como principios y reglas de la costumbre comercial que nacen espontáneamente sin discriminar un sistema jurídico específico que rigen el comercio internacional.

Por su parte **CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZALEZ** distinguen entre una noción tradicional o moderada de la nueva *lex mercatoria* y una noción avanzada de la misma. En el primer supuesto la *lex mercatoria* se concibe como un conjunto de usos, contratos, tipos, reglas de asociaciones, privadas, etc. que regulan algunos aspectos de la contratación internacional. La

nueva *lex mercatoria* no es un orden jurídico independiente de los ordenamientos nacionales pues debe su existencia precisamente a ellos. Los derechos nacionales no se opondrían a que los contratantes incorporen a sus contratos reglas más flexibles creadas por los mismo comerciantes. En el segundo supuesto la *lex mercatoria* es un conjunto de prácticas creadas por los comerciantes internacionales siendo un verdadero orden jurídico que compete con los derechos nacionales pudiendo regular un contrato internacional de modo autónomo sin el concurso del derecho estatal [Calvo et al (2006 62 63)]

La nueva *lex mercatoria* se trata de un orden jurídico no positivo puesto que no está organizado bajo la potestad de un Estado por el contrario surge paralelo al orden jurídico positivo nacional que se constituye para su aplicación y vigencia en el rengión de las transacciones económicas de carácter internacional. La *lex mercatoria* en sí se refiere a normas producto de la autonomía de la voluntad de las partes que a su vez son de carácter dispositivo las que son vinculantes cuando son pactadas, o se refiere que las mismas son parte del contrato en virtud de la interpretación del negocio jurídico en sí mismo.

La *lex mercatoria* se refiere al conjunto de prácticas y usos de comercio internacional manejados por los mercaderes u operadores del comercio internacional que contemplan reglas de carácter uniforme y dispositivo. La vocación de ese conjunto de prácticas y usos del comercio internacional se centra en una norma de carácter anacional. Esa norma es fuente vinculante

cuando las partes la han invocado dentro del contrato o cuando es interpretada por el juez o arbitro dentro de una relacion privada de caracter internacional'

La doctrina panameña ha indicado que

Se entiende por **LEX MERCATORIA** en su expresion genuina y latina en contraste con la terminologia anglosajona **THE NEW LAW MERCHANT** al conjunto de usos de comercio internacional elevados a rango de Sistemas o bien a un orden juridico distinto y diferente al derecho nacional bautizado Sistema transnacional o anacional [Boutin (2006 684)]

Este autor entiende que la lex mercatoria esta conformada por el conjunto de usos de comercio internacional que de acuerdo a la dinamica y versatilidad de comercio internacional son elevados al rango de sistemas

A su vez segun esta concepcion la lex mercatoria esta compuesta por un orden juridico distinto al derecho nacional que se denomina sistema transnacional o anacional Otra corriente de la doctrina con respecto a la nocion de lex mercatoria se ha inclinado a la posicion que la misma es un orden juridico autonomo Esta postura parte de la concepcion del ordenamiento juridico que se sustenta en la concurrencia de una comunidad institucionalizada conformada por la **societas mercatorum**

Esta corriente se expresa y exterioriza a traves de la nocion de lex mercatoria entendida como derecho originario cuyo funcionamiento y validez no se encuentran ni en el derecho estatal ni en el derecho internacional ya que constituye un sistema independiente de ambos

Es maximo defensor de esta corriente **FILALI** que ha opinado lo siguiente

La institución mercatoria a pesar de la diversidad de sus componentes tales como las asociaciones profesionales, los centros de arbitraje, o los empresarios forman un ser único, un cuerpo social dotado de coherencia permanencia y estabilidad [Filali (1992 407)]

Seguendo otro autor sobre la noción de la lex mercatoria se ha sostenido que

La nueva lex mercatoria se define de esta forma como aquel tipo de derecho consuetudinario especialista transnacional, que corresponde a aquella parte del Derecho comercial transnacional esto es del Derecho internacional de los contratos comerciales que se sitúa espontáneamente y autónomamente en una posición intermedia y externa sino también en una posición abiertamente antagonista respecto al área de competencia y de ejecución de análogas relaciones contractuales comúnmente reguladas por el derecho nacional e internacional de los Estados [Olgiati (2008 169)]

Esta definición es un condensado de la cultura jurídica formalista que alude al tema de la complejidad técnica de la nueva lex mercatoria

Esta definición establece la ubicación de la lex mercatoria dentro de la rama de la ciencia jurídica como un tipo de derecho consuetudinario de rasgos transnacionales que forman parte del derecho comercial transnacional que tiene su objeto fundamental dentro del campo de acción de los contratos comerciales internacionales

Para el jurista **SILVA**

Sobre la dificultad en la definición en el preámbulo (punto 4, d) de los Principios de Unidroit sobre los contratos los mismos interesados han aceptado que el concepto de *lex mercatoria* ha sido criticado, entre otros motivos por la extrema vaguedad puesto que no identifica con precisión las reglas de carácter supranacional o transnacional que los conforman. Con el fin de eliminar o por lo menos reducir considerablemente la incertidumbre que implica el uso de estos conceptos tan vagos es aconsejable recurrir a un conjunto de normas sistemáticas y bien definidas como las que componen los Principios [Silva (2008 262)]

A su vez se ha indicado que

La *lex mercatoria* es una denominación usada para identificar a un conjunto normativo con carácter supranacional con autonomía respecto a los ordenamientos estatales y que no es otra cosa distinta que la ley apropiada para la regulación de las relaciones económicas internacionales. Expresión latina con la que se evoca el *ius gentium* y las leyes del mar de rodas en el contexto de la ambigüedad a la vez que la *law merchant* en Inglaterra, el *droit des foires* en Francia, el *ius mercatorum* en Italia y el *consolato del mare* en España todos en el ámbito de la época medieval [Franco (2007 2 3)]

Este autor conceptualiza la *lex mercatoria* como un conjunto de normas que tiene un carácter supranacional refiriéndose a un conjunto de principios generales y de reglas de costumbres elaborados en el marco del comercio internacional sin referencias a ningún ordenamiento nacional.

A su vez hace hincapié a que la *lex mercatoria* debe ser entendida en su primera aproximación como un sistema jurídico supranacional distinto y autónomo del derecho estatal aplicable directamente a los contratos de

comercio internacional en lugar de las disposiciones de los derechos nacionales

Aunado a lo anterior el jurista mexicano PEREZNIETO CASTRO sobre la *lex mercatoria* ha comentado que

Mediante este metodo la doctrina ha querido describir una amplia serie de reglas emitidas por organos privados a nivel internacional o por organos gubernamentales de ese mismo nivel pero cuya característica principal es que se trata de reglas que las partes hacen suyas en una relacion jurídica y por tanto las convierten en obligatorias entre ellas o bien, estas reglas son aceptadas por organizaciones de comerciantes o de prestadores de servicios y las hacen obligatorias entre sus afiliados podemos distinguir dos elementos que a su vez son definitorios de la *lex mercatoria* a) Las normas o reglas que constituyen la *lex mercatoria* son producto de las practicas usos y costumbres de los propios comerciantes es decir, ellos mismos los formulan para hacer regir sus propias relaciones de tal manera que en sus contratos al acordar someterse a ellas estas reglas se vuelven obligatorias para las partes y así son ley entre ellas que dado el caso pueden hacer valer ante los tribunales nacionales y b) No obstante que el sentido de la *lex mercatoria* fue en sus inicios para resolver casos concretos la las soluciones aportadas han conformados verdaderos cuerpos jurídicos que mas tarde han constituido instituciones jurídicas en las diversas legislaciones nacionales como fue el caso en otras de la *letra de cambio* el *pagare* y muchas de las operaciones bancarias que hoy en dia existen Sin embargo en la actualidad lo que se entiende por el concepto de *lex mercatoria* son las reglas que se mencionaron en el párrafo anterior y que no tienen una sancion estatal hasta en los casos que surgen desavenencias entre las partes y que estas piden la intervencion del sistema judicial estatal para su reconocimiento y ejecucion [Pereznieto Castro (1995 85)]

En conclusión nosotros consideramos que la *lex mercatoria* es el conjunto de usos, prácticas y principios aplicables al contrato en base a la autonomía de la voluntad de las partes cuyo nacimiento es natural y espontáneo sin discriminar un concreto sistema jurídico nacional que proveen de estructuras a los sujetos que operan en el comercio internacional.

4 Contenido de la nueva *lex mercatoria*

Existe un debate en la doctrina con respecto al contenido de la nueva *lex mercatoria*.

Un sector de la doctrina considera que la *lex mercatoria* es un mero recurso interpretativo de las cláusulas de los contratos comerciales internacionales o sea que ante la duda sobre el contenido y alcance de una cláusula de un contrato internacionales se podría recurrir a la *lex mercatoria* para tratar de esclarecer su sentido.

Otro sector de la doctrina ha considerado que la *lex mercatoria* se aplicaría en aquellos casos que se presenten vacíos o lagunas legales que dejan abiertos los ordenamientos jurídicos nacionales.

Sobre este sentido es importante establecer que a la par de las corrientes del pensamiento doctrinal hay concepciones más prácticas que señalan que la moderna *lex mercatoria* es un derecho de creación deliberada de ciertos organismos que tienen incidencia directa en el comercio internacional como por ejemplo la Cámara de Comercio Internacional.

Para los efectos de este punto la nueva *lex mercatoria* es el derecho transnacional consuetudinario cuyo contenido lo podemos encontrar

4.1 Los contratos comerciales internacionales Es la fuente principal del derecho comercial internacional que ante la constante repetición de los mismos se han convertido en condiciones generales y en usos y costumbres

4.2 Usos y costumbres comerciales internacionales Dentro de este aspecto se ha señalado que los operadores del comercio internacional han generado una serie de costumbres y usos que se sostienen en su conocimiento profesional, la repetición reiterada de los usos en el tiempo y la generalizada aceptación de su existencia

Un uso es una práctica o método realizada por regularidad de observancia en un determinado lugar, localidad o comercio para justificar la expectativa de que será observada respecto a la transacción en cuestión. Sobre los usos del comercio internacional siguiendo a la doctrina se ha dicho lo siguiente:

Estos usos han sido establecidos en las relaciones de comercio internacional para ser tomados en cuenta en la realización y desarrollo de los contratos comerciales internacionales. Estos usos y costumbres son reconocidos en muchos sistemas jurídicos como fuente de Derecho ya que estas han sido materias de un desarrollo y formación constante a través de los años. Y se supone que en el campo del negocio mercantil son de conocimiento general, presumiéndose su aplicación y siendo su efecto automático. [MATUTE (2004: 12)]

Muchos de los usos han sido recopilados como por ejemplo las ICC reglas sobre prácticas internacionales en materia de créditos contingentes (ISP 98) los INCOTERMS 2000. Las reglas y usos uniformes para los créditos

documentarios Los **ICC** reglas uniformes relativas a la garantías pagaderas a su reclamación (**RUG**)

4.3 Las condiciones generales de contratación Estas son redactadas por organizaciones reconocidas de comerciantes que recopilan ciertas prácticas y sistematizan ciertos modelos de contrato o formulan formas estandarizadas o condiciones generales de contratación, como por ejemplo **ICC Model Form for Issuing Contract Guarantees (ICC Publication N° 458)** **ICC Model Form for Issuing Contract Guarantees (ICC Publication N° 325)** **Standard Trading Conditions of the Institute of Freight Forwarders**

4.4 Principios generales del comercio internacional Se trata de principios que sostienen toda relación contractual internacional que son contenidos en particular por los usos de comercio internacional y el derecho comercial internacional

Estas son reglas básicas en que se asienta todo sistema jurídico y también puede constituirse como parte del derecho comercial internacional. Ejemplo de estos principios son los siguientes: las partes deben cumplir lo pactado (*pacta sunt servanda*) el principio de buena fe el principio de la acción de contrato no cumplido el deber de minimizar los daños los contratos *prima facie* deben ejecutarse de conformidad con los términos el principio de culpa en contrahendo o sea que las partes tienen la obligación de negociar los contratos de buena fe y no romper abruptamente y sin justificación dichas negociaciones no es válido ejecutar un derecho sin beneficio para el titular y con el solo propósito de perjudicar a alguien (*abus de droit*)

4 5 Los codigos de conducta Son regulaciones profesionales en donde las organizaciones internacionales se han percatado de la ausencia de vigilancia internacional sobre las actividades que realizan los operadores del comercio internacional en virtud de ello se han establecido diversas regulaciones profesionales que tienen el caracter de recomendaciones denominadas codigos de conducta

Tienen como principal funcion llenar los vacios regulatorios en materia de las relaciones comerciales internacionales mediante acuerdos internacionales o multilaterales, los codigos de conducta dentro de la lex mercatoria tienen una funcion 'integradora. Los codigos de conducta tienen el caracter de recomendaciones por tanto no son vinculantes y se constituyen en una forma de materializacion del derecho consuetudinario

4 6 Sistema de leyes modelo (model law) Es la posible via para intentar la regulacion de los casos internacionales de esta manera ante la imposibilidad de lograr un tratado internacional sobre determinadas materias se redacta generalmente por organismos internacionales un molde o forma a imitar por la legislacion interna de tal modo que se emita dentro de cada pais una ley positiva que contenga el mismo texto o el mas similar posible

Este es un sistema de unificacion del derecho consistente en la redaccion de reglas destinadas a reemplazar las actualmente existentes en los Estados interesados

Las leyes modelos modelo no forman una convencion internacional y por ende los Estados no forman parte de este son sencillamente recomendaciones

que formula el organismo que las ha elaborado para que se conviertan en ley. Ejemplo de leyes modelo tenemos la ley modelo de **UNCITRAL** sobre arbitraje comercial internacional la ley modelo de **UNCITRAL** sobre comercio electrónico.

4.7 Los contratos tipo Constituyen modelos de contrato que han creado las organizaciones y asociaciones jurídicas profesionales, los que se han convertido en instrumentos legales dentro de las relaciones comerciales internacionales, es decir ante la variedad legislativa en materia de contratación privada internacional los organismos y asociaciones profesionales han elaborado una serie de contratos tipo buscando la estandarización de los modelos de contrato.

Con la estandarización se pretende proteger la autonomía contractual de las partes en el escenario internacional y establecer una serie de condiciones generales para de esta forma imprimirles una mayor seguridad normativa a estos documentos jurídicos.

Dentro de las organizaciones que se destacan en esta labor se encuentran Asociación de Propietarios Aserraderos Finlandeses Federación Internacional de Ingenieros Constructores entre otras.

4.8 El arbitraje internacional y su jurisprudencia El arbitraje comercial internacional juega un rol de suma importancia en las relaciones comerciales internacionales. La jurisprudencia emanada del arbitraje comercial internacional es otro elemento constitutivo de la *lex mercatoria* ya que los árbitros se han constituido en los órganos de aplicación del derecho comercial.

internacional cumpliendo una especie de función jurisdiccional dentro del sistema. Los árbitros gozan de mayor flexibilidad a la hora de elegir el derecho aplicable a determinada causa. En el desarrollo de las relaciones comerciales internacionales es frecuente que surjan conflictos y para dar solución a estos, se han creado organismos especializados que a través del arbitraje han desarrollado procedimientos ágiles y eficaces para resolver dichas controversias así el arbitraje internacional y la jurisprudencia de él emanada son pilares a la hora de hablar de la *lex mercatoria*. La *lex mercatoria* enriquecida, perfeccionada y consolidada con nuevas experiencias es así proyectada hacia el futuro a través de una cadena ininterrumpida de decisiones cada una de las cuales apoyándose en la experiencia del pasado intenta componer nuevos conflictos en la práctica comercial. Por lo tanto, los laudos arbitrales sirviéndose de experiencias anteriores logran con frecuencia un alto grado de equilibrio y con ello la aceptación generalizada de la utilización combinada de las técnicas arbitrales y los contenidos de la nueva *lex mercatoria*.

Sobre la jurisprudencia arbitral y su relación con la *lex mercatoria* se ha indicado

Es sin duda la principal vía de desarrollo de la *lex mercatoria*. Un gran número de empresas y corporaciones transnacionales que operan en el comercio internacional exceptuando, quizás a las grandes entidades financieras internacionales, suelen acudir al arbitraje como medio de solventar las controversias derivadas de un contrato internacional, en la que suelen incluir una cláusula de elección del derecho aplicable. En el análisis de la jurisprudencia

arbitral se han producido innumerables discusiones a proposito de aplicabilidad de la *lex mercatoria* a los contratos internacionales. Así se distingue entre una aplicación autónoma de la *lex mercatoria* porque las partes así lo han establecido por diversas formas y una aplicación heterónoma cuando el árbitro entiende que procede su aplicación al margen de la voluntad de las partes [Lopez (2007: 8-9)]

5 Naturaleza jurídica de la nueva *lex mercatoria* Los principios de **UNIDROIT** elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado establece un conjunto de normas de derecho contractual comunes a diversos ordenamientos jurídicos adaptadas a las exigencias del comercio internacional. Los principios de **UNIDROIT** constituyen el último de los esfuerzos por uniformar el derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales y los sitúa junto con otros textos de carácter normativo internacional en el llamado derecho uniforme del comercio internacional. Los principios están dirigidos a regular los contratos comerciales internacionales al respecto de las características de internacionalidad del contrato no se adopta ningún criterio que la determine. Se afirma que dicho concepto sea interpretado en el sentido más amplio posible a fin de excluir de dicha calificación solo aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad o sea cuando el contrato tiene punto de contacto con solo un ordenamiento jurídico.

La doctrina no es uniforme en cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica de los principios. Siguiendo un autor que al referirse sobre la naturaleza jurídica de la *lex mercatoria* ha esgrimido que

La regla de la Lex Mercatoria comprende el conjunto de normas espontaneas y profesionales no positivas cuya aplicacion es voluntaria cuando se contractualizan y devienen imperativas cuando se trata de costumbres de comercio internacional reiterada de manera inequivoca por las partes y conocidas entre ellas asi por ejemplo podemos considerar que la Lex Mercatoria, partiendo de nuestra referencia contextual de tal definicion se caracteriza por ser Normas no positivas neutras, anacionales dispositivas por regla general voluntaristas [Boutin (1998 13)]

Contrariamente a la interpretacion anterior los principios de **UNIDROIT** han sido considerados como una recopilacion de soluciones a los casos que frecuentemente ocurren en el campo de las relaciones internacionales de indole comercial En este sentido se ha motivado que al estudio de los principios de **UNIDROIT** se haga alusion a los *restatements of contract*, siguiendo esta naturaleza juridica afirman que

Los mismos se asemejan en extracto a la recopilacion de sentencia que resuelven problemas contractuales dictadas por organos jurisdiccionales anglo americanos que causan precedentes para casos analogos una vez que son publicadas De esta forma expresa que en cuanto a su forma de presentacion se asimilan a la compilacion de decisiones desarrolladas en los Restatements of Contracts siendo estos guias y modelos para la titulacion elaboracion comentarios orientaciones asi como ejemplos adicionados de los principios de **UNIDROIT** [Aguirre y Fernandez (2006 53)]

Otra corriente señala que la lex mercatoria es una manifestacion del proceso de armonizacion del derecho comercial internacional Se centra basicamente en los esfuerzos de armonizacion juridica que han permitido consolidar la existencia del derecho comercial internacional La lex mercatoria

procura reposicionar el derecho comercial internacional en un ambito regulatorio idoneo en donde participen ademas del Estado los actores del comercio mundial

Siguiendo estos mismos comentarios se ha concebido a la lex mercatoria como una alternativa juridica a la globalizacion del derecho. La lex mercatoria da respuesta a determinados retos que existen hoy en el derecho comercial internacional dentro del marco de un contexto de globalizacion e interdependencia creciente. Siendo asi el panorama la lex mercatoria se estructura como un instrumento coadyuvante de caracter primario en la resolucion de conflictos comerciales internacionales. En este sentido para que la lex mercatoria sea una alternativa de la globalizacion del derecho se hace necesario adelantar un profundo proceso de armonizacion de los usos y costumbres mercantiles dejando de lado los tecnicismos y las idiosincrasias juridicas. Enmarcar a la lex mercatoria en el escenario de la globalizacion del derecho debe ser el resultado adelantado por los operadores del comercio internacional: las organizaciones internacionales gubernamentales, el arbitramento internacional y las asociaciones profesionales de abogados.

Otra corriente de la doctrina establece que los principios de **UNIDROIT** constituyen recomendaciones ya que se les atribuye un caracter facultativo cuando se afirma la potestad que tiene las partes de incluirlos en los contratos que celebren. Esta orientacion se encuentra recogida en el segundo parrafo del preambulo que dice: *ellos deberan aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones*

Los principios de **UNIDROIT** son considerados instrumentos adecuados y necesarios en toda etapa de negociacion por lo cual contribuyen a uniformar los terminos del comercio internacional por ende son accesibles y faciles de utilizar debido a su naturaleza de ser neutrales cortos y concisos precisos y poseer un lenguaje escueto con explicaciones y exposicion de casos a manera de ejemplos por lo que facilitan la realizacion de los negocios

Ademas los principios de **UNIDROIT** han sido considerados como regla de derecho casuisticas flexibles o blandas sobre la base del parrafo 4 del preambulo de los principios en su edicion de 1994 que establece Estos principios pueden proporcionar una solucion a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cual es la regla de derecho aplicable a dicho contrato

A su vez la doctrina ha establecido que

En vez de sustentarse en la voluntad del legislador nacional La Lex Mercatoria lo hace en el rico venero de materiales conceptuales no juridicos costumbres comerciales internacionales practicas comerciales generadas a partir de las caoticas condiciones del mercado mundial o mas bien en las practicas comerciales dictadas por los intereses economicos dominantes y los conflictos se resuelven por la via de arbitraje En conexion con los arbitrajes se crea la ficcion de que estas practicas sociales fueron siempre normas sobre cuya autoridad inmemorial puede uno basarse Del mismo modo hacen referencias a viejas decisiones arbitrales en las cuales se ha decidido conforme a equidad Historicamente este orden juridico transnacional de los mercados mundiales ha demostrado ser el, hasta ahora mas exitoso caso de un derecho mundial independiente que se encuentra mas alla del ordenamiento politico internacional Empresas multinacionales celebran entre si contratos que ya no

someten a ninguna jurisdicción nacional ni a ningún derecho material nacional. Convienen en someter sus contratos a un arbitraje independiente de los derechos nacionales que a su vez debe aplicar normas de un derecho comercial transnacional. [Grun (2001: 3)]

Es decir, se ha constituido una práctica jurídica que tiene su funcionamiento fuera de los ordenamientos jurídicos nacionales y de las convenciones de derecho internacional. Esta práctica tiene un sistema normativo y jurisdicción propia con la novedad que se sustraen del ámbito regulatorio del derecho nacional surgiendo una ley comercial global con independencia de cualquier legislador con sustento en instituciones legales y judiciales existentes desde hace tiempo.

6 Autonomía de la *lex mercatoria* La existencia de la *lex mercatoria* resulta innegable. Surge espontáneamente en el terreno del comercio internacional. Su desarrollo en la práctica comercial internacional y a nivel jurisprudencial señala claras evidencias sobre las mismas. En el plano de las relaciones comerciales internacionales las partes tienden a acordar la exclusión de sus disputas de las legislaciones nacionales para someterlas a los usos y costumbres internacionales con la finalidad de evitar las vaguedades de los diferentes ordenamientos nacionales. Las partes en un contrato internacional acuerdan muchas veces que la disputa que surjan del incumplimiento del contrato no se rija por la ley nacional. En lugar de ello acuerdan su sometimiento a los usos y costumbres de comercio internacional. Cuando tales reglas no son determinables los árbitros aplican la regla o escogen la solución que les parezca más apropiada y equitativa. Este proceso judicial que es en

parte de aplicación de las reglas legales y en parte un proceso de selección y creación es la llamada aplicación de la *lex mercatoria*. En este sentido se puede establecer la autonomía misma de *lex mercatoria* asimilándola como un ordenamiento jurídico que constituye sus propias instituciones o mecanismos destinados para el buen uso de las relaciones sociales o la resolución de conflicto.

7 Defensores y detractores de la *lex mercatoria* Los defensores de la *lex mercatoria* sostienen que

- Es un nuevo orden que se nutre en las normas específicas que resultan apropiadas para las relaciones comerciales internacionales
- Sus proponentes sostienen que la *lex mercatoria* no solo está constituida por los usos y costumbres sino por las convenciones y las leyes uniformes internacionales así como por las normas sustantivas contenidas en los ordenamientos nacionales que resulten aplicables al caso concreto. Por tanto los defensores de la *lex mercatoria* sostienen que la misma constituye

Un orden jurídico distinto y desprendido de los ordenamientos nacional e internacional y cuyo contenido está conformado por principios específicamente diseñados para y por los operadores del comercio internacional [Feldstein (1995 174)]

- La lex mercatoria parte del supuesto de la existencia de un cuerpo social estructurado y solidario para confirmar la presencia de un ordenamiento autónomo patente en el campo del comercio internacional
- La lex mercatoria es desarrollada por los comerciantes los cuales concluyen en la creación de nuevas reglas uniformes aplicadas a sus relaciones jurídicas como consecuencia del exceso de normas jurídicas estatales que han generado innumerables obstáculos en el tráfico internacional
- La propagación de leyes estatales y la creciente intervención de los Estados en la economía global han afectado la seguridad en las negociaciones comerciales con lo cual los sujetos del comercio exterior van a preferir sujetar sus negocios a reglas preestablecidas de las que se pueden deducir soluciones claras predecibles y sobre todo neutrales
- La lex mercatoria es el componente fundamental de una categoría jurídica a la que se le ha dado el nombre de derecho transnacional debido a que vincula reglas jurídicas aceptadas universalmente y que se encuentran contenidas en la mayoría de los sistemas jurídicos

Por su parte los detractores de la lex mercatoria presentan los siguientes señalamientos

- La lex mercatoria proviene de diversas fuentes por lo que se le critica ya que esto le resta cohesión
- La lex mercatoria al no ser un sistema jurídico su pretensión de universalidad autonomía coherencia y efectividad elimina cualquier posibilidad de su existencia en la escena del derecho Internacional
- Se cree que es demasiado amplia vaga y general originando imprevisibilidad jurídica a la hora de dirigirse en un litigio
- Los críticos establecen que la lex mercatoria se caracteriza por su fragmentariedad e inoperatividad Según aquellos es insuficiente y poco efectiva para responder a las necesidades que surjan en el comercio mundial

8 Características de la lex mercatoria La doctrina ha establecido como característica de la lex mercatoria las siguientes

8.1 Es un derecho anacional Lo que significa que no es procedente de ningún ordenamiento jurídico nacional Lo que justifica su vocación de universalidad debido a que se ha establecido que el contenido de la lex mercatoria no ha sido extraído de los derechos internos sino que parte de principios comunes a los sistemas jurídicos

8.2 Es un derecho espontáneo Surge de la práctica mercantil global Es un derecho creado por los

comerciantes con el proposito de sustraerse a la aplicacion de un ordenamiento juridico nacional

8 3 La lex mercatoria esta dotada de fuerza obligatoria

Su caracter vinculante esta dado por el reconocimiento que de ella hacen los operadores del comercio mundial

8 4 La lex mercatoria esta constituida por principio, usos y reglas

El principal componente de la lex mercatoria son los principios generales del derecho Tanto asi que el hecho de afirmar que un contrato se va a regir por tales principios legitima la aplicacion de la lex mercatoria como ley sustantiva de dicha relacion

8 5 La lex mercatoria garantiza la prelacion del principio de la autonomia de las partes en un contrato internacional

8 6 Rompe los esquemas del derecho estatico flexibilizando las relaciones comerciales internacionales

8 7 Establece un sistema de jerarquia entre los actores del orden economico mundial

8 8 Desarrolla procedimientos agiles y efectivos Lo cual le da una ventaja sobre la complejidad e ineficacia

que en muchas ocasiones representan los procedimientos de los derechos locales

8 9 Su principal herramienta de tipo jurisdiccional es el arbitraje internacional El cual garantiza a las partes una mayor neutralidad y conocimiento por parte de quien administra justicia

8 10 En el campo de las relaciones comerciales internacionales, busca garantizar transacciones seguras y predecibles

8 11 Se ha convertido en la mejor forma de internacionalización del capital Ya que brinda a los inversionistas internacionales mayores facilidades a la hora de integrarse a los mercados locales

8 12 La lex mercatoria esta constituida por normas no positivas Estos significa que

No se enmarcan dentro de una ley o no son producto de la voluntad del Estado, sino que son producto de la creación espontánea y elaborada por las partes dentro de un método de flexibilidad o celeridad que le exigen dentro de la técnica de Los Contratos Modernos Especializados [Boutin (1998 14)]

9 Nueva lex mercatoria y globalización La nueva lex mercatoria surge como una nueva alternativa jurídica de dar respuesta a los retos que existen hoy en el derecho internacional en un contexto de globalización e

interdependencia creciente. La *lex mercatoria* se estructura como un instrumento coadyuvante en la solución de los conflictos comerciales internacionales. Compartimos el criterio que

El derecho moderno ha pasado de la diferenciación territorial a la diferenciación sectorial y esto porque la sociedad transnacional genera una demanda de normas reguladoras que no pueden ser satisfechas por las organizaciones estatales ni por las internacionales por esta razón diversas instituciones privadas están creando un Derecho autónomo con pretensión de validez global [Moreno (2006 16)]

Es decir que el derecho de la era de la globalización implica que diversas instituciones privadas lo están creando con el propósito de regular las transacciones comerciales internacionales. Para implementar la *lex mercatoria* como una alternativa de primer orden en la globalización del derecho se hace necesario adelantar un profundo y coherente proceso de armonización de los usos y costumbres mercantiles internacionales.

La *lex mercatoria* es una manifestación del creciente desencanto de la sociedad comercial internacional por la producción jurídica de los órganos legislativos de los Estados. Las compañías mercantiles internacionales han ido progresivamente resolviendo sus *diferendum* al margen de la maraña regulatoria de cada Estado demostrando una desconfianza en las jurisdicciones nacionales que son costosas y desesperadamente lentas. Por consiguiente, han sometido sus disputas al veredicto de los árbitros internacionales que han ido aplicando un derecho privado anacional de carácter consuetudinario flexible y eficaz.

La consolidación de la *lex mercatoria* en el escenario de la globalización y del derecho se debe a la labor adelantada de los operadores del comercio internacional: las corporaciones jurídicas internacionales, las organizaciones internacionales, el arbitraje comercial internacional, las asociaciones profesionales de abogados. Como creciente ola de la globalización del derecho, las legislaciones nacionales cada día se ven irrelevantes en lo que se refiere a muchos contratos mercantiles internacionales que contemplan con importancia el crecimiento de un derecho privado autónomo y transfronterizo. Dentro de las prácticas del derecho internacional influenciados por la nueva *lex mercatoria* se ha dado cabida a las cláusulas de sometimiento voluntario a cortes arbitrales internacionales para que resuelvan sus litigios no conforme a leyes nacionales sino sobre la base de la equidad basados en los principios del derecho comercial internacional y en el propio conocimiento de las costumbres mercantiles.

10 Actores de la *lex mercatoria* La nueva *lex mercatoria* surge de una especie de conciencia común de los actores económicos internacionales por crear alternativas jurídicas que no estén limitadas al derecho estatal el cual se ha vuelto lento y poco práctico frente a la rápida dinámica del comercio internacional. Los principales actores que impulsan la implementación y el desarrollo de la nueva *lex mercatoria* son

- El arbitraje comercial internacional (por ejemplo La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, La Asociación Americana de Arbitraje, La Comisión

Interamericana de Arbitraje Comercial El Centro de Arbitraje y Mediación de La Organización Mundial de La Propiedad Intelectual)

- Los operadores del comercio internacional (las sociedades internacionales con ánimo de lucro)
- Las Organizaciones Internacionales Gubernamentales (El Banco Mundial La Organización Mundial del Comercio, La Organización Mundial de La Propiedad Intelectual **OMPI** La Comisión de Las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional **CNUDMI**)
- Los procesos de integración mundial por ejemplo (Unión Europea **ALCA, ASEAN**)
- Las organizaciones internacionales no gubernamentales Por ejemplo (La Cámara de Comercio Internacional **CCI** El Instituto Internacional para La Unificación del Derecho Privado **UNIDROIT**)
- La mayoría de los Estados desarrollados ubicados entre las principales economías del mundo por ejemplo (países miembros de la comunidad europea Estados Unidos de Norte América etc)

11 Eficacia de la aplicación de la lex mercatoria en los laudos arbitrales

La utilización de la lex mercatoria por los árbitros internacionales ha sido defendida debido a, que se considera que el fuero arbitral como parte de este nuevo orden jurídico y particularmente como el mecanismo de solución de

conflictos que da fuerza obligatoria a sus normas y permite disponer su sanción jurisdiccional. Sin embargo, lo anteriormente expuesto no se aplica de forma absoluta ya que

Existen dos limitaciones fundamentales a la aplicación de la *lex mercatoria* a través del arbitraje. En primer lugar, el carácter voluntario de la institución. En segundo lugar, la dependencia para la ejecución forzosa de los laudos de los tribunales nacionales. La limitación más seria para que el arbitraje sea el medio que espera la eficaz aplicación de la *Lex Mercatoria* está en el carácter voluntario de este procedimiento de solución de controversias. Si bien cuando existe pacto de sometimiento, este medio de aplicación de la *Lex Mercatoria* puede resultar eficaz, a falta de convenio o sometimiento, no hay posibilidad alguna de nombrar árbitros para la solución del conflicto. Todos los reglamentos internacionales de arbitraje establecen claramente que la competencia de los árbitros debe constar establecida por pacto, exigiéndose que el pacto conste por escrito. [Tovar (2007: 119)]

Entiendase por lo tanto, que la jurisdicción arbitral es voluntaria que no puede ser opuesta a falta de acuerdo entre las partes. El arbitraje comercial internacional permite consolidar la *lex mercatoria* como fuente de derecho, no es suficiente medir su aplicación por los árbitros, sino también por los jueces nacionales, pues existe una cantidad potencial de litigios para los cuales no se ha pactado arbitraje, sino que tendrá que apelarse necesariamente a un juez nacional.

Otra debilidad de la aplicación de la *lex mercatoria*, a través de un laudo arbitral, está en el hecho que el árbitro no tendrá la posibilidad de dar ejecución forzada a su fallo directamente y la parte interesada deberá acudir a un juez nacional para su ejecución, si la otra parte no acata el laudo.

La aplicación de la *lex mercatoria* que haya efectuado un árbitro será difícilmente objetable en Estados cuyas normas de ejecución de fallos arbitrales no autoricen la revisión del fondo del laudo y particularmente en Estados que hayan suscrito La Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958 sobre Sentencias Arbitrales Extranjeras. La eficacia de la aplicación de la *lex mercatoria* depende entonces de la adopción generalizada por los Estados de normas que favorezcan el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. En ese sentido la existencia de un tratado de la importancia de la Convención de Nueva York de 1958 sobre Sentencias Arbitrales Extranjeras es de particular importancia.

La citada convención en su artículo V establece precisamente los casos en que los Estados partes pueden denegar la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Entre las causales establecidas en mencionado artículo no hay una que de base para rechazar una sentencia por el hecho de haberse resuelto el conflicto aplicando la *lex mercatoria*.

12 Lex mercatoria y arbitraje comercial. El arbitraje comercial internacional es un mecanismo para la solución de los conflictos relacionados con el comercio internacional.

A la par del desarrollo del arbitraje comercial internacional se ha establecido regulaciones de aceptación general que es la llamada *lex mercatoria* que ha surgido como una necesidad por parte de los operadores del comercio internacional, los que han creado estas normas con el propósito de sustraer los litigios de sus propias legislaciones nacionales. El contenido de la

lex mercatoria que ha tenido aplicación constante ante los particulares ha dado lugar al nacimiento de principios dentro de la doctrina arbitral internacional que han sido seguidos regularmente por los propios árbitros. El auge del arbitraje comercial internacional ha surgido debido a que muchos de los conflictos que se dan entre los comerciantes a nivel internacional no se delimitan dentro de los tribunales de justicia nacionales debido a la problemática que estos presentan y las múltiples ventajas que un litigio internacional ofrece por lo tanto la tendencia es que los operadores del comercio internacional tengan preferencia por las técnicas arbitrales de solución de conflictos sobre las vías judiciales tradicionales de los tribunales ordinarios.

En épocas anteriores en donde las tendencias unificadoras o armonizadoras no estaban de moda estos principios de derecho estaban aislados y dispersos en la jurisprudencia de la corte de arbitraje de la cámara de comercio internacional. Sin embargo, a raíz de la creación de los principios de **UNIDROIT** sobre los contratos comerciales internacionales de 1994 los mismos van a ser considerados por los árbitros internacionales a la hora de dictar sus laudos no solamente como usos y costumbres sino con el carácter de principios de reconocida aceptación por parte de los operadores del comercio mundial.

Las partes en litigios son libres de determinar el derecho que el árbitro debiera aplicar al fondo de la controversia. En su defecto el árbitro aplicará la ley designada por la regla de conflicto que juzgue apropiada para el caso concreto. Sin embargo se puede presentar otras circunstancias consistentes

en que no habiendo escogido las partes ninguna legislación nacional para ser aplicada al fondo de la litis las mismas deciden que la misma sea decidida conforme a los usos de la *lex mercatoria*. En otras palabras ante la reticencia de los propios operadores del comercio internacional de la aplicación de las legislaciones nacionales permite tácita o expresamente que los árbitros decidan su controversia aplicando la *lex mercatoria* como nuevo derecho de los comerciantes.

13 Análisis jurídico de los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales

13.1 Los principios de UNIDROIT y la *lex mercatoria* Los principios de **UNIDROIT** sobre los contratos comerciales internacionales publicados en 1994 fueron el resultado de años de investigación comparativa intensiva y deliberaciones de un grupo de funcionarios especialmente integrados por los representantes de todos los sistemas legislativos principales del mundo. Los principios de **UNIDROIT** experimentan una modificación sustantiva en el 2004 en tal sentido se amplió el contenido del preámbulo y se aumentaron a 185 artículos el contenido del mismo en el preámbulo de la edición 2004 se indica que el propósito de los principios es ofrecer a la sociedad mercantil internacional un instrumento que contiene reglas generales que las partes voluntariamente acuerden en sus contratos o sean susceptibles de aplicarse en el caso que las partes no hubiesen elegido el derecho aplicable al caso concreto. En este sentido el preámbulo de los

principios en su formulacion de 1994 indicaba como ambito de aplicacion cuando las partes decidieran someter el contrato a sus disposiciones cuando las partes acordaran que el contrato se sometiera a los principios generales del derecho a la lex mercatoria o expresiones semejantes mas la edicion del 2004 señala ademas que a ellos se someten las partes cuando estas no han designado ningun derecho para que rija el contrato y asi tambien pueden ser utilizados para interpretar y suplementar textos internacionales de derecho uniforme y servir de modelo para la legislacion tanto a nivel nacional como internacional En la version de los principios de 2010 tambien se ha mantenido la citada orientacion

13.2 Ambito de aplicacion El orden juridico de la lex mercatoria se aplica en el ambito de los negocios y las transacciones comerciales internacionales incluyendo a ciertas transacciones entre los Estados y las personas juridicas de los derechos privados Estan dentro de esta categoria de transacciones internacionales las vinculadas con las inversiones extranjeras y especificamente ante la necesidad de gobernar estos contratos comerciales En tal sentido se ha desarrollado la corriente conforme con la cual es imperativo que estos contratos esten gobernados por un sistema legal separado especialmente diseñado para regular tales situaciones juridicas en tal sentido se incluyen dentro de la lex mercatoria a las relaciones juridicas que no solamente protagonizan los particulares sino abarca a otros contratos que

conciernen tanto a los comerciantes como personas de derecho privado y a las entidades publicas tales como los Estados. Por ejemplo en este campo especifico se encuentran los contratos a largos terminos como por ejemplo la explotacion de los recursos naturales (contratos de explotaciones mineras). En este tipo de contratos internacionales se observan clausulas de seleccion de derecho aplicable mediante las que se excluye la aplicacion de la ley del Estado parte en la transaccion internacional. ademas aparecen clausulas atributivas de jurisdiccion a tribunales arbitrales. El ambito de aplicacion de los principios preven que los mismos regiran a los contratos mercantiles en materia internacional cuando las partes hayan consentido someter el contrato a sus disposiciones. Los principios tambien pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato sea regido por los principios generales del derecho la *lex mercatoria* o expresiones similares.

Dentro del ambito de aplicacion de los principios de **UNIDROIT** se pueden apreciar los siguientes aspectos

- Los principios son reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Los redactores tuvieron un muy claro proposito al pretender la adopcion de un conjunto de disposiciones validas para cualquier contrato mercantil internacional. Estas disposiciones tienen su origen en normas que sean comunes a diversos ordenamientos juridicos. Se trata de una serie de principios que elaboran un codigo uniforme en

materia de contratos mercantiles internacionales que sea valido para cualquier sistema juridico economico o politico asi como para cualquier tipo de contrato que pueda encuadrarse con las notas de mercantilidad e internacionalidad. Los principios se aplican a los contratos mercantiles pero sin especificar que contratos quedaran incluidos bajo su orbita. En este sentido el concepto de contratos mercantiles puede ser entendido en su sentido mas amplio por tanto no solamente se debe incluir las operaciones comerciales para el abastecimiento o el intercambio de mercaderias (fundamentalmente compraventa internacional de mercaderia) sino tambien otro tipo de operaciones economicas como la de inversion el otorgamiento de concesiones para la explotacion de recursos minerales los contratos de prestaciones de servicios profesionalés etc

Ademas los principios se aplican a los contratos internacionales esto quiere decir que los principios no adoptan ningun criterio para definir la internacionalidad del contrato pero este concepto debe ser interpretado con la mayor amplitud posible con el proposito de que queden excluidas las relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad

- Los principios se aplican al contrato en virtud del acuerdo expreso de las partes. En presencia de un contrato comercial internacional si se resulta que es la mejor recomendacion de las

partes la aplicación de los principios habrá de establecerse de forma expresa en el contrato por tanto se debe abstenerse de utilizar expresiones que puedan resultar vagas o ambiguas acerca de la intención de las partes

- La aplicación de los principios al contrato como *lex mercatoria*
El preámbulo de los principios no utiliza una expresión de carácter imperativo sino solamente se trata de una recomendación a las partes al juez y a los árbitros acerca de la aplicabilidad de los principios cuando las partes deseen que sus contratos se rijan por los mismos. Puede deducirse que el propósito de los redactores de los principios no es otro que el reconocer la aplicabilidad automática de los principios al contrato en cuestión únicamente cuando así las partes lo hayan acordado. Es por esa razón por la que los principios se aplicaran en la medida en que las partes hayan decidido someterse a ello como cuerpo normativo que regira sus relaciones contractuales para lo cual resulta necesario que exista un acuerdo en tal sentido

- La aplicación de los principios en lugar del derecho nacional. El preámbulo señala que los principios pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla de derecho aplicable a dicho contrato. En este sentido ha de tratarse de un último recurso que justifica la aplicación no solamente ante una absoluta imposibilidad de

identificar la norma de derecho aplicable sino tambien el esfuerzo que implica su investigacion

- Aplicacion de los principios como medio para interpretar o complementar instrumentos internacionales vigentes Esta funcion de los principios debe ser estudiada con sumo cuidado y cautela ya que se corre el riesgo de acudir a la aplicacion de los principios de **UNIDROIT** antes que los propios principios generales que puedan ser deducidos del texto internacional objeto de interpretacion cuando llegue a existir una laguna, en los casos de lagunas o vacios legales que se generen en la propia relacion juridica contractual solo si la solucion no se encuentra dentro del propio texto uniforme se acudira a los principios de **UNIDROIT**

- Aplicacion de los principios como modelo para la legislacion a nivel nacional o internacional Los principios han servido de gran impulso para servir de modelo a las diferentes legislaciones nacionales o internacionales Esta influencia de los textos que componen el derecho uniforme del comercio internacional sobre los diversos derechos internos como tambien puede aplicarse a la redaccion de las diversas leyes modelos

13.3 Mercantilidad del contrato Los principios delimitan el tipo de negocios juridicos a los cuales se aplica al utilizar el termino contratos mercantiles dandole un sentido amplio a la expresion mercantilidad que no se limita a la tradicional discusion sobre su naturaleza civil o

mercantil sino que mas bien buscan abarcar el mayor numero de operaciones mercantiles posibles de manera que tal como se afirma en el comentario al preambulo entre los que se destacan entre otros los contratos de prestacion de servicios profesionales Podria afirmarse en un comienzo que los principios han dejado ademas a un lado los criterios *objetivo* y *subjetivo* para la determinacion de la naturaleza mercantil de ciertos actos juridicos porque se busca mas bien que pueda aplicarse tanto en aquellos paises cuyas regulaciones mercantiles acogen el criterio objetivo como aquellos que se matriculan en el contrario A pesar de que la intencion de los principios es la de abarcar el mayor numero posible de operaciones economicas se ha excluido expresamente a aquellas operaciones denominadas *de consumo* entendiendo por tales segun el comentario al preambulo contenido en los *principios* las que son celebradas por aquella persona que en su actividad contractual no efectua un acto de comercio ni obra en ejercicio de su profesion La restriccion del ambito de aplicacion de los principios a los contratos mercantiles no pretende apoyarse en la tradicional distincion que existe en algunos sistemas juridicos entre el caracter civil y mercantil de las partes o de los negocios juridicos No se trata de condicionar la aplicacion de los principios al caracter formal de comerciantes que puedan tener las partes o a la naturaleza mercantil del contrato El proposito es excluir del ambito de los principios las llamadas operaciones de consumo En algunos ordenamientos juridicos estas

operaciones de consumo son reguladas por normas especiales, muchas de ellas de carácter imperativo destinadas a proteger al consumidor, entendiéndose por tal a la parte que celebra el contrato sin llevar a cabo un acto de comercio o en el ejercicio de su profesión. Los criterios adoptados tanto a nivel nacional como internacional también varían con respecto a la distinción entre contrato de consumo y los que no lo son. Los principios tampoco brindan una definición expresa de este tipo de contratos pero se da por sentado que el concepto de contratos mercantiles debe ser entendido en su sentido más amplio. Se trata de incluir no solamente a las operaciones comerciales para el abastecimiento o intercambio de mercaderías o servicios sino también otro tipo de operaciones económicas como las de inversión extranjera otorgamiento de concesiones los contratos de prestación de servicios profesionales entre otros.

13.4 Internacionalidad del contrato Dentro de un contrato pueden haber varios criterios que permitirían pensar en su carácter internacional tales como la nacionalidad de las partes intervinientes la ubicación de los bienes objeto del contrato el lugar de celebración el lugar de ejecución, el domicilio de las partes o la localización de su establecimiento el lugar de pago, el lugar de destino de los bienes el transporte del mismo entre otros. En torno a lo anterior la ley regula los siguientes aspectos

a La capacidad de las partes contratantes

- b Los requisitos de forma del contrato,
- c La naturaleza y efectos del contrato,
- d La ejecución del contrato [Caicedo et al.(1960)]

Los Principios de **UNIDROIT** no adoptan claramente ningún criterio para establecer la internacionalidad del contrato. En el comentario al preámbulo se afirma que estos deben ser interpretados de la manera más amplia posible. El carácter internacional de los contratos mercantiles tiene una amplia connotación, ya que tal como lo afirma el preámbulo únicamente se excluyen las relaciones contractuales ausentes de todo elemento de internacionalidad es decir cuando los elementos esenciales del contrato tengan conexión con una sola nación. Los principios quisieron adoptar un criterio lo suficientemente amplio en su interpretación que permitiera excluir solamente los casos en que dentro del contrato no existiera ningún elemento internacional es decir cuando todos los elementos relevantes en el contrato en cuestión estuvieran conectados con un solo país.

Es preciso indicar que la internacionalidad de un contrato puede conllevar a distintas soluciones. La normatividad sobre este tema en el derecho convencional y en la legislación interna puede ser distinta en cuanto al criterio que se adopte.

La Convención de Viena sobre Contrato de Compraventa Internacional de Mercadería aplica sus disposiciones a los contratos celebrados entre partes que tienen sus establecimientos en Estados diferentes (si tales

Estados son parte de la convencion) o cuando las normas de derecho internacional privado prevén la aplicación de la ley de un Estado contratante

Para la aplicación de la Convención de Viena no se tomarán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o mercantil de ellas o del contrato (artículo I)

En lo que respecta a la Convención de Roma firmada en Italia el 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales se establece que su ámbito está dirigido a situaciones que entrañen un conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales. Sin embargo establece un criterio fundado en los elementos objetivos y contempla que la elección por las partes de una ley extranjera para regir su contrato no es suficiente para internacionalizar el último si el resto de tales elementos objetivos (por ejemplo lugar de la celebración del contrato la ejecución del contrato la negociación del contrato) se encuentran localizados en un solo país (véase el artículo 3 (3))

Finalmente la convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (Convención de México 1994) establece que Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte (Artículo 1)

Los principios de **UNIDROIT** establecen reglas generales concebidas para los contratos mercantiles internacionales

Los principios no adoptan expresamente ninguno de los criterios formulados en el ambito del derecho convencional en torno a la internacionalidad. Para los principios de **UNIDROIT** existe la presuncion que dicho concepto aplicado a los contratos debe ser interpretado en el sentido mas amplio posible para excluir de dicha calificacion solo aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad. Es decir cuando todos los elementos trascendentes de un contrato tengan punto de conexion en un solo ordenamiento juridico

13.5 Principios rectores El contenido preciso de la lex mercatoria y de los principios generales del derecho habian sido oscuros. Con el nacimiento de los principios de **UNIDROIT** que se unen a los principios contractuales establecidos en la Union Europea como referencia a la ley aplicable a los contratos comerciales es cuando se observan como herramientas esenciales al momento de la solucion de las controversias que se generan dentro de la propia aplicacion de los derechos y las obligaciones contractuales que generan el propio instrumento en si.

Ha ocurrido una numeracion de tales principios luego de diversos estudios de la doctrina autorizada con consecuencia son constitutivo de la lex mercatoria los siguientes principios

1. Pacta sunt servanda – el contrato es ley para las partes
2. Rebus sic stantibus – los cambios sustanciales en las condiciones de contrataciones

pueden generar la revision del mismo, 3 Abus de Droit
 4 Culpa in contrahendo 5 Buena fe 6 El soborno genera la nulidad o ineficacia del contrato, 7 Un Estado no puede evadir sus obligaciones negando su propia capacidad de realizar un acuerdo arbitral 8 El interes de un grupo de compañías es considerado como un todo al contratar en nombre de todas ellas 9 Las partes deben negociar de buena fe si llegan a presentarse circunstancias no previstas 10 La golden clause , 11 Una de las partes puede ser excusada del cumplimiento de sus obligaciones si hay un incumplimiento sustancial por parte de la otra 12 Una parte no puede ser exonerada de sus obligaciones en razon a sus propios actos si estos hacian parte de sus obligaciones 13 Los tribunales estan obligados a aceptar los alcances dados por las partes del contrato, 14 Los daños causados por incumplimiento se limitan a las consecuencias previsibles de ese incumplimiento 15 La parte que sufrio el incumplimiento debe mitigar sus perdidas 16 Los daños por falta de entrega de mercancías se calculara teniendo como referencia el precio de los bienes en el mercado y el precio al cual el comprador adquiere bienes equivalentes para reemplazar los otros 17 Una parte debe actuar prontamente para exigir sus derechos, no sea que se entienda que ha renunciado a ellos 18 La falta de respuesta de la correspondencia es considerada como evidencia de asentimiento a sus terminos [Matute (2004 15 16)]

13 5 1 Principio non adimplentit contractus Estamos en presencia de la excepcion de contrato no cumplido que estipula que una de las partes puede ser excusada del cumplimiento de sus obligaciones si hay un incumplimiento sustancial por parte de la otra Este principio legal ampliamente aceptado consagra que sin un comprador no cumple con su obligacion de pago del precio cuando es debido el vendedor puede en ausencia de una provision contractual expresa en contrario suspender la ejecucion de su obligacion respecto al embarque o

entrega Este concepto civil corresponde a la ***exceptio non adimpleti contractus***

En lo que respecta a nuestro derecho positivo vemos que la ***exceptio non adimpleti contractus*** esta recogida en el parrafo final del articulo 985 delCodigo Civil en lo que respecta a las obligaciones reciprocas en donde ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le corresponde

Adicionalmente elCodigo de Comercio recoge en su articulo 236 la ***exceptio non adimpleti contractus*** A la letra este articulo dispone lo siguiente

Aquel a quien se exigiere el cumplimiento de un contrato bilateral no podra ser obligado a ello sino en tanto que la otra parte hubiere cumplido el contrato en lo que le concierne o se declare dispuesta a cumplirlo a no ser que tenga a su favor un plazo segun las clausulas o la naturaleza del contrato

13 5 2 Principio de la no onerosidad El principio de la no onerosidad dentro de la relacion contractual dice que no le es lícito a una de las partes grabar la relacion para los efectos que sea imposible la realizacion del contrato Dentro de este principio no es permitido que las partes obstaculicen la relacion del negocio juridico para no permitir su ejecucion Este principio esta recogido en los articulos 1040 y 1140 delCodigo Civil panameño El articulo 1040 delCodigo Civil panameño mandata la prohibicion de pedir pena a la vez que la indemnizacion de perjuicios, salvo que las partes lo hubiesen estipulado de esta forma

expresamente, pero siempre estara al criterio del acreedor pedir la indemnizacion o la pena

Este principio no es imperativo empero es una regla rectora que permite la equidad contractual Por ello el parrafo segundo del articulo 1140 delCodigo Civil dice Si el contrato fuere oneroso la deuda se resolvera a favor de la mayor reciprocidad de intereses

13 5 3 Libertad de contratacion Consiste en que las partes contratantes tienen la libertad de celebrar un contrato y determinar el alcance y contenido del mismo

La libertad de contratacion es la piedra angular del derecho contractual y el comercio internacional

Es la libre determinacion que tienen los comerciantes en establecer con libertad las personas que le ofreceran los productos aceptar las ofertas para el abastecimiento de sus productos y finalmente establecer las condiciones dentro de las que se adecuaran las relaciones comerciales y juridicas

La libertad de contratacion abarca la libertad de contratar y la determinacion del contenido del contrato a celebrarse

La libertad de contratacion contiene el principio sobre el cual gravitan los contratos

Es la regla de oro de la autonomia de la voluntad de las partes reconocida ampliamente por los diversos ordenamientos juridicos para la eleccion de cada uno de los elementos del contrato (las partes la causa

y el objeto), como también para la determinación del alcance, texto y vigencia de las cláusulas compromisorias.

Este principio sufre restricciones en las distintas legislaciones nacionales, lo que también es apreciado por los principios de **UNIDROIT** cuando se hace indicación de las reglas imperativas que no aceptan relajación alguna y de los deberes de actuar de buena fe y lealtad negociable.

En lo que respecta al Derecho Positivo panameño, tal principio está regulado en el artículo 1106 del Código Civil que señala:

Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral ni al orden público. Se patentiza que la autonomía de la voluntad de las partes tiene su limitación cuando la misma sea contraria a la ley, a la moral y al orden público, es decir que la misma sufre estas restricciones. El artículo 1106 del Código Civil contempla la *lex contractus* que se basa en la voluntad de las partes. A propósito de este principio se ha señalado que: Los contratos mercantiles responden a criterios esenciales en el plano internacional y descansan en el régimen de la libre contratación y espontaneidad de la autonomía de la voluntad de las partes, la cual no es absoluta, así como tampoco es absoluta la *Lex Mercatoria* si la denominada *Lex Contractus*. La *Lex Mercatoria* tiene la limitación del orden público contractual y del fraude a la ley de igual que la *Lex Mercatoria* no puede ser contraria al orden público interno ni ser aplicable en fraude a la ley ni ir en contra de leyes de Policía. [Boutin (1998: 39)]

13 5 4 Principios de conservacion de los actos juridicos El principio de conservacion de los actos juridicos en la contratacion privada internacional tiene como finalidad la disminucion o bloqueo de los vicios que permitan dejar sin efecto juridico la relacion contractual por lo que permite preservar la relacion juridica contractual pese a la insistencia de vicios parciales que son subsanables

Este principio se orienta en preservar los actos juridicos con el proposito de que se perfeccione la ejecucion del contrato

Desde esta perspectiva el articulo 1135 delCodigo Civil panameño nos da la posibilidad dentro del contrato que si alguna clausula del mismo admite diversos sentidos se tiene que entender el mas adecuado para que produzca efecto

A fin de evitar la nulidad del contrato se resuelve por medio de la regla de preservacion del articulo 1140 delCodigo Civil que dice

Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los articulos anteriores si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato y este fuere gratuito se resolvera a favor de la menor transmision de derecho e intereses

13 5 5 Libertad de forma y de prueba Segun lo expresado en los principios no se requiere que un contrato sea celebrado o probado por escrito entonces el contrato podra probarse por cualquier medio incluso por testigos

Se admite la consensualidad en la formación de los contratos no obstante se admite las formalidades como los requisitos para la existencia y validez de los contratos. En este último caso son disposiciones imperativas que establecen los tratados internacionales y el derecho nacional.

En los principios se da la posibilidad que las partes sean las que fijen la adopción de una norma específica para la celebración del contrato.

De igual forma se establece la libertad de prueba de los contratos admitiéndose la prueba testimonial de tal suerte que las partes como consecuencia de la libertad de forma y de prueba pueden establecer como medio probatorio del contrato el que tengan a bien, empero esta presente las mismas limitaciones del derecho nacional o internacional que responde a la ley imperativa.

Estos dos principios el de la libertad de forma y de prueba se aplica tanto en la fase de formación contractual como también al momento de perfección del contrato y en la fase de ejecución. Pueden ser incluidos entre los elementos de prueba a los registros computarizados y en consecuencia el intercambio de declaraciones de voluntad mediante el correo electrónico así como la prueba de que el contrato se ha perfeccionado por esos medios lo que es perfectamente admisible. Esto se reafirma en que una de las ventajas de los principios de **UNIDROIT** ha sido la de servir en tiempo de una sociedad estimulada por el progreso globalizador siendo así que los contratantes requieran de estos

principios para hacer expedito el negocio que realizan por contener formulas practicas para resolver los eventuales problemas derivados del trafico juridico internacional siendo asi el contrato internacional podra probarse por cualquier medio incluso por testigos que determina la libertad de forma para contratar y coetaneamente la prueba de la contratacion

13 5 6 Principio de primacia de reglas imperativas Este principio se refiere a que no se restringen la aplicacion de normas de caracter imperativo sean de origen nacional internacional o supranacional que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado Este es un principio plenamente aceptado en el comercio internacional que trata de un principio que restringe la libertad de las partes contratantes las que no pueden convenir de forma contraria a las normas imperativas del derecho nacional que resulte aplicable Es decir si las partes eligen los principios de **UNIDROIT** como ley aplicable al contrato esto no significa que las reglas imperativas de derecho interno se desplazan en cuanto a su aplicacion

El principio de la primacia de la regla imperativa significa que las normas imperativas o de orden público consagradas en los distintos ordenamientos nacionales o supranacionales tienen preminencia respecto de la aplicacion de los principios de **UNIDROIT** son ejemplos de normas imperativas las que establecen los controles de cambio, las

leyes anti monopolio las que restringen la libre competencia las que restringen la circulacion de monedas extranjeras

13 5 7 Pacta sunt servanda Se refiere al efecto vinculante de los contratos Todo contrato concertado entre las partes es obligatorio para las mismas La consecuencia del principio **pacta sunt servanda** establece que los contratos solo pueden modificarse o culminarse conforme a lo que el propio contrato disponga por acuerdo de las partes o por alguna de las circunstancias legales que establezcan los propios principios El contrato que se ha celebrado validamente es vinculante para las partes contratantes por lo que tienen que cumplirlo Sin embargo las partes contratantes sobre la base de la autonomia de las partes pueden modificar o culminar los efectos del contrato El principio pacta sunt servanda constituye la regla sobre la cual se sustentan los comportamientos de las partes Este principio determina el efecto mandatorio para las partes contratantes las que habiendo perfeccionado el contrato deberan desempeñarse en el cumplimiento del mismo de conformidad con lo acordado Significa que cualquier cambio del contrato es producto de la voluntad de las partes salvo la ocurrencia de acontecimientos imprevistos de excesiva onerosidad caso fortuito o fuerza mayor En lo que respecta al derecho positivo panameño la regla pacta sunt servanda se encuentra inserta en el artículo 985 del Código Civil y el artículo 236 del Código de Comercio Se ha señalado acertadamente que

En lo que al Pacta Sunt Servanda se refiere habremos de anotar que este se constituye como uno de los puntos centrales sobre los cuales ha girado el desarrollo de la *lex mercatoria* no solo, en el plano académico sino también en lo que a su recepción por parte de los ordenamientos concierne. Así se plantea el problema de la ley aplicable al caso concreto cuando media un pacto arbitral, o cuando bien simplemente se acude ante la jurisdicción estatal para la resolución de la controversia, materia sobre la cual omitimos ocuparnos de lo concerniente al aspecto procesal (juez o árbitro que deben conocer su prelación, procedimiento) para ocuparnos de los que respecta a las normas de derecho (ley aplicable al contrato) y reconocer que la escisión entre una y otra materia es palpable por no tratarse aquí del clásico aforismo *qui eligit iudicem, eligit ius*, concepto superado por los distintos ordenamientos, sino bien por la misma materia que no se ocupa con el alcance global que impediría en todo caso formular una solución inequívoca al respecto. Teniendo entonces que conforme a este principio los contratos deben cumplirse según sus términos y con base a esto los jueces han de juzgar la controversia según la ley que las partes hayan dispuesto [Franco, (2007 5 6)]

13 5 8 Naturaleza dispositiva de los principios Este principio recoge una tendencia firmemente aceptada en las prácticas del comercio internacional sobre la naturaleza dispositiva de los instrumentos que conforman el derecho uniforme. Las partes pueden excluir la aplicación de los principios de **UNIDROIT** así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones salvo que en ellos se disponga algo diferente. La naturaleza dispositiva de los principios establece la facultad atribuida a las partes para someterse o no a los mismos lo que ratifica la vigencia del principio de autonomía de la voluntad de las partes. Entendido como la facultad que tienen las

partes para derogar o modificar el efecto de las cualesquiera disposiciones contenidas en los principios. Esto se refiere tanto al reconocimiento de la libertad contractual y del acuerdo de las partes que participan en una contratación internacional.

13 5 9 Jerarquización y límites de los principios Dentro de la estructura de los principios existe una jerarquía de normas en donde una parte de las normas están conformadas por aquellas que tienen las características de ser imperativas en donde las partes no pueden modificarlas ya sea que las mismas sean señaladas como inmodificables o implícitamente tengan tal carácter. La inobservancia de los principios no tiene mayor relevancia porque tales no son disposiciones internas o internacionales que sean normas de un derecho positivo determinado sin embargo cuando por disposición de las partes se incluyen dentro de un contrato son de obligatorio cumplimiento en este caso son normas de carácter imperativo generando la obligación de cumplir las mismas. Por otra parte están las denominadas obligaciones supletorias que admiten la posibilidad de ser excluidas expresamente de los contratos.

13 5 10 Principio de la apariencia jurídica Este principio está recogido en la jurisprudencia y en el desarrollo de la práctica de la técnica contractual. Este principio establece que ningún sujeto puede sacar beneficio de su propio error o nadie puede sacar ventaja de su

aparencia que ha creado mediante actos que produzcan error en una de las partes en perjuicio de las mismas

El artículo 1139 del Código Civil panameño establece La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad

Sobre este principio se ha señalado que

La noción *The Stoppel* derivación del Derecho Normando que data su origen 1066 fecha de la conquista de los normandos por Inglaterra aparece en dicha jurisdicción una herencia franconormanda proveniente de la palabra francesa **ESTOUPE** que constituye verdaderamente una excepción que puede invocar la parte demandada Se trata de una excepción frente a la parte actora [Boutin (1998 44)]

Este principio establece una prohibición sobre una persona de contradecir sus propios actos sus propias palabras ante los tribunales Es decir nadie puede ir en contra de sus propios actos debido a que no se puede cuestionar lo que anteriormente se ha hecho

13 5 11 Principio de justicia conmutativa o de reparación Establece la reparación prevista en el artículo 981 del Código Civil que señala que la indemnización por daños y perjuicios no solo comprende el valor de las pérdidas que hayas sufrido sino de las ganancias que haya dejado de obtener el acreedor El principio de la reparación esta íntimamente ligado con la noción de daño emergente y lucro cesante que esta contemplada en la indemnización de daños y perjuicios que inspira el artículo 991 del Código de Civil de Panama

13 5 12 Interpretacion e integracion Indica que en la interpretacion de los principios debe tomarse en consideracion el caracter internacional sus propositos y en especial promover la uniformidad en su aplicacion

Cuando exista alguna laguna o vacio regulatorio, se deben integrar los principios mediante el uso de la analogia, las ideas que inspiran los mismos contenidos en los principios generales y las normas concretas y finalmente es viable acudir a la ley nacional para hacer una integracion completa de los mismos

13 5 13 Internacionalidad y uniformidad Este principio esta contemplado en el articulo 1 6 de los principios de **UNIDROIT** como se señala en adelante

ARTICULO 1 6 (*Interpretacion e integracion de los Principios*) (1) En la interpretacion de estos Principios se tendra en cuenta su caracter internacional asi como sus propositos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicacion (2) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ambito de aplicacion de estos Principios aunque no resueltas expresamente por ellos se resolveran en lo posible segun sus principios generales subyacentes

Una de las principales finalidades de los principios de **UNIDROIT** ha sido la de validar la internacionalidad del caso y proporcionar reglas uniformes para su solucion con el proposito de encontrar soluciones que disten de la aplicacion de normas internas contenidas en los derechos nacionales

En este sentido a través de la internacionalidad del caso y la uniformidad legislativa se facilita la solución del problema. En tal sentido los principios de **UNIDROIT** procuran la aplicación de principios generales subyacentes al no estar expresamente resuelto el problema.

13.5.14 Buena fe y lealtad negocial. El artículo 1.7 se refiere a la buena fe y lealtad negocial de los principios indicándose que las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional por lo que las mismas no pueden excluir ni restringir la aplicación de ese deber. La inspiración de los principios radica en la buena fe y lealtad negocial por tanto ante la ausencia de alguna norma específica en tales principios las partes deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando la lealtad negocial a lo largo de la ejecución del contrato desde su génesis hasta su culminación. Las partes no pueden alejarse ni excluir la aplicación de tales principios. La buena fe y lealtad negocial constituyen una norma imperativa dentro del contexto de los principios y una obligación específica impuesta a la actuación de los comerciantes. Este principio expresa el patrón de conducta demostrativa de ética y probidad que se deben tener las partes en todas las fases del negocio jurídico, el cual está complementado por el deber de confidencialidad y el tratamiento penalizado a las negociaciones en las cuales sea posible advertir la mala fe. El principio de buena fe y lealtad en los negocios es una premisa de comportamiento obligatorio para las partes contratantes durante todo el transcurso de la

negociación, durante la fase de formación del contrato como durante su ejecución. La contratación privada reconoce el principio de buena fe en el artículo 214 del Código de Comercio panameño que nos manifiesta que Los contratos de comercio se ejecutaran de buena fe, según los términos en que fueren convenidos y redactados atendiendo más que a la letra de los pactos a la verdadera intención de los contratantes

13'5 15 Primacia de los usos y las prácticas El artículo 19 de los principios disponen sobre los usos y prácticas en donde se indica que las partes estarán obligadas por cualquier uso en cuya aplicación hayan convenidos y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. Agrega la norma que las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente reconocido y regularmente observado en el tráfico a menos que la aplicación de dicho uso no sea razonable. La norma anterior establece que las partes están obligadas a respetar la costumbre internacional y los usos que se haya expresamente convenidos empleados regularmente en el tráfico mercantil siempre que la aplicación de dichos usos sean razonables. Este principio establece la obligación para las partes de respetar la costumbre internacional y los usos expresamente convenidos usados regularmente en el tráfico mercantil siempre que la aplicación de dichos usos sea razonable. Este es uno de los principios aceptados en el derecho comercial y en el comercio internacional. La observancia de este, tiene aplicación dentro del contexto de los principios entre otros para la interpretación del

contrato En el comentario al artículo 1.9 de los Principios de **UNIDROIT** se afirma que los usos prevalecen sobre los principios Asimismo nuestra codificación mercantil reconoce la validez de la costumbre mercantil local y nacional, así como internacional y extranjera siempre y cuando cumplan con los requisitos objetivos consagrados legalmente En cuanto al requisito de que el uso ampliamente conocido es obligatorio salvo que la aplicación de dicho uso no sea razonable, consideramos traer a colación la explicación y el ejemplo que se incluye en el comentario oficial a los principios de **UNIDROIT** sobre tal concepto Un uso puede ser regularmente observado por la generalidad de los comerciantes de determinada rama del comercio no obstante lo cual su aplicación en ciertos supuestos puede no ser razonable La falta de razonabilidad de un uso puede corresponder a las circunstancias particulares en las que una o ambas operan y/o a la naturaleza atípica de la operación En dichos supuestos el uso no será razonable

13.5.16 Resolución anticipada Este principio lo retienen las reglas de **UNIDROIT** el mismo tiene inspiración en el derecho anglosajón Establece que cuando estamos en presencia de la modificación patrimonial de una de las partes contratantes antes de someterse al término de contrato se tiene como opción la resolución del mismo ya que se encuentra de forma manifiesta la imposibilidad de ejecución de obligación por parte del deudor debido a su insolvencia económica

El artículo 245 del Código de Comercio contempla la regla de resolución anticipada en los siguientes términos. Cuando la ley mercantil requiera como necesidad de forma del contrato que conste por escrito ninguna otra prueba de él será admisible y a falta de título escrito el contrato se tendrá como insubsistente. Por otra parte el artículo 1015 del Código Civil proyecta este principio señalando los casos en que el deudor perderá el derecho a utilizar el plazo. Dentro de este artículo se establecen tres situaciones: en primer lugar el deudor perderá el derecho a utilizar el plazo cuando después de contraída la obligación resulte insolvente salvo que garantice la deuda, el deudor también perderá el derecho a utilizar el plazo cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido, y en tercer lugar el deudor perderá el derecho a utilizar el plazo cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas y cuando por caso fortuito desaparecieran a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.

13.5.17 Principio de llegada. El principio de llegada está reconocido por los principios de **UNIDROIT** en el artículo 1.10. Este principio es determinante del momento clave por el cual cualquier comunicación es efectiva. Esta disposición se concibe como una de las más importantes ya que se aplica a todas las fases de la vida del contrato, tanto a la etapa pre contractual como a la post contractual. Este principio tiene significativa relevancia puesto que para las partes resulta de suma

importancia establecer cuando se tienen por aceptadas las comunicaciones dentro de la fase de formación de la oferta el perfeccionamiento del contrato la ejecución y su posterior extinción. En este sentido, son aceptables como comunicaciones todos los medios que resulten apropiados para la especificidad de cada contratación. El principio de llegada conlleva por una parte la comunicación que se entiende como todo medio que sea efectivo para el conocimiento de las particularidades del negocio y por otra parte la entrega de la comunicación en el establecimiento comercial o en la dirección postal.

14 Aplicaciones de los principios de UNIDROIT

14.1 Jurisprudencial

Los principios de **UNIDROIT** al recoger nociones de distintas culturas jurídicas y económicas permitirán el acceso a innovadoras soluciones que contribuirán a enriquecer y renovar nuestra jurisprudencia. Por otra parte, son un paso adelante en la necesidad planteada de armonizar y unificar el derecho privado internacional como una respuesta jurídica al fenómeno económico de integración. Derivado de lo enunciado en el preámbulo se han identificado algunas funciones que pueden tener los principios en la práctica que pasaremos a analizar a continuación indicando algunas aplicaciones jurisprudenciales.

Sin embargo, podemos adelantarnos a lo que será estudio detallado diciendo que en general los papeles fundamentales asignados a los principios y desarrollados por la jurisprudencia, especialmente laudos

arbitrales de la Camara de Comercio Internacional (CCI) se pueden resumir en papel o funcion normativa y papel o funcion interpretativa

14 2 Como ley de contrato

Basado en el principio de la autonomia de la voluntad, las partes en un contrato pueden escoger a los principios como ley del contrato. En el comentario al preambulo se recomienda que cuando las partes deseen adoptar los principios como el derecho aplicable a su contrato es aconsejable combinar la adopcion de los principios con un acuerdo de arbitraje. En este caso los principios se aplicaran al contrato con exclusion de la ley nacional siempre y cuando no intenten derogar las normas de caracter imperativo de cada pais. Existen varios casos que han sido objeto de decision en tribunales de arbitramento sobre contratos en los que se han aplicado los principios como ley del contrato. Igualmente los casos en que los jueces arbitrales han encontrado aplicables al contrato los principios de **UNIDROIT**. Cabe destacar los casos en que los jueces han encontrado aplicables los Principios de **UNIDROIT** asimilandolos a la *lex mercatoria*, a la justicia natural entre otros conceptos como lo veremos en el punto siguiente.

14 3 Como lex mercatoria

Segun lo dispuesto en el preambulo de los principios que hemos citado anteriormente estos pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del derecho la *lex mercatoria* o expresiones semejantes. Aunque puede entenderse incluido en el punto anteriormente explicado el grado de aplicacion es diferente al anterior pues

en este caso las partes en principio no hacen expresa referencia a los principios de **UNIDROIT** como regla del contrato. Se puede discutir en consecuencia, si las partes si han escogido la ley por la cual el contrato se gobernara y en especial si se han referido a los principios de **UNIDROIT**. Asi mismo entra en la discusion su naturaleza es decir si en realidad los principios reflejan aquellas reglas superiores anteriores a todo derecho positivo o son reflejo de costumbres o de reglas sobre las cuales se han puesto de acuerdo un grupo de juristas. Sobre esto creemos debe tenerse sumo cuidado e insistir en que cuando decimos que los principios **UNIDROIT** hacen parte de la lex mercatoria moderna no confundamos este ultimo termino solamente con los usos y costumbres del trafico internacional sino que la utilicemos en un sentido amplio que contenga todas las fuentes del derecho del comercio internacional. No dudamos sobre el consenso que existe sobre ellos y sobre la forma agil en que se constituyen al no requerir ser concebidos como ley positiva ni como tratado internacional. Sin embargo insistimos en que no todas sus disposiciones constituiran principios sino tan solo algunas de ellas. Otras en efecto seran reglas sugeridas a las partes aplicables por acuerdo expreso.

14.4 Como forma de interpretar y complementar instrumentos internacionales vigentes y ley nacional

Esto significa que los principios son utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales vigentes y leyes nacionales en

donde se aplican los mismos e incluso pueden utilizarse para interpretar la voluntad de las partes de un contrato internacional. Los principios han recibido un vigoroso impulso en la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales aprobada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP V) celebrada en México en 1994. Este impulso significa que los principios de **UNIDROIT** abandonan el campo académico para convertirse en un factor determinante en la solución de las controversias derivadas del comercio mercantil internacional.

Esta influencia de los textos que componen el derecho uniforme del comercio internacional sobre los diversos derechos internos puede también predicarse de las leyes modelo redactadas por **UNCITRAL**, cumpliéndose de esta manera el papel preponderante que tienen asignadas esas leyes y haciéndose así honor a su nombre. Por ejemplo, la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de 1985 que ha influido en la redacción de más de 30 textos de leyes nacionales.

14.5 Como modelo para legislación a nivel nacional o internacional

Se ha señalado además que los legisladores nacionales e internacionales podrían encontrar una fuente de inspiración en los principios de **UNIDROIT** para la preparación de nueva legislación en el campo de las reglas generales de los contratos o con respecto a tipos específicos de negocios debido a las soluciones modernas y funcionales adoptadas. Se observa también que las partes pertenecientes a sistemas legales diferentes o

que hablen lenguajes distintos podrian usar dichos principios como una guia para elaborar sus contratos. Segun se afirma en la presentacion a dichos principios se convertiran estos en una fuente conveniente para los arbitros especialmente cuando sean llamados a decidir como amigables componedores conforme a los usos y costumbres del comercio internacional o a la *lex mercatoria* recurrir a un grupo de reglas las cuales son el resultado de una intensiva investigacion y prolongadas deliberaciones. Con lo anterior no pretendemos agotar la explicacion sobre la totalidad de los temas contemplados en los principios de **UNIDROIT** sino tan solo mostrar de manera introductoria su importancia en el desarrollo del derecho mercantil internacional.

15 Funciones de los principios de UNIDROIT

Cumplen con 6 funciones especificas: funcion normativa, funcion sustitutiva, funcion complementaria, funcion interpretativa, funcion de reemplazo y funcion de orientacion.

- **Funcion normativa** Esta funcion se deriva de la consecuencia que las partes tienen en cuanto a la eleccion de los principios de **UNIDROIT** como normas que rigen el contrato internacional de la que ellas forman parte. Dentro de este parametro se pueden aplicar tales principios excluyendo cualquier derecho nacional siempre que no se derogue normas imperativas de los derechos involucrados en la transaccion comercial internacional.

Cabe la posibilidad que dentro de esta función se puede incorporar solo parcialmente los principios de **UNIDROIT**, por tanto es importante determinar la ley que regulará el segmento respectivo del contrato a través de las normas de conflicto del foro. También es importante indicar que las partes pueden no elegir expresamente los principios de **UNIDROIT** como derecho aplicable al contrato pero pueden indicar que el contrato se regirá por principios generales del derecho *lex mercatoria* o similares.

- **Función sustitutiva** Tiene vigencia cuando las partes contractuales no han señalado el derecho aplicable al contrato cuando tal elección ha resultado ineficaz, o habiéndose realizado tal elección del derecho aplicable resulta difícil o imposible acceder al mismo. Dentro de todas las posturas anteriores el contrato internacional puede ser regido por los principios de **UNIDROIT**. Sobre este aspecto es ilustrativo informar que en el preámbulo de los principios se hace referencia a esta función en donde se indica que en el supuesto que un contrato se encuentre sujeto a un derecho nacional y resulte difícil o imposible determinar la regla de derecho aplicable al problema específico se puede recurrir a los principios para solucionar esta cuestión.
- **Función complementaria** Esta función aparece cuando se dan lagunas legales respecto de la regulación jurídica de la relación contractual. Por consiguiente en los casos de ausencia

regulatoria aplicable al contrato los principios de **UNIDROIT** llenaran las lagunas o los vacios legales desempenando un rol complementario Esta funcion se diferencia de la sustitutiva debido a que en el supuesto para la sustitucion es la ausencia de indicacion o dificil acceso del derecho aplicable Y en el caso de la funcion complementaria se da en la existencia de una norma insuficiente lo que produce en este ultimo caso acudir a los principios de **UNIDROIT**

- **Funcion interpretativa** Corresponde en la funcion que tienen los principios en despejar el alcance de los instrumentos internacionales y del derecho estatal dentro del contexto de los propios principios En este sentido se podria establecer que la funcion interpretativa de los principios de **UNIDROIT** cobra mayor importancia en las controversias que se generan al aplicar las convenciones aprobadas con anterioridad a los principios siempre que las partes no hayan incluido una clausula en la cual se senale expresamente que ellos podran aplicarse para complementar e interpretar las convenciones
- **Funcion de reemplazo** Esta funcion surge de la interrogante dirigida a que si se puede o no reemplazar con los principios el derecho nacional que ha sido escogido por las partes Consideramos que no puede aceptarse tal reemplazo ya que podria afectar la autonomia de la voluntad de las partes y en

consecuencia la certeza jurídica de los negocios internacionales

Sin embargo se puede aplicar de forma atenuada la función de reemplazo con mayor amplitud cuando la controversia jurídica está sometida a un arbitraje comercial internacional puesto que es a libre discreción de los árbitros el no aplicar una ley nacional

Las tendencias más recientes permiten separarse de los ordenamientos jurídicos nacionales para decidir sin tomar en cuenta los mandatos de ley nacional alguno por consiguiente se pueden aplicar los principios sin limitaciones

- **Función de orientación** Según esta función los principios sirven de norte o fuente de inspiración a las nuevas legislaciones
- Existen algunos ejemplos de codificaciones inspiradas en los principios por ejemplo el Código de Comercio de Túnez las reformas al Código de Comercio Alemán la aprobación del Nuevo Código Civil de Quebec entre otras

16 **La interpretación del contrato internacional en los Principios de**

UNIDROIT La interpretación del contrato significa reconstruir la voluntad de las partes contratantes en conjunto y de examinar el sentido de las declaraciones realizadas por las partes obligadas mediante una relación contractual El artículo 194 del Código de Comercio señala

En cuanto no esté dispuesto en el presente Código en materia de contratación mercantil deberá estarse a los usos del comercio generalmente observados en cada plaza y a falta de estos a las prescripciones del derecho común relativa a las obligaciones y contratos en general

En este sentido se puede inferir que en materia de contratacion mercantil en el derecho panameño el aspecto de la interpretación del contrato mercantil debe remitirse primero, a la ley mercantil que es el Código de Comercio si la ley mercantil no contempla toda las situaciones jurídicas se debe recurrir a los usos del comercio generalmente observados en cada plaza a falta de uso de comercio se tiene que recurrir a la reglamentacion que establezca el derecho comun o derecho civil relativo a las obligaciones y contratos en general Este articulo 194 del Código de Comercio concuerda dentro del contexto del articulo 5 del Código de Comercio que conjuga la aplicacion de la lex mercatoria como puente legal y jurisprudencial que luego estaremos analizando con mas detenimiento Si proyectamos la interpretación del contrato dentro de la normativa de los principios de **UNIDROIT** se deben tomar en consideracion los siguientes aspectos

- La interpretación del contrato de acuerdo a la intencion de las partes De acuerdo a los principios en el articulo 4.1 el contrato debe interpretarse conforme a la intencion comun de las partes si dicha intencion no puede establecerse el contrato se interpretara conforme al sentido que le abrian dado personas sensatas de la misma condicion que las partes colocadas en las mismas circunstancias Es de vital importancia este principio para la contratacion internacional debido a que los terminos pueden variar de un pais a otro asi como el sentido que puede darse a ciertos terminos tecnicos o frases, o aun la forma de denominar

un contrato en un país puede ser distinto en otro. Teniendo en cuenta que en el contrato las partes vierten sus intereses con el fin de obtener un resultado común a las dos partes contratantes y que satisfacen intereses comunes es de capital importancia para el derecho regular la manera de conocer la esencia de la voluntad de las partes contratantes. Además debe tomarse en consideración el principio que indica que el contrato es ley para las partes de tal suerte que es un punto importante poder establecer la intención de las partes dentro de un contrato que pocas veces no puede ser llevada de manera inadecuada al texto del contrato. Poderosamente llama la atención la utilización del término *sensatez* como criterio determinante para averiguar el sentido de las palabras utilizadas en los contratos. El término de *sensatez* se refiere al entendimiento que cabe esperar de una persona por ejemplo por los conocimientos de un idioma, experiencia, técnica o en los negocios que las partes determinen en los contratos.

17 Contribución de los Principios de UNIDROIT a la contratación

mercantil internacional Una de las principales contribuciones de los principios es la de establecer como fuente de armonización entre los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos inspirados en la tendencia romanista y de los países anglosajones que impidan sus ordenamientos jurídicos en el *common law*. Esto se explica debido a

que en el proceso de elaboracion de los principios se procura la representacion de los diferentes sistemas de derecho los principios de **UNIDROIT** reflejan conceptos que se encuentran en estos regimenes ya que forman un conjunto de reglas concebidas dentro de las exigencias de los contratos comerciales internacionales Tambien se podria afirmar que otra de las contribuciones de los principios de **UNIDROIT** ha sido el trabajo de unificacion del derecho de los contratos comerciales internacionales Lo que se ejemplifica en lograr un derecho comun a los diferentes ordenamientos juridicos de los paises de la comunidad internacional tal es el caso de los tratados convenios las convenciones internacionales y las leyes modelos Es importante señalar que los principios de **UNIDROIT** fueron diseñados con la caracteristica de servir a multiples aplicaciones En principio se aplican a toda relacion de derecho mercantil privado con elemento de extranjeria a su vez las partes pueden convenir su aplicacion haciendo uso de su voluntad como reglas juridicas que gobiernan los efectos de los contratos mercantiles internacionales Por su parte los principios contribuyen a la interpretacion y complementacion de los elementos juridicos utilizados en la comunidad internacional por lo que su aplicacion se hace extensiva como una guia para la redaccion de contratos comerciales internacionales ya que proveen de solucion a las diferentes vicisitudes que acontecen en el mundo de los negocios

**CAPITULO III EL DERECHO APLICABLE A LOS
CONTRATOS INTERNACIONALES Y LOS PRINCIPIOS
DE UNIDROIT**

PLANTEAMIENTO

Se bosqueja por que el tema de los contratos internacionales tiene que tener un tratamiento juridico de manera diferente a los contratos nacionales o contratos de derecho interno o domestico

La respuesta a esto es que los contratos internacionales pueden ser regidos por dos o mas leyes nacionales

Si entramos a desarrollar un analisis respecto de la naturaleza de la contratacion en terminos generales, podemos establecer que la compraventa nacional es igual a la internacional excepto algunas peculiaridades que pueden implicarse por la razon del transporte de las mercancias y el paso de las aduanas empero las obligaciones tanto del vendedor como del comprador en una compraventa internacional son esencialmente las mismas que una compraventa nacional

Sin entrar a profundizar tomamos como ejemplo para ilustrar este planteamiento el contrato de arrendamiento de bienes

Las obligaciones del arrendador y del arrendatario son sustancialmente las mismas aunque presenta algunas particularidades con razon de transporte y aduanas sin embargo esas particularidades no modifican la naturaleza contractual ni su regimen principal

Acertadamente se ha expuesto que la contratacion internacional es

El vehiculo de expresion y documentacion del consentimiento por el que se perfeccionan las relaciones comerciales de intercambio de bienes y servicios cuyo ambito excede de la legislacion de un Estado de suerte que puede decirse que los diferentes

elementos que intervienen en ella (sujetos objeto precio, forma y lugar de la celebracion del contrato) guardan alguna conexión con nacionalidades distintas y consecuentemente con legislaciones de diferentes países [Medina de Lemus (1998 72)]

En un ordenamiento jurídico global en donde se entiende que cada Estado tiene su particular ordenamiento jurídico y que todos los actos que ocurren entre los nacionales del mismo Estado o en el territorio del mismo se rigen por su propio derecho en el contrato internacional se presenta la situación en que los contratantes son nacionales de diferentes Estados y ubicados en diferentes Estados lo que presenta la duda en determinar que ordenamiento jurídico va a regir este contrato

Los contratos internacionales presentan la situación de determinar que ley gobierna el funcionamiento del mismo Para dar solución a esta situación se puede definir la ley aplicable al contrato internacional mediante la regla de conflicto

En este sentido ordinariamente los códigos civiles u otras leyes nacionales contienen las reglas de conflicto para definir la ley aplicable al contrato

Se habla de que leyes aplicables al contrato en cuanto a su forma que puede ser la ley donde se perfeccione el contrato o donde se ejecuta una prestación o la ley del lugar donde el contrato deba cumplirse etc

Las reglas de conflicto son parte de cada ordenamiento jurídico nacional por tanto resultan ser variantes el que aplica esta regla es el juez ante quien se presenta el conflicto

El juez como parte de su actividad jurisdiccional tendrá que discernir que regla de conflicto aplica que por regla general son las reglas de conflicto del lugar donde ejerce su jurisdicción y luego con la ayuda de dichas reglas determina que ley es aplicable al contrato que forma parte de la controversia

Por otra parte es oportuno establecer un régimen contractual común aplicable a todos los contratos internacionales lo que requiere la construcción de un derecho común en materia contractual

Para poder establecer verdaderamente un derecho contractual común se requiere la formación de una jurisdicción común especializada que resuelva los conflictos derivados de los contratos internacionales el arbitraje comercial internacional se ha convertido en esa jurisdicción especializada

El objeto de unificar las reglas de conflicto aplicable a los contratos internacionales se ha venido haciendo mediante varios esfuerzos de unificación por medio de tratados o convenciones por tal motivo haremos un análisis de los principales tratados y convenciones en esta materia

1 DEL DERECHO CONVENCIONAL EUROPEO

- 1.1 La convención de la Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional (1955)** Entró en vigor el 1º de Septiembre de 1964

Sin entrar en mayor análisis de esta convención sus principales reglas son las siguientes

- La ley aplicable al contrato internacional Es la ley que las partes hayan elegido por cláusula expresa o se infiera con claridad de las disposiciones del contrato
- A falta de la anterior regla el contrato se rige por la ley del país donde tiene su domicilio o está establecido el vendedor si ahí recibió la orden de entregar las mercancías o por la ley del lugar donde está establecido el comprador si fue en ese lugar donde el vendedor recibió la orden de entregar las mercancías Este es el criterio del lugar del perfeccionamiento del contrato

1.2 La convención de la Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías (1986)

Debido a la poca difusión que tuvo la convención de la Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercadería de 1955 se aprobó una convención en 1980 sobre la compraventa internacional en donde se establece un nuevo esfuerzo para unificar las reglas de conflicto respecto de este contrato Esta nueva convención de la Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercadería publicada el 22 de diciembre de 1986 Esta convención aun no ha entrado en vigor pues solo la firmaron 4 Estados (Argentina República Checa Holanda y Eslovaquia) y solo Argentina la ha ratificado

Sin entrar en mayores detalles sobre el contenido de esta convencion los criterios para elegir la ley aplicable son basicamente los mismos que los de la anterior convencion

- La ley aplicable al contrato internacional es la ley que las partes hayan elegido expresamente o que se infiera que eligieron por las disposiciones del contrato
- A falta de eleccion expresa rige la ley de lugar donde el vendedor tenga su establecimiento al momento de perfeccionarse el contrato
- Rige la ley del lugar del establecimiento del comprador si en ese lugar se llevaron a cabo las negociaciones y se perfecciono el contrato estando ambas partes presentes o si el vendedor tiene que entregar las mercancías en ese Estado o si el contrato fue predeterminado por el comprador que hizo una licitacion para adjudicarlo al mejor postor

1.3 Reglamento No 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) El plan de accion de Viena de 1998 reconocia la importancia de armonizar las normas de conflicto de leyes en la aplicacion del principio de reconocimiento mutuo a las decisiones en materia civil y mercantil. El programa conjunto de la Comision y del Consejo de 2000 preveia medidas para esta armonizacion. El programa de La Haya de 2004 con su plan de accion que instaba a la adopcion de la propuesta Roma I reafirmo la

importancia de seguir trabajando en las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales. El presente Reglamento sustituye al Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales transformándolo en un instrumento comunitario y modernizándolo. El Reglamento se aplica a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes. No se aplica a las materias fiscales, aduaneras y administrativas, ni a la prueba y proceso. También se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento las obligaciones en relación con el estado civil y la capacidad de las personas físicas, las relaciones familiares, los regímenes económicos matrimoniales, los instrumentos negociables como las letras de cambio, cheques y pagarés, el arbitraje y la elección del tribunal competente, el Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, la obligación de un mandante o empresa frente a terceros, los trusts, los tratos previos a la celebración de un contrato. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. La ley podrá aplicarse a la totalidad o solamente a una parte del contrato. Las partes podrán en cualquier momento convenir que el contrato se rija por una ley distinta. La ley del país que este más estrechamente vinculado al objeto del contrato deberá respetarse aunque las partes elijan la ley de un país distinto como ley aplicable. En caso de que el objeto del contrato afecte a uno o varios Estados miembros y se elija la ley de un Estado no miembro, esta no podrá contradecir las disposiciones del Derecho comunitario. Si las partes no eligen una ley aplicable a los contratos de compraventa, prestación de servicios, franquicia o distribución

esta se determinara en funcion del pais donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestacion caracteristica del contrato. Los contratos que tengan por objeto un bien inmueble se regiran por la ley del pais donde este sito el bien inmueble salvo en los casos de arrendamiento temporal y privado (maximo seis meses consecutivos). En estos casos el contrato se regira por la ley del pais donde el propietario tenga su residencia habitual. Los contratos de venta de bienes mediante subasta se regiran por la ley del pais donde tenga lugar la subasta. En el caso de determinados instrumentos financieros regidos por una unica ley esta sera la que se aplique. En caso de que ninguna o varias de las normas anteriores se apliquen a un contrato este se regira por la ley del pais donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestacion caracteristica del contrato. No obstante si el contrato presenta vinculos mas estrechos con un pais distinto del que sugieren dichas normas se regira por la ley de dicho pais. Se seguira este mismo principio cuando no se pueda determinar la ley aplicable. En el caso de estos tipos de contrato el Reglamento ofrece opciones para elegir la ley aplicable y determina la ley que regira el contrato en defecto de eleccion.

- Contratos para el transporte de mercancías en defecto de eleccion la ley aplicable sera la ley del pais donde el transportista tenga su residencia habitual siempre y cuando el lugar de recepcion o el lugar de entrega, o la residencia habitual del

remitente tambien esten situados en ese pais Si no se cumplen estos requisitos se aplicara la ley del pais donde este situado el lugar de entrega

- Contratos para el transporte de pasajeros las partes podran elegir como ley aplicable la del pais donde el pasajero o el transportista tengan su residencia habitual la del pais donde el transportista tenga el lugar de su administracion central o la del pais donde se encuentre el lugar de origen o el de destino En defecto de eleccion el contrato se regira por la ley del pais donde el pasajero tenga su residencia habitual siempre y cuando el lugar de origen o el lugar de destino tambien esten situados en ese pais

2 DE LA NORMATIVA INTERAMERICANA SOBRE EL DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

2.1 ElCodigo Bustamante Sin lugar a dudas elCodigo Bustamante se perfila como el fruto mas importante de la codificacion latinoamericana en lo que se refiere al derecho internacional privado

ElCodigo de Derecho Internacional Privado fue aprobado en la Sexta Conferencia Panamericana, celebrada en la Habana el 20 de febrero de 1928 DichoCodigo se ha denominado tambien Codigo Bustamante en homenaje al insigne jurista **Don Antonio SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN**

Esa monumental obra consta de cuatrocientos treinta y siete artículos, comporta un título preliminar que se refiere a la condición jurídica de los extranjeros clasificación de las leyes carácter de orden público internacional que revisten determinados preceptos criterio de calificación leyes personales y respeto a los derechos adquiridos

El Libro Primero se refiere al Derecho Civil Internacional el Libro Segundo comporta el Derecho Mercantil Internacional el Libro Tercero se denomina Derecho Penal Internacional y el Libro Cuarto Derecho Procesal Internacional

Todos los Estados latinoamericanos suscribieron este código los Estados Unidos se negó a ratificarlo por razones que su sistema federal no le permitía alinearse a ningún tratado internacional

Dentro de los países signatarios se pueden distinguir los que lo han ratificado con reservas que son Bolivia Brasil Costa Rica, Chile Ecuador El Salvador, Haití República Dominicana y Venezuela Sin reserva lo ratificaron Cuba Guatemala Honduras Nicaragua Panamá y Perú

En el siguiente cuadro podemos observar con mayor detenimiento los Estados partes en el mismo

CUADRO I ESTADOS PARTES DEL CODIGO BUSTAMANTE

CODIGO BUSTAMANTE 1928	
ESTADOS AMERICANOS	
Antigua y Barbuda	
Argentina	
Bahamas	
Barbados	
Belice	
Bolivia	R(R)
Brasil	R(R)
Canada	
Chile	R(R)
Colombia	
Costa Rica	R(R)
Cuba	R(S)
Dominica	
Ecuador	R(R)
	R(R)
El Salvador	
Estados Unidos	
Granada	
Guatemala	R(S)
Guyana	
Haiti	R(R)
Honduras	R(S)
Jamaica	
Mexico	
Nicaragua	R(S)
Panama	R(S)
Paraguay	
Peru	R(S)
Republica Dominicana	R(R)
Santa Lucia	
S Vicente y Granadina	
St Kitts y Nevis	
Surinam	
Trinidad y Tobago	
Uruguay	
Venezuela	R(R)

LEYENDA R (R) Ratificado con reservas R (S) Ratificado sin reservas

Panamá lo incorpora a su ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 15 del 26 de septiembre de 1928, publicada en la Gaceta Oficial nº 5 428 de 7 de enero de 1929. Por ende se concluye que el Código Bustamante no tiene aplicación en los casos relacionados con respecto a los actos que se hayan celebrado en los Estados Unidos o con nacionales estadounidenses puesto que este país no ratificó mencionado Código.

Las normas del Código Bustamante sobre los contratos internacionales las vamos agrupar dentro de este apartado.

2.1.1 Las normas aplicables a los contratos en términos generales. Al respecto el Título Cuarto De las Obligaciones y Contratos dentro del Capítulo II se refiere a los Contratos en General. Estas normas jurídicas las podemos clasificar de la siguiente forma:

2.1.1.1 Normas de orden público internacional. Dentro del artículo 175 del Código Bustamante se establecen las reglas de orden público internacional incluyendo las que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, la moral y el orden público y la que prohíbe el juramento y lo tiene por no puesto. Esta norma armoniza con el artículo 1106 del Código Civil Patrio cuando el mismo indica que Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral ni al orden público. Además el artículo 179 indica que son de orden público internacional las disposiciones que se refieren a causa ilícita en los contratos.

2 1 1 2 Consentimiento El artículo 176 expresa que Dependien de la ley personal de cada contratante las reglas que determinen la capacidad o incapacidad para prestar el consentimiento. Sobre el estatuto personal consignado en el artículo 5a del Código Civil actual cabe agregar que el Código Civil de 1917 no consagraba normas de conflicto sobre el estatuto personal de los panameños en el extranjero ni de los extranjeros en Panama. Como consecuencia que en nuestro derecho positivo no existia norma específica sobre el estatuto personal mediante Ley 43 de 13 de marzo de 1925 sobre reformas civiles del Código Civil publicada en la Gaceta Oficial nº 4622 de 25 de abril de 1925 se introduce el artículo 5a

Ese artículo reza así

Artículo 5a Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o *al estado* condicion y *capacidad* legal de las personas obligan a los panameños aunque residan en países extranjeros (Las cursivas son nuestras)

Aquella norma de conflicto consagra actualmente en nuestro ordenamiento jurídico el estatuto personal de los panameños el cual ha de regirse por su nacionalidad. Por ende el estado y capacidad de los panameños se rigen por la ley nacional aunque se encuentren en el extranjero norma de conflicto resabio directo de la codificación de Andres Bello que se inspira en la Codificación Civil Francesa Austriaca y el Proyecto de Código Español de 1851. En conclusion en la actualidad el artículo 5a del Código Civil debe entenderse enfocado desde la optica de la capacidad civil así los panameños regiran su

capacidad civil por la ley panameña aunque residan en el extranjero. Es importante aclarar que esta norma (artículo 5a del Código Civil) puede ser **bilateralizada** por acción jurisprudencial y **desdoblada** en su doble esencia. Según la doctrina de la bilateralización, el artículo 5a del Código Civil es una norma de conflicto unilateral por su esencia formal, pero normas como esas necesitan ser **bilateralizadas** vía jurisprudencial, o lo que es lo mismo, traspolar la norma de conflicto en su dualidad de esencia. Se ha sostenido atinadamente que: "Bilateralizar significa desdoblar o complementar de manera plena la regla de conflicto en su doble función" [Boutin (2002: 228)]. Así, sino se formaliza ese ejercicio intelectual vía jurisprudencial, lo que encaminaría esta omisión sería la desnaturalización en el aspecto contenido de la norma de conflicto: en este caso, el estatuto personal. Por ejemplo, el estado y capacidad de los panameños se rige por la ley nacional aunque residan en el extranjero; el estado y capacidad de un español residente en Chitre se rige por la ley española en virtud de esa bilateralización. Pero si se realiza una aplicación estricta y directa del artículo 5a, el estado y capacidad de ese español se ha de regirse por la ley panameña, porque el artículo 5a del Código Civil regula el estatuto personal de los panameños tanto en Panamá como en el extranjero, sin aludir a la regulación que debe aplicarse a los extranjeros en nuestro país. De tal suerte que si se atribuye estrictamente el artículo 5a a esa hipótesis, se incurre en una grave desnaturalización e injusticia, ya que se está ignorando de plano el estatuto personal extranjero. Otra cuestión que es de importancia capital recalcar es que la regla de conflicto del artículo 5a del Código Civil

armoniza con la normativa del **artículo 6 nº 4 del Código de Comercio** que establece la ley aplicable a la capacidad comercial en el derecho positivo panameño. Consagra este artículo el régimen estatutario de la ley personal como ley competente para regir la capacidad de los panameños en el ámbito mercantil. Así respecto lo que nos interesa dice este artículo

Artículo 6 Los actos de comercio se regirán

4 En cuanto a la capacidad de los contratantes por las leyes de su respectivo país.

En vista de lo anterior la ley aplicable en materia de capacidad mercantil se rige por esta norma salvo en aquellos casos en que la especialidad de la materia, se designe otra norma a aplicar

2 1 1 3 Aplicación de la ley territorial El artículo 177 indica que se aplicará la ley territorial al error, la violencia, la intimidación y el dolo en relación con el consentimiento. Por su parte el artículo 178 señala que es también territorial toda regla que prohíbe que sean objeto de los contratos servicios contrarios a las leyes y a las buenas costumbres y cosas que estén fuera del comercio.

2 1 1 4 La ley del lugar del contrato y de la ejecución Por su parte el artículo 180 nos expresa que se aplicarán simultáneamente la ley del lugar del contrato y la de su ejecución a la necesidad de otorgar escritura o documento público para la eficacia de determinados convenios y a la de hacerlos constar por escrito.

2 1 1 5 La ley personal El artículo 181 indica que la rescisión de los contratos por incapacidad o ausencia se determina por la ley personal del ausente o incapacitado

2 1 1 6 La ley territorial Por su parte el artículo 182 expresa que las demás causas de rescisión y su forma y efectos se subordinan a la ley territorial

2 1 1 7 Las nulidades de los contratos El artículo 183 indica que las disposiciones sobre nulidad de los contratos se sujetarán a la ley de que la causa de la nulidad dependa

2 1 1 8 La interpretación de los contratos En este sentido el artículo 184 del Código Bustamante indica que la interpretación de los contratos debe efectuarse como regla general de acuerdo con la ley que los rija. Agrega esta norma que cuando esa ley se discuta y deba resultar de la voluntad tácita de las partes se aplicará presuntamente la legislación que para ese caso se determina en los artículos 186 y 187, aunque eso lleve a aplicar al contrato una ley distinta como resultado de la interpretación de voluntad. El artículo 185 indica que fuera de las reglas ya establecidas y de las que en lo adelante se consignan para casos especiales en los contratos de adhesión se presume aceptada a falta de voluntad expresa o tácita la ley del que los ofrece o prepara. Finalmente el artículo 186 nos indica que en los demás contratos y para el caso previsto en el artículo anterior se aplicará en primer término la ley personal común a los contratantes y en su defecto la del lugar de la celebración

2 1 2 Contrato de compraventa, cesion de credito y permuta internacional

2 1 2 1 Normas de orden publico internacional El articulo 194 nos indica que son de orden publico internacional las disposiciones relativas a enajenacion forzosa por utilidad publica

Ademas agrega el articulo 195 que lo mismo sucede con las que fijan los efectos de la posesion y de la inscripcion entre varios adquirentes y las referentes al retracto legal

2 1 3 Contrato de arrendamiento internacional

2 1 3 1 La ley territorial El articulo 196 delCodigo Bustamante expresa que en el arrendamiento de cosas debe aplicarse la ley territorial a las medidas para dejar a salvo el interes de terceros y a los derechos y deberes del comprador de finca arrendada

2'1 4 Orden publico internacional en el contrato de arrendamiento de servicios El articulo 197 delCodigo Bustamante indica la nocion de orden publico internacional en el arrendamiento de servicios indicando que es de orden publico internacional en el arrendamiento de servicios la regla que impide concertarlos para toda la vida o por mas de cierto tiempo

2 1 5 Principio de la territorialidad en el contrato de transporte El articulo 199 delCodigo Bustamante indica que son territoriales en los transportes por agua tierra y aire las leyes y reglamentos locales especiales

2 1 6 La sociedad El artículo 204 del Código Bustamante indica que son leyes territoriales las que exigen un objeto lícito, formas solemnes e inventario cuando hay inmuebles

2 1 7 Contrato de préstamo El artículo 205 del Código Bustamante indica que aplica la ley local a la necesidad del pacto expreso de intereses y a su tasa

2 1 8 Contrato de depósito El artículo 206 del Código Bustamante indica que son territoriales las disposiciones referentes al depósito necesario y al secuestro

2 1 9 Contratos Aleatorios

2 1 9 1 Capacidad contractual El artículo 207 del Código Bustamante expresa que los efectos de la capacidad en acciones nacidas del contrato, de juego se determinan por la ley personal del interesado

2 1 9 2 Ley local El artículo 208 del Código Bustamante contempla que la ley local define los contratos de suerte y determina el juego y la apuesta permitidos o prohibidos

2 1 9 3 Principio de la territorialidad La noción de territorialidad esta indicada en el artículo 209 cuando nos establece que es territorial la disposición que declara nula la renta vitalicia sobre la vida de una persona muerta a la fecha del otorgamiento o dentro de un plazo si se halla padeciendo de enfermedad incurable

2 1 10 Contrato de fianza internacional El artículo 212 expresa que es de orden público internacional la regla que prohíbe al fiador obligarse a más que el deudor principal

2 1 11 Prenda, hipoteca y anticresis

2 1 11 1 Disposiciones de orden territorial El artículo 214 indica que es territorial la disposición que prohíbe al acreedor apropiarse de las cosas recibidas en prenda o hipoteca además el artículo 215 expresa que lo son también los preceptos que señalan los requisitos esenciales del contrato de prenda y con ellos debe cumplirse cuando la cosa pignorada se traslade a un lugar donde sean distintos de los exigidos al constituirlo A su vez el artículo 216 con templea que igualmente son territoriales las prescripciones en cuya virtud la prenda deba quedar en poder del acreedor o de un tercero la que requiere para perjudicar a extraños que consten por instrumento público la certeza de la fecha y la que fija el procedimiento para su enajenación por su parte el artículo 218 nos informa que son territoriales las disposiciones que fijan el objeto condiciones requisitos alcance e inscripción del contrato de hipoteca Finalmente el artículo 219 agrega que es territorial la prohibición de que el acreedor adquiera la propiedad del inmueble en la anticresis por falta de pago de la deuda

2 1 12 Las disposiciones generales sobre los contratos de comercio

Indica el artículo 244 que se aplicaran a los contratos de comercio las reglas generales establecidas para los contratos civiles en el capítulo segundo título cuarto libro primero de el Código Bustamante El artículo 245 dice que los

contratos por correspondencia no quedaran perfeccionados sino mediante el cumplimiento de las condiciones que al efecto señale la legislacion de todos los contratantes. Ademas el articulo 24 establece que son de orden publico internacional las disposiciones relativas a contratos ilicitos y a terminos de gracia, cortesía u otros analogos.

2 1 13 De las compañías mercantiles

2 1 13 1 Caracter mercantil de una sociedad colectiva o comandita El articulo 247 indica que el caracter mercantil de una sociedad colectiva o comanditaria se determina por la ley a que este sometido el contrato social y en su defecto por la del lugar en que tenga su domicilio comercial. Si esas leyes no distinguieran entre sociedades mercantiles y civiles se aplicara el derecho del pais en que la cuestion se someta a juicio.

2 1 13 2 Caracter mercantil de una sociedad anonima Indica el articulo 248 que el caracter mercantil de una sociedad anonima depende de la ley del contrato social, en su defecto de la ley del lugar en que celebre las juntas generales de accionistas y por su falta de la ley de aquel en que residan normalmente su consejo o junta directiva. Si esas leyes no distinguieran entre sociedades mercantiles y civiles, tendra uno u otro caracter segun que este o no inscrita en el registro mercantil del pais donde la cuestion haya de juzgarse. A falta de registro mercantil se aplicara el derecho local de este ultimo pais.

2 1 13 3 Constitucion y funcionamiento de las sociedades El articulo 249 indica que lo relativo a la constitucion y manera de funcionar de las

sociedades mercantiles y a la responsabilidad de sus organos esta sujeto al contrato social y en su caso a la ley que lo rija

2 1 13 4 Emision de acciones El articulo 250 establece que la emision de acciones y obligaciones en un Estado contratante las formas y garantias de publicidad y la responsabilidad de los gestores de agencias y sucursales respecto de terceros se someten a la ley territorial

2 1 13 5 Leyes territoriales El articulo 251 expresa que son tambien territoriales las leyes que subordinen la sociedad a un regimen especial por razon de sus operaciones. Ademas segun el articulo 253 son territoriales las disposiciones que se refieran a la creacion funcionamiento y privilegios de los bancos de emision y descuento compañías de almacenes generales de depositos y otras analogas

2 1 14 La comision mercantil Indica el articulo 254 que son de orden publico internacional las prescripciones relativas a la forma de la venta urgente por el comisionista para salvar en lo posible el valor de las cosas en que la comision consista. El articulo 255 indica que las obligaciones del factor se sujetan a la ley del domicilio mercantil del mandante

2 1 15 El deposito y prestamo mercantiles El articulo 25 señala que las responsabilidades no civiles del depositario se rigen por la ley del lugar del deposito

2 1 15 1 Disposiciones de orden publico internacional El articulo 257 indica que la tasa o libertad del interes mercantil son de orden publico internacional

2 1 15 2 Disposiciones territoriales El artículo 258 informa que son territoriales las disposiciones referentes al préstamo con garantía de efectos cotizables hecho en bolsa, con intervención de agente colegiado o funcionario oficial

2 1 16 El transporte terrestre El artículo 259 establece que en los casos de transporte internacional no hay más que un contrato regido por la ley que le corresponda según su naturaleza. El artículo 260 dice que los plazos y formalidades para el ejercicio de acciones surgidas de este contrato y no previstas en el mismo, se rigen por la ley del lugar en que se produzcan los hechos que las originen

2 1 17 Los contratos de seguro Indica el artículo 261 que el contrato de seguro contra incendios se rige por la ley del lugar donde radique al efectuarlo, la cosa asegurada. A su vez el artículo 262 indica que los demás contratos de seguro siguen la regla general regulándose por la ley personal común de las partes o en su defecto por la del lugar de la celebración pero las formalidades externas para comprobar hecho u omisiones necesarios al ejercicio o a la conservación de acciones o derechos se sujetan a la ley del lugar en que se produzca el hecho o la omisión que les hace surgir

2 1 18 El contrato y letra de cambio y efectos mercantiles analogos

2 1 18 1 La forma El Código Bustamante indica en su artículo 263 que la forma de giro, endoso fianza intervención aceptación y protesto de una letra de cambio se somete a la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice. Confirmándose el adagio **'lex locus regit actum'**

2 1 18 2 Obligaciones cambiarias El Código de Derecho Internacional Privado indica en el supuesto del artículo 264 que cuando no haya convenio expreso o tácito las relaciones jurídicas entre librador y tomador se rigen por la ley del lugar en que la letra se gira. Lo que nos hace pensar en la **regla de oro de la autonomía de la voluntad de las partes** como criterio **autárquico o soberano** para determinar que ley va a gobernar las obligaciones cambiarias entre librador y tomador sin embargo, sino existe tal acuerdo bilateral surge como criterio subsidiario para gobernar las obligaciones cambiarias contraídas **la ley del lugar donde se gira o emite el título**

En este orden de ideas el artículo 265 indica *En igual caso, las obligaciones y derechos entre el aceptante y el portador se regularán por la ley del lugar en que se ha efectuado la aceptación*. Esa norma nos remite al artículo anterior de tal suerte que también establece como criterio **autárquico** la autonomía de la voluntad de las partes y subsecuentemente a falta de acuerdo como criterio **suplementario o residual** surge el lugar de la aceptación del documento en donde deviene indefectiblemente incorporada la obligación cartular a cargo del aceptante y a favor del tenedor o portador cartular legitimado.

El Código en estas disposiciones aplica un sistema semejante al de la contratación por ende regula las diferentes relaciones jurídicas en primer lugar por las estipulaciones expresas o tácitas de las partes y a falta de estas por la ley del lugar en que cada acto se realiza.

2 1 18 3 Endosos El artículo 266 es una continuidad remisoría de los dos anteriormente explicados en lo que respecta a la autonomía o autarquía de las partes pero en este caso con la diferencia de que es de aplicabilidad exclusiva y excluyente a los efectos cartulares que produce el acto de transferencia de la propiedad cartular. Así lo expresa el Artículo 266 cuando consagra que *En la misma hipótesis los efectos jurídicos que el endoso produce entre el endosante y endosatario dependen de la ley del lugar en que la letra ha sido endosada*. Confirmándose a todas luces el principio de la autonomía de la voluntad de las partes mas adelante el autor concluye que las relaciones jurídicas producto de los endosos han de someterse a la ley del lugar en que se endose la letra cuando las partes no han estipulado expresa o tacitamente otra cosa. El Artículo 267 dice que la mayor o menor extensión de las obligaciones de cada endosante no altera los derechos y deberes originarios del tomador y del librador. Ese artículo consagra una especie de autonomía en pro de los derechos originales del tomador y el librador en el caso de que los endosantes puedan perturbar los mismos es una garantía en beneficio del derecho del librador o tomador del título cartular. Mas que todo una norma material que una regla de conflicto.

2 1 18 4 El aval La garantía cambiaria típica en los documentos negociables ha de regirse por la ley del lugar donde el avalista otorgue el mismo. Así lo dice el artículo 268 *El Aval en las propias condiciones se rige por la ley del lugar en que se presta*. Criterio que coincide con la denominación que

el propio **BUSTAMANTE** introduce en el Artículo 263 al referirse a la fianza la cual se reputa como la garantía cambiaria típica de los documentos negociables

2 1 18 5 La aceptación por intervención El artículo 269 expresa que a falta de pacto los efectos jurídicos de la aceptación por intervención se regulan por la ley del lugar en que el tercero interviene. Lo que quiere decir que en primera instancia habrá que observar que han acordado las partes en virtud de la regla de oro de la autonomía de la voluntad de las partes para posteriormente aplicar como criterio subsidiario o excedente a falta de pacto, a la ley del lugar en que el tercero interventor por honor ejecuta el acto de honrar la letra cuando el obligado cambiario la ha desatendido según lo pregonan la teoría general de los documentos negociables

2 1 18 6 Plazos y formalidades Los plazos y formalidades para la aceptación el pago y el protesto se someten a la ley local. Estableciéndose un criterio territorialista en la materia según lo indicado en el artículo 270

2 1 18 7 Libranzas, vale o pagares y mandatos o cheques Contemplado en el artículo 271 que es una norma remisoria en donde indica que todas las reglas explicadas anteriormente y que forman parte de un mismo capítulo son aplicables a los pagares y cheques. La concepción que inspira a Bustamante a establecer esta remisión es que esos documentos guardan analogía funcional y práctica con la letra de cambio. Cabe agregar para concluir que el Código Bustamante, en gran parte de la materia de los documentos negociables aplica preferentemente la regla de la autonomía de la voluntad de

las partes por ende en el caso de que las partes no hayan acordado sobre materias expresas es que se interviene para establecer una regla de carácter imperativa. No obstante lo anterior también se pueden apreciar normas que prefieren el derecho local como es el caso de los plazos y formalidades para la aceptación el pago y el protesto ya observados en el artículo 270

21188 Falsedad, robo, hurto, extravío de documentos de créditos y efectos al portador La preocupación de Bustamante en establecer este título con respecto a los documentos negociables estriba en que aparte de las sanciones que deben ser merecedoras los que tomen parte en el hurto robo o falsedad de los documentos hay que tomar en cuenta también el extravío de los mismos que pudiere causar perjuicios a terceros inocentes que pudieran adquirir esos documentos ignorando como han sido transferidos y de donde es su procedencia por lo tanto, se requieren tomar medidas oportunas. Es por ello que las disposiciones relativas a la falsedad robo hurto o extravío de documentos de crédito y efectos al portador son de orden público internacional según lo indica el artículo 272. Concluye el artículo 273 diciendo que la adopción de las medidas que establezca la ley del lugar en que el hecho se produce no dispensa a los interesados de tomar cualesquiera otras que establezca la ley del lugar en que estos documentos y efectos se coticen y la del lugar de su pago. Ese artículo expresa que en materia penal los documentos negociables se rigen en principio por la ley del lugar de la comisión del hecho (*lex loci delicti commissi*), no obstante lo anterior se le concede una prerrogativa al interesado de tomar cualesquiera otras medidas que

establezcan la ley del lugar en que esos documentos y efectos se coticen y por ultimo como criterio de conexion el lugar de pago del documento (**lex solutionis**)

2.2 Convencion interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (Mexico, 1994)

2.2.1 Origenes La Organizacion de Estados Americanos (OEA) ha tomado en consideracion que la interdependencia economica de los Estado ha propiciado la integracion regional y continental para facilitar el proceso es necesario propiciar un nuevo horizonte en la contratacion internacional. En ese sentido se aprobo en la **CIDIP IV** (Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado que se llevo a cabo en Montevideo en 1989) una serie de fundamentos para el estudio del tema relativo al derecho aplicable en materia de contratacion internacional

.. Dentro de los origenes de la Convencion Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de Mexico 1994 es importante recalcar que en una de las resoluciones de la **CIDIP IV** se recomienda a la Asamblea General de la OEA que se convocara a una reunion de expertos para que formulara un proyecto de convencion sobre la ley aplicable a la contratacion internacional. La Asamblea General secundo la mocion y se encomienda al Comité Juridico Interamericano la preparación de los proyectos a cargo del jurista mexicano Jose Luis Siqueiros tomando como inspiracion la Convencion de la Haya sobre ley aplicable a los contratos de

compraventa internacional de mercaderías y de la Convención de Roma sobre la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales

Del 11 al 14 de noviembre de 1993 se llevó a cabo una reunión de expertos sobre contratación internacional en la ciudad de Tucson Arizona en donde se discute el proyecto elaborado por el jurista mexicano Siqueiros el que fue discutido y aprobado en su mayor parte Posteriormente se prepara un proyecto de convención para ser discutido en la CIDIP V, en el proyecto discutido en la ciudad de Tucson Arizona se estableció que si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable o si su elección resultara ineficaz el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tuviera los vínculos más estrechos, en este sentido se tenía sentado que el contrato tenía los vínculos más estrechos con el Estado en que la parte debe cumplir su prestación característica (y/o) donde estuviera su residencia habitual o establecimiento principal

Sobre el concepto de prestación característica en una relación jurídica contractual es aquella que no consiste principalmente en dinero Este es un criterio arduamente criticado ya que es muy difícil en algunos contratos como la permuta y la franquicia determinar cuál es la obligación que lo caracteriza es decir cuál es la esencial del contrato Por lo que este concepto otorga la facultad del juez de decidir cuál es la prestación característica por consiguiente cuál será el vínculo más estrecho en el contrato y así efectuar la elección del derecho aplicable al mismo

Siendo así la Organización de Estados Americanos (OEA) y el Gobierno Mexicano del 14 al 18 de marzo de 1994 llevaron a cabo la V Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado con la finalidad de celebrar negociaciones diplomáticas para la firma de dos convenciones una sobre contratación internacional y la otra sobre tráfico internacional de menores en donde participan 19 países del continente americano. La convención sobre derecho aplicable a los contratos internacionales guarda una relación más estrecha con los instrumentos europeos que con sus antecedentes americanos.

2.2.2 Características de la convención Los Estados americanos son en su mayoría parte de la Convención de Viena.

La misma abarca la regulación de un número considerable de problemas no agotó la materia contractual siendo así el mismo año de su aprobación se concluyó en Roma la convención sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales. Al comenzarse a preparar la **CIDIP IV** los países miembros de la OEA decidieron elaborar una convención sobre derecho aplicable a los contratos internacionales en virtud que el foro de la Haya y el de Roma no tenían un impacto trascendente en la región.

El proyecto fue preparado por un grupo de expertos mexicanos y después de discutirse en los grupos de consulta previstos por la propia organización se presentó a la conferencia de Montevideo en 1989. Finalmente el proyecto definitivo fue discutido por el Comité Jurídico Interamericano en Río de Janeiro (Brasil) en junio de 1991 y posteriormente en la reunión de expertos

celebrada en Tucson Arizona en noviembre de 1993 Finalmente tras intensos debates la Convencion fue aprobada el 14 de marzo de 1994

El texto de la convencion se inspira en las convenciones de Roma y de la Haya Esta relacion era de esperarse dado que los criterios contenidos en esos documentos derivan de una practica internacional en materia de contratacion plenamente aceptada

En este sentido se consiguen avances importantes como la puntualidad en los criterios para definir el ambito materia de aplicacion de la convencion la innovacion de poder ampliar el ambito de aplicacion a los contratos celebrados por Estados y entidades publicas el derecho aplicable a los contratos a falta de la eleccion de las partes la puntualidad en los criterios de interpretacion Las características que dan a la convencion interamericana un caracter novedoso y de vanguardia estan relacionadas con las materias anteriormente esgrimidas

En otros aspectos se mantienen lo ya establecido por convenciones anteriores la importancia de la voluntad de los contratantes en la eleccion del derecho aplicable al contrato la presencia de normas imperativas para limitar esa libertad la posibilidad que los tribunales en uso de sus facultades discrecionales cumplan sus funciones sin las limitaciones contempladas en otros instrumentos internacionales la introduccion de criterios de interpretacion tanto en lo que se refiere a los contratos por lo que toca a la propia convencion con base en su caracter internacional y a los principios generales del derecho

La Convencion Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales consta de treinta articulos distribuida en seis capitulos bajo las siguientes denominaciones

- Ambito de aplicacion (articulos 1 a 6)
- Determinacion del derecho aplicable (articulos 7 a 11)
- Existencia y validez del contrato (articulos 12 y 13)
- Ambito del derecho aplicable (articulos 14 a 18)
- Disposiciones generales (articulos 19 a 24)
- Clausulas finales (articulos 25 a 30)

La Convencion cobra importancia en el desarrollo del comercio internacional el contrato en si como medio de transferencia de riqueza es el vehiculo juridico que facilita el desarrollo del comercio mundial favoreciendo la tendencia actual de la integracion economica

Es loable el objeto que persigue la convencion ya que la misma nace para evitar mediante la creacion de un derecho conflictual uniforme los diferendos que pudieran surgir con motivo de la existencia de diversas normas aplicables a los contratos mercantiles internacionales

Es palpable que cada dia es necesaria la integracion regional continental lo que conduce a la creacion de un derecho uniforme que produzca seguridad juridica de las partes celebrantes de un contrato internacional en este sentido la convencion al determinar el derecho aplicable al contrato es respetuosa de la autonomia de la voluntad de las partes y reconoce los

principios del derecho comercial internacional las costumbres los usos y las practicas comerciales internacionales

2 2 3 Ambito de aplicacion de la convencion La misma se sostiene en ampliar lo mas posible su ambito material de aplicacion y evitar cualquier calificacion que pudiera presentarse En tal sentido el unico criterio que se utilizo para darle vida al ambito de aplicacion de la convencion es el caracter internacional del contrato Se resta importancia a la naturaleza civil o mercantil del mismo, debido a que los problemas que presenta el trafico internacional de igual manera afecta a ambos tipos de contratos sin embargo los contratos mercantiles constituyen la mayor preocupacion

La calificacion de la mercantilidad del contrato presenta diferencias muy notables en los diversos sistemas juridicos de la zona mas si estamos en presencia del sistema juridico del **common law**, por otra parte los metodos utilizados para calificar la mercantilidad de un contrato no son uniformes ya que se le sujeta a la ley del foro a la ley del lugar de la celebracion del contrato o la ley del lugar en donde se producen su efectos con frecuencia se presentan complicaciones con las características especiales del caso

El articulo 1 de la convencion establece los puntos esenciales para la aplicacion de la convencion el primer parrafo de este articulo dice que se aplicara a los contratos internacionales, es decir tenemos que estar ante la existencia de un contrato y que dicho contrato tenga el caracter de internacional El articulo 1 en su segundo parrafo define el contrato internacional siguiendo un doble criterio el de la residencia habitual o establecimiento de los sujetos en

diferentes Estado partes, y el de contactos objetivos del contrato con mas de un Estado parte

El primer criterio incluye dos conceptos la residencia habitual y el establecimiento porque la convencion se aplica tanto a operadores civiles como mercantiles por tanto debe hacerse una distincion entre personas naturales y las personas morales o juridicas al respecto queda excluido el concepto de domicilio y predomina el de residencia habitual con la finalidad de evitar en lo posible un problema de calificaciones La tendencia del derecho internacional privado actual es utilizar este ultimo concepto que ha provocado una uniformidad en los textos de los tratados A pesar que los sistemas juridicos tradicionales plantean diferencias respecto a su contenido estas pueden ser menos relevantes cuando el concepto esta integrado por elementos objetivos y referencias descriptivas como lo es el caso del factor de conexion o punto de contacto denominado residencia habitual

El concepto de establecimiento ha sido utilizado en el ambito internacional con frecuencia de modo que no presenta mayores dificultades de interpretacion El informe general de la conferencia diplomatica en la que se aprobo la convencion deriva que los adjetivos comercial o principal no fueron considerados necesarios para la localizacion del establecimiento La unica observacion fue la relativa a la posibilidad de que hubiera varios establecimientos y en este caso se establecio que debe considerarse como tal el establecimiento que tuviera mayores vinculos con el contrato, o sea, no sera necesariamente el establecimiento principal sino aquel en que se haya

efectuado la actividad relacionada con la operacion en cuestion o aquel con el que el contrato, el cumplimiento de las obligaciones, etc, este mas relacionado

El segundo criterio de definicion de la interncionalidad del contrato implica tambien una apertura notable en relacion con otros textos internacionales. Al referirse a los contactos objetivos de este con mas de un Estado parte permite al tribunal actuar con una mayor amplitud en la determinacion de esta caracteristica y al mismo tiempo le impone un marco de referencia preciso. Se puede dar la posibilidad de que el elemento que determine la interncionalidad del contrato sea la eleccion de las partes de un derecho extranjero para regularlo cuando naturalmente no hubiera sido posible aplicarlo es decir en el caso de que el contrato no tenga ningun otro elemento que permita considerarlo internacional

El ambito de aplicacion de la convencion incluye ademas la inclusion salvo reserva expresa de los contratos en los que intervengán como sujeto un Estado o alguna entidad u organismo estatal. Se excluye el requisito que los contratos internacionales fueren de naturaleza privada. La intencion fue precisamente hacer extensivos los beneficios y las ventajas que la convencion aporta a los contratos celebrados por los Estados o su dependencias sin importar la naturaleza de los mismos para evitar los problemas que acarrea la falta de definicion del derecho aplicable a estos entes juridicos. El ambito de aplicacion de las norma de la convencion no solo se limitan a las personas privadas como sujetos contratantes, ya que la convencion no solo se limita a

estas ya que también podrán ser parte de los contratos los Estados las entidades y los organismos estatales, pero su vez agrega el artículo 1 que

Sin embargo cualquier Estado Parte podrá declarar en el momento de firmar ratificar o adherir a esta Convención que ella no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte. Cualquier Estado Parte podrá, al momento de firmar ratificar o adherir a la presente Convención declarar a que clase de contratos no se aplicará la misma.

El artículo 2 establece la vocación universal de la convención cuando dice que el derecho designado por la convención se aplicará aun cuando tal derecho sea de un Estado que no sea parte. El artículo 3 determina lo vanguardista de la convención al agregar al catálogo de los contratos internacionales nuevas formas de contratación que nazcan producto de la evolución de las relaciones contractuales el desarrollo del comercio internacional los avances tecnológicos y las nuevas formas de hacer negocios así la convención en este sentido es diáfana al indicar que *Las normas de esta Convención se aplicarán con las adaptaciones necesarias y posibles a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional*

Por su parte el artículo 4 de la convención expresa el método de uniformidad en las aplicaciones de la normas en materia contractual internacional al indicar que *Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación*

El artículo 5 determina concretamente seis supuestos en que será inaplicable la convención por tratarse de actos jurídicos correspondientes a una materia ajena al derecho mercantil o por estar regulados en convenciones especiales. Los incisos a y b tratan de materias diferentes al derecho mercantil, por lo que no se aplicará la convención se refiere precisamente a

- a) las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes
- b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia

Con relación a los incisos c a f aun cuando se refieren a situaciones derivadas de actos jurídicos mercantiles estos se regulan en instrumentos especializados por tal razón son excluidos de la convención así se refiere a

- c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito
- d) las obligaciones provenientes de la venta transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores
- e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro
- f) las cuestiones de derecho societario incluso la existencia capacidad funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general

Una excepción más es la contenida en el artículo 6 que establece la posibilidad de la existencia de convenciones especiales entre los Estados partes de la convención en cuyo caso esta tampoco se aplicará así dice *Las normas de esta Convención no se aplicaran a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes de esta Convención*

2 2 4 Ambito del derecho aplicable Los contratos internacionales actualmente presentan un problema puntual este es lo relativo a la determinacion del derecho aplicable al mismo lo que implica la regulacion de dos puntos esenciales la posibilidad de admitir la autonomia de la voluntad de las partes y sus posibles limitaciones por una parte y por la otra la designacion por parte del legislador o del juez de un derecho que regule las relaciones contractuales en el caso que las partes no lo hayan efectuado o cuando no se considere valida su eleccion

2 2 4 1 El principio de la autonomia de la voluntad de las partes como medio de eleccion del derecho aplicable a los contratos internacionales La convencion otorga a las partes una libertad plena para elegir el derecho aplicable al contrato internacional

El sistema juridico elegido a traves del derecho de la autonomia de la voluntad de las partes que funciona como el eje fundamental de la convencion Es una excepcion hecha de las normas imperativas que se considera imprescindible admitir cualquier ordenamiento juridico puede regular el contrato se admite incluso la aplicacion del derecho de Estados que no sean parte de la convencion

La inteligencia del articulo 7 de la convencion dice

El contrato se rige por el derecho elegido por las partes El acuerdo de las partes sobre esta eleccion debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las clausulas contractuales, consideradas en su conjunto Dicha eleccion podra

referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

El criterio de la autonomía de la voluntad de las partes del artículo de la Convención se incorpora con modalidades particulares referentes al modo y al momento en que la voluntad debe o puede ser manifestada. No cabe duda que es un verdadero logro que la Convención haya fijado como criterio primero y fundamental para la determinación del derecho aplicable el de la autonomía de la voluntad de las partes. Las partes pueden elegir un derecho para que regule ciertos aspectos del contrato, por ejemplo, la elección del derecho paraguayo para regular la forma del contrato y elegir otro, por ejemplo, el chileno para regular el resto del contrato como las obligaciones de las partes, la ejecución, los recursos para el caso de incumplimiento contractual, la forma de pago, etc.

La libertad de elección actual incluye la posibilidad de modificar el derecho aplicable en cualquier momento de su operación o de su ejecución siempre que haya acuerdo entre las partes y que se salvaguarden el derecho de terceros. El sistema jurídico elegido tiene como función proporcionar la cobertura jurídica de la operación en todos sus aspectos, suplir deficiencias, aclarar algunas, y en general complementar los acuerdos y determinar su sentido, respetando la voluntad de los sujetos pero aportando los elementos formales o de fondo contenidos en el sistema jurídico por ellos elegido para lograr un perfecto desarrollo en la relación jurídica y evitar problemas en la ejecución.

La simple lectura del artículo 7 de la convención recoge de forma más amplia la autonomía de la voluntad. Se coronó la autarquía personal como eje para elegir el derecho material competente de la relación contractual internacional. Lo que representa un gran avance en la materia. El texto del artículo 7 establece que la elección del derecho rector del contrato debe ser de manera expresa. A falta de elección expresa, la elección de los contratantes debe inferirse de la conducta de las partes y de las cláusulas del contrato. Mediante esta fórmula la convención corta camino y afirma que cuando la elección de la ley aplicable no surge de una elección expresa o tácita se concluirá que los contratantes no han efectuado ninguna elección y deberá acudir en consecuencia al régimen de las conexiones subsidiarias las que tendrán que ser estudiadas por el juez competente.

2.2.4.2 El *depeçage* La autonomía también resulta muy completa en el sentido que puede elegirse un sistema jurídico único para regir el contrato o bien hacer aplicables diferentes sistemas jurídicos a los diversos aspectos del mismo o a los distintos actos jurídicos en él contemplados. Es decir, se admite el fraccionamiento jurídico del contrato internacional y la remisión simultánea a varios ordenamientos jurídicos para su regulación.

El segundo párrafo del artículo 7 de la convención contempla el fenómeno jurídico *le depeçage*. La norma textualmente dice así: *Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo*.

La Convencion de Mexico al establecer que la determinacion del derecho aplicable al contrato internacional podra referirse a la totalidad o a una parte o fraccion del mismo lo que nos hace llegar a la conclusion que se admite este fenomeno juridico que cobra vida en la jerga del derecho conflictual el cual puede ser entendido como la regulacion multiple de un mismo contrato a traves de distintos ordenamientos juridicos que se aplican de forma fraccionada en un mismo instrumento contractual internacional es decir *le depeçage* no es mas que la regulacion o sometimiento de un solo contrato bajo el ambito de varios ordenamientos juridicos sobre la multiplicidad de actos juridicos que se desgranar de la propia estructura contractual Tambien es conocido como el desmembramiento o dẽsmenuzamiento contractual asi un contrato internacional de compraventa de mercaderias puede estar regulado en cuanto a su forma por la ley inglesa en cuanto a los derechos del comprador por la ley libanesa, en cuanto a las obligaciones del comprador por la ley holandesa y en cuanto a los efectos del incumplimiento contractual por la ley francesa

El *depeçage* nãce con el proposito que diversos ordenamientos juridicos regulen armonicamente distintos aspectos de un contrato mercantil internacional Se critica esta figura argumentando que por lo general se busca evitar en la medida de lo posible que los efectos juridicos derivados de una relacion contractual internacional se fragmenten debido a que un contrato sometido a diversos ordenamientos juridicos en cuanto a sus propios efectos pueden presentar una multiplicidad de problemas, en virtud que los diferentes ordenamientos juridicos intervenientes pueden aportar regulaciones distintas a

veces antagonicas y contradictorias entre si, como resultado de las diversas nociones culturales y sociales de cada comunidad

Por otra parte los criticos de esta figura aducen que es considerado como un exceso a la libertad contractual conferida, sin embargo hoy por hoy ha prevalecido el punto de vista que apoya su aceptacion. Los argumentos mas poderosos en su contra se centran en que el **depeçage** presenta el inconveniente que se despliega en la aplicacion conjunta de distintos sistemas juridicos y la necesidad de armonizar las normas de cada uno de ellos para lograr una solucion adecuada que no traume o impida que los efectos juridicos del contrato internacional se produzcan tal como las partes lo quisieron sin ningun tipo de alteraciones

Sin embargo existen razones suficientes para secundar el empleo del **depeçage** en la contratacion privada internacional a la cual nos sumamos ello es asi porque la multitud de casos en que la importancia economica de las empresas requiere que la operacion se desvincule de cualquier sistema juridico que pudiese afectar la imparcialidad en la interpretacion o en la resolucion de los conflictos derivados de su aplicacion o la complejidad de la operacion que hace dificil utilizar metodos de integracion de ordenamientos juridicos diversos y en cambio dar autonomia a la regulacion de cada aspecto del contrato permite encontrar soluciones mas adecuadas que se adaptan mejor a las necesidades y objetivos de las partes y que preven soluciones mas acordes a los problemas particulares que en el contrato se presentan

Por ejemplo un Estado que es parte de un contrato internacional puede sujetar su relacion juridica a cualquier derecho interno. Tambien lo podran hacer en el caso de que ambas partes fueran Estados o entidades estatales aun cuando por lo gēneral ēstas operaciones se sometan el derecho internaciōnal publico esto no impide admitir otras opciones. Lo mismo puede decirse de los organismos internacionales en sus relaciones con personas privadas, tambien gozan de autonomia para decidir si someten la relacion contractual al derecho del Estado de la sede, del organismo o del lugar donde se deban cumplir las obligaciones etc.

Las nuevas corrientes aceptan el *depeçage* en la medida en que las partes asi lo han querido por considerarse que las partes contratantes en razon de su pericia en la materia o por la asesoria a la que seguramente han recurrido han optar por este fenomeno juridico lo hacen a sabiendas y deseando los efectos juridicos que la division de la unidad juridica que constituye su contrato acarrea por lo que cualquier prohibicion o limitacion de su libre utilizacion seria anācronica por ir en contra y obstaculizar las posibilidades que ofrecen los nuevos instrumentos internacionales y las circunstancias actuales del comercio internacional.

El articulo 8 de la Convencion de Mexico indica que

En cualquier momento las partes podran acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regia anteriormente haya sido o no este elegido por las partes. Sin embargo dicha modificacion no afectara la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.

El artículo 8 de la convención establece que las partes en cualquier momento pueden modificar el derecho elegido, siempre y cuando no se afecte la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros. Sin embargo, un punto que no deja claro la convención es si las partes pueden elegir el derecho de un Estado que no presente ningún punto de contacto en el contrato. Los que se inclinan a favor de la misma señalan que las partes suelen elegir el derecho de un tercer Estado por ser imparcial ya que el decidirse por el derecho de alguna de las partes sería más familiar o ventajoso. Los que se oponen a estas corrientes señalan que es necesario que el contrato contenga algún tipo de contacto con el derecho que se elige.

2.2.5 El vínculo más estrecho En ausencia del derecho aplicable la Convención ha establecido en su artículo 9 que

Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.

Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. Buscar en un contrato internacional los

vinculos mas estrechos es buscar el centro de gravedad del contrato. Es necesario indagar a cerca de cuales y cuantos son los puntos de contacto. El primer punto de contacto que se debe tomar en cuenta es la voluntad de las partes. Si falta la misma se deben investigar los factores subjetivos y objetivos que se deducen del contrato para determinar el ordenamiento juridico con el que las partes tienen vinculos mas estrechos. Por ejemplo el domicilio de una de las partes, la sede administrativa de la persona juridica, el lugar de ejecucion del contrato, la moneda de pago, la sede del banco que paga las obligaciones contractuales, la sede de negociaciones precontractuales, el lugar en que se encuentra el bien objeto material del contrato, el lugar de la firma del contrato, etc.

En adiccion a lo anterior, agrega el articulo 10 de la Convencion dice que

Ademas de lo dispuesto en los articulos anteriores, se aplicaran cuando corresponda, las normas, las costumbres, y los principios del derecho comercial internacional, asi como los usos y practicas comerciales de general aceptacion con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solucion del caso concreto.

La convencion otorga al tribunal la facultad de determinar el derecho aplicable, al darle posibilidad de determinar los vinculos mas estrechos. Este criterio es subsidiario al de la voluntad de las partes. Se trata de un criterio flexible que se puede adaptar a las necesidades que exija cada contrato para lograr un criterio mas justo que responda a las necesidades del comercio internacional. Es por ello que el articulo 10 establece que se aplicaran tambien

cuando correspondan las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales

Además de lo ya expuesto la convención ha reconocido la existencia y necesidad de la *lex mercatoria* en su artículo 10

Este artículo determina una muy clara definición de la misma describiendo sus fuentes y sus fines

Con ello la convención reitera la necesidad que en la contratación internacional predomine la equidad y la justicia en lugar de la lucha por los tecnicismos jurídicos frecuentemente desconocidos por los comerciantes, por ello los usos y prácticas comerciales cobran una singular importancia en esta convención pues las mismas obligan a las partes a pesar que nos la hayan conocido si esos usos son ampliamente conocidos y regularmente observados en contratos del mismo tipo

La salvaguarda de las normas imperativas ha sido contemplada en el artículo 11 de la convención con la peculiaridad de que queda a la discreción de cada foro aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculo más estrechos. Dice el artículo 11 así:

No obstante lo previsto en los artículos anteriores se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será discreción del foro cuando lo considere pertinente aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos

2.2.6 Límites de la autonomía de la voluntad de las partes De conformidad a los artículos 11 y 18 de la Convención, los únicos límites a la autonomía de la voluntad de las partes consagrada en el artículo 7 son el orden público y las disposiciones de carácter imperativo del derecho del foro (de la *lex fori*) y del Estado con el cual el contrato guarda los vínculos más estrechos. Puede afirmarse que existen diferentes clases de limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes para elegir la ley aplicable a su contrato. Deben considerarse las restricciones impuestas por el sistema jurídico interno que puede excluir algunas materias de ese campo por considerar que no están sujetas a una elección por las partes o por tratarse de materias reguladas de manera imperativa por el propio sistema.

La importancia que se otorga a las normas imperativas relacionadas con el contrato es excepcional. Se reconoce la necesidad de aplicar las contenidas en el derecho del foro. Se responde a la necesidad de reconocer la importancia que las partes o el legislador otorgan a la autoridad del lugar donde se ventilan las controversias y por lo tanto a su ordenamiento jurídico.

La convención permite al tribunal aplicar también en forma discrecional las normas imperativas contenidas en los sistemas jurídicos que tengan vínculos estrechos con el contrato. La discrecionalidad evita la enumeración de todos los casos en que la limitante se presenta; permite prescindir de algunos conceptos específicos debido a que sus normas se encuentran necesariamente entre las de aquellos ordenamientos que tienen una relación estrecha con el contrato.

Con respecto al concepto de fraude a la ley se pretende evitar posibles evasiones a normas de sistemas jurídicos relacionados con el contrato lo que conduce a mantener la vigencia de las normas eludidas, con la ventaja de no tener que demostrar la existencia de todos los elementos que lo configuran

227 El orden público en la Convención de México Existen diferentes excepciones a la aplicación de la ley extranjera como lo son el fraude a la ley el interés nacional el desconocimiento en el foro de la institución extranjera y la reciprocidad la Convención de México tan solo ha retomado el orden público y la *lex fori* del Estado con el cual el contrato guarda los vínculos más estrechos

La exposición de motivos de la convención explica que las partes en un contrato internacional están limitadas en su autonomía personal por el orden público y las normas de aplicación inmediata En síntesis solo deben ser las normas imperativas aplicables a los contratos internacionales y no aquellas normas imperativas locales aplicables a contratos que no reúnen los lineamientos de un contrato internacional Sobre este aspecto la Convención de Roma y el Convenio de la Haya solo contemplaron el orden público internacional y las leyes de aplicación inmediata o leyes de policía de la ley del foro como la razón de no aplicación de la ley elegida al contrato internacional al incluir en la Convención de México las disposiciones de carácter imperativo de la ley del foro y las leyes del Estado con el cual el contrato internacional guarda los vínculos más estrechos se ha previsto que un acto jurídico de carácter internacional puede no solo ofender el orden público y las leyes de aplicación

inmediata del foro, sino además aquellas del Estado con el que guarda los vínculos más estrechos

2.2.8 El derecho que rige la forma del contrato y su aplicación en la Convención de México Sobre este aspecto haremos alusión a la forma del contrato internacional sin dejar de comentar para los efectos el significado de la forma la que no es más que las condiciones exigidas por la ley para que la voluntad contractual se tenga como efectivamente declarada. Existen dos corrientes que determinan el derecho que debe ser aplicado a la forma del contrato, *la regla locus regit actum y la lex personae de las partes contratantes*

La aplicación de la norma de conflicto conocida como *locus regit actum* en lo que se refiere a la forma de un acto jurídico determina que todos los actos jurídicos han nacido en el lugar de su origen, por consiguiente, es la ley del lugar donde nacieron la que debe regirlos en cuanto a su forma. La diferencia de este principio con respecto a la opción de sujetar la forma al estatuto personal de las partes contratantes es que cuando las partes se encuentran en otro ordenamiento jurídico del foro distinto al suyo no se ven obligadas a recurrir por fuerza al derecho de su foro para establecer la forma a que han de sujetar su acto jurídico sino que basta que cumplan con las formalidades indicadas por la ley del lugar en donde se realice el contrato para que sea válido. La regla *locus regit actum* expresa una larga trayectoria que data del siglo XII, la misma se ha fundado en razones de índole práctica por la comodidad que dicho principio resulta a quienes pretenden realizar un negocio

juridico Este principio se ha difundido y afianzado universalmente pues su aplicacion facilita la realizacion de los actos juridicos y garantiza su veracidad

Respecto a la Convencion de Mexico el articulo 13 establece que

Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado sera valido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato segun esta Convencion o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecucion Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebracion del contrato, este sera valido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige segun esta Convencion en cuanto al fondo o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecucion

Se puede observar que la Convencion de Mexico ha establecido una bifurcacion de tratamiento juridico respecto del derecho aplicable a la forma del contrato internacional atendiendo a la localizacion de las partes contratantes es decir si se encuentran en el mismo Estado las soluciones conflictuales seran unas y diversas, a aquellas escogidas en caso que las partes contratantes se encuentren en Estados diferentes

Cuando las partes contratantes se encuentren bajo un mismo ordenamiento juridico la Convencion de Mexico indica que para escoger el derecho aplicable a la forma del contrato internacional se le ha asignado como soluciones conflictuales el derecho que rige el contrato segun la Convencion el derecho del Estado en que se celebre o *lex loci celebrationis* y el derecho del lugar de su ejecucion o *lex loci executionis* o *solutionis* Con las precitadas

soluciones conflictuales se brindan mas criterios que coadyuven a la sobrevivencia del contrato que obedece al principio *favor negotii*, lo que se explica muy sencillamente debido a que a mas probabilidades de soluciones conflictuales coexisten que punteen a distintos sistemas juridicos que pudieran resultar como la ley competente o aplicable a la forma del contrato internacional se reducen las posibilidades que el contrato pueda ser nulo por no cumplir con los requisitos legales exigidos por algun ordenamiento juridico

La Convencion de Mexico en lo que respecta a los contratos internacionales entre personas localizadas en diferentes Estados se ha fijado que la ley que gobierna dicho contrato son los siguientes parametros conflictuales el derecho que rige segun la convencion respecto al fondo el derecho de uno de los Estados en que se celebra o *lex loci celebrationis* y el derecho del lugar de su ejecucion o la *lex loci executionis*

2 2 9 Ley que rige la capacidad de los contratantes en la Convencion de Mexico No existe un criterio uniforme con respecto a la ley competente que gobierne la capacidad contractual de las partes en un contrato internacional

Al respecto existen dos criterios que buscan determinar la ley aplicable a la capacidad de las partes en un contrato internacional por una parte la *lex personae y la lex contractus* La capacidad como elemento de la convencion internacional debe regirse por la ley del contrato en atencion al principio de unidad del mismo Vale la pena hacer mencion de lo dispuesto en la

convencion con relacion a la representacion de las personas morales El criterio aceptado que designa la ley aplicable a la representacion de dichas entidades juridicas ante un concurso de normas es que dicho aspecto se rige por la ***lex societatis***

Sin embargo ante la generalidad de lo anterior la Convencion de Mexico ha establecido una solucion conflictual que difiere de la costumbre conflictual hasta ahora prevaleciente El articulo 15 de la convencion dice que *Lo dispuesto en el articulo 10 se tomara en cuenta para decidir la cuestion acerca de si un mandatario puede obligar a su mandante o un organo a una sociedad o a una persona juridica*

Por su parte el articulo 10 indica que

Ademas de lo dispuesto en los articulos anteriores, se aplicaran cuando corresponda, las normas las costumbres y los principios del derecho comercial internacional asi como los usos y practicas comerciales de general aceptacion con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solucion del caso concreto

De lo anteriormente anotado, podemos concluir que a pesar que el principio de la ***lex societatis*** no ha sido directamente adoptado, al hacer referencia a las normas las costumbres y los principios del derecho internacional asi como a los usos y practicas comerciales de general aceptacion la aplicacion de los principios conflictuales de la Convencion de Mexico tendran como resultado la aplicacion de la ***lex societatis***

2.2.10 El derecho que rige los efectos del contrato en la Convención de México La doctrina clásica establece que el contrato es una unidad jurídica sostiene que el componente del contrato y sus efectos debe regirse por la ley del contrato mismo. Otra doctrina señala que deben existir diferencias entre el fondo o contenido del contrato y los efectos del mismo.

En este sentido se apunta que la *lex loci solutionis* es la apta para regular los efectos del contrato ya que los hechos aludidos en el contrato tienen efecto en el lugar en que el mismo deba cumplirse.

Es el ordenamiento jurídico en donde se cumplen los efectos del contrato la que se ve comprometida por los mismos de ahí que sea esta última quien le deba interesar la regulación de los mismos.

La Convención de México en materia del derecho que debe regir los efectos del contrato ha reforzado la doctrina clásica de una sola ley como la rectora del mismo en atención al principio de unidad de los contratos al establecer que será la *lex contractus/ lex causae* la que regule el cumplimiento del contrato internacional en base a lo dispuesto en el artículo 14 que dice:

El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención regulará principalmente c) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria.

3 DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT DE 2010

3.1 Alcance de los principios

Los principios de **UNIDROIT** sobre Contratos Mercantiles Internacionales de 2010 adoptados en el seno del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (**UNIDROIT**) son entendidos como un ordenamiento privado que a tenor de su Preamble establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales y que tienen como precedente los Principios de **UNIDROIT** enunciados en el año 2004 y en 1994. Cabe decir que los Principios de **UNIDROIT** 2010 han sido considerados como una versión ampliada de las versiones anteriores.

Estos principios abarcan diversos temas como la buena fe, la libertad de forma, la perfección del contrato, el error, el dolo, la desproporción, la interpretación del contrato, etc. y pueden ser aplicados por los tribunales arbitrales y por la justicia estatal en los litigios que conocen.

Desde la perspectiva de su aplicación en litigios arbitrales en una sociedad internacional globalizada y heterogénea como la nuestra, con un comercio que cada vez desconoce más la noción de frontera, interesan en dos vertientes. Por un lado, como derecho aplicable propiamente dicho y por otro lado, desde un punto de vista procesal.

En lo que a la aplicabilidad de los Principios de **UNIDROIT** concierne, los árbitros pueden aplicarlos tanto por voluntad de las partes como por silencio de estas.

En efecto tal como se recoge en el preambulo que recoge sus propositos los principios en cuestion pueden ser aplicables cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho la *lex mercatoria* o expresiones semejantes o cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato

En relacion a la aplicacion de los principios de **UNIDROIT** por acuerdo de las partes, no hay que esforzarse demasiado para entender que esto es consecuencia de la autonomia de la voluntad

Las empresas pueden estipular que su contrato se rige por los Principios de **UNIDROIT**

El preambulo de los principios de **UNIDROIT** sobre los contratos comerciales internacionales 2010 expresa el proposito de tales principios

Dice textualmente que

Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Estos Principios deberan aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes. Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme. Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional. Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

3 2 Analisis del contenido de los Principios de 2010

3 2 1 Libertad de contratacion Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido (artículo 1 1)

El principio de libertad de contratacion es de fundamental importancia en el comercio internacional. Así como los comerciantes gozan de derecho de decidir libremente a quien ofrecer sus mercaderías o servicios y por quien quieren ser abastecidos, también tienen libertad para acordar los términos de cada una de sus operaciones. Esta libertad de contratar constituye el eje sobre el cual gira un orden económico internacional abierto, orientado hacia el libre comercio y la competitividad.

Como es de suponer, existen algunas excepciones al principio enunciado en este artículo. En cuanto atañe a la libertad para celebrar contratos con cualquier persona, razones de interés público pueden llevar a un Estado a excluir la libre competencia en ciertos sectores económicos. En estos casos, los bienes o servicios de que se trate solo pueden adquirirse de un proveedor, generalmente una entidad pública, que puede o no estar obligada a celebrar un contrato con quien se lo solicite y dentro de ciertos límites de disponibilidad de bienes o servicios.

3 2 2 Libertad de forma Nada de lo expresado en estos principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos (Artículo 1 2)

Este artículo sienta el principio que la perfección del contrato no requiere el cumplimiento de ningún requisito de forma. Este principio se extiende también a los supuestos de modificación y resolución del contrato por acuerdo de las partes. Este principio, que se encuentra en muchos ordenamientos jurídicos cobra especial relieve en el contexto de las relaciones del comercio internacional en las que gracias a los modernos medios de comunicación suelen celebrarse con gran rapidez y por una combinación de conversaciones telefónicas, contratos en papel, correo electrónico y comunicaciones vía Internet.

La primera frase del artículo tiene en consideración el hecho que en algunos ordenamientos jurídicos el cumplimiento de determinados requisitos de forma afectan a la validez del contrato mientras que otros únicamente son considerados como elementos de prueba. La segunda frase de este artículo tiene el propósito de precisar que el principio de libertad de forma incluye la admisibilidad de la prueba oral en el proceso judicial.

3.2.3 Caracter vinculante de los contratos Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Solo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que el disponga por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos principios. (Artículo 1.3) Este artículo establece otro principio fundamental del derecho contractual el de *pacta sunt servanda*.

Al establecer el principio de la fuerza obligatoria del contrato entre las partes, este artículo no pretende prejuzgar sobre cualquier efecto que el contrato pudiera tener respecto a terceros en virtud del derecho aplicable. Así, el

vendedor en algunas jurisdicciones puede estar obligado en virtud del derecho nacional a velar no solo por la integridad física del comprador y por sus bienes sino también por la de terceros acompañantes que se encuentren dentro del establecimiento del vendedor

3 2 4 Normas de carácter imperativo Estos principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo sean de origen nacional, internacional o supranacional que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado (Artículo 1 4)

En los casos en que las partes incorporen los principios expresamente su aplicación se encontrará limitada en primer lugar por las normas imperativas del derecho aplicable al contrato

Esto significa que los principios obligarán a las partes solo en la medida en que no afecten las normas del derecho aplicable que las partes no pueden excluir

Además las normas imperativas del foro y posiblemente las de un tercer Estado, igualmente prevalecerán en los supuestos que sean aplicables independientemente de la ley que regule el contrato

En el caso de normas imperativas de un tercer Estado estas podrían aplicarse cuando exista una relación estrecha entre estos Estados y el contrato en cuestión. Los tribunales judiciales y arbitrales difieren significativamente respecto de la manera de determinar las normas imperativas aplicables a los contratos mercantiles internacionales

De ahí que este artículo se abstenga deliberadamente de considerar las numerosas cuestiones de fondo que puedan surgir tales como si deben aplicarse las normas imperativas del foro y de la *lex contractus*, así como las que emanan de un tercer Estado y en caso afirmativo en que medida y en base a que criterios. Estos puntos deberán resolverse en base a las reglas de derecho internacional privado que sean aplicables en cada caso concreto.

3 2 5 Exclusion o modificación de los principios por las partes

Las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones salvo que en ellos se disponga algo diferente (Artículo 1 5)

La exclusión o modificación de los principios por las partes contratantes puede ser expresa o tácita. Existe una exclusión o modificación tácita cuando las partes convengan expresamente cláusulas que son incompatibles con las disposiciones de los principios.

Es irrelevante en este contexto si dichas cláusulas han sido negociadas individualmente o forman parte de cláusulas estándar incorporadas en el contrato. Si las partes expresamente acuerdan aplicar solo alguno de los capítulos de los principios se presume que tales capítulos se aplicarán junto a las disposiciones generales del capítulo 1.

3 2 6 Interpretación e integración de los principios

- (1) En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación. (2) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación

de estos principios aunque no resueltas expresamente por ellos se resolveran en lo posible segun sus principios generales subyacentes (Artículo 1 6)

Al establecerse que para interpretar los principios se tendra en cuenta su finalidad este articulo deja claro que no debe atenderse al sentido estricto y literal de las palabras sino a su significado a la luz de los propositos que inspiran cada disposicion y los principios en su conjunto

La finalidad de cada disposicion puede desentrañarse acudiendo tanto al sentido de su texto como a los comentarios que los acompañan

En cuanto a la finalidad de los principios en su conjunto y en la medida en que su proposito fundamental es el de brindar un marco uniforme a los contratos mercantiles internacionales este articulo se refiere expresamente a la necesidad de promover la uniformidad en su aplicacion, esto es asegurar que en la practica y en la medida de lo posible sean interpretados y aplicados de la misma forma en diferentes paises

Mas adelante vease lo dispuesto en el Art 1 7 el cual aunque dirigido a las partes del contrato tambien puede interpretarse como un reflejo de la finalidad que inspira a estos principios tal como el de promover la vigencia del principio de buena fe y la lealtad negocial en las relaciones contractuales

3 2 7 Buena fe y lealtad negocial (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber (Artículo 1 7)

El deber de conducirse de buena fe y con lealtad negocial en el comercio internacional tiene el propósito de precisar en primer lugar que en el contexto de los principios estos dos conceptos no se aplican de acuerdo con los parámetros ordinarios adoptados por cada uno de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales

Dichos parámetros adoptados en virtud del derecho interno de cada país serán tomados en consideración única y exclusivamente cuando se demuestre que han sido generalmente aceptados por los diversos sistemas jurídicos

Otra consecuencia de la fórmula utilizada es que la buena fe y la lealtad negocial debe ser interpretada a la luz de las circunstancias especiales del comercio internacional

Los modelos de prácticas comerciales en realidad pueden variar sustancialmente entre las diferentes ramas del comercio, e incluso dentro de una misma rama dichas prácticas pueden ser observadas con diferente regularidad e intensidad, dependiendo del contexto social y económico dentro del cual opera una determinada empresa o bien conforme a su tamaño desarrollo tecnológico etc

Cabe destacar que en algunas oportunidades el texto y comentarios de los principios hacen referencia solamente a la buena fe mientras que en otras oportunidades se refiere a la buena fe y lealtad negocial

Debe entenderse que el concepto de buena fe siempre incluye al concepto de buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional al que se refiere este artículo

3 2 8 Comportamiento contradictorio Venire contra factum proprium Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja (Artículo 1 8)

Esta disposición impone la obligación a una parte de no ocasionar un detrimento o desventaja a la otra parte actuando de manera contradictoria con el entendimiento de las partes respecto de su relación contractual sobre la base del cual la otra parte haya actuado razonablemente confiando en dicho entendimiento. La prohibición contenida en este artículo puede resultar en la creación de derechos y en la pérdida, suspensión o modificación de derechos por medios diferentes al acuerdo de partes.

Esto es así porque el entendimiento en el que se basaron las partes puede ser en sí mismo contradictorio con lo acordado por las partes o con sus derechos. Este artículo no establece el único medio por el cual un derecho puede ser perdido o suspendido en razón de la conducta de una parte.

3 2 9 Usos y prácticas

(1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. (2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable (Artículo 1 9)

Este artículo establece el principio de acuerdo al cual las partes quedan en general obligadas por las prácticas y los usos comerciales que cumplen con

los requisitos establecidos en este artículo. Mas aun estos mismos requisitos deben ser complementados por las practicas y los usos para que ellos sean aplicables a los supuestos y propositos indicados expresamente en los Principios

Las practicas establecidas entre las partes vinculadas por un contrato en particular son automaticamente obligatorias a menos que las partes hayan excluido expresamente su aplicacion. La cuestion de saber cuando una practica comercial ha sido en efecto establecida entre ellas dependera naturalmente de las circunstancias del caso

Sin embargo, el comportamiento fundado en una sola operacion previa no podria ser considerada, normalmente suficiente

Dado que las partes estan obligadas por los usos cuya aplicacion hayan convenido entre ellas el paragrafo primero de este artículo simplemente aplica el principio general de la libertad contractual

Ademas las partes pueden negociar todas las clausulas de su contrato o para ciertas materias simplemente hacer referencia a otras fuentes que incluyan los usos comerciales

Las partes pueden estipular la aplicacion de cualquier uso incluyendo un uso desarrollado dentro de cierta rama del comercio al cual no pertenece ninguna de las partes o a usos relativos a diferentes tipos de contratos

Tambien es concebible que las partes acuerden la aplicacion de lo que inadecuadamente suele denominarse como usos esto es un conjunto de reglas publicadas por una asociacion comercial bajo el titulo de Usos que reflejan

solo parcialmente las lineas de conducta generalmente establecidas. El paragrafo segundo establece los criterios para identificar los usos aplicables en ausencia de un convenio específico de las partes.

El hecho de que los usos deban ser ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en el trafico mercantil de que se trate constituye una condicion para la aplicacion de cualquier uso ya sea internacional o solamente a nivel nacional o local.

El calificativo adicional de trafico internacional tiene el proposito de evitar que aquellos usos desarrollados y limitados a los negocios domesticos o nacionales sean invocados en negocios realizados con extranjeros.

Tanto lo que resulta del curso de las negociaciones como los usos una vez que su aplicabilidad en determinado supuesto haya sido determinada prevalecen sobre disposiciones incompatibles de los principios.

La razon es que el curso de las negociaciones y los usos obligan a las partes como si fueran clausulas implicitas del contrato en su conjunto o de una clausula en particular o del comportamiento de una de las partes.

Asi como las disposiciones expresas del contrato prevalecen sobre lo que resulte del curso de las negociaciones y de los usos, estos prevalecen sobre los principios con la unica excepcion de las disposiciones que han sido especificamente identificadas como de caracter imperativo.

3 2 10 Notificación (1) Cuando sea necesaria una notificación, esta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias (2) La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida (Artículo 1 10) A los fines de este artículo la palabra notificación incluye toda declaración demanda requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención En primer lugar este artículo establece el principio de que cualquier clase de notificación de intenciones (declaraciones demandas solicitudes etc) exigidas por una disposición en particular de los principios no se encuentran sujetas a ningún requisito formal en especial sino que pueden realizarse por cualquier medio adecuado a las circunstancias El significado de adecuado dependerá de las circunstancias concretas de cada caso y en particular de la disponibilidad o la seguridad de los diversos medios de comunicación como también de la importancia y/o urgencia del mensaje que debe ser enviado Por lo que se refiere a una notificación apropiada de acuerdo a las circunstancias el destinatario debe expresa o implícitamente haber aceptado recibir las comunicaciones electrónicas en la forma en que la notificación fue enviada por el remitente es decir del mismo tipo con el mismo formato y a la misma dirección El consentimiento del destinatario puede inferirse de las afirmaciones declaraciones o conductas o bien por las prácticas establecidas entre las partes o por la aplicación de usos

3 2 11 Definiciones

A los fines de estos principios – tribunal incluye un tribunal arbitral – si una de las partes tiene mas de un establecimiento su establecimiento sera el que guarde la relacion mas estrecha con el contrato y su cumplimiento habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebracion del contrato o en el momento de su celebracion – deudor o deudora es la parte a quien compete cumplir una obligacion y acreedor o acreedora es el titular del derecho a reclamar su cumplimiento – escrito incluye cualquier modo de comunicacion que deje constancia de la informacion que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible (Articulo 1 11)

La importancia de los principios para solucionar controversias por medio del arbitraje ya ha sido puesta de relieve. Con el fin de no sobrecargar el lenguaje en el texto de los principios la palabra tribunal es utilizada en el sentido de incluir tanto a un juzgado o tribunal judicial como a un tribunal arbitral. En aquellos casos en que sea necesario se utilizan las palabras deudor y acreedor con el fin de lograr una mejor identificacion de la parte que cumple y la parte que recibe el cumplimiento de una obligacion, independientemente de que se trate de obligaciones dinerarias o no dinerarias. En algunos supuestos los principios hacen referencia a un escrito o a un contrato por escrito. Los principios definen esta palabra en terminos funcionales. Asi un escrito incluye no solo un telegrama y un telex sino tambien cualquier otra modalidad de comunicacion idonea incluyendo comunicaciones electronicas para preservar un documento y ser reproducida en forma tangible.

Este requisito formal debe ser comparado con el criterio mas flexible de forma que se requiere para una notificacion.

3 2 12 Modo de contar los plazos fijados por las partes

(1) Los días feriados oficiales o no laborables que caigan dentro de un plazo fijado por las partes para el cumplimiento de un acto quedaran incluidos a los efectos de calcular dicho plazo (2) En todo caso si el plazo expira en un día que se considera feriado oficial o no laborable en el lugar donde se encuentra el establecimiento de la parte que debe cumplir un acto el plazo queda prorrogado hasta el día hábil siguiente a menos que las circunstancias indiquen lo contrario (3) El uso horario es el del lugar del establecimiento de la parte que fija el plazo a menos que las circunstancias indiquen lo contrario (Artículo 1 12)

Las partes pueden ya sea unilateralmente o por convenio fijar un plazo dentro del cual ciertos actos deben ser realizados al fijar el tiempo límite las partes pueden indicar simplemente el plazo o estipulando una fecha precisa

En el primer caso el problema surge respecto de si los días feriados oficiales o días no laborables que caen dentro de dicho plazo quedan incluidos al calcular el plazo De acuerdo al parágrafo primero de este artículo la respuesta es afirmativa

En ambos casos antes mencionados la cuestión puede surgir acerca del modo de computar el plazo cuando dicho plazo expira un día feriado oficial o un día no laborable en el lugar donde se encuentra el establecimiento de la parte a quien corresponde el cumplimiento del acto

El parágrafo segundo establece que en tal supuesto se extiende el plazo hasta el día siguiente hábil a menos que las circunstancias indiquen lo contrario Finalmente cuando las partes se encuentren localizadas en usos horarios diferentes el problema surge sobre que uso horario es el relevante

De acuerdo al paragrafo tercero es el uso horario del lugar del establecimiento de la parte que fija el plazo a menos que las circunstancias indiquen lo contrario

3 2 13 Modo de perfeccion El contrato se perfecciona mediante la aceptacion de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo (Articulo 2 1 1)

En la practica de la contratacion mercantil especialmente cuando se trata de operaciones complejas los contratos suelen perfeccionarse despues de prolongadas negociaciones sin que sea posible muchas veces identificar la secuencia de oferta y aceptacion

No es facil en estos supuestos determinar si se ha llegado a un acuerdo y en el supuesto de que asi fuera en que momento se ha perfeccionado dicho acuerdo

Conforme con este articulo un contrato se podria considerar celebrado a pesar de no poder determinarse el momento de su perfeccionamiento siempre y cuando el comportamiento de las partes demuestre la existencia de un acuerdo

El texto de este articulo es lo suficientemente amplio como para incluir tambien los casos de la llamada contratacion automatizada es decir cuando las partes acuerdan utilizar un sistema que les permita celebrar operaciones electronicas automatizadas conforme a las cuales no se requiere la intervencion de una persona fisica para perfeccionar un contrato

3 2 14 Definición de la oferta Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación (Artículo 2 1 2) Para definir la oferta y distinguirla de las otras comunicaciones que las partes podrían establecer entre ellas con miras a perfeccionar un contrato este artículo exige dos requisitos la propuesta debe ser suficientemente precisa para permitir el perfeccionamiento del contrato mediante su simple aceptación indicar la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación Dado que un contrato se perfecciona con la mera aceptación de una oferta las cláusulas del futuro contrato deben ser indicadas en la oferta con suficiente precisión No es posible determinar de manera abstracta si una propuesta cumple con estos requisitos Aun términos esenciales tales como la descripción de las mercaderías o servicios a ser entregadas o prestados el precio que se pague por ellos el tiempo y lugar de cumplimiento podrían quedar indeterminados en la oferta sin que esto implique necesariamente que no ha sido lo suficientemente precisa El segundo criterio para determinar si una parte ha realizado una oferta con el fin de celebrar un contrato o simplemente con el propósito de iniciar negociaciones, consiste en determinar si dicha parte ha tenido la intención de quedar obligada en caso de aceptación Dado que dicha intención raramente es declarada en forma expresa frecuentemente debe inferirse de las circunstancias del caso concreto

3 2 15 Retiro de la oferta (1) La oferta surte efectos cuando llega al destinatario (2) Cualquier oferta aun cuando sea irrevocable puede ser retirada

si la notificación de su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta (Artículo 2 1 3)

Hay otras razones por las cuales en la práctica es importante determinar el momento en el cual surte efectos la oferta. Hasta ese momento el oferente es libre de cambiar de opinión y decidir no celebrar el contrato, o bien reemplazar su oferta original por otra nueva oferta independientemente de si la oferta original fue extendida con el propósito de ser irrevocable. La única condición es que el destinatario tome conocimiento del cambio de voluntad del oferente antes o al mismo tiempo de tomar conocimiento de la oferta original.

3 2 16 Revocación de la oferta

(1) La oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes de que este haya enviado la aceptación. (2) Sin embargo la oferta no podrá revocarse (a) si en ella se indica al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo que es irrevocable o (b) si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta (Artículo 2 1 4)

El problema de si una oferta es revocable ha sido tradicionalmente uno de los puntos más controvertidos en el tema de la formación de los contratos. Como no es posible conciliar las posturas de los diversos sistemas jurídicos (esto es la postura mantenida por los países del *common law*, conforme a la cual una oferta siempre es revocable, y la postura opuesta de casi todos los sistemas de tradición jurídica romanística) la única alternativa es elegir una de las dos posturas como regla e introducir a la otra por vía de excepción.

3'2 16 1 Ofertas irrevocables El paragrafo segundo preve dos excepciones importantes a la norma general de la revocabilidad de la oferta Cuando la oferta indica que es irrevocable y cuando el destinatario teniendo otras razones justificadas para considerār la oferta cōmo irrevocable actua en funcion de dicha oferta

3 2 16 1 1 La indicacion de irrevocabilidad contenida en la oferta La indicacion de que la oferta es irrevocable puede hacerse de diversas maneras La manera mas clara y directa de todas es aquella en la que el oferente lo manifiesta expresamente (*v gr* Esta es una oferta en firme Nosotros mantendremos nuestra oferta hasta recibir su contestacion) Sin embargo el caracter irrevocable de la oferta puede inferirse simplemente de otras declaraciones o comportamiento del ofeñente El señalamiento de un plazo fijo para la aceptación puede aunque no necesariamente considerarse en si mismo como una indicacion implicita de que la oferta es irrevocable

3 2 16 1 2 Confianza del destinatario de que se trataba de una oferta irrevocable La segunda excepcion a la norma general que atañe a la revocabilidad de la oferta contempla el supuesto en el que el deñtinario podia considerar razonablemente que la oferta era irrevocable y ha actuado en funcion de dicha oferta

3 2 17 Rechazo de la oferta La oferta se extingue cuando la notificacion de su rechazo llega al oferente (Articulo 2 1 5) Una oferta puede ser rechazada expresa o tacitamente Un caso frecuente de rechazo fãcito consiste en contestar a la oferta mediante una respuesta que parece ser una

aceptacion pero con adiciones, limitaciones u otras modificaciones. En ausencia de un rechazo expreso, la manifestacion o conducta del destinatario debe ser tal que justifique la creencia del oferente que el destinatario no tiene intencion de aceptar la oferta. Una contestacion por parte del destinatario que simplemente pregunte si existe otra alternativa posible.

3 2 18 Modo de aceptacion

(1) Constituye aceptacion toda declaracion o cualquier otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta. El silencio o la inaccion por si solos no constituyen aceptacion. (2) La aceptacion de la oferta surte efectos cuando la indicacion de asentimiento llega al oferente. (3) No obstante, si en virtud de la oferta o de las practicas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificacion al oferente, la aceptacion surte efectos cuando se ejecute dicho acto. (Articulo 2 1 6)

3 2 18 1 Indicacion de asentimiento a una oferta. Para que exista aceptacion el destinatario debe indicar su asentimiento de una manera u otra. No basta el mero acuse de recibo de la oferta o una manifestacion en el sentido de estar interesado en ella. Mas aun, el asentimiento debe ser liso y llano, no pudiendo ser condicionado a otro acto del oferente.

3 2 18 2 Aceptacion mediante el comportamiento del aceptante

A menos que la oferta imponga un modo especial de aceptacion, el asentimiento puede indicarse expresamente o inferirse del comportamiento del destinatario. El paragrafo primero de este articulo no especifica la forma en que dicho comportamiento deba verificarse. Generalmente, tales actos se relacionan con el

cumplimiento del contrato como lo son el pago de un anticipo del precio el embarque de las mercaderías el inicio de los trabajos en el establecimiento etc

3 2 18 3 Silencio o conducta omisiva Al establecer que ni el silencio ni la conducta omisiva, por sí solos implican una aceptación el parágrafo primero deja en claro que del simple silencio o inacción del destinatario no se puede inferir el asentimiento de la oferta El supuesto sería diferente si las partes acordaran que el silencio se considerara aceptación o en el supuesto de que existan negociaciones previas o usos Sin embargo en ningún caso el oferente podrá establecer unilateralmente que la oferta se considerara aceptada en ausencia de contestación del destinatario Dado que el oferente es quien toma la iniciativa de proponer la celebración del contrato el destinatario es libre no solo de aceptar la oferta sino también de hacer sencillamente caso omiso de ella

3 2 19 Aceptación tardía Demora en la transmisión

(1) No obstante la aceptación tardía surtirá efectos como aceptación si el oferente sin demora injustificada informa de ello al destinatario o lo notifica en tal sentido (2) Si la comunicación que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado oportunamente al oferente tal aceptación surtirá efecto a menos que sin demora injustificada el oferente informe al destinatario que su oferta ya había caducado (Artículo 2 1 9)

Si la aceptación llega tarde aunque sea porque el destinatario no la envió a tiempo es natural considerar que no surte efectos a menos que el oferente expresamente indique otra cosa La situación es diferente cuando el destinatario

ha enviado su aceptación a tiempo, pero esta llega tarde al oferente debido a un retraso inesperado en la transmisión. En tal caso, la confianza depositada por el destinatario en que la aceptación ha llegado a tiempo merece protección por lo que en este supuesto la aceptación tardía surtirá efectos a menos que el oferente informe sin demora injustificada al destinatario que considera su oferta caducada. La única condición que exige el párrafo segundo es que la comunicación que contenga la aceptación tardía indique que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido.

3.2.20 Aceptación modificada

(1) La respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación pero contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones es un rechazo de la oferta y constituye una contraoferta. (2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación pero contiene términos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituye una aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación. (Artículo 2.1.11)

Es frecuente en las negociaciones comerciales que el destinatario, no obstante manifestar al oferente su intención de aceptar la oferta (acuse de recibo de una orden de pedido), incluye en su respuesta términos adicionales o diferentes a los de la oferta. El párrafo primero de este artículo dispone que, en principio, dicha respuesta se considera como un rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta que el oferente puede o no aceptar, ya sea de forma

expresa o tacita (como por ejemplo realizando un acto que indique cumplimiento) El principio según el cual la aceptación debe ser un reflejo preciso de la oferta implica que aun diferencias insignificantes entre oferta y aceptación permitirían a cada parte cuestionar la existencia del contrato con posterioridad Con el fin de eliminar este resultado que una parte podría perseguir simplemente en razón de un cambio desfavorable en las condiciones del mercado, el parágrafo segundo incorpora una excepción al principio general establecido en el parágrafo primero Conforme a esta excepción, si los términos adicionales o diferentes incluidos en la aceptación no alteran sustancialmente los términos de la oferta el contrato se considera perfeccionado con tales modificaciones a menos que el oferente se oponga sin demora injustificada

3 2 21 Negociaciones de mala fe

(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo (2) Sin embargo la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte (3) En particular se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo (Artículo 2 1 15)

Como regla general las partes no solo cuentan con amplia libertad para decidir cuando y con quien entablar negociaciones con miras a perfeccionar un contrato, sino también para decidir como y por cuanto tiempo proseguir con los esfuerzos por llegar a un acuerdo Este es un principio esencial para garantizar la sana competencia entre comerciantes involucrados en el comercio internacional No obstante el derecho a entablar negociaciones libremente y a

decidir sobre los terminos a negociar no es ilimitado,,pues no debe contravenir al principio de la buena fe y lealtad negocial Un supuesto especial de negociaciones de mala fe es el expresamente enunciado en el paragrafo tercero de este articulo en el que la parte que comienza o continua con las negociaciones no tiene intencion alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte

3 2 22 Clausulas de integracion

Un contrato escrito que contiene una clausula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores No obstante tales declaraciones o acuerdos podran utilizarse para interpretar lo escrito (Articulo 2 1 17)

Si la celebracion del contrato se encuentra precedida de negociaciones relativamente prolongadas las partes pueden desear que su acuerdo conste por escrito y declarar que dicho documento constituye su convenio definitivo Esto se puede lograr mediante la redaccion de una clausula de fusion o integracion (*v gr* Este contrato incorpora en forma completa lo acordado por las partes) Sin embargo el efecto de dicha clausula no es el de privar de toda significacion a todas las declaraciones y los acuerdos previos que podrian ser utilizados para interpretar lo escrito

3 2 23 Contratacion con clausulas estandar

(1) Las normas generales sobre formacion del contrato se aplicaran cuando una o ambas partes utilicen clausulas estandar sujetas a lo dispuesto en los Articulos 2 1 20 al 2 1 22 (2) Clausulas estandar son aquellas preparadas con antelacion por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas de hecho sin negociacion con la otra parte (Articulo 2 1 19)

Por cláusulas estandar se entienden aquellas disposiciones contractuales preparadas con antelación por una de las partes para su uso generalizado y repetido sin ser negociadas con la otra parte

Lo que es decisivo no es su presentación formal (*v gr* si se incorporan a un documento independiente o si forman parte del contrato mismo utilizadas en formularios impresos o simplemente incorporadas en archivo electrónicos etc) ni quien las ha elaborado (la parte misma una asociación profesional o comercial, etc) ni su extensión (si consisten en un conjunto de disposiciones que incluyen casi todos los aspectos pertinentes del tipo de contrato del que se trate o si solo se refiere a una o dos disposiciones por ejemplo a la exclusión de responsabilidad y al arbitraje)

Lo que si es decisivo es que hayan sido predispuestas para el uso generalizado y repetido de una de las partes y sean usadas en el caso concreto (sin ser negociadas por la otra. Este último requisito se refiere solamente a las cláusulas estandar que la otra parte debe aceptar como un todo por lo que no incluye a los otros términos del mismo contrato que pueden negociarse. Las reglas generales sobre formación del contrato suelen ser aplicables independientemente de si una o ambas partes utilizan cláusulas estandar. De lo que se sigue que las cláusulas estandar propuestas por una parte obligan a la otra parte solamente en caso de aceptación y que depende de las circunstancias del caso si es necesario que ambas partes se refieran a las cláusulas estandar expresamente o tácitamente

3 2 24 Clausulas sorprendivas

(1) Una clausula estandar no tiene eficacia si es de tal caracter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente (2) Para determinar si una clausula estandar es de tal caracter se tendra en cuenta su contenido lenguaje y presentacion (Articulo 2 1 20)

Lo sorprendente o inesperado de una clausula en particular incorporada a clausulas estandar puede resultar en primer lugar del contenido mismo de dicha clausula Este seria el caso cuando una persona razonable de la misma condicion que la parte adherente no hubiera podido esperar dicha estipulacion dentro del tipo de clausulas estandar de que se trate

Para determinar si una estipulacion es inusual, debe tomarse en cuenta por un lado las estipulaciones regularmente utilizadas dentro del sector comercial de que se trate y, por el otro lado las negociaciones individuales entabladas entre las partes Por ejemplo para determinar si una estipulacion destinada a excluir o limitar la responsabilidad contractual del proponente es o no sorprendente y por lo tanto carecer de efectos en un supuesto determinado dependera de si este tipo de estipulaciones son comunes en el ramo comercial de que se trate y si son coherentes con las negociaciones mantenidas por las partes

Otra de las razones para que una estipulacion contenida en clausulas estandar resulte sorprendente para la parte adherente puede ser la terminologia empleada para expresarla que puede ser oscura o la manera en que se presenta tipograficamente por ejemplo con caracteres muy pequeños Para

determinar si este es el caso debe tomarse en consideracion no tanto la formulacion y presentacion comunmente utilizada en este tipo de clausulas estandar sino sobre todo a la practica profesional y la experiencia de aquellos que se encuentren en las mismas condiciones que la parte adherente. Asi una misma expresion puede resultar al mismo tiempo obscura o clara, dependiendo de si la parte adherente pertenece a la misma categoria profesional que aquella que utilizo las clausulas estandar

3 3 Apoderamiento de representantes

3 3 1 Ambito de aplicacion

(1) Esta seccion regula la facultad de una persona (el representante) para afectar las relaciones juridicas de otra persona (el representado) por o con respecto a un contrato con un tercero, ya sea que el representante actue en su nombre o en el del representado (2) Esta seccion solo regula las relaciones entre el representado o el representante por un lado y el tercero por el otro (3) Esta seccion no regula la facultad de la representante conferida por la ley ni la facultad de un representante designado por una autoridad publica o judicial (Articulo 2 2 1)

La presente seccion regula el poder de un representante para afectar las relaciones juridicas entre su representado y un tercero. En otras palabras se trata de regular unicamente las llamadas relaciones externas entre el representado o representante por una parte y el tercero por otra, sin ocuparse de las llamadas relaciones internas entre representado y representante. Aquellas disposiciones que se refieren a cuestiones que vinculan tanto las relaciones internas como externas. La presente seccion trata unicamente de los representantes que tienen poder para celebrar los contratos a nombre de su

representado por lo que quedan fuera de esta seccion los intermediarios cuya tarea sea simplemente la de presentar a dos partes con el fin de que entre ellas celebren el contrato (*v gr* agentes inmobiliarios) o de promover contratos en nombre de un representado pero sin tener el poder de celebrarlos (como pudiera ser el caso de algunos agentes comerciales)

Esta seccion se aplica solamente a los casos en que la relacion de representacion sea voluntaria. Quedan por fuera del ambito de aplicacion de la presente seccion aquellos casos para los cuales la ley confiere poder al representante (*v gr* en materia de derecho familiar, propiedad matrimonial y sucesiones) o el poder resultara de una autorizacion de un tribunal judicial (por ejemplo el poder para actuar por un incapaz). Los poderes de representacion de los organos gerentes o socios de una sociedad o de otro ente juridico, con o sin personeria juridica, se regulan habitualmente por reglas especiales, algunas de ellas de caracter imperativo que en virtud de su objeto especifico necesariamente prevalecen sobre las reglas de caracter general respecto al poder de los representantes como se establece en esta seccion.

3 3 2 Constitucion y alcance de la facultad del representante

(1) El otorgamiento de facultades por el representado al representante puede ser expreso o tacito. (2) El representante tiene facultad para realizar todos los actos necesarios segun las circunstancias para lograr los objetivos por los que el apoderamiento fue conferido. (Articulo 2 2 2)

El paragrafo primero establece claramente que las facultades otorgadas en el poder de representacion no requieren que se satisfagan requisitos formales particulares y que el poder puede ser expreso o tacito

El caso mas habitual donde se otorga un poder expreso es el mandato pero el representado puede tambien conferir el poder para ser representado mediante una declaracion oral o una comunicacion escrita o en el caso de una sociedad por una resolucion del consejo de administracion. El otorgamiento por escrito de un poder expreso goza de la ventaja de constituir una prueba clara de su existencia y del alcance del poder de representacion para todas las partes interesadas (representado representante y terceros)

Cuanto mas amplio sea el mandato conferido al representante mas amplio sera el alcance del poder otorgado. Asi el paragrafo segundo establece claramente que el poder del representante no se limita a lo expresamente dispuesto sino que se entiende otorgado para llevar a cabo todos los actos necesarios para el cumplimiento de la mision para la cual se otorgo dicho poder tomando en cuenta las circunstancias a menos que expresamente se hubiere limitado los alcances del poder cuando este fue otorgado

3 3 3 Representacion aparente

(1) Cuando un representante actua en el ambito de su representacion y el tercero sabia o debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan directamente las relaciones juridicas entre el representado y el tercero sin generar relacion juridica alguna entre el representante y el tercero (2) Sin embargo los actos del representante solo afectan las relaciones entre el representante y el tercero cuando con el

consentimiento del representado el representante asume la posición de parte contratante (Artículo 223)

Por lo que se refiere a los efectos de los actos del representante la presente sección distingue dos hipótesis diferentes en la primera el representante actúa por cuenta del representado dentro de los límites de su poder y los terceros saben, o deberían saber que el representante actúa en tal calidad En la segunda el representante actúa por cuenta del representado dentro de sus facultades pero los terceros no saben, ni podrían saber que el representante actúa en tal calidad

La primera hipótesis que es la más normal será denominada representación divulgada o aparente (*disclosed agency*) y es de la que trata este artículo En el caso de representación aparente la regla es que los actos del representante afectan directamente la esfera jurídica del representado frente a los terceros Así un contrato celebrado por el representante vincula directamente al representado con los terceros De la misma manera toda comunicación de intención hecha por el representante a terceros o recibida de ellos afecta la situación jurídica del representado como si este último la hubiera hecho o recibido

3.3.4 Representación oculta

(1) Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero no sabía ni debería haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan solamente las relaciones entre el representante y el tercero (2) Sin embargo, cuando tal representante, al contratar con un tercero por cuenta de una empresa se comporta como

dueño de ella el tercero al descubrir la identidad del verdadero titular de la misma podrá ejercitar también contra éste último las acciones que tenga en contra del representante (Artículo 2 2 4)

El presente artículo trata de lo que podría llamarse representación no divulgada u oculta es decir la situación en que un representante actúa dentro del límite de sus poderes en nombre de un representante pero los terceros no sabían ni debían haber sabido que el representante actuaba con tal calidad. No obstante la regla establecida en el párrafo primero los terceros pueden excepcionalmente tener un derecho de acción directa en contra del representado. Mas precisamente conforme al párrafo segundo si el tercero creía que trataba con el propietario de un negocio cuando en realidad estaba tratando con el representante del dueño dicho tercero puede al descubrir al real propietario ejercitar también contra él los derechos que tenga contra el representante.

3 3 5 Responsabilidad del representante sin poder o excediéndolo

(1) Un representante que actúa sin poder o excediéndolo es responsable a falta de ratificación por el representado de la indemnización que coloque al tercero en la misma situación en que se hubiera encontrado si el representante hubiera actuado con poder y sin excederlo. (2) Sin embargo el representante no es responsable si el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante no tenía poder o estaba excediéndolo (Artículo 2 2 6)

Es generalmente reconocido que un representante que actúa sin poder o se excede en sus facultades en ausencia de la ratificación por el representado es responsable por los daños y perjuicios que se causen a terceros. El párrafo

primero al establecer que el falso representante sera responsable de los daños y perjuicios que se originen a terceros y que tal compensacion debera ser tal que coloque al tercero en la misma posicion que si el representante hubiera actuado con poder deja en claro que la responsabilidad del falso representante no se limita al llamado interes de confianza o interes negativo sino que se extiende a lo que se conoce como expectativa o interes positivo

3 3 6 Sub-representacion

Un representante tiene la facultad implicita para designar un sub representante a fin de realizar actos que no cabe razonablemente esperar que el representante realice personalmente Las disposiciones de esta sección se aplican a la sub representacion (Articulo 2 2 8)

Al llevar a cabo el mandato conferido por el representado el representante puede estimar no solo oportuno sino necesario utilizar los servicios de otras personas Este es el caso por ejemplo cuando ciertas tareas deben llevarse a cabo en un lugar distinto al del establecimiento del representante o si para lograr una ejecucion mas eficiente del mandato se requiere una distribucion del trabajo La cuestion de saber si el representante esta o no autorizado a designar uno o mas representantes sustitutos depende de los terminos del poder que se le otorgo

Asi el representado puede excluir expresamente la designacion de representantes sustitutos o someterla a la condicion de su previa autorizacion Si no se dice nada respecto a la posibilidad de designar representantes sustitutos y si los terminos del poder otorgado no resultan incompatibles con tal posibilidad

el representante tiene el derecho en virtud del presente artículo de designar representantes sustitutos

3 4 Validez

3 4 1 Cuestiones excluidas Este capítulo no se ocupa de la falta de capacidad de las partes (Artículo 3 1 1)

Este artículo deja claro que no toda la materia de la invalidez del contrato contemplada en los sistemas jurídicos nacionales se incluye en el ámbito de los principios. Es el caso concreto de la falta de capacidad de las partes, inmoralidad o ilegalidad.

La complejidad inherente a cuestiones relativas al estado de las personas y orden público, como así también el diverso tratamiento que reciben estas cuestiones en los ordenamientos nacionales, aconseja su exclusión del ámbito de aplicación de los principios.

3 4 2 Validez del mero acuerdo Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional (Artículo 3 1 2)

La finalidad de este artículo es dejar claro que el mero acuerdo de las partes es suficiente para que un contrato quede perfeccionado, modificado o extinguido válidamente, sin necesidad de otros requisitos que suelen exigirse bajo el derecho interno.

En los países de tradición jurídica anglosajona, la llamada *consideration* es un requisito indispensable para la validez y ejecución de un contrato, así como para su modificación o extinción por las partes.

Este artículo también excluye el requisito de la *causa* existente en algunos países de tradición jurídica romanista y que para efectos prácticos funciona de manera muy similar a la *consideration* del sistema anglosajón

3.5 Causales de anulación

3.5.1 Definición del error El error consiste en una concepción equivocada sobre los hechos o sobre el derecho existente al momento en que se celebra el contrato (Artículo 3.2.1)

Este artículo equipara el error de hecho al error de derecho

La asimilación jurídica de ambos tipos de error encuentra justificación en la creciente complejidad de los sistemas jurídicos contemporáneos

Las dificultades originadas por esta complejidad se acrecientan en el tráfico transfronterizo debido a que las operaciones individuales pueden verse afectadas por un sistema jurídico extranjero con el cual una de las partes no se encuentra familiarizado

Este artículo se refiere al error que implica una concepción equivocada de los hechos o de las circunstancias jurídicas existentes en el momento de celebrarse el contrato

La fijación de este elemento temporal obedece a la necesidad de diferenciar los supuestos en que se aplican las normas del error de aquellos otros en que se deberán ejercer las acciones por incumplimiento

3 5 2 Error en la expresion o en la transmision Un error en la expresion o en la transmision de una declaracion es imputable a la persona de quien emana dicha declaracion (Articulo 3 2 3) Este articulo equipara el error en la expresion o en la transmision de una declaracion con el error ordinario en que incurre una persona al hacer una declaracion o al enviarla

Si el error en la expresion o en la transmision posee entidad suficiente (especialmente si deriva en una expresion incorrecta de cifras) el receptor de dicha transmision sera – o deberia ser – consciente del error Como los principios no impiden al receptor/destinatario aceptar una oferta transmitida o expresada erroneamente corresponde al remitente/ oferente alegar el error y anular el contrato conforme a lo dispuesto en el articulo 3 5 cuando concurren las condiciones requeridas

3 5 3 Dolo

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte incluyendo palabras o practicas o cuando dicha parte omitio dolosamente revelar circunstancias que deberian haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial (Articulo 3 2 5)

La distincion mas importante entre el dolo y el error radica en la naturaleza y fin de las maniobras u ocultamientos de la parte que comete el dolo La victima del dolo se encuentra habilitada para anular el contrato en base a las manifestaciones dolosas o al ocultamiento de hechos relevantes

Dicha conducta es dolosa al pretender inducir a error a la otra parte obtener por ello cierta ventaja en detrimento de dicha parte La anulacion de un

contrato por dolo guarda alguna semejanza con la nulidad por cierta clase de error. El dolo puede ser considerado un supuesto de error causado por la otra parte. El dolo como el error puede incluir manifestaciones, expresas o tacitas, de hechos falsos u ocultamiento de hechos ciertos.

3 5 4 Intimidacion

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, la cual tomando en consideracion las circunstancias del caso fue tan inminente y grave como para dejar a la otra parte sin otra alternativa razonable. En particular una amenaza es injustificada si la accion u omision con la que el promitente fue amenazado es intrinsecamente incorrecta o resultado incorrecto recurrir a dicha amenaza para obtener la celebracion del contrato. (Articulo 3 2 6)

La amenaza por si misma no basta. Debe ser tan inminente y grave como para que a la persona que la sufre no le quede otra alternativa razonable que celebrar el contrato con las clausulas propuestas por la otra parte. La inminencia y la gravedad de la amenaza debe valorarse con criterios objetivos tomando en cuenta las circunstancias concretas de cada caso. La amenaza ademas debe ser injustificada. La segunda parte del presente articulo señala a modo de ejemplo, dos supuestos de amenaza injustificada. el primero se refiere al caso de que la accion u omision con la cual el promitente ha sido amenazado sea intrinsecamente ilicita (*v gr* una agresion fisica)

El segundo se refiere, en cambio a una situacion en donde el hecho u omision con el cual el promitente ha sido amenazado es intrinsecamente licito pero la finalidad con la cual se lleva a cabo es ilicita (*v gr* ejercer una accion

judicial con el unico proposito de que la otra parte celebre el contrato con las clausulas propuestas)

3 5 5 Excesiva desproporcion

(1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus clausulas si en el momento de su celebracion el contrato o alguna de sus clausulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto se deben tener en cuenta entre otros los siguientes factores: (a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, afliccion economica o necesidades apremiantes de la otra parte o de su falta de prevision, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociacion; y (b) la naturaleza y finalidad del contrato. (2) A peticion de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podra adaptar el contrato o la clausula en cuestion a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial. (3) El tribunal tambien podra adaptar el contrato o la clausula en cuestion a peticion de la parte que recibio la notificacion de la anulacion, siempre y cuando dicha parte haga saber su decision a la otra inmediatamente y en todo caso antes de que esta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicaran por consiguiente las disposiciones del Artículo 3 2 10 (2). (Artículo 3 2 7)

Esta disposicion permite a una de las partes anular el contrato en los casos de excesiva desproporcion de las prestaciones que resulta en una ventaja injustificada y excesiva para la otra.

La ventaja excesiva debe presentarse en el momento de celebrarse el contrato, ya que de surgir despues el contrato podria modificarse o extinguirse de acuerdo a lo prescrito en el capitulo 6, seccion 2.

La expresion "ventaja excesiva" denota que para permitir la anulacion o adaptacion del contrato bajo este articulo, no basta una desproporcion sustancial.

entre el valor y el precio o algun otro elemento que rompa el equilibrio de las prestaciones

Lo que se requiere es que el desequilibrio de las prestaciones sea de tal magnitud, de acuerdo con las circunstancias, que resulte escandaloso para una persona razonable

No basta que la ventaja sea excesiva debe ser tambien injustificada Para poder afirmar que una ventaja es injustificada se deben valorar todas las circunstancias del caso El paragrafo primero del presente articulo se refiere a dos aspectos concretos que merecen una especial atencion

3 5 5 1 Posicion negociadora desigual El primer factor es que una de las partes se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, afliccion economica necesidades apremiantes falta de prevision, ignorancia ligereza inexperiencia o falta de aptitud negociadora de la otra parte (paragrafo (1)(a))

3 5 5 2 Naturaleza y finalidad del contrato El segundo factor al que se debe prestar especial atencion es el tipo y finalidad del contrato

Existen situaciones en las que una ventaja excesiva es injustificada aun cuando el beneficiario de dicha ventaja no haya abusado de la posicion negociadora mas debil de la otra parte

La determinacion de este supuesto dependera de la naturaleza del contrato y su finalidad

3 5 6 Notificación de anulación El derecho a anular un contrato se ejerce cursando una notificación a la otra parte (Artículo 3 2 11) Este artículo establece que la anulación de un contrato debe efectuarse mediante una notificación a la otra parte sin necesidad de intervención judicial No se menciona ningún requisito específico sobre la forma o contenido de la notificación de anulación

Por lo tanto, conforme a lo establecido en el artículo 1 10 (1) la notificación puede realizarse por cualquier medio adecuado a las circunstancias En cuanto al contenido de la notificación no es necesario que se emplee la palabra anulación ni que tampoco se establezcan expresamente los motivos de la anulación

3 5 7 Efectos retroactivos La anulación tiene efectos retroactivos (Artículo 3 2 14) Este artículo establece que la anulación tiene efectos retroactivos

En otras palabras se considera que el contrato jamás ha existido En el caso de anulación parcial contemplada en el artículo 3 16 solo se aplicará esta regla a la parte del contrato que haya sido anulada

Existen sin embargo algunas disposiciones del contrato que pueden subsistir aun en caso de anulación de todo el contrato

Las cláusulas de arbitraje de selección del foro y de la ley aplicable se consideran diferentes a las otras disposiciones del contrato, por lo que se puede mantener su validez a pesar de que el contrato sea anulado total o parcialmente

3 5 8 Daños y perjuicios

Independientemente de que el contrato sea o no anulado la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados colocándola en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato (Artículo 3 2 16)

Este artículo establece que la parte que conoció o debió haber conocido la causa de anulación es responsable de los daños y perjuicios causados a la otra parte. El derecho al resarcimiento surge independientemente de que el contrato haya sido anulado.

3 6 Interpretación

3 6 1 Intención de las partes

(1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. (2) Si dicha intención no puede establecerse el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes. (Artículo 4 1)

El párrafo primero de este artículo establece el principio de que para determinar el significado de un elemento del contrato prevalecerá la intención común de las partes.

Por lo tanto el significado de una cláusula contractual puede ser diferente a su significado literal en el idioma utilizado y diferir del significado que una persona sensata pudiera darle siempre y cuando pueda establecerse que este ha sido el significado que las partes han querido darle a dicha cláusula al momento de celebrarse el contrato.

En los casos en que la intención común de las partes no pueda establecerse el párrafo segundo prevé que el contrato deba ser interpretado de acuerdo al significado que le habrían dado personas razonables de la misma condición que las partes y colocadas en circunstancias similares. El criterio para determinar que debe entenderse por razonabilidad no es general y abstracto sino que se refiere al entendimiento que cabe esperar de una persona por ejemplo, con los mismos conocimientos de idioma, experiencia técnica o en los negocios que la de las partes en el contrato.

3.6.2 Interpretación de declaraciones y otros actos

(1) Las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte siempre que la otra parte la haya conocido o no, la haya podido ignorar. (2) Si el párrafo precedente no es aplicable, tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte. (Artículo 4.2)

Por analogía con el criterio establecido en el artículo 4.1 en lo que respecta a la interpretación del contrato como un todo, este artículo establece que para la interpretación de las declaraciones o actos de una de las partes se debe atender a la intención con la que ha actuado dicha parte siempre y cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar tal intención.

3.6.3 Interpretación sistemática del contrato Los términos y expresiones se interpretarán conforme a la totalidad del contrato o la declaración en la que aparezcan en su conjunto. (Artículo 4.4)

Los terminos y expresiones usadas por una o ambas partes obviamente no operan aisladamente sino como partes integrantes de un todo. Por lo tanto ellos deberan ser interpretadas a la luz del contexto general del contrato o dentro de los enunciados en el cual se encuentren incorporadas.

En principio no existe jerarquia alguna entre los terminos del contrato en el sentido que la importancia de cada uno de ellos es la misma para interpretar el resto del contrato sin atender al orden en que ellos aparezcan. Sin embargo, hay algunas excepciones a esta regla.

Primero las declaraciones de intencion incluidas en el preambulo del contrato pueden o no tener consecuencias para la interpretacion de sus disposiciones operativas. Segundo va de suyo que en caso de conflicto las clausulas de caracter especifico prevalecen sobre las disposiciones de caracter general.

3.6.4 Integracion del contrato

(1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un termino importante para determinar sus derechos y obligaciones el contrato sera integrado con un termino apropiado a las circunstancias. (2) Para determinar cual es el termino mas apropiado se tendran en cuenta entre otros factores los siguientes: (a) la intencion de las partes, (b) la naturaleza y finalidad del contrato, (c) la buena fe y la lealtad comercial, (d) el sentido comun. (Articulo 4.8)

La interpretacion de los contratos en sentido estricto, esto es para determinar el significado que debe darse a aquellos terminos del contrato que resulten poco claros. Este articulo se dirige a otro aspecto de la misma cuestion el de las llamadas lagunas del contrato.

Los elementos omisos o lagunas se presentan cuando despues de celebrado el contrato surge una cuestion que las partes no regularon en su contrato ya sea porque no quisieron discutirlo o porque no lo previeron. Los terminos que se incorporen con fundamento en este articulo deben ser apropiados a las circunstancias del caso.

Con el fin de determinar que es lo mas apropiado se debe tomar en cuenta en primer lugar la intencion de las partes conforme se pueda inferirla de entre otros factores los terminos expresos del contrato las negociaciones preliminares o el comportamiento posterior a la celebracion del contrato.

3.7 Contenido y estipulacion a favor de terceros

3.7.1 Contenido

3.7.1.1 Obligaciones expresas e implícitas Las obligaciones contractuales de las partes pueden ser expresas o implícitas. (Artículo 5.1.1) Este artículo confirma el principio ampliamente aceptado en virtud del cual las obligaciones de las partes no necesariamente se limitan a lo expresamente estipulado en el contrato. Otras obligaciones pueden ser implícitas.

3.7.1.2 Obligaciones implícitas

Las obligaciones implícitas pueden derivarse de (a) la naturaleza y la finalidad del contrato (b) las practicas establecidas entre las partes y los usos (c) la buena fe y la lealtad comercial (d) el sentido comun. (Artículo 5.1.2)

Este artículo describe las fuentes de las obligaciones implícitas. Diversos motivos pueden influir para que una obligacion no haya sido

expresamente estipulada ya sea porque dada la naturaleza y finalidad de la obligación las partes han considerado que son tan obvias que va de suyo que se consideran incluidas. Las obligaciones implícitas pueden derivarse por ejemplo de prácticas comerciales establecidas entre ellas o por los usos del comercio internacional.

3 7 1 3 Cooperación entre las partes Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última. (Artículo 5 1 3) Un contrato no debe ser visto simplemente como el punto de encuentro de intereses contrapuestos sino en cierta medida como un proyecto común en el que cada parte debe cooperar. Este enfoque se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la buena fe y lealtad negocial. La obligación de cooperación entre las partes por supuesto debe circunscribirse a ciertos límites (esta disposición hace referencia a una cooperación que pueda ser razonablemente esperada) sin llegar a alterar la distribución de obligaciones de las partes para el cumplimiento del contrato.

3 7 1 4 Determinación del tipo de obligación

Para determinar en que medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico se tendrán en cuenta entre otros factores (a) los términos en los que se describe la prestación en el contrato (b) el precio y otros términos del contrato (c) el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado (d) la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación (Artículo 5 1 5)

Es importante determinar si una obligación conlleva el deber de alcanzar un determinado resultado o únicamente el de emplear los mejores esfuerzos para lograrlo porque la obligación es más onerosa en el primer supuesto. A veces esta determinación puede ser difícil. Este artículo establece los criterios que pueden servir de guía para las partes, jueces o árbitros. Esta enumeración no es exhaustiva. Con frecuencia la determinación de la naturaleza de la obligación conlleva problemas de hermenéutica.

El precio y otros términos del contrato también pueden ofrecer indicios sobre la naturaleza de una obligación.

Un precio inusualmente alto u otra obligación recíproca de naturaleza dineraria puede indicar una obligación de alcanzar un resultado concreto en casos en donde por lo general suele asumirse solo una obligación de emplear los mejores esfuerzos. Otros ejemplos de estipulaciones que pueden facilitar la determinación de la naturaleza de la obligación son las cláusulas que vinculan el pago del precio al éxito de una operación, el pacto de cláusulas penales para el caso de no obtenerse un resultado específico y las cláusulas que permiten a una parte adaptar el contrato en el supuesto en que circunstancias imprevistas alteren el equilibrio de las prestaciones de una manera fundamental.

3.7.1.5 Determinación del precio

(1) Cuando el contrato no fija el precio o carece de términos para determinarlo, se considera que las partes, salvo indicación en contrario, se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, si no puede establecerse el precio de esta manera, se entenderá

que las partes se remitieron a un precio razonable (2) Cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable el precio será sustituido por un precio razonable sin admitirse disposición en contrario (3) Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y este no puede o no quiere fijarlo, el precio será uno razonable (4) Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen o que han dejado de existir o de ser accesibles, se recurrirá como sustituto al factor equivalente más cercano (Artículo 5 1 7)

Un contrato generalmente fija el precio que deberá pagarse o establece elementos en base a los cuales puede determinarse dicho precio. Cuando no es este el caso el párrafo primero de este artículo establece la presunción de que las partes se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de la celebración del contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial.

Todos estos requisitos son por supuesto importantes. Esta disposición también permite refutar esta presunción en el supuesto de presentarse cualquier indicación en contrario. En algunos casos el contrato expresamente establece que el precio será determinado por una de las partes. Esto sucede frecuentemente en varios sectores del comercio como en el de prestación de servicios. El precio no puede ser fácilmente fijado con anticipación y la parte que presta los servicios se encuentra en mejor posición para valorar su costo.

En estos casos se acatará la voluntad de las partes de dejar a una de las partes determinar el precio. Para impedir posibles abusos el párrafo segundo

permite a los jueces o arbitros modificar un precio manifiestamente irrazonable fijando un precio que sea razonable

Esta disposicion es de caracter imperativo. En algunos casos el contrato expresamente establece que el precio sera determinado por una de las partes. Esto sucede frecuentemente en varios sectores del comercio, como en el de prestacion de servicios.

El precio no puede ser facilmente fijado con anticipacion y la parte que presta los servicios se encuentra en mejor posicion para valorar su costo. En estos casos se acatara la voluntad de las partes de dejar a una de las partes determinar el precio. Para impedir posibles abusos, el paragrafo segundo permite a los jueces o arbitros modificar un precio manifiestamente irrazonable fijando un precio que sea razonable. Esta disposicion es de caracter imperativo.

3716 Renuncia por acuerdo de partes (1) Un acreedor puede renunciar a su derecho mediante un acuerdo con el deudor. (2) La oferta de renunciar a titulo gratuito a un derecho se presume aceptada si el deudor no la rechaza inmediatamente despues de conocerla. (Articulo 519) Un acreedor puede liberar a su deudor de su obligacion (o en caso de que el deudor tenga mas de una obligacion de mas de una obligacion).

La renuncia por parte del acreedor puede hacerse por un acto separado o constituir parte de una transaccion mas compleja entre las partes, por ejemplo un compromiso que resuelva una controversia entre ellas.

El presente articulo establece que la renuncia de un acreedor a su derecho (o a sus derechos) exige un convenio entre las partes, independientemente del

hecho que el acreedor renuncie a su derecho (o a sus derechos) a título oneroso o gratuito

3 8 Estipulación a favor de terceros

3 8 1 Estipulación a favor de terceros

(1) Las partes (el promitente y el estipulante) pueden otorgar por acuerdo expreso o tácito un derecho a un tercero (el beneficiario) (2) La existencia y el contenido del derecho del beneficiario respecto del promitente se determinan conforme al acuerdo de las partes y se encuentran sujetos a las condiciones y limitaciones previstas en dicho acuerdo (Artículo 5 2 1)

Las partes habitualmente celebran los contratos con la intención de crear derechos y obligaciones entre ellas

En estos casos solo las partes adquieren los derechos y obligaciones previstos en el contrato. El solo hecho de que un tercero obtenga un beneficio de la ejecución del contrato no le otorga derechos conforme al contrato. Los terceros sin embargo no siempre se quedan sin ningún derecho. El principio fundamental es el de la autonomía de las partes que si lo desean pueden otorgar un derecho a un tercero y deben tener la libertad para hacerlo.

Las partes pueden estipular expresamente que esa es su intención pero esto no es indispensable, ya que la intención de beneficiar a un tercero puede resultar implícita en el contrato. En casos donde se invoque la intención implícita la decisión dependerá de todas las disposiciones del contrato y de las circunstancias del caso.

3 8 2 Clausulas de exclusion y limitacion de responsabilidad El otorgamiento de derechos al beneficiario incluye el de invocar una clausula en el contrato que excluya o limite la responsabilidad del beneficiario (Articulo 5 2 3) Son muy frecuentes las disposiciones convencionales que limitan o excluyen la responsabilidad de quien no es parte en el contrato particularmente en los contratos de transporte donde frecuentemente forman parte de un modelo preestablecido de aseguracion

3 8 3 Revocacion Las partes pueden modificar o revocar los derechos otorgados por el contrato al beneficiario mientras este no los haya aceptado o no haya actuado razonablemente de conformidad con ellos (Articulo 5 2 5)

Se podria prescribir que el promitente y el estipulante sean libres de revocar los derechos del tercero en cualquier momento o bien por el contrario podria establecerse que una vez celebrado el contrato los derechos del tercero son inmutables Pocos sistemas adoptan una de estas posiciones extremas

La solucion adoptada preve que los derechos de los terceros se convierten en irrevocables una vez que el tercero los haya aceptado o haya actuado razonablemente en consecuencia

Las partes por supuesto, pueden pactar algo distinto en su contrato ya sea disponiendo que los derechos del beneficiario se vuelven irrevocables antes de ese momento o reservandose el derecho a revocarlos aun despues de que el tercero haya actuado razonablemente de conformidad con los derechos

3 9 Cumplimiento

3 9 1 Cumplimiento en general

3 9 1 1 Momento del cumplimiento

Una parte debe cumplir sus obligaciones (a) si el momento es fijado o determinable por el contrato en ese momento (b) si un periodo de tiempo es fijado o determinable por el contrato en cualquier momento dentro de tal periodo, a menos que las circunstancias indiquen que a la otra parte le corresponde elegir el momento del cumplimiento, (c) en cualquier otro caso en un plazo razonable despues de la celebracion del contrato (Articulo 6 1 1)

Para determinar cuando debe cumplirse una obligacion este articulo contempla tres hipotesis la primera es cuando en el contrato se ha fijado el momento de cumplimiento o cuando este es determinable conforme al contrato Si el contrato no especifica un momento preciso sino un periodo durante el cual debe cumplirse la obligacion cualquier momento seleccionado por el deudor dentro de dicho periodo es aceptable, a menos que de las circunstancias resulte que le corresponde a la otra parte elegir el momento del cumplimiento En todos los otros casos el cumplimiento debe llevarse a cabo en un plazo razonable

3 9 1 2 Cumplimiento parcial

(1) El acreedor puede rechazar una oferta de un cumplimiento parcial efectuada al vencimiento de la obligacion vaya acompañada o no dicha oferta de una garantia relativa al cumplimiento del resto de la obligacion, a menos que el acreedor carezca de interes legitimo para el rechazo (2) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento parcial han de ser soportados por el deudor sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor (Articulo 6 1 3)

El presente artículo tiene un ámbito de aplicación más amplio. Expresa que en el momento en que el cumplimiento debe llevarse a cabo, el acreedor puede rechazar una oferta de cumplimiento parcial. Esta regla es aplicable al vencimiento de la obligación, independientemente de que la prestación que se debe realizar en ese momento pueda prestarse en forma global o bien en una etapa del total de dicha prestación. Cuando la prestación (bien sea global o en etapas) se hace exigible al vencimiento de la obligación, esta debe prestarse en su totalidad.

En principio, el acreedor puede rechazar la oferta de un pago parcial, aunque dicha oferta sea acompañada de alguna garantía respecto al resto de la prestación, ya que el acreedor tiene derecho al total de lo estipulado. Como se afirma más adelante, el cumplimiento parcial comporta por lo general un incumplimiento del contrato. Una parte que no recibe el cumplimiento total a su vencimiento puede ejercitar los remedios correspondientes. Como regla general, el acreedor tiene un interés legítimo en reclamar el cumplimiento total de lo que le fue prometido y en el momento en que fue prometido.

3 9 1 3 Cumplimiento anticipado

(1) El acreedor puede rechazar el cumplimiento anticipado de la obligación a menos que carezca de interés legítimo para hacerlo. (2) La aceptación por una parte de un cumplimiento anticipado no afecta el plazo para el cumplimiento de sus propias obligaciones si este último fue fijado sin considerar el momento del cumplimiento de las obligaciones de la otra parte. (3) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento anticipado han de ser soportados por el deudor sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor. (Artículo 6:15)

Cuando el momento del cumplimiento ha sido determinado la prestación debe realizarse en ese momento. En principio, el acreedor puede rechazar el cumplimiento anticipado.

El momento establecido para el cumplimiento, por lo general, tiende a acomodarse a las actividades del acreedor, lo que hace presumir que un cumplimiento anticipado le ocasionaría molestias. Por lo tanto, el acreedor tiene un interés legítimo en rechazarlo, y el cumplimiento anticipado, en principio, equivale al incumplimiento del contrato. El acreedor puede, por supuesto, abstenerse de rechazar el cumplimiento anticipado y reservar sus derechos por incumplimiento.

También puede aceptar el cumplimiento anticipado sin hacer reserva alguna, en cuyo caso el cumplimiento anticipado no puede ser considerado como un incumplimiento. La aceptación del cumplimiento anticipado puede ocasionar gastos adicionales al acreedor, que en todo caso deben ser cubiertos por la otra parte.

Si el cumplimiento anticipado equivale al incumplimiento (que es el supuesto más común), dichos gastos constituyen parte del resarcimiento, sin perjuicio de otros derechos y acciones que le puedan corresponder. Si el cumplimiento anticipado no equivale al incumplimiento, el acreedor solo tiene derecho a ser reembolsado por esos gastos.

Este sería el supuesto en que el acreedor no tenga un interés legítimo para rechazar la oferta de cumplimiento anticipado o bien haya aceptado dicho cumplimiento anticipado sin hacer reserva alguna

3 9 1 4 Pago con cheque u otro instrumento

(1) El pago puede efectuarse en cualquier forma utilizada en el curso ordinario de los negocios en el lugar del pago (2) No obstante un acreedor que acepta un cheque o cualquier otra orden de pago o promesa de pago ya sea en virtud del parágrafo anterior o voluntariamente se presume que lo acepta solamente bajo la condición de que sea cumplida (Artículo 6 1 7)

El parágrafo primero establece que el pago puede efectuarse en cualquier forma normalmente utilizada en el curso de los negocios en el lugar de pago. Salvo la reserva hecha en el parágrafo segundo el deudor puede pagar, por ejemplo al contado con un cheque con un giro bancario, con una letra de cambio con tarjeta de crédito o con cualquier otra forma de pago que permitan los nuevos medios electrónicos siempre y cuando el medio elegido sea usual en el lugar de pago generalmente el lugar donde el acreedor tiene su establecimiento

En principio el acreedor debe aceptar el pago realizado en la forma acostumbrada en el lugar

El parágrafo segundo establece el principio generalmente reconocido de que la aceptación del acreedor de los instrumentos que han de ser pagados por una institución financiera o por otra persona (una tercera persona o el mismo

deudor) esta sujeta a la condicion de que dicho instrumento sea efectivamente pagado. Los usos pueden ocasionalmente contradecir esta presuncion.

Por ejemplo, en algunos paises la entrega de un instrumento de pago tales como un cheque certificado, un documento negociable emitido por un banco a la orden de otro y cheques que el banco certifica que seran pagados se considera equivalente al pago realizado por el deudor, transmitiendose de esta forma al acreedor el riesgo de la insolvencia del banco.

3 9 1 5 Pago por transferencia de fondos

(1) El pago puede efectuarse por una transferencia a cualquiera de las instituciones financieras en las que el acreedor haya hecho saber que tiene una cuenta, a menos que haya indicado una cuenta en particular. (2) En el caso de pago por transferencia de fondos la obligacion se cumple al hacerse efectiva la transferencia a la institucion financiera del acreedor (Articulo 6 1 8)

Se refiere al pago de obligaciones dinerarias a efectuarse en el establecimiento del acreedor, mientras que el paragrafo primero de este articulo establece que el pago tambien puede efectuarse por una transferencia a alguna de las instituciones financieras en las cuales el acreedor ha hecho saber que tiene una cuenta.

Sin embargo, si el acreedor ha indicado una cuenta en especial, el pago debe ser hecho en dicha cuenta. Naturalmente, el acreedor tambien puede solicitar que el pago no se realice por una transferencia de fondos.

El paragrafo segundo aborda la dificil cuestion de determinar el momento en que la transferencia de fondos se considera efectuada esto es el momento en que el deudor se libera de su obligacion

El tema es de suma importancia por ejemplo para decidir si un pago ha sido efectuado dentro del plazo o en el supuesto de que uno de los bancos no transfiera el pago que ha recibido del deudor

La determinacion de una solucion adecuada ha suscitado controversias importantes en varios paises y foros internacionales. Se han sugerido varias soluciones a saber el momento en que opera el descuento en la cuenta del emisor el momento en que el pago se acredita en la cuenta del banco que transfiere los fondos el reporte del credito en dicha cuenta el momento en que el banco receptor decide aceptar el credito el momento de entrada del credito en banco receptor el reporte de que esta operacion se ha realizado etc

3 9 1 6 Gastos del cumplimiento Cada parte debe soportar los gastos del cumplimiento de sus obligaciones (Articulo 6 1 11)

El cumplimiento de las obligaciones suele acarrear gastos que pueden revestir diferentes formas gastos de transporte por la entrega de mercaderias comisiones bancarias por la transferencia de fondos aranceles a pagar cuando se solicita una autorizacion etc

En principio estos gastos deben ser cubiertos por la parte que cumple con la obligacion. Por supuesto que las partes pueden convenir lo contrario y nada impide a la parte cumplidora incluir dichos costos en el precio. Este articulo

determina quien debe soportar los gastos derivados del cumplimiento no quien debe pagarlos

Aunque suele tratarse de la misma persona pueden presentarse otro tipo de situaciones como cuando la legislacion fiscal de un pais impone el deber de pagar a una persona determinada si la persona obligada al pago es diferente a la que debe soportar los gastos

3 9 1 7 Solicitud de autorizacion publica

Quando la ley de un Estado requiera una autorizacion publica que afecta la validez del contrato o su cumplimiento y ni la ley ni las circunstancias del caso indican algo distinto (a) si solo una parte tiene su establecimiento en tal Estado esa parte debera tomar las medidas necesarias para obtener la autorizacion y (b) en los demas casos la parte cuyo cumplimiento requiere de la autorizacion debera tomar las medidas necesarias para obtenerla (Articulo 6 1 14)

Estos principios no se ocupan de la relevancia juridica del requisito de obtener una autorizacion publica

Que tipo de autorizacion es necesario obtener en el caso de que sea necesario se determinara conforme a la ley aplicable incluyendo las normas de derecho internacional privado Los tribunales judiciales tienden a reconocer los requisitos de autorizacion publica que son impuestos por la *lex fori* y algunas veces los prescritos por la *lex contractus*

Los tribunales arbitrales pueden gozar de mayor discrecion que los tribunales judiciales para decidir las autorizaciones que deben obtenerse a los fines de la validez o ejecucion del contrato

La expresión "autorización pública" debe ser interpretada en su sentido más amplio

Ella puede incluir todos los requisitos establecidos para la obtención de un permiso o autorización de interés público tales como sanidad, seguridad y bienestar social o en virtud de políticas comerciales específicas

No importa determinar cuál es la naturaleza de la licencia o del permiso solicitado ni tampoco si debe ser otorgado por una institución gubernamental o no o si se trata de una institución a quien el gobierno le ha delegado para ciertos propósitos la facultad de conceder tales autorizaciones

Por lo tanto la autorización de un banco privado para efectuar pagos conforme a las reglas de control de cambios en vigencia se considera una autorización pública para los efectos de este artículo

No existe una regla que imponga el deber de informar del requisito de la autorización pública

Sin embargo, cuando las normas que requieren una autorización pública no son accesibles la parte obligada a obtener la autorización debe divulgar dicho requisito

Por lo tanto el principio fundamental de la buena fe y lealtad comercial puede imponer a la parte cuyo establecimiento se encuentre en el Estado donde debe solicitarse la autorización que informe a la otra parte de la existencia de tal requisito

En caso de no hacerlo el tribunal podra prescindir de la autorizacion o bien podra concluir que la parte que no informo la existencia de esta solicitud garantizo implicitamente que la autorizacion seria otorgada

El inciso (b) de este articulo contempla los casos en que ninguna de las partes tenga su establecimiento en el Estado que exige la autorizacion

Tambien se preve el supuesto de un contrato de naturaleza internacional en el que ambas partes tengan su establecimiento en el mismo Estado

En ambos supuestos la parte cuyo cumplimiento requiera de una autorizacion administrativa debe emplear todos los medios necesarios para obtenerla

3 9 1 8 Autorizacion ni otorgada ni denegada

(1) Cualquiera de las partes puede resolver el contrato si pese a que la parte responsable de obtener la autorizacion ha tomado todas las medidas requeridas para obtenerla esta no se otorga ni rechaza dentro del plazo convenido o cuando no se haya acordado plazo alguno dentro de un plazo prudencial a partir de la celebracion del contrato (2) No se aplicara lo previsto en el paragrafo (1) de este Articulo cuando la autorizacion afecte solamente algunas clausulas del contrato, siempre que teniendo en cuenta las circunstancias sea razonable mantener el resto del contrato a pesar de haber sido denegada la autorizacion (Articulo 6 1 16)

El paragrafo primero de este articulo trata del supuesto en que nada ocurra es decir la situacion que se presenta cuando la solicitud no ha sido otorgada ni rechazada dentro del plazo acordado o cuando no se ha acordado ningun plazo dentro de un plazo razonable desde la celebracion del contrato

Los motivos de la ausencia de una decisión pueden ser diversos tales como la lentitud del trámite una apelación pendiente etc En todo caso no existe ninguna razón para que las partes sigan esperando y por lo tanto cualquiera de ellas pueda resolver el contrato Los derechos y acciones de las partes distintos a la resolución dependerán del papel que juega la autorización en la creación o perfeccionamiento del vínculo contractual

Este es el caso en particular cuando la validez del contrato depende de la concesión de la autorización sin la cual cualquiera de las partes puede simplemente ignorar el contrato Este artículo también prevé la resolución del contrato cuando las partes se encuentren vinculadas a obligaciones diversas cuya vigencia no puede prolongarse indefinidamente mientras la concesión de la autorización se encuentra pendiente

3 10 Excesiva onerosidad (hardship)

3 10 1 Obligatoriedad del contrato

Quando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes esa parte permanece obligada no obstante a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre excesiva onerosidad (hardship) (Artículo 6 2 1)

El propósito de este artículo es aclarar que conforme al principio general de que los contratos se celebran para ser cumplidos el contrato debe cumplirse siempre que sea posible e independientemente de la carga que ello importe para la parte obligada

Es decir los términos del contrato deben ser respetados aunque una parte sufra graves pérdidas en lugar de las ganancias que esperaba o aun en el

supuesto de que el cumplimiento del contrato ya no tenga sentido para dicha parte

El fenómeno de la excesiva onerosidad sobreviniente ha sido contemplado en diversos sistemas jurídicos bajo diversas figuras tales como ***frustración de la finalidad del contrato*** , ***wegfall der geschäftsgrundlage***, ***imprevisión***, ***excessiva onerosita sopravvenuta***, etc

Sin embargo se ha escogido la expresión excesiva onerosidad (*hardship*) por ser ampliamente reconocida como parte integrante de los usos del comercio internacional lo que se confirma por la frecuencia con la que se incluyen en los contratos internacionales las llamadas cláusulas *hardship*

3 10 2 Definición de la 'excesiva onerosidad' (hardship)

Hay excesiva onerosidad (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido y (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja y (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja (Artículo 6 2:2)

Este artículo define a la excesiva onerosidad (*hardship*) como la situación que se presenta cuando el equilibrio de las prestaciones es alterado de una manera fundamental siempre y cuando los eventos que causan dicha alteración cumplan con requisitos establecidos en los incisos (a) al (d)

En la práctica, una alteración fundamental del equilibrio de las prestaciones puede manifestarse por dos vías diferentes aunque relacionadas entre sí

La primera se caracteriza por un aumento sustancial del costo de la prestación para una parte, quien por lo general debe cumplir una obligación no dineraria

El aumento fundamental del costo puede ser ocasionado, por ejemplo por un aumento drástico del precio de las materias primas que se necesitan para la producción de las mercaderías o para la prestación de los servicios o bien debido a nuevas reglamentaciones de seguridad que hacen más costoso los procedimientos de producción

3 10 2 1 Requisitos adicionales para que pueda presentarse la excesiva onerosidad (*hardship*)

3 10 2 1 1 Los eventos tienen lugar o llegan a ser conocidos después de la celebración del contrato En virtud del inciso (a) de este artículo los eventos que ocasionen la excesiva onerosidad (*hardship*) deben presentarse o ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato

Si ya conocía los hechos al celebrar el contrato dicha parte habría podido tomar las medidas oportunas y necesarias por lo que no podría invocar la excesiva onerosidad (*hardship*)

3 10 2 1 2 Los eventos no pudieron haber sido razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja Aunque el cambio de circunstancias se haya producido despues de la celebracion del contrato, el inciso (b) de este articulo aclara que dichas circunstancias no pudieron ser causa de la excesiva onerosidad (*hardship*) en el caso de que hayan podido ser razonablemente conocidas por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato

3 10 2 1 3 Los eventos escapan al control de la parte en desventaja Segun el inciso (c) de este articulo la excesiva onerosidad (*hardship*) solo puede surgir si los hechos que la ocasionan escapan del control de la parte en desventaja

3 10 2 1 4 La parte en desventaja no ha asumido el riesgo de que dichos eventos pudieran acontecer Segun el inciso (d) no existira excesiva onerosidad (*hardship*) si la parte en desventaja ha asumido el riesgo de un cambio de circunstancias

El verbo *asumir* señala claramente la necesidad de una declaracion expresa al *asumir* el riesgo aunque tambien puede ser una consecuencia directa de la naturaleza del contrato

La parte que celebra un contrato para llevar a cabo una operacion de especulacion debe aceptar correr ciertos riesgos aunque en el momento de celebrar el contrato no haya tenido una nocion cabal del riesgo que asumia. La definicion de excesiva onerosidad (*hardship*) en este articulo tiene inevitablemente un alcance muy general

Los contratos comerciales internacionales incorporan con frecuencia cláusulas mucho más precisas y elaboradas al respecto

Las partes encontrarán la forma más apropiada de adaptar el contenido de este artículo a las circunstancias concretas de una operación en particular

3 10 3 Efectos de la excesiva onerosidad (hardship)

(1) En caso de excesiva onerosidad (hardship) la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada con indicación de los fundamentos en los que se basa. (2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento. (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal. (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de excesiva onerosidad (hardship) y siempre que lo considere razonable podrá (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas o (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio. (Artículo 6 2 3)

El reclamo de renegociación debe ser presentado tan pronto como sea posible después del momento en que sucedió el hecho generador de excesiva onerosidad (*hardship*) (párrafo primero)

El plazo para reclamar la renegociación dependerá de cada caso en particular

El párrafo primero del presente artículo también impone a la parte en desventaja el deber de indicar los motivos en que se basa el reclamo de renegociación a fin de permitir que la otra parte pueda determinar si se justifica o no la renegociación del contrato

Un reclamo incompleto sera considerado como presentado fuera de tiempo a menos que las causas que dan origen a la excesiva onerosidad (*hardship*) sean tan obvias que no sea necesario indicarlal detalladamente en el reclamo

El paragrafo segundo de este articulo preve que el requerimiento de renegociacion no autoriza a la parte en desventaja a suspender el cumplimiento de sus obligaciones

Esto se debe al caracter excepcional de la excesiva onerosidad (*hardship*) y al riesgo de posibles abusos de este recurso

Si las partes no llegan a un acuerdo acerca de la adaptacion del contrato dentro de un tiempo razonable el paragrafo tercero de este articulo autoriza a ambas partes a recurrir a un tribunal

Esta situacion puede presentarse bien porque la parte que no ha sido perjudicada por el cambio de situacion decide ignorar el reclamo de renegociacion o porque las renegociaciones no prosperaron a pesar de la buena fe de ambas partes

En el caso de presentarse una situacion de excesiva onerosidad (*hardship*), el paragrafo cuarto de este articulo otorga varias alternativas al tribunal

Una primera posibilidad es resolver el contrato

Sin embargo dado que la resolucio del contrato en este supuesto no depende del incumplimiento de una de las partes el efecto de dicha resolucio sobre las prestaciones realizadas hasta ese momento difiere de aquel que regula el capitulo pertinente

3 11 Incumplimiento

3 11 1 Incumplimiento en general

3 11 1 1 Definición del incumplimiento El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío (Artículo 7 1 1)

Este artículo define el incumplimiento para los fines de los principios. Se debe prestar especial atención a dos características de la definición.

La primera es que la definición de incumplimiento incluye tanto las formas de cumplimiento defectuoso o tardío como las de incumplimiento total.

Por lo tanto, el constructor de un edificio incurre en incumplimiento si ha cumplido parcialmente conforme al contrato y parcialmente en forma defectuosa al igual que si termina de construirlo con retraso.

La segunda característica es que para los propósitos de los principios, el concepto de incumplimiento incluye tanto el incumplimiento no excusable como el excusable.

3 11 1 2 Interferencia de la otra parte Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que esta haya asumido el riesgo (Artículo 7 1 2) Puede considerarse que este artículo contempla dos hipótesis que excusan el incumplimiento Sin embargo conceptualmente va más lejos Cuando este artículo es aplicable la conducta pertinente no se convierte en un incumplimiento excusable sino que pierde la condición de incumplimiento De lo que se sigue por ejemplo, que la otra parte no estará facultada para resolver el contrato por incumplimiento Se contemplan dos supuestos diferentes En el primero una parte no es capaz de cumplir todo o parte del contrato porque la conducta de la otra parte ha hecho imposible en todo o en parte el cumplimiento de la obligación Otra posibilidad es que el incumplimiento sea el resultado de un acontecimiento cuyo riesgo haya sido atribuido en el contrato expresa o tácitamente a la parte que alega el incumplimiento

3 11 1 3 Subsanación del incumplimiento

(1) La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento siempre y cuando (a) notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación, (b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias (c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla y (d) dicha subsanación se lleve a cabo sin demora (2) La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento (3) Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta

el vencimiento del plazo para subsanar (4) La parte perjudicada puede suspender su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación (5) A pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación (Artículo 7 1 4)

El parágrafo primero de este artículo expresa que en el caso de reunirse ciertos requisitos la parte incumplidora puede subsanar su incumplimiento. Cumpliendo con dichos requisitos la parte incumplidora puede ampliar brevemente el plazo que tenía para cumplir conforme al contrato a menos que el cumplimiento oportuno fuera exigido por el contrato o por sus circunstancias. Este artículo por lo tanto favorece la conservación del contrato.

También refleja el principio de política jurídica de minimizar costos la subsanación será adecuada conforme a las circunstancias si atendiendo a la naturaleza del contrato es razonable permitir que la parte incumplidora intente de nuevo realizar la prestación. Como se señala en el parágrafo segundo la subsanación no se ve impedida solo porque el incumplimiento sea considerado esencial.

Los factores a ser tenidos en cuenta para determinar lo apropiado de la subsanación incluye la determinación de si esta puede resolver el problema y si la demora necesaria o probable que conlleve dicha subsanación no constituye en sí misma un incumplimiento esencial.

Empero el derecho a la subsanación no queda menoscabado porque la parte perjudicada cambie de posición con posterioridad. La subsanación debe

efectuarse inmediatamente despues de la notificacion de la subsanacion. El momento para el ejercicio del derecho a subsanar es esencial.

La parte incumplidora no puede encerrar a la parte perjudicada en un prolongado periodo de espera. La falta de perjuicio a la parte perjudicada no justifica la demora de la parte incumplidora en la subsanacion.

Cuando la parte incumplidora ha dado notificacion efectiva de la subsanacion conforme al paragrafo tercero, la parte perjudicada puede, segun el paragrafo cuarto, suspender su propia prestacion, pero no podra ejercitar accion alguna que sea incompatible con el derecho de la parte incumplidora a la subsanacion, a no ser que llegue a clarificarse que una subsanacion tempestiva y adecuada no ha sido efectiva o no lo sera.

Los remedios incompatibles incluyen una notificacion de resolver el contrato, celebrar operaciones de remplazo y reclamar el resarcimiento o la restitucion. Conforme al paragrafo quinto de este articulo, la parte incumplidora es responsable por el daño derivado del incumplimiento, aunque dicha parte tenga exito en la subsanacion.

Tambien es responsable por todo daño adicional causado por la subsanacion misma, o por la mora en el cumplimiento, o por cualquier tipo de daño que no haya podido ser evitado mediante la subsanacion.

3 11 1 4 Fuerza mayor

(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabia razonablemente esperar haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o

superado sus consecuencias (2) Cuando el impedimento es solo temporal la excusa tiene efecto durante un periodo de tiempo que sea razonable en funcion del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato (3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir Si la notificacion no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debio saber del impedimento esta parte sera responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepcion (4) Nada de lo dispuesto en este Articulo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido (Articulo 7 1 7)

El presente articulo abarca la materia que en la tradicion juridica del *common law* se conoce como la doctrina de la frustracion e imposibilidad de cumplimiento y en la tradicion juridica continental como *force majeure*, *Unmöglichkeit*, etc Sin embargo el concepto de *force majeure* no se identifica con ninguna de estas doctrinas

La expresion fuerza mayor (*force majeure*) ha sido escogida por ser ampliamente conocida en la practica comercial internacional, como lo confirma la inclusion de las llamadas clausulas de *force majeure* en innumerables contratos internacionales

La definicion de fuerza mayor (*force majeure*) en el paragrafo primero de presente articulo tiene un caracter necesariamente amplio Los contratos mercantiles internacionales establecen con frecuencia disposiciones mas complejas y precisas

Las partes en consecuencia pueden adaptar la terminologia mas apropiada para adaptar el contenido de este articulo a la operacion El presente

artículo no limita el derecho de la parte que no ha recibido la prestación a resolver el contrato siempre que dicho incumplimiento sea esencial

Lo que esta disposición establece en el caso de ser aplicable es la exención de la parte incumplidora a pagar una indemnización de los daños y perjuicios

3 12 Derecho a reclamar el incumplimiento

3 12 1 Cumplimiento de obligaciones dinerarias Si una parte que esta obligada a pagar dinero no lo hace la otra parte puede reclamar el pago (Artículo 7 2 1)

Este artículo acoge el principio generalmente aceptado que el pago de una obligación dineraria en virtud de una obligación contractual o casi contractual siempre podrá ser reclamado y si tal reclamación no es satisfecha su cumplimiento puede ser ordenado por un tribunal

El verbo reclamar es utilizado en el presente artículo para cubrir a la vez la solicitud dirigida a la contraparte y en caso de ser necesario al tribunal para su ejecución

Este artículo se aplica independientemente de la unidad monetaria en que deba o debiera efectuarse el pago

En otras palabras el derecho del acreedor para reclamar el pago se extiende también a los casos en que el pago deba realizarse en una moneda extranjera

3 12 2 Pena judicial

(1) Cuando un tribunal ordena a una parte que cumpla también puede ordenar que pague una pena si no cumple con la orden (2) La pena será pagada a la parte perjudicada salvo que normas imperativas del derecho del foro dispongan otra cosa El pago de la pena a la parte perjudicada no excluye el derecho de esta al resarcimiento (Artículo 7 2 4)

La experiencia de algunos ordenamientos jurídicos ha enseñado que las amenazas de penas impuestas judicialmente constituye el medio más eficaz para garantizar el cumplimiento de una sentencia que ordene el cumplimiento de una obligación (medidas cautelares)

Otros ordenamientos jurídicos por el contrario, no contemplan tales sanciones porque son consideradas como una inadmisibles invasión a la libertad de la persona humana

Este artículo adopta una postura intermedia al prever las penas monetarias pero no las otras aplicables a toda clase de sentencias que ordenan una prestación incluyendo las que ordenan el pago de dinero

El uso de la palabra puede en el párrafo primero de este artículo clarifica que la imposición de una pena queda a la discreción del tribunal Su ejercicio depende del tipo de obligación que se debe cumplir

En el caso de una sentencia que ordena pagar una suma de dinero solo será necesario recurrir a una pena judicial en situaciones excepcionales especialmente cuando la celeridad en el pago es esencial para la parte perjudicada

La segunda frase del paragrafo segundo deja claro que la pena judicial pagada a la parte perjudicada no afecta la reclamacion de una indemnizacion por los daños y perjuicios

Debe prestarse especial atencion a los problemas que surgen del reconocimiento y ejecucion de laudos arbitrales y sentencias extranjeras que imponen una pena. Reglas especiales sobre esta materia pueden encontrarse ocasionalmente en algunos ordenamientos internos y, en alguna medida en tratados internacionales

3 12 3 Cambio de remedio

(1) La parte perjudicada que ha reclamado el cumplimiento de una obligacion no dineraria y no lo ha obtenido dentro del plazo fijado o en su defecto dentro de un plazo razonable podra recurrir a cualquier otro remedio (2) En caso de no ser factible la ejecucion de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligacion no dineraria la parte perjudicada podra recurrir a cualquier otro remedio (Articulo 7 2 5)

Este articulo se dedica a un problema que es propio del derecho a reclamar el cumplimiento. La parte perjudicada puede abandonar el remedio de requerir la prestacion no dineraria y optar en cambio por otro u otros derechos o acciones

La eleccion se permite debido a las dificultades usualmente envueltas en la ejecucion de obligaciones no dinerarias. Aun si la parte perjudicada decide primero invocar su derecho a reclamar la prestacion no seria justo limitarla a esta unica opcion

La parte incumplidora puede ser incapaz de cumplir o su incapacidad para cumplir puede que se manifieste solo durante el curso del cumplimiento

El paragrafo segundo contempla el dificil problema que se presenta cuando la parte perjudicada ha intentado sin exito hacer cumplir la sentencia judicial o el laudo arbitral que impone el deber de cumplir. En este caso es obvio que la parte perjudicada puede recurrir inmediatamente a otros remedios

3 13 Resolucion

3 13 1 Derecho a resolver el contrato

(1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial. (2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligacion constituye un incumplimiento esencial se tendra en cuenta en particular, si (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenia derecho a esperar en virtud del contrato a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado, (b) la ejecucion estricta de la prestacion insatisfecha era esencial segun el contrato, (c) el incumplimiento fue intencional o temerario, (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumpliera en el futuro, (e) la resolucion del contrato hara sufrir a la parte incumplidora una perdida desproporcionada como consecuencia de su preparacion o cumplimiento. (3) En caso de demora la parte perjudicada tambien puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del periodo suplementario concedido a ella segun el Artículo 7 1 5 (Artículo 7 3 1)

En los casos de incumplimiento de una de las partes la determinacion de si la otra puede resolver el contrato depende de una ponderacion de las circunstancias

Por un lado la prestación puede tener tal demora o defectos que la parte perjudicada ya no pueda emplearla para los fines proyectados o bien el comportamiento de la parte incumplidora ha sido tal que se debería permitir a la parte perjudicada el derecho a resolver el contrato

Por otro lado la resolución del contrato habra de causar un detrimento serio a la parte incumplidora cuyos gastos en la preparación para ofrecer la prestación podrían no ser recuperados

Por ello el paragrafo primero de este artículo dispone que la parte perjudicada puede resolver el contrato solo si el incumplimiento de la otra parte es esencial esto es si es substancial y no de poca importancia

El primer factor al que hace referencia el paragrafo segundo (a) es que el incumplimiento sea tan esencial que prive a la parte perjudicada de algo fundamental que tenía derecho a esperar en el momento de celebrarse el contrato

El paragrafo segundo (b) no atiende a la gravedad efectiva del incumplimiento sino a la naturaleza de la obligación contractual cuyo cumplimiento podría ser esencial

Tales obligaciones que exigen su estricto cumplimiento no son infrecuentes en los contratos mercantiles

Por ejemplo, en los contratos de venta de artículos de consumo, el tiempo de entrega suele considerarse esencial y en una operación de crédito documentario los documentos ofrecidos deben conformarse fielmente con las cláusulas del crédito

El paragrafo segundo (c) trata de la situacion en la que el incumplimiento es intencional o temerario. Podria sin embargo ser contrario a la buena fe y lealtad comercial (articulo 1.7) resolver el contrato en un supuesto de incumplimiento insignificante aun cuando haya sido intencional.

El paragrafo segundo (d) le otorga importancia al hecho de que el incumplimiento brinde a la parte perjudicada un motivo para desconfiar del cumplimiento futuro de la otra parte.

Si una parte debe una de las primeras prestaciones permite anticipar que estos se repetirán en todas las prestaciones subsiguientes, la parte perjudicada puede resolver el contrato aun cuando los defectos evidenciados en las primeras entregas no justifiquen en si mismos la resolucion del contrato.

3.13.2 Notificación de la resolución

(1) El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte. (2) Si la prestación ha sido ofrecida tardíamente o de otro modo no conforme con el contrato la parte perjudicada perderá el derecho a resolver el contrato a menos que notifique su decisión a la otra parte en un periodo razonable despues de que supo o debio saber de la oferta o de la prestación defectuosa. (Artículo 7.3.2)

El paragrafo primero de este articulo confirma el principio de que el derecho de una parte a resolver el contrato se ejerce por tal notificación a la otra parte.

El requisito de la notificación permitira a la parte incumplidora evitar pérdidas originadas por la incertidumbre de si la parte perjudicada aceptara el cumplimiento.

La parte perjudicada que pretenda dar por terminado el contrato debera notificar a la otra parte dentro de un periodo razonable despues de que supo, o debiera haber sabido la situacion de incumplimiento (paragrafo segundo)

Que debe considerarse razonable dependera de las circunstancias

En aquellas situaciones en que la parte juridica pueda obtener facilmente una prestacion de reemplazo y pueda entonces especular con el alza y baja del precio la notificacion debera ser cursada de manera injustificada

Cuando se requieran de ciertas indagaciones para saber si es posible obtener una prestacion de reemplazo el periodo razonable habra de ser necesariamente mas largo

3 13 3 Efectos generales de la resolucion

(1) La resolucion del contrato releva a ambas partes de la obligacion de efectuar y recibir prestaciones futuras (2) La resolucion no excluye el derecho a reclamar una indemnizacion de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento (3) La resolucion no afecta cualquier termino del contrato relativo al arreglo de controversias o cualquier otra clausula del contrato destinada a operar aun despues de haber sido resuelto (Articulo 7 3 5)

El paragrafo primero de este articulo establece la regla general de que la resolucion del contrato tiene efectos para el futuro por lo que las partes se liberan de su deber de efectuar y recibir prestaciones futuras

No obstante la regla general establecida en el paragrafo primero pueden existir disposiciones en el contrato que sobrevivan a su resolucion

Es el caso en concreto de las disposiciones relativas al arreglo de controversias pero pueden existir otras que por su propia naturaleza se intenta que operen despues de la resolucion del contrato

3 14 Resarcimiento

3 14 1 Derecho al resarcimiento Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios (Articulo 7 4 1)

El Articulo insiste en que el derecho al resarcimiento, como otros remedios surge por el simple hecho del incumplimiento

La parte perjudicada unicamente debe probar el incumplimiento, esto es que no ha recibido lo que se le habia prometido

No es necesario probar ademas que el incumplimiento se debe a la culpa de la parte incumplidora

El grado de dificultad para probar el incumplimiento dependera del contenido de la obligacion y en particular si la obligacion es de emplear los mejores esfuerzos o de resultado

Este articulo tambien establece que la parte perjudicada puede solicitar la reparacion del daño sufrido bien como unico remedio (*v gr* reparacion por mora en el cumplimiento o por una prestacion defectuosa aceptada por la parte perjudicada o por cumplimiento imposible del que sea responsable la parte incumplidora) o bien en union con otros remedios

3 14 2 Certeza del daño

(1) La compensacion solo se debe por el daño incluyendo el daño futuro que pueda establecerse con un grado razonable de certeza (2) La compensacion puede deberse por la perdida de una expectativa en proporcion a la probabilidad de que acontezca (3) Cuando la cuantia de la indemnizacion de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza queda a discrecion del tribunal fijar el monto del resarcimiento (Articulo 7 4 3)

Este articulo confirma el conocido principio de certeza del daño ya que no es posible solicitar a la parte incumplidora que repare un perjuicio que no se ha producido y que posiblemente nunca suceda

El paragrafo primero tambien autoriza la compensacion del daño futuro esto es cuando el daño no se ha verificado pero es muy probable que se realice

El paragrafo segundo incluye ademas la perdida de una expectativa o chance obviamente solo en proporcion a la probabilidad de su ocurrencia

Por lo tanto el propietario de un caballo que llega demasiado tarde para correr una competicion como consecuencia del retraso en su transporte no puede reclamar una compensacion equivalente al primer premio aun cuando el caballo fuese el favorito

3 14 3 Prueba del daño en caso de una operacion de remplazo

Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operacion de remplazo en tiempo y modo razonables, podra recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operacion de remplazo asi como el resarcimiento por cualquier daño adicional (Articulo 7 4 5)

La presuncion es aplicable solo si se ha realizado una operacion de remplazo y no si la parte perjudicada ha cumplido por si misma la obligacion que deberia haber cumplido la otra parte (por ejemplo cuando un naviero procede a reparar por si mismo un buque que debio ser reparado por el astillero a quien se le habia confiado el trabajo)

Tampoco hay una operacion de remplazo y por lo tanto se aplicaran las reglas generales cuando una compañía despues de resolver el contrato utiliza su equipo para cumplir otros contratos que podria haber cumplido al mismo tiempo que el primero (perdida de volumen)

La operacion de remplazo debe llevarse a cabo dentro de un tiempo razonable y de una manera tambien razonable a fin de evitar que la parte incumplidora sea perjudicada por una conducta apresurada o maliciosa

3 14 4 Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada

Cuando el daño se deba en parte a un acto u omision de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo la cuantia del resarcimiento se reducira en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño tomando en consideracion la conducta de cada una de las partes (Articulo 7 4 7)

La contribucion de la parte perjudicada al daño puede consistir en su propia conducta o en un evento cuyo riesgo haya asumido

La conducta puede revestir la forma de un acto (*v gr* dar al transportista una direccion equivocada) o una omision (*v gr* no haber dado al constructor de la maquinaria que resulto ser defectuosa todas las instrucciones necesarias)

Con frecuencia dichos actos u omisiones resultan de la falta de cumplimiento de la parte perjudicada de sus prestaciones u obligaciones contractuales Sin embargo tambien podria provenir de su conducta negligente o de la falta de cumplimiento de otros contratos

Los acontecimientos externos por los que la parte perjudicada asume el riesgo pueden consistir entre otros eventos en actos u omisiones de personas por quien la parte perjudicada debe responder como seria el caso de dependientes o mandatarios

3 14 5 Intereses por falta de pago de dinero

- (1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligacion hasta el momento del pago sea o no excusable la falta de pago (2) El tipo de interes sera el promedio del tipo de prestamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y predominantes para la moneda de pago en el lugar donde este ha de ser efectuado Cuando no exista tal tipo en ese lugar, entonces se aplicara el mismo tipo en el Estado de la moneda de pago En ausencia de dicho tipo en esos lugares, el tipo de interes sera el que sea apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago (3) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnizacion adicional si la falta de pago causa mayores daños (Articulo 7 4 9)

Los intereses deben ser abonados siempre que el retardo en el pago se atribuya a la parte incumplidora y a partir del momento en que la deuda es exigible sin ninguna necesidad de que la parte perjudicada notifique la falta de dicho pago

Si el retardo es consecuencia de fuerza mayor (*force majeure*) (*v gr* si a la parte incumplidora le es imposible obtener la suma debida en razón de la entrada en vigor de una nueva regulación de control de cambios), los intereses se devengan de todas formas y deben ser pagados no en concepto de restitución sino como compensación por el enriquecimiento del deudor que resulta de la falta de pago ya el deudor continúa recibiendo intereses sobre la suma cuyo pago se encuentra imposibilitado de efectuar

El daño es calculado en una suma global. En otras palabras sujeto a lo dispuesto en el párrafo tercero de este artículo la parte perjudicada no tiene que probar que podría haber obtenido un mayor interés ni tampoco la parte incumplidora que la parte perjudicada habría obtenido un interés menor que el promedio del tipo bancario a la que se refiere el párrafo segundo

Las partes pueden por supuesto acordar con anticipación un tipo. El propósito del pago de intereses es reparar el daño normalmente ocasionado por el retardo en el pago de una suma de dinero

Dicho retardo puede sin embargo causar un daño adicional a la parte perjudicada por el que dicha parte puede reclamar el resarcimiento, siempre y cuando pueda probar dicho daño adicional y este cumpla con los requisitos de certeza y previsibilidad (párrafo tercero)

3 14 6 Pago estipulado para el incumplimiento

(1) Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido (2) No obstante a pesar de cualquier pacto en contrario la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relacion al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demas circunstancias¹ (Artículo 7 4 13)

Existen variaciones considerables entre los ordenamientos juridicos que incluye aquellos paises de tradicion continental romanista que las convalidan con la posibilidad de revisarlas judicialmente en el supuesto de que sean particularmente onerosas, hasta aquellos paises de la tradicion juridica del *common law* que rechazan la validez de clausulas especificamente orientadas a disuadir el incumplimiento (clausulas penales)

Vista su frecuencia en la practica contractual internacional el paragrafo primero de este articulo reconoce en principio la validez de toda clausula que disponga la obligacion de la parte incumplidora de pagar cierta suma de dinero a la parte perjudicada por dicho incumplimiento encontrandose facultada esta ultima a reclamar dicha suma, independientemente del daño que haya efectivamente sufrido

La parte incumplidora no puede alegar que la parte perjudicada ha sufrido un daño menor o que no ha sufrido daño alguno

El tipo de clausulas a las que se refiere este articulo debe distinguirse de las multas penas y otras clausulas similares que permiten a una de las partes

retirarse del contrato ya sea pagando una suma o perdiendo depósitos realizados

Por otro lado se incluye dentro del ámbito de aplicación de este artículo una cláusula en virtud de la cual una de las partes pueda retener sumas ya pagadas como parte del precio

3 15 Compensación

3 15 1 Condiciones de la compensación

(1) Cuando dos partes se deben recíprocamente deudas de dinero u otras prestaciones de igual naturaleza, cualquiera de ellas (la primera parte) puede compensar su obligación con la de su acreedor (la otra parte) si en el momento de la compensación (a) la primera parte está facultada para cumplir con su obligación (b) la obligación de la otra parte se encuentra determinada en cuanto a su existencia e importe y su cumplimiento es debido (2) Si las obligaciones de ambas partes surgen del mismo contrato la primera parte puede también compensar su obligación con una obligación de la otra parte cuya existencia o importe no se encuentre determinado (Artículo 8 1)

Una primera condición es que cada parte sea a la vez deudora y acreedora de la otra (parágrafo primero frase introductoria)

Es de hacer notar que las partes deben serlo dentro de sus mismas capacidades

Así la compensación no es posible si la primera parte es deudora frente a la otra parte en su nombre, pero es acreedora de la otra parte en otra calidad, por ejemplo como fiduciario o propietario de una sociedad

Las dos deudas deben ser de la misma naturaleza (paragrafo primero, frase introductoria)

En algunos ordenamientos juridicos las deudas deben ser fungibles
Una obligacion monetaria puede ser compensada solamente con otra obligacion monetaria

Una entrega de cereales no puede ser compensada, sino con la entrega de cereales de la misma especie

El concepto de prestaciones de igual naturaleza es mas amplio que el de deudas fungibles

El cumplimiento de obligaciones no monetarias puede ser de la misma naturaleza sin que sean fungibles

Dos obligaciones de entregar vino proveniente del mismo viñedo pero de diversa cosecha pueden ser obligaciones de la misma naturaleza pero no se consideran fungibles

La compensacion puede ser efectuada solamente cuando la deuda de la otra parte sea cierto respecto de su existencia y en su monto (paragrafo primero (b))

La existencia de una deuda es cierta cuando no pueda ser puesta en duda por ejemplo cuando tenga su origen en un contrato valido y que ha sido ejecutado o en una sentencia o laudo que no se encuentran sujetos a revision

Por el contrario una deuda consistente en pagar daños y perjuicios no es cierta cuando la deuda pueda ser puesta en duda por la otra parte

La compensación es un medio práctico para extinguir las deudas en un mismo momento

Así si las dos deudas provienen de un mismo contrato las condiciones de la compensación se modifican

Si las obligaciones de las dos partes provienen de un mismo contrato, la primera parte está autorizada a compensar su propia deuda con la deuda de la otra parte aun cuando esta última deuda no sea cierta en su existencia o en su monto (parágrafo segundo)

Por ejemplo una obligación de pagar los daños y perjuicios puede ser cierta en su existencia pero no en su monto

Si el monto mínimo a pagar no puede ser puesto en duda la primera parte puede compensar su propia deuda hasta por ese monto mínimo aunque el monto total de la deuda de la otra parte se desconozca

3 15 2 Efectos de la compensación (1) La compensación extingue las obligaciones (2) Si las obligaciones difieren en su importe la compensación extingue las obligaciones hasta el importe de la obligación menos onerosa (3) La compensación surte efectos desde la notificación (Artículo 8 5)

Las deudas se extinguen en el momento de la notificación si en ese momento se encuentran reunidas las condiciones requeridas para la compensación

La compensación no tiene efectos retroactivos Solo tiene efectos para el futuro

El momento a partir del cual la compensación produce sus efectos está vinculado con la necesidad de notificar la compensación

Además desde un punto de vista práctico será fácil conocer la fecha en la cual surtió efecto la compensación

La situación debe apreciarse como si las dos deudas estuvieran saldadas al día de la notificación. Dos consecuencias derivan de esta regla

En primer lugar los intereses de la deuda corren hasta el día de la notificación

Una parte que está en condiciones y que desea efectuar una compensación de su deuda debe declarar la compensación cuanto antes si desea detener el curso de los intereses

En segundo lugar si se efectuó un pago indebido después de la declaración de la compensación la restitución de la suma puede pedirse puesto que el pago no tiene fundamento jurídico

En cambio si el pago se efectuó antes de la notificación el pago es válido y la restitución de la suma no puede exigirse

3 16 Cesión de créditos, transferencia de obligaciones y cesión de contratos

3 16 1 Cesión de créditos (Definiciones) -Cesión de créditos es la transferencia mediante un acuerdo de una persona (el cedente) a otra (el cesionario) de un derecho al pago de una suma de dinero u otra prestación a cargo de un tercero (el deudor), incluyendo una transferencia a modo de garantía (Artículo 911) Esta sección solo comprende las transferencias convencionales y no las situaciones en las cuales el derecho aplicable establece la transferencia de ciertos créditos (por ejemplo en ciertas legislaciones la transferencia de los derechos del vendedor contra un asegurador respecto al comprador de un edificio asegurado o la transferencia automática de créditos en el caso de una fusión entre sociedades La definición tampoco se aplica a las transferencias unilaterales que en ciertos ordenamientos jurídicos pueden llevarse a cabo sin la participación del cesionario

La transferencia del crédito significa que el derecho pasa del activo del cedente al activo del cesionario La definición se aplica igualmente a las cesiones con fines de garantía La transferencia del activo del cedente al activo del cesionario se hace dejando a salvo los derechos de terceros Diferentes terceros pudieran verse afectados por la cesión de un crédito entre el cedente y el cesionario La transferencia del crédito significa que el derecho pasa del activo del cedente al activo del cesionario La definición se aplica igualmente a las cesiones con fines de garantía La transferencia del activo del cedente al activo del cesionario se hace dejando a salvo los derechos de terceros

Diferentes terceros pudieran verse afectados por la cesion de un credito entre el cedente y el cesionario

3 16 2 Exclusiones

Esta seccion no se aplica a las transferencias sometidas a las reglas especiales que regulan transferencias (a) de instrumentos como titulos de credito titulos representativos de dominio instrumentos financieros o (b) de derechos incluidos en la transferencia de una empresa (Articulo 9 1 2)

La transferencia de ciertas categorias de instrumentos regidos por reglas especiales no son parte del ambito de aplicacion de la presente seccion

Esta exclusion se aplica por ejemplo a los titulos de credito como las letras de cambio generalmente transferidas por endoso o entrega del documento y que se rigen por otras reglas por ejemplo aquellas que conciernen a las excepciones que hubiera podido oponer el cedente

Esta exclusion se aplica igualmente a los titulos representativos de dominio tales como conocimientos de embarque o resguardos de deposito y a instrumentos financieros como acciones y obligaciones

La transferencia de tales instrumentos esta normalmente subordinada a reglas especificas Otra excluyente se aplica a las cesiones hechas en virtud de una transferencia de empresa a la que se aplican normas especiales para tales transacciones como la que se da en el caso de fusion de empresas

El derecho aplicable preve frecuentemente un mecanismo que requiere que todos los derechos y obligaciones sean bajo ciertas condiciones, *transferidos totalmente conforme a lo dispuesto por ley*

3 16 3 Cesión de créditos futuros Un crédito futuro se considera cedido en el momento de celebrarse el acuerdo siempre que cuando llegue a existir dicho crédito pueda ser identificado como al que la cesión se refiere (Artículo 9 1 5) Para los efectos de la presente sección un crédito futuro es un crédito que nacera o que podría nacer en el futuro (en oposición a un crédito ya existente pero cuya ejecución es debida en el futuro) Conforme al presente artículo un crédito futuro puede ser cedido bajo la condición que pueda ser identificado como el crédito por el cual la cesión se produjo Se trata de evitar las dificultades que pueden derivar de una transferencia de créditos futuros descritos en términos demasiado vagos o generales El presente artículo prevé también que entre el cesionario y el cedente, la cesión de créditos futuros es oponible retroactivamente Una vez que nace el crédito se considera que la transferencia tuvo lugar en el momento de la conclusión del acuerdo de cesión

3 16 4 Suficiencia de convenio entre cedente y cesionario (1) Un crédito es cedido por el mero convenio entre el cedente y el cesionario, sin notificación al deudor (2) No se requiere el consentimiento del deudor a menos que la obligación según las circunstancias sea de carácter esencialmente personal (Artículo 9 1 7)

De acuerdo con el párrafo primero del presente artículo la cesión de un crédito es efectiva esto es el crédito es transferido del activo del cedente al del cesionario por el mero acuerdo entre estas dos partes

Esta disposición es una aplicación a la cesión de créditos del principio general establecido en el artículo 1 2 en virtud del cual los principios no imponen

que el contrato sea concluido bajo una forma particular. Esto no atenta a la aplicación eventual de las reglas imperativas del derecho aplicable conforme al artículo 14 así pues por ejemplo una cesión en garantía puede someterse a ciertas exigencias especiales de forma.

Una excepción se hace para el caso en que el crédito que debe ser cedido corresponde a una obligación que reviste un carácter esencialmente personal, es decir un crédito que es concedido por el deudor tomando especialmente en consideración la persona del acreedor. Semejante característica vuelve imposible la cesión de créditos sin el consentimiento del deudor pues no sería apropiado obligarle a cumplir la obligación en favor de otra persona.

3.16.5 Clausulas prohibiendo la cesion

1) La cesión de un derecho al pago de una suma de dinero surte efectos pese al acuerdo entre cedente y deudor limitando o prohibiendo tal cesión. Sin embargo el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato. (2) La cesión de un derecho a otra prestación no surtirá efectos si viola un acuerdo entre el cedente y el deudor que limite o prohíba la cesión. No obstante la cesión surte efectos si el cesionario en el momento de la cesión no conocía ni debiera haber conocido dicho acuerdo. En este caso el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato (Artículo 919)

En el caso de cesión de créditos dinerarios el párrafo primero otorga preferencia a la necesidad del crédito. El cesionario de un crédito monetario está protegido contra una cláusula de no cesión y la cesión es plenamente eficaz. Sin

embargo si el cedente actua en violacion de sus obligaciones contractuales sera responsable ante el deudor por incumplimiento de sus compromisos

La cesion de creditos no monetarios no comporta la misma relacion con las exigencias del credito lo que justifica la diferente solucion que encontramos en el paragrafo segundo Para lograr un justo equilibrio entre los intereses contradictorios de las tres partes involucradas, la regla esta vez es que la clausula de no cesion es eficaz frente al cesionario y que la cesion es consecuentemente considerada como invalida

3 16 6 Cesiones sucesivas Si un mismo credito ha sido cedido por el cedente a dos o mas cesionarios sucesivos, el deudor se libera pagando conforme al orden en que las notificaciones fueron recibidas (Articulo 9 1 11) El presente articulo trata del caso de cesiones sucesivas de un mismo credito hechas por un mismo cedente a cesionarios diferentes

Normalmente esto no deberia pasar pero puede ocurrir en la practica sin necesariamente que el cedente tenga conocimiento de ello Se da prioridad al cesionario que ha hecho primero la notificacion

A diferencia de la solucion prevista en algunos ordenamientos juridicos el presente articulo no toma en consideracion el conocimiento que tuviera o hubiera podido tener el deudor de la cesion en ausencia de notificacion Esta postura se debe al deseo de los principios de promover la notificacion garantizando asi el grado de certidumbre particularmente recomendado en el contexto de los contratos internacionales

3 16 7 Excepciones y derechos de compensacion

(1) El deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones que podria oponer al cedente (2) El deudor puede ejercitar contra el cesionario cualquier derecho de compensacion de que disponga contra el cedente hasta el momento en que ha recibido la notificacion de la cesion (Articulo 9 1 13)

Conforme al paragrafo primero del presente articulo el deudor puede oponer al cesionario todos los medios de defensa que hubiera podido oponer si el requerimiento hubiese sido realizado por el cedente Sin embargo en este caso, el cesionario tendra la posibilidad de actuar contra el cedente Conforme al paragrafo segundo el deudor puede ejercer en contra del cesionario todo derecho de compensacion a condicion de que el deudor disponga de este derecho de compensacion en virtud del articulo 8 1 antes que sea notificada la cesion Esta solucion se conforma con el principio segun el cual la situacion del deudor no debe quedar afectada por la cesion

3 16 8 Obligaciones del cedente

El cedente garantiza al cesionario excepto que algo distinto se manifieste al cesionario que (a) el credito cedido existe al momento de la cesion salvo que el credito sea un derecho futuro (b) el cedente esta facultado para ceder el credito (c) el credito no ha sido previamente cedido a otro cesionario y esta libre de cualquier derecho o reclamacion de un tercero (d) el deudor no tiene excepcion alguna (e) ni el deudor ni el cedente han notificado la existencia de compensacion alguna respecto del credito cedido y no daran tal notificacion (f) el cedente reembolsara al cesionario cualquier pago recibido del deudor antes de ser dada notificacion de la cesion (Articulo 9 1 15)

El crédito cedido debe existir al momento de la cesión. Esto no sería, por ejemplo, el caso si el pago hubiera ya sido efectuado o si el crédito hubiera sido anulado anteriormente. El cedente goza del derecho de ceder su crédito. Esto no es así cuando, por ejemplo, existe una prohibición contractual o legal de ceder el crédito. Si el cedente ya cedió un crédito a otro cesionario, por lo general no podrá ceder este mismo crédito por una segunda vez. Esta prohibición se puede considerar ya cubierta por la garantía prevista en el inciso (b), pero la importancia práctica de esta hipótesis es tal que se justifica una disposición explícita y autónoma.

El derecho de compensación puede ser ejercido por el deudor en contra del cesionario si dicha compensación hubiera sido posible antes de recibir notificación de la cesión. Las partes de la cesión pueden ciertamente establecer una garantía del cedente respecto a la solvencia presente o futura del deudor, o, en forma más general, respecto al cumplimiento de las obligaciones del deudor. Sin embargo, si no existiera tal acuerdo, no existiría tal garantía conforme al presente artículo. Algunas de las garantías del cedente pueden estar afectadas por informaciones proporcionadas en el momento de la transferencia.

El cedente puede, por ejemplo, informar al cesionario de la existencia de la demanda de un tercero, y en este caso el cesionario puede aceptar la transferencia del crédito a su propio riesgo, sin ninguna garantía del cedente a este respecto.

3 17 Transferencia de las obligaciones

3 17 1 Modalidades de la transferencia

Una obligación de pagar dinero o de ejecutar otra prestación puede ser transferida de una persona (el deudor originario) a otra (el nuevo deudor) sea (a) por un acuerdo entre el deudor originario y el nuevo deudor conforme al Artículo 9 2 3, o (b) por un acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor por el cual el nuevo deudor asume la obligación (Artículo 9 2 1)

En la práctica la manera más frecuente de transferir una obligación es de utilizar la vía convencional entre el deudor originario y el nuevo deudor con el consentimiento del acreedor conforme al artículo 9 2 3

Otra posibilidad consiste en celebrar un convenio entre el acreedor y el nuevo deudor donde el nuevo deudor acepte asumir la obligación. Solo las cesiones por convenio se rigen por la presente sección en oposición a las situaciones en las cuales el derecho aplicable puede prever cesiones por mandato legal (como sucede en ciertas legislaciones donde opera la cesión automática de obligaciones en las operaciones de fusión de empresas). La presente sección no se limita a la transferencia de obligaciones de entregar sumas de dinero. Ella abarca igualmente la transferencia de otros tipos de obligaciones como la prestación de servicios. Las deudas transferibles no están tampoco limitadas a las obligaciones de naturaleza contractual.

3 17 2 Exigencia del consentimiento del acreedor para la transferencia La transferencia de obligaciones por un acuerdo entre el deudor originario y el nuevo deudor requiere el consentimiento del acreedor (Artículo

9 2 3) El convenio por sí mismo no basta para que con ello quede cedida la obligación. Se requiere el consentimiento del acreedor. Esto difiere de la regla que se aplica a las cesiones de créditos donde la transmisión es válida en principio sin el consentimiento del deudor. Con el consentimiento del acreedor el nuevo deudor se convierte en obligado a pagar la deuda. Esto no implica que necesariamente el deudor originario sea liberado.

3 17 3 Liberación del deudor originario

- (1) El acreedor puede liberar al deudor originario.
- (2) El acreedor puede también retener al deudor originario como deudor en caso de que el nuevo deudor no cumpla adecuadamente.
- (3) En cualquier otro caso el deudor originario y el nuevo deudor responden solidariamente. (Artículo 9 2 5)

El acreedor puede primeramente liberar por completo al deudor originario. Otra posibilidad para el acreedor consiste en aceptar la cesión de la obligación del deudor originario al nuevo deudor con la condición que conserve su acción para actuar en contra del deudor originario. Hay dos opciones. La primera opción es que el deudor originario permanezca como deudor en el caso en que el nuevo deudor no ejecute la obligación correctamente.

En este caso el acreedor debe necesariamente demandar en primer lugar la ejecución al nuevo deudor. Pero si el nuevo deudor no ejecuta adecuadamente la prestación entonces el acreedor puede requerir el cumplimiento del deudor originario.

La formulacion de la presente disposición expresa claramente que la ultima opcion es la regla aplicable en caso de ausencia de eleccion de parte del acreedor. En otros terminos, si el acreedor no ha indicado su intencion de liberar al deudor originario ni tampoco la de conservar al deudor originario como deudor subsidiario, el deudor originario y el nuevo deudor responderan solidariamente de la obligacion.

3 17 4 Excepciones y derechos de compensacion

(1) El nuevo deudor puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que el deudor originario podia oponer contra el acreedor. (2) El nuevo deudor no puede ejercer contra el acreedor ningun derecho de compensacion disponible al deudor originario contra el acreedor. (Articulo 9 2 7)

Las obligaciones cedidas al nuevo deudor son las mismas que obligaban al deudor originario. De la misma manera que el deudor originario puede estar facultado para suspender o rehusar el pago al acreedor como medio de defensa, como podria ser el caso de la ejecucion incorrecta de las propias obligaciones del acreedor, el nuevo deudor podra fundarse en los mismos medios de defensa en contra del acreedor.

3 18 Cesion de contratos

3 18 1 Definiciones Cesion de contrato es la transferencia mediante un acuerdo de una persona (el cedente) a otra (el cesionario) de los derechos y obligaciones del cedente que surgen de un contrato con otra persona (la otra parte). (Articulo 9 3 1)

Los créditos y obligaciones pueden transferirse separadamente. Sin embargo en ciertos casos un contrato puede ser transferido en su totalidad.

Precisamente una persona cede a otra persona todos los créditos y obligaciones derivadas de su calidad de parte de un contrato.

Un contratante por ejemplo puede desear ser remplazado por otro contratante como parte en un contrato de construcción. Las reglas de la presente sección cubren las cesiones de contratos como son definidas en el presente artículo.

3 18 2 Exclusion Esta sección no se aplica a las cesiones de contratos sometidas a reglas especiales que regulan cesiones de contratos en el curso de la transferencia de una empresa. (Artículo 9 3 2)

La cesión de contratos puede estar sujeta a reglas específicas del derecho aplicable cuando se lleva a cabo en el marco de una transferencia de empresa. Tales reglas especiales prevén frecuentemente los mecanismos por los cuales todos los contratos de la empresa, bajo ciertas condiciones, serán cedidos por mandato de la ley. El presente artículo no impide la aplicación de los principios cuando ciertos contratos pertenecientes a la empresa transferida son cedidos individualmente.

3 18 3 Consentimiento anticipado de la otra parte (1) La otra parte puede dar su consentimiento anticipadamente. (2) Si la otra parte ha dado su consentimiento anticipadamente, la cesión del contrato surte efecto cuando una notificación de la cesión se da a la otra parte o cuando la otra parte la reconoce. (Artículo 9 3 4)

El paragrafo primero del presente articulo establece que el consentimiento de la otra parte exigida en virtud del articulo 9 3 3 puede ser dado de manera anticipada

Conforme al paragrafo segundo, si la otra parte da su consentimiento anticipado la cesion del contrato producira sus efectos cuando se notifique a la otra parte o cuando la otra parte la reconozca Esto significa que es suficiente que el cedente o el cesionario notifiquen la cesion cuando esta sobreviene La notificacion no es necesaria si consta que la otra parte ha reconocido la cesion del contrato cesion a la cual este ya habia dado su consentimiento anticipadamente

3 18 4 Excepciones y derechos de compensacion (1) En la medida que la cesion de un contrato involucre una cesion de creditos, se aplicara el Articulo 9 1 13 (2) En la medida que la cesion de un contrato involucre una transferencia de obligaciones se aplicara el Articulo 9 2 7 (Articulo 9 3 6)

La cesion de un contrato implica a la vez una cesion de los creditos originarios y una transferencia de las obligaciones originarias del cedente al cesionario La operacion no deberia afectar negativamente la situacion de la otra parte en su caracter de deudor y deberia colocar al cesionario en la misma situacion que el cedente en su capacidad de deudor

Cuando el cesionario ejercite sus derechos la otra parte podra oponer todos los medios de defensa que ella hubiera podido oponer en calidad de deudor si la demanda hubiera estado hecha por el cedente

3 19 Prescripcion

3 19 1 Ambito de aplicacion

(1) El ejercicio de los derechos regulados por estos Principios esta limitado por la expiracion de un periodo de tiempo denominado periodo de prescripcion , segun las reglas de este capitulo (2) Este capitulo no regula el tiempo en el cual conforme a estos Principios se requiere a una parte como condicion para la adquisicion o ejercicio de su derecho que efectue una notificacion a la otra parte o que lleve a cabo un acto distinto a la apertura de un procedimiento juridico (Articulo 10 1)

Todos los sistemas reconocen la influencia que ejerce el curso del tiempo sobre los derechos Existen dos sistemas basicos

En virtud de uno el curso del tiempo extingue los derechos y las acciones En virtud del otro el curso del tiempo no es mas que un medio de defensa que puede ser invocado como excepcion frente a una accion legal

En virtud de estos principios la expiracion de un plazo no extingue los derechos sino que opera solo como un medio de defensa Este articulo se refiere en manera general a los derechos regulados por estos principios indicando que no solo el derecho a reclamar el cumplimiento u otra medida para los casos de incumplimiento prescribira sino tambien el ejercicio de derechos que afecten en manera directa a un contrato tales como el derecho a terminarlo o a reclamar una reduccion de precio acordada contractualmente

3 19 2 Periodos de prescripcion

(1) El periodo ordinario de prescripcion es tres años que comienza al dia siguiente del dia en que el acreedor concio o debiera haber conocido los hechos a cuyas resultas el derecho del acreedor puede ser

ejercido (2) En todo caso el periodo maximo de prescripcion es diez años que comienza al dia siguiente del dia en que el derecho podia ser ejercido (Articulo 10 2)

La duracion establecida de un periodo de prescripcion no siempre determina por sí misma el tiempo tras el cual ya no se podran ejercer los derechos

Los requisitos determinantes del comienzo del periodo o las circunstancias que producen efectos sobre su curso pueden tener incidencia sobre este momento asi como puede tenerla un acuerdo entre partes

La autonomia de las partes en referencia a los periodos de prescripcion reviste una gran importancia practica puesto que periodos demasiado largos o demasiado cortos podrian hacerse tolerables si son modificables libremente

El sistema dualista adopta como principio que al acreedor no puede oponersele la prescripcion antes que este haya tenido una posibilidad efectiva de ejercer un derecho del que tiene un cierto o posible conocimiento

Asi el paragrafo primero señala un periodo de prescripcion mas bien corto de tres años a contar desde el momento en que el acreedor conocio o debia conocer los hechos que fundamentan su derecho y le permitan ejercerlo

El paragrafo segundo indica un periodo de prescripcion maximo de diez años a contarse desde que el derecho podia ejercerse independientemente del conocimiento cierto o supuesto que de tal derecho tenga el acreedor El periodo general de prescripcion de tres años comienza el dia siguiente a aquel en que

el acreedor conoció o debía haber conocido los hechos a cuyas resultas el derecho del acreedor puede ser ejercido

Los hechos conforme a la presente disposición, son los hechos que sirven de base al derecho tales como la formación de un contrato la entrega de mercaderías, la asunción de servicios y el incumplimiento

Los hechos indicadores que un derecho o un crédito son exigibles deben ser conocidos o al menos poder ser conocidos por el acreedor antes que el período de prescripción general comience a correr. Puede ocurrir asimismo que el acreedor tenga dudas sobre la identidad del deudor en los casos de representación cesión de obligaciones o contratos disolución de sociedades o contratos en favor de terceros desconocidos

En esos casos el acreedor debe conocer o tener motivos para conocer a quien reclamar antes de que se le pueda reprochar el no haber ejercido su derecho o acción. El conocimiento cierto o posible de los hechos sin embargo, no significa que el acreedor debe conocer las implicancias jurídicas de tales hechos. Si no obstante su completo conocimiento de los hechos el acreedor está equivocado acerca de sus derechos el período de prescripción de tres años igualmente comenzará a correr

3 19 3 Modificación de los periodos de prescripción por las partes

(1) Las partes pueden modificar los periodos de prescripción (2) Sin embargo, ellas no podrán (a) acortar el período ordinario de prescripción a menos de un año (b) acortar el período máximo de prescripción a menos de cuatro años (c) prorrogar el período máximo de prescripción a más de quince años (Artículo 10 3)

En algunos sistemas jurídicos la facultad de las partes de modificar los periodos de prescripción y sus efectos se encuentra limitada para proteger a la parte más débil en particular a los consumidores

A veces se realiza una distinción entre periodos de prescripción muy cortos que pueden ser prolongados y otros periodos de prescripción que no pueden ser modificados o que solo pueden ser abreviados

Dado que los principios se aplican por lo general a los contratos internacionales entre personas de negocios que por lo general cuentan con los conocimientos y experiencia pertinentes y que por lo tanto no requieren ser protegidas se permite a las partes adaptar a las necesidades de cada caso los periodos de prescripción aplicables a los derechos nacidos de los contratos

La autonomía de la voluntad de las partes a este respecto puede verse restringida cuando la ley aplicable contenga normas de carácter imperativo

Es posible acordar una modificación antes o después del comienzo de un periodo de prescripción

Un acuerdo de modificación anterior o posterior al comienzo del curso de un periodo de prescripción es diferente a un acuerdo celebrado una vez que ha expirado el periodo de prescripción

Un acuerdo de este último tipo es tardío para modificar el periodo de prescripción pero puede tener efectos jurídicos ya sea como renuncia a usar como defensa la expiración del periodo de prescripción o bien como una nueva promesa del deudor

3 19 4 Suspension por procedimiento judicial

(1) El decurso del periodo de prescripcion se suspende (a) cuando al iniciar un procedimiento judicial o en el procedimiento judicial ya iniciado el acreedor realiza cualquier acto que es reconocido por el derecho del foro como ejercicio del derecho del acreedor contra el deudor (b) en caso de insolvencia del deudor cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de insolvencia o (c) en el caso de procedimientos para disolver la entidad deudora cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de disolucion (2) La suspension dura hasta que se haya dictado una sentencia definitiva o hasta que el procedimiento concluya de otro modo (Articulo 10 5)

Los requisitos para la apertura de procedimientos judiciales se determinan conforme a la ley procesal de los tribunales en que los mismos son iniciados. La ley de procedimientos del foro tambien determina si la presentacion de una reconvenccion equivale a iniciar un procedimiento judicial cuando una reconvenccion opuesta como medio de defensa se considera como un procedimiento separado, entablar una reconvenccion tiene el mismo efecto sobre el periodo de prescripcion que tendria de haber sido aducida de manera independiente

En todos los ordenamientos juridicos los procedimientos judiciales afectan el curso de los periodos de prescripcion de dos maneras diferentes. La interrupcion de un periodo de prescripcion puede ser provocada por un procedimiento judicial de manera tal que al finalizar dicho procedimiento comienza a correr un nuevo periodo de prescripcion

De manera alternativa el procedimiento judicial puede provocar tan solo la suspensión de la prescripción de tal manera que el periodo transcurrido antes de la apertura del procedimiento judicial sera deducido del total del periodo aplicable recomenzando a correr el resto del periodo de prescripción al final del procedimiento

3 19 5 Suspensión en caso de fuerza mayor, muerte o incapacidad

(1) Cuando el acreedor no ha podido detener el decurso del periodo de prescripción segun los Articulos precedentes debido a un impedimento fuera de su control y que no podia ni evitar ni superar el periodo ordinario de prescripción se suspende de modo que no expire antes de un año despues que el impedimento haya dejado de existir (2) Cuando el impedimento consiste en la incapacidad o muerte del acreedor o del deudor la suspensión cesa cuando se designe un representante para el incapacitado el difunto o su herencia o cuando un sucesor haya heredado la parte que le corresponde En este caso se aplica el periodo suplementario de un año conforme al paragrafo (1) (Artículo 10 8)

Constituye un principio fundamental que el acreedor tenga la posibilidad de ejercer sus derechos antes que se vea impedido de hacerlo como resultado del decurso del tiempo

A titulo de ejemplos practicos de impedimentos puede mencionarse la guerra y los desastres naturales que impiden al acreedor el acceso al tribunal competente

Otros casos de fuerza mayor pueden tambien impedir el ejercicio de un derecho y al menos causar la suspensión del curso del periodo de prescripción El evento que impida al acreedor el ejercicio de su derecho debe escapar a su

control. La prision por lo tanto no suspende el curso del periodo de prescripcion sino solamente cuando no pudo haber sido evitada como en el caso de un prisionero de guerra pero no en el caso de un criminal. De todos modos solo se suspende el periodo de prescripcion general. Podra oponerse la expiracion del periodo maximo de prescripcion si tal periodo ha transcurrido antes que el acreedor pueda ejercer su derecho. Incapacidad y muerte del acreedor o del deudor no son sino ejemplos especificos de impedimentos de un efectivo ejercicio del derecho del acreedor. El paragrafo segundo dispone la misma solucion para el caso de impedimentos mas generales.

3 19 6 Derecho de compensacion El acreedor puede ejercitar el derecho de compensacion mientras el deudor no haya opuesto el vencimiento del periodo de prescripcion (Articulo 10 10). Puesto que el derecho del acreedor continua existiendo aun cuando haya expirado el periodo dicho derecho puede ser usado para compensar si se dan los requisitos del articulo 8 1 para que las compensaciones tengan lugar. Aunque la expiracion del periodo de prescripcion no extingue de por si el derecho del acreedor la situacion cambia cuando el deudor invoca la prescripcion como defensa contra el acreedor. En esta manera el periodo de prescripcion produce sus efectos con la consecuencia que el derecho no puede ya ser reclamado. Puesto que la compensacion puede ser considerada como una medida de auto ejecucion, no sera posible recurrir a ella una vez que la expiracion del periodo de prescripcion se haya invocado como defensa.

3 19 7 Restitucion Cuando ha habido prestacion en cumplimiento de la obligacion no hay derecho a la restitucion por el solo hecho de haber vencido el periodo de prescripcion (Articulo 10 11) Otra consecuencia de que bajo los principios la expiracion del periodo de prescripcion solo puede ser usada como medio de defensa pero no extingue el derecho del acreedor consiste en que si el deudor cumple su prestacion a pesar de haber invocando la defensa de expiracion del periodo de prescripcion la prestacion cumplida constituye un titulo juridico que fundamenta la pretension del acreedor que puede ser validamente aprovechada como tal

La mera expiracion de periodo de prescripcion no puede ser esgrimida como fundamento para basar una accion de repeticon en virtud de principios tales como el enriquecimiento sin causa

3 20 Pluralidad de deudores y acreedores

3 20 1 Pluralidad de deudores (Definiciones)

Quando varios deudores estan obligados frente a un acreedor por la misma obligacion (a) las obligaciones son solidarias si cada deudor responde por la totalidad (b) Las obligaciones son separadas si cada deudor solo responde por su parte (Articulo 11 1 1)

Este articulo indica que cuando varios deudores estan obligados frente a un acreedor por la misma obligacion las obligaciones son solidarias si cada deudor responde por la totalidad en el caso que las obligaciones son separadas cada deudor solo responde por su parte

3 20 2 Presuncion de solidaridad Cuando varios deudores esten obligados frente a un acreedor por la misma obligacion se presume la solidaridad a menos que las circunstancias indiquen lo contrario (Articulo 11 1 2) La obligacion de varios deudores se presume solidaria frente a un acreedor salvo que las circunstancias del contrato expongan lo contrario

3 20 3 Derechos del acreedor frente a los deudores solidarios

Quando los deudores esten obligados solidariamente el acreedor podra reclamar el cumplimiento a cualquiera de ellos, hasta obtener el cumplimiento total (Articulo 11 1 3) Establece la responsabilidad de los deudores solidarios, el acreedor puede reclamar el cumplimiento de la obligacion a cualquiera de ellos hasta que su credito sea satisfecho con el cumplimiento total de la obligacion contraida

3 20 4 Excepciones y compensacion

El deudor solidario contra quien el acreedor ejercite una accion puede oponer todas las excepciones y los derechos de compensacion que le sean personales o que sean comunes a todos los codeudores pero no puede oponer las excepciones ni los derechos de compensacion que correspondan personalmente a uno o varios de los demas codeudores (Articulo 11 1 4)

Las excepciones y los derechos de compensacion le corresponden al deudor solidario en la medida que sea personales o comunes a todos los codeudores, empero el deudor solidario no puede oponer las excepciones ni los derechos de compensacion que correspondan personalmente a uno o varios de los demas codeudores

3 20 5 Efectos del cumplimiento o de la compensacion

Si un deudor solidario cumple o compensa la obligacion o si el acreedor ejercita la compensacion frente a un deudor solidario, los demas codeudores quedan liberados frente al acreedor en la medida del cumplimiento o de la compensacion (Artículo 11 1 5)

La norma indica la posibilidad que un deudor solidario cumpliera o compensa la obligacion o si el acreedor ejercita la compensacion frente a un deudor solidario los demas codeudores quedan liberados frente al acreedor en la medida del cumplimiento o de la compensacion

3 20 6 Efectos de la remision o de la transaccion

(1) La remision de la deuda respecto de un deudor solidario o la transaccion con un deudor solidario libera a los demas deudores de la parte de dicho deudor a menos que las circunstancias indiquen lo contrario (2) Una vez que los demas deudores sean liberados de la parte de dicho deudor, no podran ejercitar frente a este ultimo la accion de regreso prevista en el Artículo 11 1 10 (Artículo 11 1 6)

Los efectos juridicos de la remision de la deuda respecto de un deudor solidario o su transaccion libera a los demas deudores de la parte de dicho deudor salvo que las circunstancias indiquen lo contrario Cuando los deudores sean liberados de la parte de dicho deudor no se podra ejercitar la accion de regreso

3 20 7 Efectos del vencimiento o de la suspension de la prescripcion

(1) La expiracion del periodo de prescripcion de los derechos del acreedor frente a un deudor solidario no afecta (a) Las obligaciones de los demas deudores

solidarios frente al acreedor ni (b) Las acciones de regreso entre los deudores solidarios previstas en el Artículo 11 1 10 (2) Si el acreedor inicia contra un deudor solidario uno de los procedimientos previstos en los Artículos 10 5, 10 6 o 10 7 el decurso de la prescripción también se suspende frente a los demás deudores solidarios (Artículo 11 1 7)

La expiración del periodo de prescripción de la acción contra un deudor solidario no afecta la deuda que mantienen los demás deudores solidarios frente al acreedor tampoco la acción de regreso entre los deudores solidarios el decurso de la prescripción también se suspende frente a los demás deudores solidarios

3 20 8 Efectos de las sentencias

(1) Una decisión de un tribunal acerca de la responsabilidad de un deudor solidario frente al acreedor no afecta (a) Las obligaciones de los demás deudores solidarios frente al acreedor ni (b) Las acciones de regreso entre los deudores solidarios previstas en el Artículo 11 1 10 (2) Sin embargo los demás deudores solidarios también pueden invocar dicha decisión a menos que esta se base en motivos personales de dicho deudor En tal caso las acciones de regreso entre los deudores solidarios previstas en el Artículo 11 1 10 se verán afectadas en lo pertinente (Artículo 11 1 8)

Se establece los efectos jurídicos de la sentencia a cerca de la responsabilidad de un deudor solidario frente al acreedor en tal sentido agrega la norma que no afecta las obligaciones de los demás deudores solidarios frente al acreedor ni las acciones de regreso entre los deudores solidarios pero los demás deudores solidarios pueden invocar dicha decisión judicial a menos que la misma se base en motivos personales del mismo deudor

3 20 9 Reparto entre los deudores solidarios Los deudores solidarios se obligan entre ellos por partes iguales a menos que las circunstancias indiquen lo contrario (Artículo 11 1 9)

Los deudores solidarios se obligan entre ellos en partes iguales a menos que las circunstancias del contrato indiquen lo contrario

3 20 10 Alcance de la acción de regreso El deudor solidario que pago mas que su parte puede reclamar la diferencia de cualquier otro deudor solidario hasta la parte no cumplida por cada uno de ellos (Artículo 11 1 10)

El beneficio de la acción de regreso ejercitada por un deudor solidario lo puede favorecer cuando el mismo pago mas de lo que le correspondía pagar en tanto puede el deudor reclamar la diferencia de cualquier otro deudor solidario hasta la parte no cumplida por cada uno de ellos

3 20 11 Derechos del acreedor

(1) El deudor solidario a quien se aplique el Artículo 11 1 10 puede ejercitar igualmente los derechos del acreedor incluidos aquellos que garantizan el cumplimiento para recuperar la diferencia de los demás deudores solidarios hasta la parte no cumplida por cada uno de ellos (2) El acreedor que no ha recibido el cumplimiento total conserva sus derechos frente a los codeudores en la medida de lo no cumplido con preferencia sobre los codeudores que ejerciten las acciones de regreso (Artículo 11 1 11)

El beneficio de la acción de regreso incluye para el deudor solidario que ha cancelado mas del monto de su deuda los demás derechos del acreedor incluyendo los que garantizan el cumplimiento de las obligaciones para recuperar

lo adeudado por los demás deudores solidarios hasta la cantidad que no cumplieron cada uno de ellos

Preve también que el acreedor que no ha recibido el cumplimiento total conserva sus derechos frente a los codeudores en la medida de lo no cumplido con preferencia sobre los codeudores que ejerciten las acciones de regreso

3 20 12 Excepciones en las acciones de regreso

El deudor solidario contra quien un codeudor que ha cumplido la obligación ejercita una acción de regreso (a) puede oponer todas las excepciones y los derechos de compensación que podrían haber sido invocados o ejercitados por el codeudor frente al acreedor (b) puede oponer todas las excepciones que le sean personales (c) no puede oponer las excepciones o los derechos de compensación que correspondan personalmente a uno o varios de los demás codeudores' (Artículo 11 1 12)

El deudor solidario contra quien un codeudor que ha cumplido la obligación ejercita una acción de regreso puede oponer todas las excepciones y los derechos de compensación que podrían haber sido invocados o ejercitados por el codeudor frente al acreedor puede presentar las acciones personales no puede oponer las excepciones o los derecho de compensación que correspondan personalmente a uno o varios de los demás codeudores

3 20 13 Imposibilidad de recuperar

Cuando un deudor solidario que pago más que su parte a pesar de haber realizado todos los esfuerzos razonables, no puede recuperar la contribución de otro deudor solidario la parte de los demás deudores, incluyendo la del que ha pagado, aumentará proporcionalmente (Artículo 11 1 13)

Cuando un deudor solidario ha cumplido con el pago de mas cantidad de la que adeuda realizando todas las gestiones para recuperar su contribucion no puede hacerlo la parte de los demas deudores que incluye la que ha pagado, aumentaran proporcionalmente

3 21 Pluralidad de acreedores

3 21 1 Definiciones

Cuando varios acreedores pueden exigir de un deudor el cumplimiento de la misma obligacion (a) los creditos son separados si cada acreedor solo puede exigir su parte (b) los creditos son solidarios si cada acreedor puede exigir la totalidad de la prestacion (c) los creditos son mancomunados si todos los acreedores deben exigir la prestacion de forma conjunta (Articulo 11 2 1)

Se hace la distincion entre un credito separado un credito solidario y uno credito mancomunado cuando varios acreedores pueden exigir de un deudor el cumplimiento de la misma obligacion Son creditos separados si cada acreedor solo puede exigir su parte, son creditos solidarios si cada acreedor puede exigir la totalidad de la prestacion y son creditos mancomunados si todos los acreedores deben exigir la prestacion de forma conjunta

3 21 2 Efectos de los creditos solidarios El cumplimiento total a favor de uno de los acreedores solidarios libera al deudor frente a los demas acreedores (Articulo 11 2'2)

Los efectos del pago total a favor de uno de los acreedores solidarios es liberar al deudor frente a los demas acreedores

3 21 3 Excepciones frente a los acreedores solidarios

(1) El deudor puede oponer a cualquier acreedor solidario todas las excepciones y los derechos de compensación que le sean personales en su relación con dicho acreedor o que pueda oponer a todos los acreedores pero no puede oponer las excepciones ni los derechos de compensación que le sean personales en su relación con uno o varios de los demás acreedores (2) Las disposiciones de los Artículos 1115 1116 1117 y 1118 se aplican a los acreedores solidarios con las adaptaciones necesarias (Artículo 1123)

Las excepciones que enervan el cumplimiento de la obligación frente a los acreedores solidarios son amplísimas y contemplan todos los supuestos de esta norma

3 21 4 Reparto entre los acreedores solidarios

(1) Los acreedores solidarios tienen entre ellos derecho a partes iguales a menos que las circunstancias indiquen lo contrario (2) El acreedor que recibe más que su parte debe transferir el excedente a los demás acreedores en la medida de sus respectivas partes (Artículo 1124)

Se indica la igualdad ante el derecho de crédito que ostentan los acreedores solidarios indicándose que el acreedor que recibe más de su parte debe transferir el excedente a los demás acreedores en la medida de sus respectivas partes

**CAPITULO IV DE LA LEX MERCATORIA EN EL
DERECHO POSITIVO PANAMEÑO, LA
JURISPRUDENCIA PANAMEÑA Y EL DERECHO
COMPARADO**

1 Derecho positivo panameño frente a la *lex mercatoria*

1.1 Análisis de los principios de UNIDROIT a la luz del Código de Comercio

1.1.1 Artículo 5 del Código de Comercio

En este sentido el punto de referencia de la *lex mercatoria* en nuestro derecho comercial aparece reflejado en el **artículo 5 del Código de Comercio Patrio**

El artículo 5 del **Código de Comercio** informa y dinamiza la aplicabilidad de la *lex mercatoria* en lo que se refiere a los usos y prácticas efectuadas dentro del derecho comercial panameño. Esta norma encierra la hipótesis de una fuente jurídica que no hace una distinción entre uso de comercio interno y uso de comercio internacional sino por el contrario es una fuente directa que vincula al juez que conoce de la causa.

El temperamento legal de esta norma expresa que

Si las cuestiones sobre derechos y obligaciones comerciales no pudieren ser resueltas ni por el texto de la ley comercial ni por su espíritu ni por los casos análogos en ella previstos serán decididos con arreglo a los usos del comercio observados generalmente en la plaza y a falta de estos se estará a lo que establezca el derecho civil.

El artículo 5 del Código de Comercio puede ser entendido desde una doble manifestación jurídica.

Por una parte expresa la norma en comento que ***Si las cuestiones sobre derechos y obligaciones comerciales no pudieren ser resueltas, ni***

por el texto de la ley comercial, ni por su espíritu, ni por los casos analogos en ella previstos

El legislador establece que si en la relaciones comerciales en donde nacen derechos y obligaciones mercantiles ya sea producto de una relacion juridica mercantil (compraventa mercantil sociedad mercantil mandato mercantil contrato de transporte terrestre contrato de permuta contrato de cesion contrato de prestamō mercantil contrato de fianza contrato de prenda contrato de deposito letras de cambio cheques pagares facturas carta de credito contratos bancarios contratos de seguros etc) no estan reguladas en el ordenamiento juridico comercial ni en el espiritu de la ley comercial ni en los casos analogos entonces surge una especie de ***laguna o vacio legal*** que no es mas que una situacion que no puede encuadrarse en el ordenamiento juridico existente pues no la regula o es inexistente en la ley comercial

La ley es sabia en proporcionar una solucion universal a la laguna legal que engendra la relacion comercial que no tiene regulacion existente

Como el comercio se caracteriza por ser versatil y dinamico la practica comercial va mas acelerada que la practica legislativa que tiene una formalidad en el organo legislativo que para dictar leyes tienen que pasar por un proceso legislativo que no se compadece con la realidad del avance y marcha acelerada del comercio es por ello que las relaciones comercial no pueden quedar sin regulacion juridica y al existir un vacio al respecto se enlaza esa realidad con la parte final del articulo 5 delCodigo de Comercio que en su segunda manifestacion expresa que ***seran decididos con arreglos a los usos del***

comercio observados generalmente en la plaza, y a falta de estos, se estara a lo que establezca el derecho civil Si la ley comercial no proveer solucion juridica a un caso entonces el juez tendra que decidir con arreglo a los usos de comercio observados en la plaza y a falta de estos lo que establezca el derecho civil

Es uso es la practica efectiva y repetida de una determinada conducta Y uso del comercio es la reiteracion efectiva de conductas en el trafico mercantil, es decir, la observancia repetida uniforme y constante de ciertas practicas y reglas por los comerciantes en sus negocios

La importancia historica de esta fuente esta fuera de duda, dado el origen consuetudinario del derecho mercantil Sin embargo, la progresiva estatalizacion y legalizacion del derecho mercantil han relegado el uso a su actual caracter de fuente subsidiaria solo aplicable en defecto de ley mercantil

Aun asi el uso del comercio sigue teniendo un papel destacado en la regulacion de la materia mercantil dado el caracter dinamico y la naturaleza profesional de las actividades en las que se proyecta por lo que ante nuevas realidades y frente a la necesaria **lentitud de respuesta del sistema legal** los agentes del trafico empresarial producen sus propias soluciones con mayor agilidad y adaptacion a las exigencias de ese trafico El mejor ejemplo lo encontramos en el **trafico comercial internacional** en el que debido al insuficiente derecho legislado los propios agentes profesionales de ese trafico establecen reglas autonomas

Algunos usos del comercio se sitúan fuera de la esfera comercial, son, entre otros los que afectan a la competencia en el mercado a la llevanza de la contabilidad etc Sin embargo la mayoría se ubica en el tráfico comercial y tienen origen contractual Estos usos nacen en la vida del tráfico siguiendo un **proceso formativo** en el que pueden identificarse tres fases sucesivas

- En la primera ciertas cláusulas se incluyen en los contratos de modo reiterado y con el tiempo se estandarizan (cláusulas de estilo)
- En la segunda a fuerza de repetirse llega a estimarse que no es necesaria su inclusión expresa en el contrato, porque se presume que es voluntad de las partes observarlas quedando así sobrentendida
- Por último el contenido de estas cláusulas se separa de la voluntad de las partes y se aplica al contrato salvo pacto expreso en contrario incluso aunque las partes las desconocieran

Debe advertirse que este proceso no culmina necesariamente las cláusulas de estilo no siempre llegan a sobrentenderse y aun en este caso no siempre se separan de la voluntad (presunta) de las partes Los usos son **fuentes** del derecho mercantil pero **siempre que sean** de comercio (es decir, pertenecientes a la materia propia del derecho mercantil) y observados generalmente en cada plaza lo que implica que su aplicación depende de que el uso invocado aunque tenga un ámbito territorial amplio tenga vigencia y sea observado en el lugar del acto a disciplinar

Los usos de comercio son fuente **subsidiaria de primer grado** del derecho mercantil y como tal se aplican en defecto de la ley mercantil De

donde se deduce que los usos contra legem carecen de eficacia. Los usos normativos pueden **cumplir otros cometidos** como concretar el contenido de una norma legal abstracta cuando esta se remita al uso con tal efecto, fijar el contenido de un contrato supliendo el silencio legal y la ausencia de voluntad declarada de las partes, debiendo aclararse que en este último caso no interpreta la voluntad declarada, sino que sustituye la voluntad no declarada.

La esencia jurídica del artículo 5 del Código de Comercio determina la posibilidad del traslado a una norma positiva aplicable a una relación jurídica internacional cuando se da el caso que la ley positiva vigente no contempla todos los casos, por ende, debe incurrir en las prácticas y usos del comercio internacional en los casos concretos en donde las partes así lo hayan descrito.

El Código de Comercio en su artículo 5 establece el punto de referencia de la *lex mercatoria* como una sintaxis de los usos y prácticas de los comerciantes que se refleja en el derecho comercial interno y se traspolo al derecho comercial internacional.

En tal sentido el artículo 5 del Código de Comercio Patrio estatuye la **lex mercatoria** sobre la base de los usos y prácticas del comercio interno traspalándose al comercio internacional.

El artículo 5 del Código de Comercio es el sustento legal del fallo de 27 de febrero de 1996 emitido por la Sala de Lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá en donde el Banco Cafetero Panamá S.A. recurre en Casación en el Proceso Ordinario que le sigue Banco Exterior de los Andes y de España S.A.

La naturaleza de esta norma se sostiene en el caracter profesional de los comerciantes que realizan actos de comercio. En sumo contraste se encuentra un *ius mercatorum* que se solidifica en una sociedad dominada por los operadores del comercio internacional que dan generis a sus propias normas reguladoras expresadas en usos, practicas y costumbres internacionales aplicables a los contratos internacionales.

La hipótesis legal que engloba el artículo 5 del Código de Comercio es de inspiración normativa anacional que encierra el uso, la práctica y la costumbre nacional e internacional aplicable a una relación jurídica internacional.

1.1.2 Comparación entre las normas del Código de Comercio referentes a la contratación comercial en general y los Principios de UNIDROIT de 2010

CUADRO II COMPARACION ENTRE LAS NORMAS DEL CODIGO DE COMERCIO Y LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT DE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES DE 2010

CÓDIGO DE COMERCIO DE LA REPUBLICA DE PANAMA	PRINCIPIOS DE UNIDROIT DE 2010
<p>Artículo 194 En cuanto no este dispuesto en el presente Código en materia de contratación mercantil deberá estarse a los usos del comercio generalmente observados en cada plaza y a falta de estos a las prescripciones del derecho común relativas a las obligaciones y contratos en general.</p>	<p>ARTÍCULO 1.9 (Usos y practicas) (1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. (2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.</p>

<p>Artículo 195 Los contratos de comercio no están sujetos para su validez a formas especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren las partes quedaran obligadas de la manera y en los terminos que aparezca que quisieron obligarse.</p> <p>Exceptuase de esta disposicion los contratos que con arreglo a este Codigo o a leyes especiales deban reducirse a escritura publica o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia.</p>	<p>ARTÍCULO 3 1 2 (Validez del mero acuerdo) Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes sin ningun requisito adicional.</p> <p>ARTÍCULO 3 1 3 (Imposibilidad inicial) (1) No afectara la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebracion fuese imposible el cumplimiento de la obligacion contraida. (2) Tampoco afectara la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebracion una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato.</p> <p>ARTÍCULO 6 1 17 (Autorizacion denegada) (1) La denegacion de una autorizacion que afecta la validez del contrato comporta su nulidad. Si la denegacion afecta unicamente la validez de algunas clausulas solo tales clausulas seran nulas si teniendo en cuenta las circunstancias es razonable mantener el resto del contrato.</p>
<p>Artículo 196 Cuando la ley exija que un contrato se consigne por escrito, esta disposicion se aplicara igualmente a toda modificacion esencial del mismo.</p> <p>Artículo 197 Los contratos que por disposicion de la ley deban consignarse por escrito seran firmados a mano por los contratantes. Si alguno o algunos de ellos no pudieran firmar lo hara otra persona a</p>	<p>ARTÍCULO 2 1 18 (Modificacion en una forma en particular) Un contrato por escrito que exija que toda modificacion o extincion por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podra modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante una parte quedara vinculada por sus propios actos y no podra valerse de dicha clausula en la medida en que la otra</p>

<p>su ruego y la firma sera en tal caso legalizada por dos testigos Si la ley no dispusiere otra cosa, las cartas o telegramas equivaldran a la forma escrita, con tal que la carta o el original del telegrama esten firmados por el remitente o que se pruebē que han sido expedidos por este</p>	<p>parte haya actuado razonablemente en funcion de tales actos</p>
<p>Articulo 200 Las partes que han convenido en dar a un contrato forma especial no exigida por la ley no quedaran obligadas sino desde el cumplimiento de ese requisito</p>	<p>ARTICULO 2 1 13 (Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos especificos o una forma en particular) Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insiste en que el contrato no se entendera perfeccionado hasta lograr un acuerdo sobre asuntos especificos o una forma en particular el contrato no se considerara perfeccionado mientras no se llegue a ese acuerdo</p> <p>ARTICULO 2 1 18 (Modificacion en una forma en particular) Un contrato por escrito que exija que toda modificacion o extincion por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podra modificarse ni extinguirse de otra forma No obstante una parte quedara vinculada por sus propios actos y no podra valerse de dicha clausula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en funcion de tales actos</p>
<p>Articulo 201 El que propusiere a otro la celebracion de un contrato fijandole plazo para aceptār quedara ligado por su oferta esten o no presentes las dos partes hasta la expiracion de ese plazo</p>	<p>ARTICULO 2 1 7 (Plazo para la aceptacion) La oferta debe ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o si no se hubiere fijado plazo dentro del que sea razonable teniendo en</p>

	<p>cuenta las circunstancias incluso la rapidez de los medios de comunicacion empleados por el oferente Una oferta verbal debe aceptarse inmediatamente a menos que de las circunstancias resulte otra cosa</p> <p>ARTICULO 218 (Aceptacion dentro de un plazo fijo) El plazo de aceptacion fijado por el oferente comienza a correr desde el momento de expedicion de la oferta A menos que las circunstancias indiquen otra cosa se presume que la fecha que indica la oferta es la de expedicion</p>
<p>Artículo 202 La oferta hecha verbalmente sin termino para la aceptacion quedara insubsistente si no se acepta en el acto</p>	<p>ARTICULO 613 (Cumplimiento parcial) (1) El acreedor puede rechazar una oferta de un cumplimiento parcial efectuada al vencimiento de la obligacion vaya acompañada o no dicha oferta de una garantia relativa al cumplimiento del resto de la obligacion a menos que el acreedor carezca de interes legitimo para el rechazo , (2) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento parcial han de ser soportados por el deudor sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor</p>
<p>Artículo 204 Entre ausentes el que hace la oferta cuando no se haya fijado plazo determinado para la aceptacion permanecera obligado durante el tiempo que normalmente fuere necesario para la respuesta Para este efecto se presumira que la propuesta ha sido recibida a tiempo salvo prueba en contrario</p>	<p>ARTICULO 211 (Modo de perfeccion) El contrato se perfecciona mediante la aceptacion de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo</p>

<p>Si la aceptacion expedida a tiempo llegare tarde al autor de la oferta no subsistira el contrato pero el que hizo la oferta debera informar inmediatamente esta circunstancia al aceptante</p>	<p>ARTICULO 212 (Definicion de la oferta) Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta si es suficientemente precisa e indica la intencion del oferente de quedar obligado en caso de aceptacion</p>
<p>Articulo 205 Cuando en razon de la naturaleza especial del negocio o en vista de las circunstancias no debiese el autor de la oferta esperar una aceptacion expresa el contrato se reputara celebrado si no hubiere sido rechazada la oferta en un plazo conveniente Igualmente se reputara concluido el contrato cuando el proponente requiera la ejecucion inmediata sin esperar respuesta previa de aceptacion y la otra parte comenzare a ejecutarlo</p>	<p>ARTICULO 217 (Plazo para la aceptacion) La oferta debe ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o si no se hubiere fijado plazo, dentro del que sea razonable teniendo en cuenta las circunstancias incluso la rapidez de los medios de comunicacion empleados por el oferente Una oferta verbal debe aceptarse inmediatamente a menos que de las circunstancias resulte otra cosa</p> <p>ARTICULO 218 (Aceptacion dentro de un plazo fijo) El plazo de aceptacion fijado por el oferente comienza a correr desde el momento de expedicion de la oferta A menos que las circunstancias indiquen otra cosa, se presume que la fecha que indica la oferta es la de expedicion</p>
<p>Articulo 208 Mientras el contrato no sea perfecto tanto la propuesta como la aceptacion seran revocables pero si la revocacion llegare a la otra parte despues que esta de buena fe hubiere comenzado la ejecucion, el revocante debera indemnizar los daños y perjuicios consiguientes</p>	<p>ARTICULO 215 (Rechazo de la oferta) La oferta se extingue cuando la notificacion de su rechazo llega al oferente</p>
<p>Articulo 213 La oferta o el mandato dados por un comerciante para determinado asunto comercial no se consideraran revocados por su</p>	<p>ARTICULO 214 (Revocacion de la oferta) (1) La oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato</p>

<p>defuncion a no ser que resulte lo contrario de los terminos expresos del acto o de las circunstancias</p>	<p>si la revocacion llega al destinatario antes de que este haya enviado la aceptacion (2) Sin embargo la oferta no podra revocarse (a) si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptacion o de otro modo que es irrevocable o (b) si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta</p>
<p>Articulo 214 Los contratos de comercio se ejecutaran de buena fe segun los terminos en que fueron convenidos y redactados atendiendo mas que a la letra de los pactos a la verdadera intencion de los contratantes Las palabras deben entenderse en el sentido que les da el uso general aunque alguno de los contratantes pretenda que las ha entendido de otro modo</p>	<p>ARTICULO 1 7 (Buena fe y lealtad negocial) (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber</p> <p>ARTICULO 4 8 (Integracion del contrato) (1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un termino importante para determinar sus derechos y obligaciones el contrato sera integrado con un termino apropiado a las circunstancias (2) Para determinar cual es el termino mas apropiado se tendran en cuenta entre otros factores los siguientes (a) la intencion de las partes (b) la naturaleza y finalidad del contrato (c) la buena fe y la lealtad negocial (d) el sentido comun</p> <p>ARTICULO 5 1 2 (Obligaciones implicitas) Las obligaciones implicitas pueden derivarse de (a) la naturaleza y la finalidad del contrato</p>

	<p>(b) las practicas establecidas entre las partes y los usos (c) la buena fe y la lealtad negocial (d) el sentido comun</p> <p>ARTICULO 5 3 3 (Intromision en el cumplimiento de la condicion) 1 Si el cumplimiento de una condicion es impedido por una parte en violacion del deber de buena fe y lealtad negocial o de cooperacion dicha parte no podra invocar la falta de cumplimiento de la condicion 2 Si el cumplimiento de una condicion es provocado por una parte en violacion del deber de buena fe y lealtad negocial o de cooperacion dicha parte no podra invocar el cumplimiento de la condicion</p> <p>ARTICULO 5 3 4 (Obligacion de preservar los derechos) Antes del cumplimiento de la condicion una parte no puede en violacion del deber de actuar de buena fe y lealtad negocial comportarse de manera tal que perjudique los derechos de la otra parte en caso de que la condicion se cumpliera</p>
<p>Artículo 216 Cuando en el contrato se hubiere usado para designar la moneda el peso o medida de terminos genericos que puedan aplicarse a valores o cantidades diferentes se entendera contraida la obligacion en aquella especie de moneda peso o medida que este en uso corriente en la plaza en contratos de igual naturaleza</p>	<p>ARTICULO 6 1 10 (Moneda no expresada) Si el contrato no expresa una moneda en particular el pago debe efectuarse en la moneda del lugar donde ha de efectuarse el pago</p>

<p>Artículo 217. Cuando la moneda indicada en un contrato no tenga curso legal o comercial en Panama y las mismas partes no hubièrent determinado su valor podrá pagarse en moneda nacional al tipo de cambio bancario a la vista el día del pago</p>	<p>ARTÍCULO 619 (Moneda de pago)</p> <p>(1) Si una obligación dineraria es expresada en una moneda diferente a la del lugar del pago este puede efectuarse en la moneda de dicho lugar, a menos que</p> <p>(a) dicha moneda no sea convertible libremente o</p> <p>(b) las partes hayan convenido que el pago debería efectuarse solo en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada</p> <p>(2) Si es imposible para el deudor efectuar el pago en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada el acreedor puede reclamar el pago en la moneda del lugar del pago aun en el caso al que se refiere el paragrafo (1)(b) de este Artículo</p> <p>(3) El pago en la moneda del lugar de pago debe efectuarse conforme al tipo de cambio aplicable que predomina en ese lugar al momento en que debe efectuarse el pago</p> <p>(4) Sin embargo si el deudor no ha pagado cuando debio hacerlo el acreedor puede reclamar el pago conforme al tipo de cambio aplicable y predominante bien al vencimiento de la obligación o en el momento del pago efectivo</p>
<p>Artículo 221 En las obligaciones mercantiles los cóobligados lo serán solidariamente salvo pacto en contrario La misma presunción existirá contra el fiador aunque no sea comerciante que garantizare una obligación mercantil</p>	<p>ARTÍCULO 1113 (Derechos del acreedor frente a los deudores solidarios) Cuando los deudores esten obligados solidariamente, el acreedor podrá reclamar el cumplimiento a cualquiera de ellos hasta obtener el cumplimiento total</p>

<p>Artículo 224 Las obligaciones mercantiles deberán cumplirse en el lugar determinado en el contrato o en aquel que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse más adecuado. En caso contrario deberá ejecutarse el contrato en el lugar en que al hacerlo tenía el obligado su establecimiento comercial o por lo menos su domicilio o su residencia, sin embargo si hubiere de entregarse una cosa determinada que al tiempo de celebrarse el contrato se hallare en otro lugar con conocimiento de los contratantes se hará la entrega en dicho lugar.</p>	<p>ARTÍCULO 611 (Momento del cumplimiento) Una parte debe cumplir sus obligaciones (a) si el momento es fijado o determinable por el contrato en ese momento (b) si un periodo de tiempo es fijado o determinable por el contrato en cualquier momento dentro de tal período a menos que las circunstancias indiquen que a la otra parte le corresponde elegir el momento del cumplimiento (c) en cualquier otro caso en un plazo razonable después de la celebración del contrato</p>
<p>Artículo 225 No obstante lo dispuesto en el Artículo anterior, las deudas en dinero a excepción de las que consistan en efectos al portador o transmisibles por endoso deberán ser pagadas en el lugar en que el acreedor tuviese en el momento de celebrarse el contrato su establecimiento comercial o en defecto de este su domicilio.</p>	<p>ARTÍCULO 616 (Lugar del cumplimiento) (1) Si el lugar de cumplimiento no está fijado en el contrato ni es determinable con base en aquel una parte debe cumplir (a) en el establecimiento del acreedor cuando se trate de una obligación dineraria (b) en su propio establecimiento cuando se trate de cualquier otra obligación (2) Una parte debe soportar cualquier incremento de los gastos que inciden en el cumplimiento y que fuere ocasionado por un cambio en el lugar de su establecimiento ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato</p>
<p>Artículo 230 Las obligaciones mercantiles no serán exigibles sino durante las horas habituales de trabajo. Si la obligación vence en día domingo u otro reconocido como feriado por la ley será pagadera al siguiente día hábil.</p>	<p>ARTÍCULO 112 (Modo de contar los plazos fijados por las partes) (1) Los días feriados oficiales o no laborables que caigan dentro de un plazo fijado por las partes para el cumplimiento de un acto quedarán incluidos a los efectos de calcular dicho plazo.</p>

	<p>(2) En todo caso si el plazo expira en un dia que se considera feriado oficial o no laborable en el lugar donde se encuentra el establecimiento de la parte que debe cumplir un acto el plazo queda prorrogado hasta el dia habiil siguiente a menos que las circunstancias indiquen lo contrario</p> <p>(3) El huso horario es el del lugar del establecimiento de la parte que fija el plazo a menos que las circunstancias indiquen lo contrario</p>
<p>Articulo 238 La pena se debera cumplir aunque el acreedor no haya experimentado ningun daño El acreedor que sufra daños cuyo importe exceda el de la pena no podra reclamar una indemnizacion superior sino probando el dolo del deudor</p> <p>Articulo 239 La clausula penal no podra ser exigida cuando el cumplimiento del contrato se haga imposible por caso fortuito o por falta del acreedor o cuando el cumplimiento verificado se hubiere aceptado sin reserva</p>	<p>ARTICULO 7 2 4 (Pena judicial)</p> <p>(1) Cuando un tribunal ordena a una parte que cumpla, tambien puede ordenar que pague una pena si no cumple con la orden</p> <p>(2) La pena sera pagada a la parte perjudicada salvo que normas imperativas del derecho del foro dispongan otra cosa El pago de la pena a la parte perjudicada no excluye el derecho de esta al resarcimiento</p>
<p>Articulo 246 Salvo lo dicho en el Articulo anterior, la prueba de testigos sera admisible en los negocios mercantiles cualquiera que sea la cantidad que importe la obligacion o excepcion que se trate de probar Los tribunales, atendidas las circunstancias del negocio podran admitir prueba testimonial aun cuando altere o adicione el contenido de las escrituras publicas</p>	<p>ARTICULO 1 2 (Libertad de forma)</p> <p>Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato declaracion o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular El contrato puede ser probado por cualquier medio incluidos los testigos</p>

Hemos realizado una comparacion entre las normas de nuestro Codigo de Comercio de Panama de 1917 con la ultima version de los Principios de **UNIDROIT** de 2010 sobre los contratos comerciales internacionales

Se puede notar que la mayoría de las normas sobre la contratacion comercial del derecho panameño coincide con la lex mercatoria en su mas reciente version de 2010

En el desarrollo de las jornadas preparatorias del documento que contiene los Principios de **UNIDROIT** de 2010 se tomo en consideracion la influencia de las instituciones del derecho continental escrito en la materia de contratacion privada internacional por ello las normas de contratacion comercial del derecho panameño son el reflejo de la moderna lex mercatoria

Existe concordancia entre ambas normas en lo referente a los usos y practicas de la plaza el principio que indica que la validez del contrato no esta sujeto a formas especiales la definicion de la oferta los plazos para la aceptacion el rechazo de la oferta la revocacion de la oferta la buena fe y lealtad negocial la moneda de pago de las obligaciones el derechos del acreedor frente a los deudores solidarios el momento del cumplimiento de la obligacion, el lugar de cumplimiento de la obligacion el modo de contar los plazos fijados por las partes la pena judicial y la libertad de forma

1 2 Decreto Ley 5 de 8 de Julio de 1999 En cuanto a la forma en que se resolveran los conflictos el Decreto Ley 5 de 1999 concuerda en que las partes podran determinar que arbitraje se surta en equidad tal cual lo establece

el artículo 3 citado a continuación y lo cual permitiera interpolar aspectos y principios de la *lex mercatoria*

Artículo 3 El arbitraje será de derecho o en equidad. Será de Derecho cuando el poder conferido por las partes a los árbitros sea para resolver la cuestión conforme a las reglas de Derecho. Será en equidad si los árbitros hubieren de resolver conforme a su leal saber y entender, sin sujeción a las reglas de Derecho. Las partes podrán determinar en el convenio o con posterioridad. Si no fuera así, la clase de arbitraje será la que resulte del reglamento aplicable y en su defecto se entenderá que el arbitraje es de equidad.

El arbitraje comercial internacional objeto de este análisis está contemplado en el Decreto Ley en el artículo 5 el cual establece los parámetros para considerar un proceso comercial arbitral como internacional. El mismo determina los tipos de elementos que deben existir para tal calificación.

Artículo 5 El arbitraje comercial internacional es de conformidad al presente Decreto Ley cuando el objeto o negocio jurídico contenga elementos de extranjería o de conexión suficientemente significativos que lo caractericen como tal o bien que conforme a la regla de conflicto del foro lo califiquen como internacional.

En cuanto a los efectos del convenio arbitral destacamos principalmente el procesal. Este efecto tal cual como se aprecia en el fallo jurisprudencial de 2005 proferido por la Corte Suprema de Justicia de Panamá determinó la falta de competencia del tribunal de primera instancia que conoció y falló el proceso.

Artículo 11 Los efectos del convenio arbitral son sustantivos y procesales. El efecto sustantivo obliga a las partes a cumplir lo pactado y a formalizar la constitución del tribunal arbitral colaborando con sus mejores esfuerzos para el desarrollo y finalización.

del procedimiento arbitral. El efecto procesal consiste en la declinación de la competencia por parte del tribunal de la jurisdicción ordinaria, a favor del tribunal de la jurisdicción pactada y la inmediata remisión del expediente al tribunal arbitral.

2 La lex mercatoria y la jurisprudencia panameña

Con el famoso caso **Norsolor** que se resuelve en el año 1983, mediante un laudo arbitral de la Cámara de Comercio Internacional supuso el reconocimiento oficial indiscutible de la lex mercatoria. La controversia se originó mediante un contrato de compraventa y otro contrato asociado de comisión entre una empresa turca de nombre **Palbalk Ticaret** y otra francesa **Norsolor** al no haber remisión alguna la ley aplicable elegida voluntariamente por las partes en dichos contratos. El tribunal arbitral de la Cámara de Comercio Internacional que dirimió el litigio entre ambas compañías constató que si se acepta la ley francesa o turca se llegaba a consecuencias radicalmente distintas por ello se prefiere decidir el caso en los principios generales contenidos en la llamada lex mercatoria para llegar a una solución más justa. Esta sentencia arbitral basa su decisión por primera vez en la lex mercatoria. Después a pesar que este laudo fue apelado por las partes ante los tribunales nacionales competentes, estos tribunales no tuvieron más remedio que dar por buena la solución a la que habían llegado los árbitros internacionales.

Mencionado laudo arbitral provocó que los asesores jurídicos de las empresas multinacionales promovieran a partir de entonces el uso de la lex mercatoria en su deseo de internacionalizar los conflictos de las empresas multinacionales.

Con respecto a la *lex mercatoria* dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es prudente analizar tres casos puntuales

2.1 Banco Cafetero Panama, S A recurre en casacion en el proceso ordinario que le sigue Banco Exterior de los Andes y de España S A
Magistrado Ponente Eligio A Salas Panama, veintisiete (27) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996) Corte Suprema de Justicia Sala de lo Civil

El reconocimiento de la ciudadanía de la *lex mercatoria* en el marco de los conflictos de leyes y su respectiva valoración como sistema tiene lugar con el fallo de 27 de febrero de 1996 entre Banco Exterior de los Andes vs Banco Cafetero de Panama S A y constituye un soporte fundamental para la evolución del derecho comercial internacional y de un nuevo derecho mercantil de corte supranacional

El Banco Cafetero fue condenado por violación al mandato de representación por la orden de transferencia la cual supuestamente incumplió. La demandada alegaba oposición a la argumentación de la parte actora que no se trataba de un verdadero mandato sino de un mecanismo de transferencia electrónica o de un giro bancario el cual no reunía los requisitos fundamentales y por tanto lo consideraba como un mero aviso, el cual por razones técnicas no fue completado y por tal razón no se perfeccionó la operación en virtud de las reglas típicas de las transferencias electrónicas

La Sala Civil aprecia si verdaderamente se trata de un mandato o no de ser así se expresa que en atención a la naturaleza jurídica del mandato la doctrina y la mayoría de las legislaciones han distinguido dos modalidades

- Con representación Se le atribuye al tipo civil cuando el notario actúa por cuenta y en nombre de otro (mandante) y en ese carácter negocia con terceros
- Sin representación Calificado como comisión acogido en materia comercial cuando la actuación del mandatario (comisionista) es por cuenta del mandante (comitente) pero actúa en su propio nombre

Esta distinción es importante en cuanto a los efectos frente a terceros con que se contrato pues en el segundo caso la posición del mandatario o comisionista es de contratante directo por lo que los efectos recaen directamente sobre el

Atinadamente sobre los comentarios de este caso se ha indicado que

La naturaleza del negocio jurídico determina la naturaleza normativa de la fuente que gobierna así un contrato de derecho interno su ley aplicable es una ley interna mientras que un negocio jurídico cuya economía del mismo produce efectos extraterritoriales su ley aplicable connaturalmente será una ley internacional o bien será producto de la interpretación de la regla de conflicto del derecho internacional privado del foro En segundo plano tenemos que el fallo aporta una definición de que se entiende por Relación Jurídica Internacional o Contrato Internacional al señalar Que se está en presencia de una relación jurídica internacional cuando las dos partes se encuentran domiciliadas en Estados soberanos diferentes esta definición expuesta por nuestra jurisprudencia está ya recogida en el derecho convencional moderno así por ejemplo en la

Convencion de Viena de 11 de abril de 1980 relativa a la Compra Venta internacional Convencion esta ratificada hoy dia por Francia Alemania Estados Unidos la Republica Popular China y otros De igual suerte esta misma definicion la recoge la Convencion de Ottawa de 1989 relativa al contrato de arrendamiento financiero internacional que es ley interna panameña Sin embargo el fallo en examen se infiere tambien que calificara como internacional un negocio juridico cuando del mismo se desprendan elementos materiales que lo internacionalicen o producto del rejuego de las reglas de conflicto del derecho internacional privado panameño permitan aplicar una norma consuetudinaria o internacional [Boutin (2004 792)]

Sigue expresando la Corte en su analisis que el contrato o mandato mercantil de comision puede considerarse el antecedente conceptual que sirvio de sustento en la operacion de transferencia bancaria si se toma en cuenta que comienza con una orden de pago iniciadora

Confrontando lo preceptuado con el problema que se presenta en este proceso estima en primer lugar que nuestroCodigo de Comercio no regula ni resuelve la cuestion planteada ni tampoco casos analogos pues se trata de la utilizacion internacional de transferencia de fondos por medio electronico en esta caso el telex Es asi debido a que el mensaje interbancario tenia poco tiempo de haber aparecido, sin embargo es importante señalar el caracter internacional de este tipo de actividades bancarias que surgen cuando intervienen personas con domicilio en distintos paises Consecuentemente se impone la aplicacion de los usos de comercio observados generalmente en cada plaza para resolver los reclamos que puedan surgir de la utilizacion de estas nuevas practicas bancarias internacionales

Se ha opinado muy acertadamente sobre este fallo que

El fallo del 27 de febrero de 1996 proferido por la Sala primera del ramo civil, de la Corte Suprema en el negocio jurídico Banco Exterior de los Andes vs Banco Cafetero de Panama recoge dos reglas puntuales que son 1 El reconocimiento de la Lex Mercatoria como regla consuetudinaria pactada o acordada entre grupos profesionales y operadores del comercio internacional como lo son las entidades financieras comerciantes y otros al observar que la ley positiva interna panameña no puede todo prever en el marco de la calificación **lex fori** y cabe recurrir a principios o reglas no pertenecientes a un sistema jurídico nacional 2 El fallo en cuestión tiene por originalidad como segundo aspecto el aportar una definición de que se entiende por relación de derecho privado internacional y la distinción entre fuente interna y fuente internacional en función de la naturaleza del caso El pretor panameño en esta ocasión examina la hipótesis o el hallazgo de negocios jurídicos con efectos extraterritoriales de carácter neutro o supranacional cuando los mismos estén sustentados en fuentes normativas anacionales o no positivas como lo son los usos del comercio, las prácticas del comercio y los principios generales en la contratación privada internacional (Incoterms) El Magistrado ponente se apoya en el artículo 5º del Código de Comercio proyectado en el plano internacional descubriendo incuestionablemente el carácter tridimensional del derecho no limitándolo al binomio del derecho interno y derecho internacional sino a la viabilidad de normas anacionales aplicables a una relación puntualmente internacional [Boutin (1998 7)]

Lo esencial del examen es cuando la Corte indaga sobre el momento en que se confirman los usos del comercio internacional estableciendo que ocurre cuando verdaderamente no existe una regla especial o una ley especial, se acude justamente a esa práctica que llena o completa la norma en examen por los operadores de comercio

Otro aspecto contemplado es cuando estamos frente a una relación internacional que se desnacionaliza bien por su carácter de internacionalización máxima porque es garante de las transacciones de operaciones entre grupos profesionales comerciantes bancarios que conocen reglas iguales para llenar los vacíos de los códigos

Siguiendo estos lineamientos con relación al fallo en comentario se ha concluido lo siguiente

Concluimos que el reconocimiento de la **Lex Mercatoria** es reconocido por vía jurisdiccional en el derecho patrio con el fallo de 27 de febrero de 1996 que fundamenta su decisión en la aplicación de una práctica interbancaria como uso general internacional conocida entre las partes basada en reglas **anacionales** cuya aplicación responde al carácter de una operación **neutra** y a la especificidad de la preexistencia de una norma consuetudinaria internacional conocida. Finalmente tenemos el hallazgo de concebir que las fuentes domésticas del artículo 5º del Código de Comercio de Panamá dejan entrever el reconocimiento de los **usos genéricos** en el plano interno con lo cual la Sala Primera del Ramo Civil extrapola dicha regla de **uso genérico** ya inferida en el Código de Comercio al plano transnacional dándose la concordancia de interpretación judicial y norma legal interna para dar ciudadanía a la nueva **Lex Mercatoria** en el orden jurídico panameño [Boutin (2006 697)]

Con esta jurisprudencia se le otorga ciudadanía a la *lex mercatoria* en el marco de los conflictos de leyes y del derecho comercial internacional panameño. Veamos a continuación una síntesis del mencionado fallo

2 1 1 Fallo de primera instancia El **BANCO EXTERIOR, DE LOS ANDES Y DE ESPAÑA, S A** interpuso demanda de mayor cuantía contra **BANCO CAFETERO PANAMA, S A** Las pretensiones se fundamentan en una operación bancaria que según el demandante constituye un mandato irrevocable que genera derechos y obligaciones para las partes en el contrato Esta operación consiste en la confirmación que hizo la Gerencia del **BANCO CAFETERO PANAMA, S A** mediante telex que expidiera el 26 de noviembre de 1986 de haber transferido por conducto de **BANKERS BANK-NEW YORK** a su cuenta con el **BANCO EXTERIOR DE LOS ANDES Y DE ESPAÑA, S A** New York la suma de **CIENTO CUARENTA MIL DOLARES (US \$140 000 00)** para el crédito final de la cuenta N° 3030 429Z **RIBIAK, S A** Madrid España En base a esto que califica el actor como orden de pago o mandato el **BANCO EXTERIOR, DE LOS ANDES Y DE ESPAÑA, S A** el 28 de noviembre de 1986 procedió a abonar la suma indicada a la cuenta de **RIBIAK S A** Madrid España Por su parte el demandado contestó la demanda comentando al respecto que el telex en referencia no contenía ninguna orden de pago ya que era solo un aviso de transferencia

El Juzgado Tercero del Primer Circuito Judicial de Panamá Ramo Civil al conocer el caso en primera instancia mediante sentencia No 57 de 11 de junio de 1993 expresa que el **BANCO CAFETERO (PANAMA), S A**, ordenó a **BANCO EXTERIOR DE LOS ANDES Y DE ESPAÑA, S A** el pago de la suma de **CIENTO CUARENTA MIL DOLARES (US \$140 000 00)** moneda legal de los

Estados Unidos de Norteamérica a favor de **RIBIAK, S A** por lo tanto el **BANCO CAFETERO PANAMA, S A** está obligado a pagar a **BANCO EXTERIOR DE LOS ANDES Y DE ESPAÑA, S A** la suma de **CIENTO CUARENTA MIL DOLARES** (US \$140 000 00) más los intereses contados desde el 28 de noviembre de 1986 costas y gastos del proceso

Finalmente el fallo de primera instancia concluye que el **BANCO CAFETERO (PANAMA), S A** ha incurrido en mora desde el 28 de noviembre de 1986 Del fallo de primera instancia apeló el Banco demandado a través de su apoderado judicial por lo que el negocio ingresó al tribunal de segunda instancia para resolver

El Primer Tribunal Superior de Justicia por su parte en la sentencia calendada 29 de diciembre de 1994 confirma la sentencia No 57 de fecha 11 de junio de 1993 como el auto No 1392 de fecha 17 de junio de 1993 dictados por el Juzgado Tercero del Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá Contra esta última resolución que la parte demandante ha interpuesto el recurso de casación en el fondo que conoce la Sala de la Corte por haberlo declarado admisible

2.1.2 El fallo de segunda instancia

En la sentencia que decide la alzada el tribunal Superior confirma la decisión que había dictado el juzgado inferior para lo cual reitera y reafirma los razonamientos del mismo

En ese orden de ideas la sentencia de segunda instancia recurrida en casacion expone los fundamentos del fallador de primera instancia para concluir sosteniendo

Entrando ahora si en la decision de fondo que conlleva la sentencia apelada esta Superioridad ha de coincidir con el Juez de la instancia inferior en el sentido de que el punto neuralgico sobre el cual giraba la controversia planteada por las partes lo era el caracter que en el campo juridico se le deberia conceder al telex que le fuera remitido por la gerencia financiera del banco demandado al banco demandante el dia 26 de noviembre del año 1986 pues en el libelo de demanda la parte actora dejo establecido como uno de los hechos basicos en que hacia descansar su pretension que el telex en cuestion constituye un mandato irrevocable que genera derechos y obligaciones para las partes en el contrato Aseveracion esta que fue rechazada por la apoderada legal del **BANCO CAFETERO PANAMA, S A** en el escrito de contestacion de demanda y para quien, el telex de fojas 28 era solo un aviso de transferencia Ahora bien este Tribunal Ad quem no solo se manifiesta conforme con el Juez A quo en la identificacion del tema a decidir en la encuesta bajo examen sino que ademas ha de avalar la decision de primer grado al considerar que la relacion juridica que se origino entre las partes por razon o con motivo de telex de fojas 28 se adecua perfectamente al concepto o definicion que del contrato del mandato da elCodigo Civil panameño en su articulo 1400 (ver articulo 5 delCodigo de Comercio) No se tratã entonces como lo alega la apoderada legal del banco demandado en el escrito de contestacion de demanda y lo recalca ahora en el escrito de sustentacion del recurso de apelacion impetrado por ella de un simple aviso informativo de transferencia bancaria , sino que el telex cuestionado realmente como lo anota el Juez A quo se encuentra revestido de precisas instrucciones dirigidas a obtener del destinatario, la realizacion de ciertas operaciones de indole bancario por su puesto instrucciones estas que como tambien lo deja señalado el Juez del

conocimiento han de ser contenidas como encargo de un mandato mercantil. Del mismo modo que esta Superioridad avala la condena de que fue objeto el **BANCO CAFETERO PANAMA, S A** por el Juez del conocimiento y considera correcta la decision del Juzgador primario al declarar como no probada la excepcion de que se hizo merito en el parrafo anterior debe igualmente el Tribunal prestar su aprobacion a la sentencia apelada al desestimar la excepcion de prescripcion que fuera promovida tambien por la parte demandada ya que quedando claramente establecido que por razon del telex se dio entre las partes de este proceso una relacion contractual de mandato mercantil la norma aplicable para efectos de fijar el termino de prescripcion de la accion en el caso que nos ocupa lo es el articulo 1650 delCodigo de Comercio, tal cual lo deja señalado el Juez de la causa y no el articulo 1706 delCodigo Civil que regula lo concerniente a la prescripcion en materia de responsabilidad extracontractual norma juridica ultima que aparece invocada como fundamento de derecho por la apoderada legal de la excepcionante. Y siendo que el banco demandante como bien lo deja anotado el Juez A quo antes de que venciera el termino de los cinco años consignados en el citado articulo 1650 delCodigo de Comercio publico en un diario de circulacion nacional la certificacion correspondiente expedida por la Secretaria de Juzgado de origen que daba cuenta de la presentacion de esta demanda ordinaria declarativa, tal publicacion produjo el efecto de interrumpir el lapso prescriptivo al decir de lo dispuesto en el articulo 658 delCodigo Judicial. (Banco Cafetero Panama S A recurre en casacion en el proceso ordinario que le sigue Banco Exterior de los Andes y de España S A Magistrado Ponente Eligio A Salas Panama veintisiete (27) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996) Corte Suprema de Justicia Sala de lo Civil) en [http //bd.organojudicial.gob.pa/registro.html](http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html)

2 1 3 Recurso de casacion En el recurso, el recurrente se fundamenta en las siguientes causales

a Infraccion de las normas sustantivas de derecho por error de derecho en cuanto a la apreciacion de la prueba, lo cual ha influido de modo sustancial en lo dispositivo del fallo La violacion que se endilga a la sentencia respecto a los articulos 848 y 849 delCodigo Judicial ambos referentes al valor del documento privado como prueba en el proceso cuando es reconocido por la parte a quien se le atribuye o por quien lo suscribio la Sala de Casacion estimo que no es procedente y el concepto de la infraccion que desarrolla el recurrente en torno al contenido de estas normas y las aludidas pruebas resulta confuso

En otras palabras no se esta refiriendo al supuesto que describen las normas por lo que la condicion que ella impone no coincide con lo que alega la censura sobre los referidos documentos que consiste en la falta de reconocimiento por el Banco demandado cuando es obvio que dicha parte no los suscribio ni les son tampoco atribuidos Por lo que hace a la violacion de esta norma relativa a las formalidades de los documentos extranjeros para ser considerados como prueba en el proceso la Corte coincide con lo manifestado por el casacionista La valoracion de este tipo de documentos sin considerar la exigencia legal de su autentificacion por el funcionario diplomatico o consular correspondiente no fue la mas afortunada La sentencia no violo el articulo 244 delCodigo de Comercio, pues la prueba de la obligacion la fundamento en el **telex** aportado por la parte actora, documento este que no fue objetado por la

contraparte, sino por el contrario reconocido plenamente en cuanto a su existencia

Siguiendo estos mismos planteamientos tampoco se produce la alegada violación del artículo 1100 del Código Civil pues es obvio que la parte demandante a juicio del juzgador probó la obligación que alegaba a su favor conclusión que no se fundamentó en la valoración exclusiva de las pruebas previamente analizadas pues el elemento central fue la prueba documental antes referida denominada **telex**

En consecuencia la primera causal invocada por el recurrente bajo el cargo de infracción de normas sustantivas por error de derecho en cuanto a la apreciación de la prueba no está justificada

b- Infracción de las normas sustantivas de derecho por indebida aplicación de las normas sustantivas, lo cual ha influido de modo sustancial en lo dispositivo del fallo El recurrente afirma que la sentencia de segunda instancia se fundamentó en normas sustantivas que regulan el mandato mercantil a una relación jurídica innominada en nuestro derecho positivo. Siendo una operación que se dio entre dos bancos no corresponsales en virtud de la notificación electrónica que uno hizo al otro mediante un **telex** de una transferencia bancaria en operación bancaria no mediaba la existencia de un contrato de corresponsalia previamente acordado

El recurrente argumenta que la indebida aplicación de las normas del mandato a la relación que origina la notificación electrónica de una transferencia bancaria a nivel internacional ha influido sustancialmente en lo dispositivo del

fallo aunado a lo cual han sido ignoradas las practicas bancarias sobre acuerdos interbancarios de corresponsalia que se basan en el documento 400 de la Camara de Comercio Internacional

En tal sentido se citan como infringidos los articulos 1400 1419 del Codigo Civil y el 590 del Codigo de Comercio El articulo 1400 del Codigo Civil se refiere al contrato civil del mandato Se sostiene que la infraccion de esta norma reguladora del mandato (entre cliente y Banco) se debe a que fue aplicada analogica y equivocadamente a una relacion distinta de la que regula ya que en la presente operacion bancaria segun el recurrente no estamos frente a un contrato de mandato

Argumenta el recurrente que el tribunal ha confundido el alcance de las normas del contrato de mandato con la relacion mercantil que se produjo en este caso, verificada entre banco y banco, que guarda relacion con la transferencia bancaria

Ante lo anterior el recurrente sostiene que en nuestro ordenamiento juridico la presente relacion juridica es un contrato innominado y que requiere para su realizacion un contrato de corresponsalia entre bancos en el cual necesariamente se exige que las instituciones establezcan claves

La presente relacion se refiere a transferencias son una forma de remesas de fondos al extranjero que implican corresponsalia entre el banco ordenante y el banco receptor Lo anterior parte del supuesto de que las relaciones para tal efecto, entre banco y banco, se rigen por los contratos de corresponsalia Y a nivel internacional por la practica bancaria incorporada al

Documento 400 de la Camara de Comercio Internacional El concepto de la infraccion de la segunda norma articulo 1419 delCodigo Civil revela que se aplica indebidamente, lo preceptuado en esta norma sobre el mandato a una relacion compleja que implica su ejecucion por medios modernos como es la que se ventila en este caso no previsible en la epoca que fueron adoptados los Codigos Civil y de Comercio de Panama pues estamos ante una relacion juridica atipica o innominada

Sostiene atinadamente el recurrente que son relaciones diferentes de alli que no se pueden aplicar las reglas del mandato que involucra a solo dos partes contrario de lo anterior la transferencia bancaria que nos ocupa requiere mas de dos partes involucradas el cliente el Banco ordenante el Banco receptor y el cliente de este ultimo y en el caso bajo estudio, adicionalmente a dos bancos corresponsales, lo que desnaturaliza la esencia juridica del mandato y conduce la presente relacion mas bien a una institucion juridica atipica dentro de nuestro derecho positivo

Los cargos contra el fallo de segunda instancia en esta segunda causal fueron admitidos por la Corte debido a la infraccion en que incurre el fallo de segunda instancia al aplicar indebidamente las dos normas comentadas inicialmente (articulos 1400 y 1419 delCodigo Civil)

Sobre el particular a Corte considero que existen diversos tipos de operaciones neutras en las que los bancos participan como intermediadores en los cobros y en los pagos pero se diferencian por los distintos contratos

bancarios que les sirven de antecedente ejemplo los contratos de deposito de cuentas bancarias mandato compraventa cajilla de seguridad, etc

La Sala sostiene que en el caso especifico de la operacion de transferencia bancaria como una forma de intermediacion en los pagos su antecedente se traduce en el contrato de mandato

Es decir si bien la operacion en si no es un contrato de mandato propiamente su origen guarda relacion con el mismo La Corte indico al respecto que el mandato como contrato clasico del derecho civil supone que el mandatario se obligue para con el mandante a ejecutar un negocio juridico en beneficio de este ultimo

En la relacion contractual el primero actua por cuenta y en nombre del mandante lo que implica la union del mandato con la representacion, sin que sean la misma figura

Se diferencia el mandato mercantil del mandato civil por la finalidad propia del primero que es la realizacion de un acto juridico comercial siempre con remuneracion del mandatario quien ha de ser comerciante mientras que el de caracter civil puede o no ser remunerado siendo en la mayoria de los casos, gratuito

Añade la Corte que lo anterior nos permite ver con mas claridad que el contrato de mandato mercantil o de comision podria considerarse el antecedente conceptual o lo que sirvio de sustento a la operacion de transferencia bancaria si se toma en cuenta uno de sus aspectos de entre las diversas operaciones que conlleva y seria el hecho que comienza con una orden de pago iniciadora

Seguendo el analisis de la Maxima Corporacion de Justicia el mandato mercantil o la comision se realizo entre el cliente y el banco comisionista (**BANCO CAFETERO DE PANAMA S A**) a quien se le encargo pagar o acreditar en la cuenta bancaria de un tercero (beneficiario) ubicada en un banco extranjero (**BANCO EXTERIOR DE LOS ANDES Y ESPAÑA S A**) determinada suma de dinero. Entonces, el banco comisionista para la realizacion del encargo o la comision actuando en su propio nombre pondria en marcha la posterior operacion de transferencia internacional la cual conlleva relaciones con otros bancos que actuan como partes de esta nueva relacion. No existe una ley que regulen los contratos bancarios y las operaciones que ellos generan. EL juez de primera instancia aplico la legislacion comun al presente caso como elCodigo Civil y elCodigo de Comercio. A diferencia de nuestro pais en otros paises estos contratos y operaciones bancarias han sido regulados por ciertas entidades especialmente cuando media la internacionalizacion en el respectivo negocio juridico debido a lo cual se hace necesario asimilar e invocar reglas y usos uniformes que constituyen una costumbre internacional recopilados por la Camara de Comercio Internacional y que han sido prolijadas y difundidas por organismos internos. Añade la Corte que el presente caso en terminos generales ha sido recogido en elCodigo de Comercio cuando se refiere en su articulo 5 a las fuentes del derecho mercantil estableciendo que si las cuestiones relativas a derechos y obligaciones no pudieran ser resueltas por la ley comercial ni por casos analogos en ella previstos seran decididos con arreglo a los usos de comercio observados generalmente en cada plaza y en

defecto de ello se estara a lo que preceptua el derecho civil Así la Corte reconoce la vigencia de la **lex mercatoria** en nuestra jurisprudencia al comparar lo preceptuado en el artículo 5 del Código de Comercio con el objeto que se presenta en este proceso Ya que nuestro Código de Comercio no regula ni resuelve la cuestión planteada ni tampoco casos analogos pues se trata de la utilización internacional de las transferencias de fondos por medios electronicos en este caso por **telex**

Este sistema internacional de mensajes interbancarios tiene relativamente poco tiempo de haber aparecido Concluye la Corte que el caracter internacional de este tipo de actividad bancaria que surge cuando intervienen personas con domicilios en distintos paises o cuando se exige la ejecucion de alguna operacion en otros Estados siendo cada vez mas comun e involucrando tambien un mayor numero de relaciones juridicas Por ello se impone la aplicacion de los usos de comercio observados generalmente en cada plaza para resolver los reclamos que puedan surgir de la utilizacion de estas nuevas practicas bancarias internacionales como es el caso que nos ocupa por medio de una transferencia bancaria via **telex**

2 1 4 Funcionamiento de la operacion bancaria objeto de la litis

La **COMPAÑIA GENERAL DE CAMBIOS S A** en su calidad de cliente del **BANCO CAFETERO PANAMA, S A**, el 25 de noviembre de 1986 le autorizo debitar de su cuenta corriente la suma de (US\$ 140 000 00) para

girarlos a **BANCO EXTERIOR DE LOS ANDES Y DE ESPAÑA- NEW YORK** para depositar a favor de **BANCO EXTERIOR DE LOS ANDES Y DE ESPAÑA-MADRID** y abonar a la cuenta 30 30429 X de **RIVIAK S A**

Conforme a las instrucciones del cliente ordenante el banco demandado solicito a su corresponsal en New York **BANKER TRUST NEW YORK** efectuar la transferencia El 26 de noviembre de 1986 mediante un **telex** (sin clave), se le informo a **BANCO EXTERIOR DE LOS ANDES Y DE ESPAÑA -MADRID** (el demandante) sobre la operacion de transferencia el conducto por el cual se remito y el beneficiario final

El banco corresponsal (**BANKER TRUST N Y**) del banco ordenante demandado **BANCO CAFETERO PANAMA, S A**, le informo que **BANCO EXTERIOR DE LOS ANDES Y DE ESPAÑA- NEW YORK** no podia aplicar los fondos por falta de informacion circunstancia esta que comunico el banco demandado a su cliente por tanto, este (el cliente) decidio revocar la orden mediante nota de 11 de diciembre de 1986 indicando al **BANCO CAFETERO PANAMA, S A** que en vista al hecho anterior solicitara a **EXTERIOR DE LOS ANDES Y DE ESPAÑA- NEW YORK** la devolucion de la suma de (US \$140 000 00) que le habian enviado y que debia depositar a favor de **EXTERIOR DE LOS ANDES Y DE ESPAÑA-MADRID**

En vista de lo anterior el demandado informo a traves de **telex** con clave a su corresponsal (**BANKERS TRUST NEW YORK**) las instrucciones del cliente

en relacion a sus fondos, quien posteriormente mediante **telex** (con clave) confirmo su cumplimiento es decir la devolucion de los fondos por parte de **EXTERIOR DE LOS ANDES Y DE ESPAÑA- NEW YORK** (corresponsal del demandante)

Sostiene la Corte que la interpretacion que le dio el banco demandante al **telex** entendiendolo como una orden de pago y por la cual realizo el pago a **RIBIAK S A**, no basta para probar que hubo un mandato y que este fuera irrevocable aparte de que tal apreciacion no es conforme con la realidad del contenido textual del **telex** (sin clave) ni con las consecuencias que el mismo conlleva en el ambito comercial (bancario) La Corte no comparte la posicion del juez de la instancia inferior que coincide con la del actor en el sentido de considerar el documento antes transcrito como un mandato mercantil irrevocable generador de derechos y obligaciones para las partes contratantes Al contrario, añade la Maxima Corporacion de Justicia que resulta mucho mas ajustado a derecho el criterio expuesto por la contraparte que sostiene que el documento acredita un aviso de una transferencia Muy fragil es la tesis de que la relacion juridica que se origino entre las partes por razon del **telex** se adecua al contrato de mandato segun lo regula el articulo 1400 delCodigo Civil pues no se trata como erroneamente hace ver el juez de primera instancia de un documento que tenga instrucciones precisas para obtener del destinatario la realizacion de operaciones bancarias por razon de su puesto y menos aun que tales instrucciones han de entenderse como encargo de un mandato mercantil

Finaliza el análisis de la Corte que precisamente el aludido **telex** dista mucho de contener instrucciones precisas conforme a las reglas y usos uniformes en materia bancaria (como la clave que es la palabra secreta o medio similar que da autenticidad al mensaje), que signifiquen la autorización para ejecutar la orden de pago. En otras palabras conforme a las reglas uniformes que siguen los bancos para este tipo de operaciones la redacción que presenta dicho documento no se traduce en el propósito de que se efectúe el pago que fuere ordenado por el iniciador o el emisor de la (primera) orden de pago (a la cual obedece el envío de ese **telex**) dentro de la transferencia de fondos que se pretendía.

2.1.5 Fundamentos jurídicos de orden internacional empleados en el caso en examen

La Corte cita algunos aspectos sobre el tema de las **TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE FONDOS** específicamente la **LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE TRANSFERENCIAS INTERNACIONALES DE CRÉDITO** elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional cuyo objetivo es unificar la legislación internacional para regular la materia relativa a la utilización internacional de las transferencias de fondos en papel por **telex** y por medios electrónicos.

Estos documentos internacionales se fundamentan en las experiencias usos y practicas utilizadas durante mucho tiempo en este tipo de negocios y que terminan siendo regulados internacionalmente por este tipo de leyes modelos

En atencion a lo que regula el documento ya referido hay un elemento que tienen en comun estas tres formas de transferencias ya sea cheques **telex** y de computadora a computadora es que el valor transferido del iniciador al beneficiario se hace adeudando la cuenta bancaria del iniciador y acreditando la del beneficiario

Pero hay diferencias ya que en la primera el cheque se transmite por correo o por otros medios independientes de los canales bancarios por lo que el beneficiario es quien inicia los tramites bancarios para el cobro del cheque mientras que en las transferencias por **telex** y de computadora a computadora el iniciador es quien empieza los tramites emitiendo una orden de pago a su banco para que adeude su cuenta y acredite la del beneficiario

Pero en muchos de estos casos la transferencia se inicia con una orden de pago dada por el iniciador a su banco seguida por ordenes de pago dadas por el banco del iniciador al banco intermedio y por el banco intermedio al banco del beneficiario La transferencia de credito requiere asimismo el pago de cada uno de los tres expedidores a su banco receptor

Segun la ley modelo para efectos de la cadena de ordenes de pago que puede generar esta operacion (que comienza con la orden de pago de un

iniciador para poner fondos a ordenes de un beneficiario que este en pais diferente) la transferencia de credito comprende toda orden de pago emitida por el banco iniciador o por cualquier banco intermediario destinada a cumplir la orden de pago del iniciador y en atencion a ello se considera que la orden de pago emitida con el proposito de efectuar el pago de esa orden forma parte de una transferencia de credito diferente

2 1 6 Responsabilidad del banco expedidor

Con respecto al tema de determinar si la responsabilidad le corresponde en este caso al banco expedidor (iniciador), en circunstancias en que la transferencia de fondos se efectuó mediante un **telex** sin clave enviado por el banco del iniciador al banco del beneficiario que al recibirlo acreditó inmediatamente la suma de (US \$ 140 000 00) a la cuenta de **RIBIAK, S A**

Se debe determinar si el banco del beneficiario procedió de manera responsable y conforme con las costumbres bancarias. Si en atención a lo anterior quedaba en realidad obligado en virtud del contenido del **telex** porque el mismo contenía datos suficientes que permitieran considerarlo una orden de pago con una información completa y apta para obligar a su ejecución. Es decir si el **telex** consistía en una orden de pago (perfecta) que al ser recibida por el banco del beneficiario lo obligaba a entregar la suma acreditada al beneficiario. Agrega la Corte que no existe evidencia alguna que los bancos parte del proceso hayan celebrado ningún contrato o acuerdo en que se definiese la

forma especial como debían de proceder entre ellos cuando se enviaran o recibieran transacciones

En este caso hay que añadir que hubo la intervención de dos bancos corresponsales de la Ciudad de Nueva York y nada indica que existiera entre el Banco **CAFETERO PANAMA S A** y el **BANCO EXTERIOR DE LOS ANDES Y ESPAÑA S A** acuerdo que permitiese obviar la mediación de esos bancos intermedios en la transferencia de fondos

Opina la Corte que si la voluntad de las partes de este proceso hubiere sido implementar un trámite más expedito y sin formalidades no se hubieran tenido que utilizar los servicios de los bancos intermediarios en New York para la realización de la transferencia. Es más no se ha acreditado que hubiese convenio alguno que estableciera una relación de corresponsalia entre ellos (demandante y demandado) o que en la práctica hubiesen establecido una costumbre entre ellos indicando procedimientos a seguir para ser aplicado en el caso de transferencias internacionales de fondos

Con respecto al mensaje que contenía el aviso de transferencia u orden de pago el mensaje enviado por medio de un telex no fue una orden o una instrucciones de pago sino más bien una información de transferencia de fondos con indicación del destino final de los mismos la solicitud a cuya cuenta aparentemente debía acreditar los fondos el banco receptor es **RIBIAK, S A**, el mensaje fue enviado sin la clave correspondiente

A falta de una clave que prestara confiabilidad a la autenticidad del mensaje, el banco receptor no podía, en efecto proceder a hacer efectiva la misma sin verificar que su banco corresponsal hubiese recibido los fondos aceptado la orden de pago y mandado ejecutar el pago al banco del beneficiario antes de aplicar el crédito correspondiente a la cuenta de su cliente. El anterior procedimiento no fue cumplido ya que fue el banco corresponsal de **BANCO EXTERIOR DE LOS ANDES Y ESPAÑA- MADRID** quien no aceptó la orden de pago que se originó en el **BANCO CAFETERO PANAMA S A** aduciendo que la información recibida era incompleta lo cual motivó que se cancelara la operación iniciada desde la República de Panamá.

Ahora bien surge la duda en que el banco receptor por el mero hecho de recibir el mensaje en cuestión estaba obligado por razón de algún tipo de mandato a acreditar en forma inmediata la suma objeto de la transferencia a la cuenta de su cliente. En un panorama que no existiese un contrato que específicamente estableciera tal obligación la costumbre internacional interbancaria no determina la obligación del banco receptor a efectuar dicho depósito en favor de **RIVIAK S A**. Los procedimientos interbancarios para estas situaciones sugieren que un banco que recibe un mensaje como el que nos ocupa no tendría ninguna obligación de aplicar los fondos en la forma solicitada hasta tanto no reciba una orden de su banco corresponsal autorizándolo a ejecutar el pago porque se ha verificado que se dispone de los fondos provenientes del banco iniciador destinados a cubrir la operación.

Finaliza la Corte aduciendo que el banco receptor del beneficiario aventaja las practicas y costumbres bancarias haciendo un deposito a la cuenta **RIVIAK, S A** antes que tuviera la obligacion de hacerlo incurriendo en un riesgo que no se encuentra respaldado ni por relaciones de orden contractual con el banco remitidor o iniciador ni por las practicas o costumbres bancarias. En vista de lo anterior el **BANCO EXTERIOR DE LOS ANDES Y ESPAÑA MADRID**, al deposita a la cuenta de su cliente **RIVIAK, S A**, la suma de US\$ 140 000 00 lo hizo otorgandole un credito a su propio riesgo por el que no tiene que responder el banco expedidor del iniciador o sea el **BANCO CAFETERO PANAMA, S A**

2 1 7 Decision de la Sala de Casacion

Mediante este fallo se casa la sentencia de 29 de diciembre de 1994 dictada por el Primer Tribunal Superior de Justicia y revoca la sentencia No 57 de 11 de junio de 1993 dictada por el Juez Tercero del Primer Circuito Judicial de Panama y en su lugar niega las pretensiones del demandante **BANCO EXTERIOR DE LOS ANDES Y DE ESPAÑA, S A** y declara libre de responsabilidad al demandado **BANCO CAFETERO PANAMA, S A**

2.2 Apelacion interpuesta por Maersk Sealand Trading Name of the Ap Moller Group Dampskibsselskabet Werndborg contra el auto No 87 del 12 de mayo de 2003 dictado por el Segundo Tribunal Maritimo en el Proceso Ordinario Maritimo que le sigue Agrowest, S A , Dos Valles S A y Comexa S A Ponente Alberto Cigarruista C Panama, uno (1) de junio de dos mil cinco (2005)

La firma forense **MORGAN & MORGAN** actuando como apoderada especial de **MAERSK SEALAND** ha interpuesto Recurso de Apelacion contra el Auto No 87 de 12 de mayo de 2003 proferido por el Segundo Tribunal Maritimo de Panama dentro del proceso ordinario maritimo que **AGROWEST, S A , DOS VALLES, S A y COMEXA, S A** le siguen a la apelante **MAERSK SEALAND**

Nos encontramos ante un proceso ordinario maritimo instaurado por **AGROWEST, S A, DOS VALLES, S A y COMEXA, S A** contra la naviera **MAERSK SEALAND** donde se demanda el incumplimiento de un contrato de servicio maritimo, suscrito en el Peru para el suministro de contenedores reserva de espacio en los buques y la transportacion de contenedores a los puertos de destino

La parte demandada solicito al tribunal maritimo la declinatoria de competencia hacia el foro arbitral de Nueva York ya que el contrato contiene una clausula compromisoria arbitral (clausula 16 parte II) que obliga a las partes a someterse a un proceso arbitral si surgieran disputas en la ejecucion o interpretacion del contrato. Adicionalmente en el contrato se indica el proceso de

eleccion de los arbitros y la forma de iniciar el arbitraje. Dicho contrato fue registrado electronicamente en el **FEDERAL MARITIME COMMISSION (FMD)** en Estados Unidos conforme a las disposiciones de la **OCEAN SHIPPING REFORMAN ACT**

Por su parte los demandantes arguyen en que el convenio arbitral es nulo de nulidad absoluta ya que el mismo es un contrato solemne que requiere estar escrito y firmado por las partes no siendo valida su aceptacion tacita ademas invocan el articulo II de la Convencion de Nueva York ratificada por Panama que le impone al juez remitir el litigio al arbitraje pactado a menos que se compruebe que el mismo es nulo ineficaz e inaplicable

Inicialmente la Corte entra al analisis de los cargos que formula la censura toda vez que el asunto de saber cual es la norma de conflicto aplicable para efectos de indicarnos a que ley hay que acudir para verificar circunstancias como la definicion forma validez y eventual nulidad del presente convenio arbitral es decisiva para efectos de determinar si estas situaciones debieron ser examinadas por el a quo antes de resolver la procedencia de la remision de esta causa al foro arbitral extranjero o si estaba obligado a declinar competencia inmediatamente a dicho tribunal para que el mismo examinara dichas situaciones

La Corte expreso que nuestro pais cuenta con un nuevo ordenamiento juridico en materia de arbitraje que se adecua a las exigencias del trafico mercantil interno e internacional, contenido en el Decreto Ley No 5 de 8 de julio

de 1999 que establece el Regimen General de Arbitraje de la Conciliacion y de la Mediacion

El principal cuestionamiento en este proceso que hicieron las demandantes en oposicion a la peticion de declinatoria de competencia consistio en que el convenio arbitral es un contrato solemne que requiere estar escrito y firmado por las partes, no siendo admisible su aceptacion tacita siendo a su juicio nulo

La Corte cita una publicacion de la Revista **IUSTITIA** titulada '**AMBITO DE APLICACION DEL CONVENIO INTERAMERICANO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (CONVENIO DE PANAMA 1975)**', en la que se hace referencia a la interpretacion y alcance del antes citado articulo 1 del Convenio dentro del subtítulo **LIMITES RELATIVOS A LA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL** calificandolo como una norma material uniforme y ante la cual el juzgador debe mantener una posicion flexible en el sentido de reconocerle validez a un acuerdo arbitral no firmado por las partes cuando las mismas en un contrato han estipulado la sujecion de este a las condiciones generales preparadas por una organizacion profesional adscrita al contrato toda vez que ello constituyen una de las modalidades en que se admite la concertacion de acuerdos arbitrales

Se plantea otro supuesto analogico que **constituye practicas cotidianas de los comerciantes** al señalar que se suele comprar y vender utilizando comunicaciones por telex o fax y en los mismos se hace referencia a los

terminos y condiciones anteriormente convenidos y en los cuales puede figurar o no clausulas arbitrales

Dentro de la forma escrita para la concertacion de acuerdos arbitrales dentro de la contratacion comercial moderna se aceptan diversas modalidades sin que sea imperativa la autografia o firma de los contratantes se dan los casos de la incorporacion por referencia de terminos y condiciones generales o particulares y las que son parte integral del contrato en virtud de la aludida incorporacion por referencia sin que tengan que estar firmadas por las partes

La Corte determino dentro de los diversos aspectos tratados en el presente fallo que conforme a los diversos usos del comercio internacional y particularmente de lo concerniente al comercio maritimo y de los procesos sometidos a arbitraje que se debia sostener una posicion flexible en cuanto a la valoracion de las autografias en funcion de la validez del contrato

El fallo apelado se baso en el articulo 557 del CPM para poder entrar a revisar la Convencion de Nueva York la cual estimo inoperante por no tener una norma de conflicto que determinara la ley aplicable a la forma de los contratos por lo que hizo uso del articulo 240 delCodigo de Bustamante y de otras normas de manera subsidiaria para arribar a la conclusion que la forma de los contratos mercantiles se sujeta a la ley territorial o leyes del lugar de celebracion del mismo siendo en este caso la de Peru

En ese orden de ideas el juez de primera instancia cita un articulo de la Ley General de Arbitraje del Peru que establecen la definicion y forma del convenio arbitral para concluir que el mismo debe constar por escrito o en la

forma permitida por la ley ya que de no ser así la sanción es la nulidad del pacto

Se examina los contratos aportados y la forma en que fueron suscritos para determinar la validez de la cláusula arbitral la que finalmente en el fallo es considerada nula por la ausencia de voluntad expresa del demandante

La apelación se sustenta en que el juez primario erró en la determinación de cuál era la ley sustantiva aplicable para verificar la validez de la cláusula arbitral contenida en el Contrato de Servicios No 6591 porque debió aplicar la ley pactada por las partes y no la del lugar donde se celebró el contrato

Así el juez marítimo aplicó al litigio el artículo 240 del Código de Bustamante que no contiene disposición alguna de conflicto de leyes que regule cláusulas o convenios arbitrales y dicho artículo 240 se refiere a la cualidad del comerciante y a los actos de comercio. El apelante argumenta que el artículo 557 de la ley de procedimiento marítimo no contiene reglas de conflicto para efectos de determinar la validez de una cláusula arbitral por lo que arriba al contenido del Decreto Ley No 5 de 18 de julio de 1999 en su artículo 43 de este texto legal que establece cuál es la ley que regirá la capacidad de las partes la ley aplicable al convenio arbitral en lo que afecta a su validez y efectos entre otros puntos en los casos en que el arbitraje sea comercial internacional

El Código Bustamante ni el de procedimiento marítimo contienen disposición sobre conflicto de leyes para la materia del arbitraje internacional ya

que nuestro país cuenta con el Decreto Ley No 5 de 8 de julio de 1999 que establece el Régimen General de Arbitraje de la Conciliación y de la Mediación misma que deroga entre otros los artículos 558 y 559 de la Ley No 8 de 1982 y los artículos 1409 al 1411 y del 1412 al 1449 del Código Judicial y las demás disposiciones que le sean contrarias. En este sentido el Código Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado solamente se refiere a este tema en su artículo 432 donde autoriza la ejecución de sentencias de árbitros o compondores amigables pronunciada en el extranjero.

EL artículo 43 del Decreto Ley No 5 de 8 de julio de 1999 que se titula **REGLAS DE DERECHO INTERNACIONAL** es la norma de conflicto de leyes específica con relación a la materia en cuestión argumentada por el apelante, es decir, la que el juez de primera instancia debió aplicar para verificar la validez del pacto arbitral específicamente el numeral 2 establece que

ARTICULO 43 REGLAS DE DERECHO INTERNACIONAL 1 2 La ley aplicable al convenio arbitral en lo que afecta a la validez y los efectos será la expresamente designada por las partes por sí o a través del reglamento de una institución de arbitraje en su defecto por la ley del lugar en donde haya de dictarse el laudo arbitral y si este no estuviera determinado por el lugar de celebración del convenio arbitral cuando este constase expresamente en su defecto, por la ley panameña.

Esta norma de conflicto soluciona el tema de saber a cuál legislación se debe consultar para verificar la validez y efectos de un convenio arbitral.

El fin de esta norma es al tribunal arbitral conformado en Panama al cual se le somete un arbitraje comercial internacional, como se desprende del articulo 26 del Decreto Ley que remite al antes citado articulo 43 dirigiendose al Tribunal Arbitral. La Corte opina que la citada norma tampoco es la que debio utilizar el tribunal maritimo para resolver la situacion controvertida dentro del incidente de declinatoria de competencia ya que como tribunal de la jurisdiccion ordinaria se encuentra limitado por el efecto procesal que produce un convenio arbitral que consiste en la inmediata declinatoria de competencia a favor del tribunal arbitral y la remision del expediente a ese tribunal pactado tal como lo establece el articulo 11 de nuestra ley de arbitraje. El decreto ley sobre arbitraje derogo los articulos 558 y 559 delCodigo de Procedimiento Maritimo por lo que el tribunal maritimo debe atender a lo dispuesto por los preceptos que integran nuestra ley de arbitraje, para lo que tenga que ver con esta materia. El convenio arbitral atribuye al tribunal de la jurisdiccion ordinaria el deber de inhibirse del conocimiento de la causa y enviar de inmediato a las partes al arbitraje en la forma en que lo hubieran convenido.

El primer cuestionamiento que hicieron las demandantes en oposicion a la peticion de declinatoria de competencia consistio en que el convenio arbitral es contrato solemne que requiere estar escrito y firmado por las partes no siendo admisible su aceptacion tacita siendo a su juicio nulo.

La Corte señala al respecto que tales fijaciones quedan desvirtuadas por lo que establece la legislacion vigente en el Decreto Ley N°5 de 1999 en su

artículo 9 referente a la forma del convenio arbitral el que debiera constar por escrito agrega el artículo 9 que el convenio adopta la forma escrita cuando conste en un documento firmado por ambas partes o en documentos intercambiados entre las partes por medio de telex fax correo electrónico o cualquier otra forma de comunicación que acredite la voluntad inequívoca de las partes La norma anterior concuerda con el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional que dice

Artículo 1 Es válido el acuerdo entre las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de carta telegramas o comunicaciones por telex

Dentro de la forma escrita para la concertación de acuerdos arbitrales dentro de la contratación comercial moderna especialmente en el sector marítimo se aceptan diversas modalidades sin que sea imperativa la autografía o firma de los contratantes, como es la llamada incorporación por referencia de términos y condiciones generales o particulares sin que tengan que estar firmadas por las partes

Ese tipo de condiciones generales es frecuente en contratos marítimos como el de fletamento de suministro de combustible de seguro marítimo de empleo de marinos en los conocimientos de embarque y en el de servicios

La Corte concluye en este sentido que no se justifica el cargo relativo a la falta de escritura de la cláusula arbitral pactada en este contrato

Otro aspecto de la apelación presentada es sobre el criterio del juez marítimo en que a pesar de reconocer la existencia del Contrato de Servicios No 6591 entre **AGROWEST** y **MAERSK SEALAND** concluye que no se ha acreditado que en el mismo exista una cláusula que remita a las condiciones generales de contratación que posee **MAERSK SEALAND**

La modalidad de la incorporación por referencia de una parte del contrato donde se encuentran cláusulas como la de arbitraje sin que en la misma este la firma de los contratantes, es perfectamente válida en estos contratos de comercio marítimo

Por consiguiente la situación en que la parte II del Contrato de Servicios no haya sido firmada por el Gerente de la demandante **AGROWEST** no implica la invalidez o nulidad de su contenido pues la misma fue incorporada por referencia a través de la parte I de dicho contrato siendo que esta última parte sí fue firmada y reconocida por la demandante puntualiza el fallo

Se cita el fallo de 11 de octubre de 2004 (**AIG UNION Y DESARROLLO, S A vs GUANZHOU OCEAN SHIPPING Co**), en esta sentencia, además de señalarse que estas cláusulas arbitrales se sustentan en el principio de la autonomía de la voluntad que *rige la contratación comercial de carácter internacional*, se aludió al hecho de que a estos contratos no les es aplicable la

ley de proteccion al consumidor ya que la misma esta destinada al consumidor local adicionalmente se abordo el tema relativo a que no opera una prorroga tacita de competencia porque el demandado haya presentado su incidente de declinatoria de competencia con el escrito de correccion de contestacion de demanda

23 Sociedad Agrocomercial Procuero Limitada y Evergreen Marine Corporation apelan contra el Auto No 105 del 27 de mayo de 2005 dictado por el Segundo Tribunal Maritimo en el Proceso Ordinario Maritimo que Sociedad Agrocomercial Procuero Limitada le sigue a Evergreen Marine Corporation Ponente Alberto Cigarruista C

2.3.1 Antecedentes

Nace la Litis en el proceso ordinario maritimo que la **SOCIEDAD AGROCOMERCIALPOCURO LIMITADA** le sigue a **EVERGREEN MARINE CORPORATION**. Los representantes de ambas partes han interpuesto recurso de apelacion contra el Auto No 105 de 27 de mayo de 2005 dictado por el Segundo Tribunal Maritimo de Panama. En el acto impugnado medularmente se resuelve que se rechaza de plano el incidente de nulidad parcial promovido por la demandada **EVERGREEN MARINE CORPORATION** dentro del proceso ordinario maritimo interpuesto por la sociedad **AGROCOMERCIAL POCURO LÍMITADA** y ordena a la parte demandante **SOCIEDAD AGROCOMERCIAL POCURO LIMITADA**, elimine de su demanda la pretension declarativa

consistente en que se decrete la nulidad absoluta de las cláusulas del conocimiento de embarque No EISU 732300001498

2 3 2 Consideraciones sobre el auto impugnado

En el proceso ordinario instaurado por **SOCIEDAD AGROCOMERCIAL POCURO LIMITADA** contra **EVERGREEN MARINE CORPORATION**, esta última con su libelo de contestación de demanda alega incidente de nulidad parcial por falta de competencia. Para resolver la incidencia se estimó necesario advertir que una de las pretensiones de la parte actora es que se declaren nulas de nulidad absoluta las cláusulas evidenciadas en el conocimiento de embarque No EISU 732300001498 que forman parte del contrato de transporte de mercancía que sustenta esta acción. La otra pretensión tiene relación con el reclamo por daños a la carga. El juez de primera instancia señala que la nulidad de las cláusulas, planteada por la actora se sustenta en que no son el producto de un acuerdo de voluntades entre las partes pues vienen al reverso del conocimiento de embarque por lo que violan el orden público panameño específicamente la ley 29 de 1 de febrero de 1996 sobre protección al consumidor y también el orden público de Chile que es el país de embarque además son cláusulas impuestas de manera unilateral por el transportista sobre todo la de ley aplicable y sumisión jurisdiccional. El incidentista le pide al juez que decrete la nulidad parcial de lo actuado respecto a esa pretensión declarativa de la actora puesto que esa pretensión no es de competencia del tribunal marítimo sino que en todo caso, lo sería de los tribunales de comercio,

los que tratan temas de proteccion al consumidor, interpretacion y aplicacion de la ley No 29 de 1996. Es esta direccion sostiene el fallo que el tema planteado por la parte demandante en su pretension declarativa ciertamente corresponde a otra jurisdiccion que no es la maritima, sin embargo se señala que el tribunal no puede acceder a decretar la nulidad parcial de lo actuado con respecto a esa sola pretension debido a que el proceso es uno solo por lo que no puede el tribunal anular parcialmente los efectos de la admision de la demanda con respecto a la pretension declarativa de la parte demandante y demas actos procesales que fueron realizados conjuntamente por las partes del proceso y del tribunal desde la presentacion de la demanda.

2 3 3 La apelacion interpuesta por la demandante

La alzada se centrã en la parte del fallo, que le ordeno a la demandante la exclusion de la pretension declarativa en que se decrete la nulidad absoluta de ciertas clausulas del conocimiento de embarque. El recurrente puntualiza que los conocimientos de embarque son contratos estandares e internacionales por lo tanto no son ajenos o superiores al ordenamiento juridico del Estado porque si así fuera se les estaria dando el rango de tratados internacionales de tal suerte que si no son tratados internacionales los tribunales tienen la capacidad por ley para conocer la nulidad de sus clausulas.

Aparentemente el recurrente indica que el punto central de la litis es la falta de competencia del tribunal maritimo para conocer la invalidez o nulidad de una clausula contenida en un contrato maritimo debido a que esa pretension esta fundada en la ley de proteccion al consumidor.

Empero el apelante sustenta que ese criterio fue superado por jurisprudencia de la Sala Civil de 12 de septiembre de 2001 en el caso **ALMA DELIA GORDON** y otros vs **ASSICURAZIONI GENERALI**, en la que se afirmó que las normas reguladoras de los contratos de adhesión contenidas en la ley 29 de 1996 tienen que ser aplicadas por todos los tribunales, aunque no sean los tribunales de comercio. Agrega que en ese fallo se dejó sentado que al tratar la materia de contratos de adhesión no se aplica el criterio de especificidad legislativa. Puntualiza el censor que debido a la naturaleza de la materia de los contratos de adhesión regulada a través de normas prohibitivas y de normas imperativas solo resulta ubicable en el ámbito del orden público puesto que toda norma que prohíbe u ordena una conducta es de orden público.

Una de las pretensiones de la demanda va orientada a probar que las cláusulas contenidas en el conocimiento de embarque son infractoras del orden público. A pesar que las normas que regulan los contratos de adhesión se encuentren en la ley de protección al consumidor de ambos países no quiere decir que las mismas solo son aplicables a relaciones entre consumidores y suplidores pues el criterio de la Sala en el fallo citado es que esas normas rigen para todos los contratos de adhesión y su cumplimiento debe ser tutelado por todos los tribunales.

La Sala ha manifestado en su jurisprudencia que esas normas de protección al consumidor **solo aplican a contratos locales y no a contratos internacionales** aduce la apelación que los contratos de transporte de

mercancia por mar, plasmados en conocimientos de embarques, son contratos con elementos de extranjería. Evidentemente se conceptualiza lo que se entiende por contrato internacional haciendo referencia a los elementos de extranjería como factores que conducen a la internacionalización de la relación jurídica contractual dentro del dominio de los conflictos de leyes. Los contratos locales carecen de los elementos de extranjería que producen la internacionalización del negocio jurídico por ello se alega que son locales porque los mismos siempre son celebrados dentro del Estado por ende, carecen de todo elemento que produce su internacionalización.

2.3.4 La apelación interpuesta por la demandada

La apelación va orientada en contra del fallo que rechazó de plano el incidente de nulidad parcial y se condenó en costas a la demandada. El apelante insiste lo que alegó ante el juez de primera instancia para sostener su incidente encaminado contra una de las pretensiones del demandante respecto a la cual considera que el tribunal marítimo no es competente para conocerla y dilucidarla.

Lo anterior obedece a que lo peticionado se fundamenta en la ley de protección al consumidor siendo los tribunales de comercio los competentes para conocer la nulidad absoluta de todo el contrato. En la alzada se sostiene que la nulidad parcial solicitada está fundamentada en el error en la jurisdicción.

escogida por la demandante para litigar, ambas pretensiones en forma simultanea

Ese comportamiento constituye causal de nulidad segun lo establece el articulo 119 delCodigo de Procedimiento Maritimo En ese sentido alega que, es totalmente viable su solicitud de nulidad parcial del proceso fundamentandose en el articulo 118 del CPM permite que se decrete la nulidad de un acto sin que ello conlleve la nulidad de otros

2 3 5 Criterio de la Corte

Del recurso de apelacion presentado por la parte demandante, se desprende que la misma no comparte la decision del juez primario de haberle ordenado corregir su demanda eliminando su pretension de que se declararan nulas algunas clausulas del conocimiento de embarque

Todo lo anterior es viable a juicio del apelante toda vez si le compete al juzgador pronunciarse al respecto tomando en cuenta que los conocimientos de embarques son contratos de adhesion y cualquiera litis producto de sus clausulas puede ser revisado por el tribunal de cualquier jurisdiccion ante el cual se ventila la accion derivada del contrato

Cita el recurrente una sentencia de la Sala de lo Civil de 12 de septiembre de 2001 dictada en virtud de un recurso de casacion donde se considero esa posibilidad

En citada jurisprudencia se puntualizo en que si durante el desarrollo de un proceso instaurado ante la jurisdiccion civil en virtud de una accion que

solamente pudiera ejercerse ante dicha jurisdicción surgiera una disputa legal al respecto la nulidad de una de las cláusulas del contrato celebrado es racional que sea en ese proceso y ante esa jurisdicción donde se resuelva esa polémica

Se cuestiona sobre la capacidad que pudiesen tener los tribunales de la jurisdicción civil para aplicar normas de la Ley No 29 de 1996 atinentes a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos de adhesión y sus nulidades ya que esas normas no pueden considerarse solamente aplicables a las relaciones contractuales de proveedores y consumidores de bienes y servicios sino que han de entenderse adaptables a todos aquellos casos en que existan o medien contratos de adhesión

La Sala puntualiza como tribunal de segunda instancia en la jurisdicción marítima que la misma podría entrar a realizar un examen de fondo sobre la nulidad de cláusulas del conocimiento de embarque siempre que estos fuesen considerados contratos de adhesión empero, en fallos posteriores se ha reiterado que los conocimientos de embarque son considerados tanto por la doctrina internacional como por nuestra jurisprudencia como contratos estándares y no como contratos adhesivos puros siendo perfectamente válidas las cláusulas de sumisión jurisdiccional o arbitraje y la de ley aplicable en ellos estipuladas También se ha dicho que estos contratos de transporte de carga marítimos evidenciados en conocimientos de embarque, surgen por la práctica del comercio internacional, **por lo que se les considera como contratos de carácter internacional** A la luz de este razonamiento jurisprudencial podemos concluir que el presente fallo ha sentado el concepto de contrato internacional

Al señalar que el conocimiento de embarque es un contrato internacional hace una aproximación a los elementos de extranjería como factores que producen la internacionalización del contrato. Además se hace una diferenciación del concepto de contrato local y el contrato internacional indicándose que en los contratos locales no existen elementos de extranjería lo suficientemente relevantes para que se produzca la duda de que ley se aplica al mismo ya sea la *lex fori* o la ley extranjera.

El aporte de esta sentencia es determinar el concepto de contrato internacional su diferencia con el contrato local los elementos del contrato internacional la influencia de los factores de conexión en una relación contractual internacional los efectos del contrato internacional el funcionamiento del contrato internacional y su influencia en la *lex mercatoria*.

No está de más agregar que los principios de la *lex mercatoria* tienen su **habitat** en la contratación internacional dirigida por los operadores del comercio internacional que ante la presencia de una necesidad de mercado mundial producen sus propias reglas operativas al margen de toda regulación estatal entrando en combinación una serie de principios indiscutiblemente presentes en toda contratación como por ejemplo la buena fe y lealtad negocial la libertad de forma y prueba que entre otros hacen del contrato internacional el vehículo idóneo para transferir el patrimonio los bienes servicios y capital de las personas que actúan como protagonistas del mercado mundial.

3 La lex mercatoria en el derecho comparado

3.1 Venezuela La predilección de fuentes para los casos con elementos de extranjería se encuentra recogida en la Ley de Derecho Internacional Privado y en la Ley de Arbitraje Comercial (Artículo 1 en ambos instrumentos legales) Con respecto a la Ley de Derecho Internacional Privado en primer lugar incluye normas en particular las establecidas en los tratados en segundo lugar se señalan las leyes internas y a falta de ellas se utilizara la analogía y finalmente los principios de derecho internacional privado generalmente aceptados

En materia de contratos internacionales prima las disposiciones señaladas por las partes que constituyen ley entre ellas

Los tratados vigentes en Venezuela en materia de contratación internacional son Código Bustamante (La Habana 1928) y la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México 1994)

En lo que respecta a las fuentes internas debe mencionarse la Constitución Política (1999) El Código Civil (1942) El Código de Comercio (1955), y la Ley de Derecho Internacional Privado (1998)

En lo que se refiere a la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales aprobada en 1994, las materias objeto de discusiones se refieren a la plena autonomía de las partes en lo que al derecho aplicable al contrato se refiere (artículo 7) lo cual ha sido receptado por la Ley de Derecho Internacional Privado en su artículo 29

El artículo 9 de la Convención corresponde al artículo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado que introduce la posibilidad de aplicar a falta de la elección del derecho o si la elección es ineficaz un derecho no estatal como es la *lex mercatoria* y los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por los organismos internacionales

La Ley de Derecho Internacional Privado tiene normas especiales destinadas a la regulación de los contratos internacionales estas disposiciones no están contempladas en el Código Civil Venezolano

La Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela incluye en sus artículos 30 y 31 la mención expresa de la *lex mercatoria* y de los principios generales de derecho comercial internacional aprobados por los organismos internacionales. Esta norma facilita la aplicación de los principios de **UNIDROIT**

En la práctica si las partes en un contrato internacional carece de la determinación del derecho aplicable los principios de **UNIDROIT** tendrán también plena cabida desempeñando la función sustitutiva

Si el contrato incluye una cláusula con la determinación del derecho interno aplicable el tribunal podría aplicar los principios para complementar e interpretar este derecho interno

3.2 Argentina

Es de capital importancia hacer alusión al fallo de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones de fecha de 21 de diciembre de 1990 se trata de un arbitraje entre Cia Naviera Perez Companc S A y otro c Ecofisa S A y otro. Este fallo expresa que la *lex mercatoria* emerge de los modernos laudos

arbitrales en particular de los dictados por la Corte de Arbitraje de la Camara de Comercio Internacional la misma no puede ser concebida por un sistema autonomo creado por terminos y usos del comercio internacional al margen de los derechos nacionales y crea un nuevo derecho comun del comercio internacional

Sigue añadiendo la doctrina del fallo que una calificada corriente de la doctrina ha constatado una nueva lex mercatoria emergente de los modernos laudos arbitrales en particular por los laudos dictados por la Corte de Arbitraje de la Camara de Comercio Internacional es dudoso que esa lex mercatoria pueda ser concebida como un sistema juridico autonomo creado por terminos y usos del comercio internacional al margen de los derechos nacionales

3 3 España

Las normas de conflicto del ordenamientos juridico español incluidos en los articulos 8 y siguientes del Codigo Civil guardan relacion con la materia objeto de este apartado

La capacidad para contratar esta regulada en el articulo 9 apartados 1 10 y 11 El articulo 9 1 señala que la ley personal correspondiente a las personas fisicas es la determinada por su nacionalidad Esta ley regira la capacidad de las personas fisicas

El apartado 10 establece como ley personal de los que carecen de nacionalidad o la tuvieren indeterminada la ley del lugar de su residencia habitual El 11 se refiere a que la capacidad de las personas juridicas estara regida por su ley personal que es la determinada por su nacionalidad

El artículo 105 regula la ley aplicable a las obligaciones contractuales y dicta que

Se aplicara a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate en efecto la ley nacional común a las partes, a falta de ella la de la residencia habitual común y en último término la ley del lugar de la celebración del contrato

La representación está regulada en el artículo 1011 del Código Civil que ordena la aplicación de la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante si la representación es legal y la ley del país donde se ejerciten las facultades conferidas si la representación es voluntaria

El artículo 11 establece que las formas y solemnidades de los contratos se rigen por la ley del país en que se otorguen pero serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes En cuanto a los contratos relativos a los bienes inmuebles estos serán válidos si se celebran con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que radican

3.4 Colombia

La recepción de la *lex mercatoria* se recoge en los artículos 35 al 9 del Código de Comercio la que hacen perfectamente viable su reconocimiento

Así mismo el artículo 7 numeral 2 de la ley 518 de 1999, con base en lo cual los vacíos legales en lo concerniente a la compraventa internacional de

mercaderías se regiran por las normas de derecho internacional privado, normas que no son cosa distinta a la *lex mercatoria*

Igual recepción refleja el Código de Costumbre publicado en el año 1984 en el que se certifica la costumbre de la contragarantía para el evento del no pago oportuno de la carta de crédito una de las formas de pago de los contratos de compra venta internacionales donde operan los **ICOTERMS** los que se reconocen como *lex mercatoria*

El laudo arbitral de Augusto Ruiz Corredor y Cia Ltda vs Constructora Andrade Gutierrez S A en 2002 reconoce la aplicación de la *lex mercatoria* en donde se indicó que en el cuerpo de principios sobre los contratos comerciales internacionales en el artículo 7.4.9 dice que si una de las partes no paga una suma de dinero cuando le corresponde la otra tiene derecho a intereses desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, al tipo de interés promedio bancario en los préstamos bancarios a corto plazo a favor de clientes calificados y que sea el ordinario para la moneda de la obligación en la plaza donde haya de hacerse el pago

RECOMENDACIONES

Dentro del presente trabajo podemos recomendar lo siguiente

1 El derecho mercatorio tiene incidencia directa en toda la contratacion internacional, por ende, se debe impulsar la realizacion de actividades academicas a traves de la Facultad de Derecho y Ciencias Politicas de la Universidad de Panama el Colegio Nacional de Abogados y otros gremios academicos de abogados que impulsen la difusion de los contenidos de la **nueva lex mercatoria** a traves de conferencias mesas redondas seminarios «simposios conversatorios y material impreso» sobre la tematica

2 Se debe promover la creacion dentro de la pagina web de la Facultad de Derecho y Ciencias Politicas de la Universidad de Panama de una seccion que contenga articulos sobre la lex mercatoria de la doctrina nacional y extranjera jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia sobre el tema y un foro de opiniones abierto en donde todos los interesados en la cuestion puedan aportar sus comentarios sobre el desarrollo actual de la **nueva lex mercatoria**

3 Debido al desarrollo creciente de los negocios internacionales se ha sostenido una creciente necesidad de informacion y actualizacion sobre la lex mercatoria que tiene impacto en toda la contratacion mercantil internacional por lo tanto se debe inducir a traves de la Facultad de Derecho y Ciencias Politicas de la Universidad de Panama la publicacion semestral de una revista denominada **Lex Mercatoria**” con articulos y ensayos de diferentes abogados

litigantes jueces magistrados, profesores de derecho asesores juridicos de los bancos asesores juridicos de las aseguradoras asesores juridicos de navieras asesores juridicos de petroleras asesores juridicos de empresas productoras de textiles electrodomesticos autos tecnologia informatica farmaceuticos repuestos de carros neumaticos etc para los efectos que los mismos expongan dentro de su lenguaje todos las implicaciones que tienen en su campo la aplicacion de la lex mercatoria dentro de la solucion de sus controversias

4 La logica juridica ha dado de manifiesto que al existir un mercado internacional que se manifiesta en un intercambio acelerado de bienes y servicios los operadores del mercado internacional que son los protagonistas de este escenario al ejecutar sus actos de comercio pueden generar controversias que necesariamente tienen que dilucidarse ante un foro imparcial y es allí en donde entra al escenario el foro arbitral como mecanismo de aplicacion de la lex mercatoria por lo que recomendamos que el Centro de Conciliacion y Arbitraje de Panama **CECAP** de la Camara de Comercio debe estar dotado de arbitros que tengan conocimiento y experiencia en este tipo de proceso arbitral

5 Sobre la base de la recomendacion anterior es necesario que se aperturen nuevos Centros de Arbitraje en Panama y ademas que estas entidades propicien el intercambio de experiencias con otros centros de arbitraje a nivel internacional sobre el tema de la lex mercatoria

6 En relacion a las experiencias que los arbitros internacionales tengan con respecto a los casos que decidan en base a la aplicacion de la lex mercatoria se debe propiciar a nivel interno un registro de laudos arbitrales de

los diferentes centros de arbitraje a nivel nacional con el proposito que los estudiosos en la materia puedan tener referencias a cerca de las decisiones arbitrales en la materia

7 Dentro del programa de la Maestria en Derecho Privado, con enfasis en Derecho Comercial se debe respaldar a traves del Centro de Investigacion Juridica de la Facultad de Derecho y Ciencias Politicas de la Universidad de Panama un concurso de ensayos sobre los temas afines a la **lex mercatoria** con la finalidad de intercambiar entre los estudiantes de maestria conocimientos e ideas sobre el tema en cuestion

8 Dentro de las disposiciones que nuestro Codigo de Comercio contempla respecto del tema refiriendonos al Titulo VII Disposiciones Comunes a los Contratos de Comercio del Libro Primero Del Comercio en General que contiene los articulos 194 y siguientes se debe realizar una reforma exhaustiva de las citadas normas juridicas que contemplen las nuevas formas de contratacion internacional los contratos electronicos los medios de pago online las transferencias bancarias online y el tema de la capacidad y el consentimiento manifestado en los contratos sin papel

9 Con respecto a la capacidad para contratar via online en el ambito internacional se deben auspiciar nuevos instrumentos internacionales de control ya que esto tiene incidencia directa sobre la contratacion internacional las organizaciones cientificas especializadas como el Instituto Internacional para la Unificacion del Derecho Privado (**UNIDROIT**) debe incorporar tales tematicas a los *Principios de UNIDROIT* para los Contratos Comerciales Internacionales

10 Consideramos que la nueva version de los Principios de **UNIDROIT** para los Contratos Comerciales Internacionales de 2010 debio contener disposiciones especificas sobre la capacidad para contratar la manifestacion del consentimiento certeza de la existencia de la causa u objeto de los contratos via online

11 Sobre la capacidad contractual internacional los Principios de **UNIDROIT** para los Contratos Comerciales Internacionales de 2010 debio establecer normas que den certeza que ambas partes tienen plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones mediante una relacion contractual internacional por medios electronicos Evidentemente estos son lo llamados contratos internacionales entre ausentes ya que las partes via online no se ven la cara una a la otra sino a traves de medios electronicos manifiestan su consentimiento y se debio prever formulas juridicas al respecto como por ejemplo, establecer medios de controles estandares mediante programas informaticos que controlen la mayoria de edad de los contratantes, para los efectos de no recaer en una nulidad contractual por faltad de capacidad juridica de ejercicio

12 Con relacion al tema del consentimiento contractual internacional via internet es importante indicar que los Principios de **UNIDROIT** para los Contratos Comerciales Internacionales de 2010 debio regular la materia estableciendo formulas juridicas que permitan controlar o traer certeza juridica que cada parte contratante tienen plena capacidad para manifestar el consentimiento en un contrato internacional via online

13 Otro tema que los Principios de **UNIDROIT** para los Contratos Comerciales Internacionales de 2010 no toco fue lo referente a las transferencias bancaria online, lo que debio haberse legislado puesto que las mismas son una practica reiterada y frecuente entre los operadores del comercio internacional

14 Nada dice los Principios de **UNIDROIT** para los Contratos Comerciales Internacionales de 2010 sobre los pagos online con las tarjetas de creditos a cerca de compras via internet por lo que la nueva version de los **UNIDROIT** para los Contratos Comerciales Internacionales debe referirse al tema

15 Otra situacion que debe tener especial consideracion es el tema que la regulacion que establece elCodigo de Comercio sobre la contratacion comercial refiriendonos al Titulo VII Disposiciones Comunes a los Contratos de Comercio del Libro Primero Del Comercio en General que contiene los articulos 194 y siguientes se debe reformar y adecuar a los Principios de **UNIDROIT** para los Contratos Comerciales Internacionales de 2010 ademas las nuevas convenciones e instrumentos internaciones sobre las diferentes formas de contratacion deben tomar como norte la inspiracion de la nueva lex mercatoria ya que el propio preambulo dice que ***Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales***

16 Los Principios de **UNIDROIT** para los Contratos Comerciales Internacionales de 2010 pueden ser aplicados al contrato internacional sobre la base de la autonomía de la voluntad de las partes es por ello que cabe la posibilidad que exista un contrato internacional cuyo derecho aplicable sea únicamente tales principios o también puede haber la posibilidad que concurra un contrato internacional cuyo derecho aplicable sea la nueva *lex mercatoria* u el derecho de un ordenamiento jurídico determinado. En este sentido consideramos que para que exista una mayor uniformidad del contenido del derecho aplicable al contrato y no exista contradicciones es menester que para evitar el trauma del contrato sea regulado únicamente con los Principios de **UNIDROIT**.

17 El creciente intercambio comercial por medio de medios electrónicos va en aumento las transacciones comerciales vía internet se han incrementado considerablemente en los últimos años existen actualmente en internet páginas especializadas en comprar y vender artículos de toda clase lo que produce un intercambio comercial muchas veces descontrolado puesto que los sujetos involucrados en la transacción están ubicados en lugares diferentes por lo que causa que ese negocio jurídico esté sometido al concurso de varias leyes que pretendan regularlo consideramos oportuno que la nueva versión de los Principios de **UNIDROIT** para los Contratos Comerciales Internacionales de 2010 debió incluir dentro de su normativa los aspectos relacionados a los contratos sin papel ya que como es sabido de un monitor a otro de una **tablet** de otra, de un **BlackBerry** otro, de un **iPhone** a otro o de un **android** a otro

no existe un soporte en papel que pruebe la transacción y son más bien dispositivos electrónicos de datos los que prueban la oferta negociación y perfeccionamiento del contrato

18 Los fenómenos jurídicos como el modo de perfección del contrato el retiro de la oferta rechazo de la oferta modo de aceptación plazo para la aceptación aceptación tardía demora en la transmisión retiro de la aceptación aceptación modificada constitución y alcance de la facultad del representante, representación aparente representación oculta representante actuando sin apoderamiento o excediéndolo responsabilidad del representante sin poder o excediéndolo en los Principios de **UNIDROIT** para los Contratos Comerciales Internacionales de 2010 debieron ser adecuados a la contratación online

19 Los Principios de **UNIDROIT** para los Contratos Comerciales Internacionales de 2010 se refieren a la extinción del poder en el artículo 2.2.10 sin embargo no regula lo atinente al poder de representación que puede otorgarse en un contrato online consideramos que la representación es un fenómeno jurídico tan indispensable dentro del marco de los negocios internacionales que debe ser regulado mediante una convención internacional específicamente la representación mediante contratos sin papel

20 Los Principios de **UNIDROIT** para los Contratos Comerciales Internacionales de 2010 se refieren a la prescripción de las acciones empero este es un tema que debió incluir a los contratos online debido a que no se tiene certeza en este tipo de contratación cuando comienza a correr el término de prescripción

CONCLUSIONES

Podemos aportar las siguientes conclusiones

1 El fenómeno del tráfico jurídico internacional se ha caracterizado por tener un crecimiento vertiginoso en años recientes. La actividad derivada del mencionado tráfico jurídico se materializa en actos jurídicos denominados contratos los que en razón de la relación que pretenden documentar y regular se caracterizan por estar repletos de elementos «extra nacionales» es decir puntos de conexión que vinculan al acto jurídico en cuestión con más de un ordenamiento jurídico.

2 La *lex mercatoria* en su expresión sintáctica es el conjunto de los principios que los operadores del comercio internacional han desarrollado como la forma para regular sus actividades evitándose así el procedimiento legislativo que exige la creación, la discusión y la promulgación de una ley por los medios políticos que exige el poder legislativo de un Estado. El fenómeno de la unificación del derecho contractual internacional se cristaliza en el plural número de negocios que a grandes escalas realizan los operadores del comercio internacional.

3 La unificación del derecho contractual internacional tomando como epicentro el contrato internacional no puede ser analizada desde un punto de vista distante del conflicto de leyes. Indiscutiblemente cuando examinamos un contrato internacional vamos a percibir que su estructura comporta una *relación jurídica internacional inmersa dentro de factores de conexión lo suficientemente*

relevantes que producen la internacionalización material de la propia relación jurídica que encamina sus efectos jurídicos no solo dentro de un circuito económico sino que sus derivaciones jurídicas van mucho más allá de un mercado económico doméstico

4 El derecho mercatorio es producto de la necesidad del comercio mundial cuyos sujetos fundamentales son los profesionales o comerciantes que erigen un marco regulatorio que opera al margen del derecho estadual en la esfera exclusivamente transnacional. La *lex mercatoria* ha sido utilizada para identificar a un conjunto de normas con carácter supranacional que existe con un grado de autonomía en relación a los ordenamientos jurídicos positivos nacionales que constituye un conglomerado de reglas acordes a la ordenanza de las relaciones comerciales internacionales con especial énfasis de aplicación a la contratación internacional que efectúan los operadores del comercio internacional a los que se les puede aplicar directamente las normas del derecho mercatorio en lugar de los mandamientos legales de los ordenamientos jurídicos nacionales

5 El fenómeno de la unificación del derecho contractual se solidifica en el plural número de negocios que a grandes escalas realizan los operadores del comercio internacional. Evidentemente al desarrollarse la iniciativa de un negocio desde el punto de vista económico, surge la necesidad imperiosa de encuadrar ese negocio en una figura jurídica que imprime certeza jurídica en lo que respecta a los derechos y obligaciones de los sujetos participantes en la misma de allí entonces surge el contrato como medio idóneo para materializar

el negocio en sentido lato que ya pasa a ser un negocio en sentido estrictamente jurídico. En este aspecto los operadores del comercio internacional en el desarrollo de sus negocios han creado sus propias reglas que regulan el desenvolvimiento de sus negocios en el mercado. Ello es así porque la dinámica del desarrollo de los negocios es de impulso acelerado, obviamente ese progreso acelerado no se compadece con el adelanto de la técnica de legislar que en nuestros países es parsimoniosa.

6 Los antecedentes mediatos de la *lex mercatoria* se sitúan en la época medieval. El punto de partida es la existencia de costumbres que escapan de los derechos locales y que regulan las relaciones mercantiles internacionales. En el medioevo surge una clase social denominada ***la societas mercatorum*** que se dedicaba al comercio. Esta nueva clase social adquiere mayor poder dentro de la sociedad e implementó una serie de usos y costumbres profesionales que se denominaron ***lex mercatoria***. Ese grupo social estaba integrado por artesanos y comerciantes que se organizan en corporaciones y gremios.

7 Con el transcurso de la historia universal han existido normas que han gobernado las relaciones privadas de los mercaderes internacionales. Se puede establecer que en la edad media los comerciantes invocaron un grupo de reglas que la práctica comercial demandaba en base a los principios de equidad y buena fe contractual. La equidad y la buena fe contractual se aplicaban a los riesgos asociados con la pérdida y deterioro de los bienes objeto de los contratos, la transmisión de la propiedad de tales bienes. Las reglas anteriores tenían su epicentro en las ferias y puertos abiertos cuando se daba una

controversia entre los comerciantes el epicentro de la solución del conflicto o foro jurisdiccional era la propia feria o el puerto y estaba dirigido por los propios mercaderes. Las decisiones que tomaban los mercaderes eran basadas en la equidad mediante un procedimiento sencillo, versátil, flexible, dinámico y ágil. De esta forma los tribunales compilaron las reglas relativas a las disputas y las aplicaron de forma uniforme a varios países. Esas reglas en la edad media se conocieron como *ius mercatorum o lex mercatoria*, es decir, es el conjunto de usos y costumbres que regían las transacciones de los comerciantes. Entre las razones del nacimiento de la *lex mercatoria* tenemos la insuficiencia del derecho romano en resolver nuevas dificultades y el crecimiento de las relaciones comerciales entre los pueblos.

8. Pese a que la *lex mercatoria* es un derecho poco sistemático, tiene sus propias reglas de creación, adjudicación y aplicación. No requiere la mayor parte de las ocasiones de un Estado autoritario para aplicarlo. Este derecho es no autoritario y anacional (sin Estado) y es una realidad, por mucho que les pese a sus detractores. La globalización o internacionalización del comercio ha cambiado muchas cosas, entre ellas, nuestra forma de concebir el derecho. El actual derecho comercial internacional se está expandiendo de manera espontánea y acelerada. La jurisprudencia arbitral está tomando forma y se están haciendo intentos diversos por compilar o sistematizar sus reglas y principios. La unificación del derecho contractual internacional es la **humanización del derecho de los contratos internacionales** que se

manifiesta en la consecucion de reglas comunes y uniformes para regular los derechos y las obligaciones de las partes contratantes

9 La practica de los comerciantes las sociedades transnacionales los abogados de grandes y pequeños despachos (*law firms*) de derecho mercantil los consultores y promotores del comercio exterior la de los propios arbitros internacionales atestigua el uso reiterado de un derecho comercial internacional flexible dinamico informal y al mismo tiempo con caracter universal al margen del Estado El uso permanente en el comercio internacional de los incoterms los creditos documentarios los diversos formatos de contratos tipo internacionales que proporcionan estabilidad y seguridad por su caracter normalizado (*master agreements multiproductos de compraventa internacional de intermediacion*) y el creciente sometimiento a los arbitrajes internacionales en caso de discrepancias son manifestaciones evidentes de estas modernas practicas comerciales

10 La *lex mercatoria* es un derecho fruto de las necesidades de las relaciones mercantiles mundiales (globalizadas) creado por la clase empresarial/comercial (*business community*) sin la mediacion del poder legislativo de los Estados Ademas no precisa recurrir en su mayor parte de la fuerza coactiva monopolizada por los Estados se disciplina por las propias reglas uniformes que se generan espontaneamente entre los actores comerciales de los mercados mundiales Solo excepcionalmente se recurre a los organos jurisdiccionales de los Estados nacionales para hacer cumplir ciertos laudos no acatados voluntariamente Los Estados ademas de intervenir en estos casos

solo subsidiariamente ven como pierden cada vez mas el control y planificacion de los flujos de riqueza. Es un engorroso enigma para el positivismo actual. No es un derecho cuya fuente sea el derecho internacional publico refrendado por los Estados ni tampoco el derecho privado internacional que remite a los ordenamientos nacionales segun los elementos del contrato o las situaciones que puedan apelar el principio de territorialidad. Tampoco es un derecho creado por un legislador global (tipo la ONU) sino que esta creado por la practica de la nueva *societas mercatorum* privada de la era de la globalizacion.

11 Las obsoletas normas fragmentadas de los derechos mercantiles domesticos no cubren las necesidades de las complejas situaciones del derecho mercantil internacional. Los Estados fueron pronto conscientes de este desfase y su reaccion fue la confeccion de numerosos tratados o convenciones internacionales sobre la materia tales como la Convencion de Viena sobre Ventas Internacionales de 1980 con el fin de armonizar los diferentes derechos nacionales pero no consiguieron dar soluciones simples y agiles a esa realidad compleja y cambiante que es el comercio global. Ademias los procesos de negociacion, ratificacion, reservas y adopcion de los acuerdos internacionales son bastante engorrosos. Otro tanto sucede con el derecho internacional privado que no es mas que el conjunto de reglas para dirimir que ordenamiento nacional es de aplicacion en una situacion en que intervienen diferentes sujetos o jurisdicciones nacionales.

12 Los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales constituyen actualmente una solucion a las situaciones juridicas que presentan

el derecho de los negocios internacionales y son un intento por remediar muchas de las diferencias surgidas del derecho aplicable a tales negocios. No son ninguna fórmula de modelo de cláusulas contractuales para ningún tipo de pacto en particular ni es una forma de convención internacional o de ley uniforme para los contratos internacionales y constituyen su valor únicamente de su fuerza persuasiva. Los principios constituyen reglas que son comunes a la mayoría de los sistemas legales existentes y adoptan soluciones que se acomoden a las necesidades del tráfico internacional.

13 Los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales se aplican a los contratos mercantiles refiriéndose a tales efectos a la mercantilidad del contrato. En este caso no se delimita la distinción formal entre la naturaleza civil o mercantil el contrato sino que lo pretendido es abarcar la mayor cantidad de operaciones mercantiles entre las que se destacan los contratos de prestación de servicios profesionales. En este sentido se ha dejado de lado la clásica distinción que se hace del derecho mercantil objetivo y el derecho mercantil subjetivo debido a que lo que se busca es aplicarse tanto en aquellas legislaciones que acogen una distinción como la otra para determinar frente a que acto la ley considera acto de comercio. A pesar que los principios han acogido la corriente de abarcar el mayor número de operaciones mercantiles se han discriminado las operaciones de consumo que se entiende como tales las celebradas por aquellas personas que en su actividad contractual no efectúan un acto de comercio ni obra en ejercicio de su profesión.

14 Los Principios de **UNIDROIT** al recoger principios de distintas culturas jurídicas y económicas permitirán el acceso a innovadoras soluciones que contribuirán a enriquecer y renovar nuestra jurisprudencia, por otra parte son un paso adelante en la necesidad planteada de armonizar y unificar el derecho privado internacional como una respuesta jurídica al fenómeno económico de integración. Derivado de lo enunciado en el *preambulo* se han identificado algunas *funciones* que pueden tener los principios en la práctica indicando algunas aplicaciones jurisprudenciales.

15 Los legisladores nacionales e internacionales podrían encontrar una fuente de inspiración en los Principios de **UNIDROIT** para la preparación de nueva legislación en el campo de las reglas generales de los contratos o con respecto a tipos específicos de negocios debido a las soluciones modernas y funcionales adoptadas, se observa también que las partes pertenecientes a sistemas legales diferentes o que hablen lenguajes distintos podrían usar dichos principios como una guía para elaborar sus contratos. Según se afirma en la presentación a dichos principios se convertirán estos en una fuente conveniente para los árbitros especialmente cuando sean llamados a decidir como amigables compositores conforme a los usos y costumbres del comercio internacional, o a la *lex mercatoria* recurrir a un grupo de reglas las cuales son el resultado de una intensiva investigación y prolongadas deliberaciones.

16 El artículo 5 del **Código de Comercio** informa y dinamiza la aplicabilidad de la **lex mercatoria** en lo que se refiere a los usos y prácticas efectuadas dentro del derecho comercial panameño. Esta norma encierra la hipótesis de

una fuente jurídica que no hace una distinción entre uso de comercio interno y uso de comercio internacional sino por el contrario es una fuente directa que vincula al juez que conoce de la causa

17 El artículo 5 del Código de Comercio puede ser entendido desde una doble manifestación jurídica. Por una parte expresa la norma en comento que ***Si las cuestiones sobre derechos y obligaciones comerciales no pudieren ser resueltas, ni por el texto de la ley comercial, ni por su espíritu, ni por los casos análogos en ella previstos***. El legislador establece que si en la relaciones comerciales en donde nacen derechos y obligaciones mercantiles ya sea producto de una relación jurídica mercantil (compraventa mercantil sociedad mercantil mandato mercantil contrato de transporte terrestre contrato de permuta, contrato de cesión contrato de préstamo mercantil contrato de fianza contrato de prenda contrato de depósito letras de cambio, cheques pagares facturas carta de crédito contratos bancarios contratos de seguros etc.) no están reguladas en el ordenamiento jurídico comercial ni en el espíritu de la ley comercial ni en los casos análogos entonces surge una especie de ***laguna o vacío legal*** que no es más que una situación que no puede encuadrarse en el ordenamiento jurídico existente pues no la regula o es inexistente en la ley comercial. La ley es sabia en proporcionar una solución universal a la laguna legal que engendra la relación comercial que no tiene regulación existente. Como el comercio se caracteriza por ser versátil y dinámico la práctica comercial va más acelerada que la práctica legislativa que tiene una formalidad en el órgano legislativo que para dictar leyes tienen que pasar por un proceso

legislativo que no se compadece con la realidad del avance y marcha acelerada del comercio es por ello que las relaciones comerciales no pueden quedar sin regulacion juridica y al existir un vacio al respecto se enlaza esa realidad con la parte final del articulo 5 delCodigo de Comercio que en su segunda manifestacion expresa que ***seran decididos con arreglos a los usos del comercio observados generalmente en la plaza, y a falta de estos, se estara a lo que establezca el derecho civil*** ' Si la ley comercial no proveer solucion juridica a un caso entonces el Juez tendra que decidir con arreglo a los usos de comercio observados en la plaza y a falta de estos lo que establezca el derecho civil

18 La esencia juridica del articulo 5 delCodigo de Comercio determina la posibilidad del traslado a una norma positiva aplicable a una relacion juridica internacional, cuando se da el caso que la ley positiva vigente no contempla todos los casos por ende debe incurrir en las practicas y usos del comercio internacional en los casos concretos en donde las partes asi lo hayan descrito ElCodigo de Comercio en su articulo 5 establece el punto de referencia de la *lex mercatoria* como una sintaxis de los usos y practicas de los comerciantes que se refleja en el derecho comercial interno y se traspola al derecho comercial internacional En tal sentido el articulo 5 delCodigo de Comercio Patrio estatuye la ***lex mercatoria***, sobre la base de los usos y practicas del comercio interno traspolandose al comercio internacional El articulo 5 delCodigo de Comercio es el sustento legal del fallo de 27 de febrero de 1996 emitido por la Sala de Lo Civil, de la Corte Suprema de Justicia de Panama en donde el

Banco Cafetero Panama S A recurre en casacion en el proceso ordinario que le sigue Banco Exterior de los Andes y de España S A

19 El reconocimiento de la ciudadanía de la lex mercatoria en el marco de los conflictos de ley y su respectiva valoración como sistema tiene lugar con el fallo de 27 de febrero de 1996 entre Banco Exterior de los Andes vs Banco Cafetero de Panama y constituye un soporte fundamental para la evolución del derecho comercial internacional y de un nuevo derecho mercantil de corte supranacional. El Banco Cafetero fue condenado por violación al mandato de representación por la orden de transferencia la cual supuestamente incumplió. La demandada alegaba oposición a la argumentación de la parte actora que no se trataba de un verdadero mandato sino de un mecanismo de transferencia electrónica o de un giro bancario el cual no reunía los requisitos fundamentales por tanto lo consideraba como un mero aviso el cual por razones técnicas no fue completado y por tal razón no se perfeccionó la operación en virtud de las reglas típicas de las transferencias electrónicas.

20 La Sala Civil en el referido fallo de 27 de febrero de 1996 aprecia si verdaderamente se trata de un mandato o no de ser así se expresa que en atención a la naturaleza jurídica del mandato la doctrina y la mayoría de las legislaciones han distinguido dos modalidades. Con representación que se le atribuye al tipo civil cuando el notario actúa por cuenta y en nombre de otro (mandante) y en ese carácter negocia con terceros y sin representación que es calificado como comisión acogido en materia comercial cuando la actuación del mandatario (comisionista), es por cuenta del mandante (comitente) pero actúa

en su propio nombre. Esta distinción es importante en cuanto a los efectos frente a terceros con que se contrato, pues en el segundo caso la posición del mandatario o comisionista es de contratante directo, por lo que los efectos recaen directamente sobre él. Sigue expresando la Corte en su análisis que el contrato o mandato mercantil de comisión puede considerarse el antecedente conceptual que sirvió de sustento en la operación de transferencia bancaria si se toma en cuenta que comienza con una orden de pago iniciadora. Confrontando lo preceptuado con el problema que se presenta en este proceso estima en primer lugar que nuestro Código de Comercio no regula ni resuelve la cuestión planteada ni tampoco casos análogos, pues se trata de la utilización internacional de transferencia de fondos por medio electrónico, en este caso el telex. Es así debido a que el mensaje interbancario tenía poco tiempo de haber aparecido, sin embargo es importante señalar el carácter internacional de este tipo de actividades bancarias que surgen cuando intervienen personas con domicilio en distintos países. Consecuentemente se impone la aplicación de los usos de comercio observados generalmente en cada plaza para resolver los reclamos que puedan surgir de la utilización de estas nuevas prácticas bancarias internacionales. Lo esencial del examen es cuando la Corte indaga sobre el momento en que se confirman los usos del comercio internacional, estableciendo que ocurre cuando verdaderamente no existe una regla especial o una ley especial, se acude justamente a esa práctica que llena o completa la norma en examen por los operadores de comercio.

21 La existencia de la *lex mercatoria* resulta innegable. Surge espontáneamente en el terreno del comercio internacional. Su desarrollo en la práctica comercial internacional y a nivel jurisprudencial señala claras evidencias sobre las mismas. En el plano de las relaciones comerciales internacionales las partes tienden a acordar la exclusión de sus disputas de las legislaciones nacionales para someterlas a los usos y costumbres internacionales con la finalidad de evitar las vaguedades de los diferentes ordenamientos nacionales. Las partes en un contrato internacional acuerdan muchas veces que la disputa que surjan del incumplimiento del contrato no se rija por la ley nacional. En lugar de ello acuerdan su sometimiento a los usos y costumbres de comercio internacional. Cuando tales reglas no son determinables los árbitros aplican la regla o escogen la solución que les parezca más apropiada y equitativa. Este proceso judicial que es en parte de aplicación de las reglas legales y en parte un proceso de selección y creación es la llamada aplicación de la *lex mercatoria*.

22 El arbitraje comercial internacional es un mecanismo para la solución de los conflictos relacionados con el comercio internacional. A la par del desarrollo del arbitraje comercial internacional se ha establecido regulaciones de aceptación general que es la llamada *lex mercatoria* que ha surgido como una necesidad por parte de los operadores del comercio internacional. Los que han creado estas normas con el propósito de sustraer los litigios de sus propias legislaciones nacionales. El contenido de la *lex mercatoria* que ha tenido aplicación constante ante los particulares ha dado lugar al nacimiento de principios dentro de la doctrina arbitral internacional que han sido seguidos.

regularmente por los propios arbitros. El auge del arbitraje comercial internacional ha surgido debido a que muchos de los conflictos que se dan entre los comerciantes a nivel internacional no se delimitan dentro de los tribunales de justicia nacionales debido a la problematica que estos presentan y las multiples ventajas que un litigio internacional ofrece. Por lo tanto la tendencia es que los operadores del comercio internacional tengan preferencia por las tecnicas arbitrales de solucion de conflictos sobre las vias judiciales tradicionales que los tribunales ordinarios.

23 El orden juridico de la *lex mercatoria* se aplica en el ambito de los negocios y las transacciones comerciales internacionales incluyendo a ciertas transacciones entre los Estados y las personas juridicas de derecho privado. Estan dentro de esta categoria de transacciones internacionales las vinculadas con las inversiones extranjeras y especificamente ante la necesidad de gobernar estos contratos comerciales. En tal sentido se ha desarrollado la corriente conforme con la cual es imperativo que estos contratos esten gobernados por un sistema legal separado especialmente disenado para regular tales situaciones juridicas. En tal sentido se incluyen dentro de la *lex mercatoria* a las relaciones juridicas que no solamente protagonizan los particulares sino abarca a otros contratos que conciernen tanto a los comerciantes como personas de derecho privado y a las entidades publicas tales como los Estados.

24 El principio de conservacion de los actos juridicos en la contratacion privada internacional tiene como finalidad la disminucion o bloqueo de los vicios que permitan dejar sin efecto juridico la relacion contractual por lo que permite

preservar la relacion juridica contractual pese a la insistencia de vicios parciales que son subsanables Este principio se orienta en preservar los actos juridicos con el proposito que se perfeccione la ejecucion del contrato Desde esta perspectiva el articulo 1135 delCodigo Civil panameño nos da la posibilidad dentro del contrato que si alguna clausula del mismo admite diversos sentidos se tiene que entender el mas adecuado para que produzca efecto rA fin de evitar la nulidad del contrato se resuelve por medio de la regla de preservacion del articulo 1140 delCodigo Civil de Panama

25 El articulo 1 7 de los Principios de **UNIDROIT** se refiere a la buena fe y lealtad negocial de los principios indicandose que las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional por lo que las mismas no pueden excluir ni restringir la aplicacion de ese deber La inspiracion de los principios radica en la buena fe y lealtad negocial por tanto ante la ausencia de alguna norma especifica en tales principios las partes deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando la lealtad negocial a lo largo de la ejecucion del contrato, desde su genesis hasta su culminacion Las partes no pueden alejarse ni excluir la aplicacion de tales principios La buena fe y lealtad negocial constituyen una norma imperativa dentro del contexto de los principios y una obligacion especifica impuesta a la actuacion de los comerciantes Este principio, expresa el patron de conducta demostrativa de etica y probidad que se deben tener las partes en todas las fases del negocio juridico el cual esta complementado por el deber de confidencialidad y el tratamiento penalizado a las negociaciones en las cuales sea posible advertir la mala fe El principio de

buena fe y lealtad en los negocios es una premisa de comportamiento obligatorio para las partes contratantes durante todo el transcurso de la negociacion durante la fase de formacion del contrato como durante su ejecucion

26 Una de las principales contribuciones de los principios es la de establecer como fuente de armonizacion entre los ordenamientos juridicos de los paises latinoamericanos inspirados en la tendencia romanista y de los paises anglosajones que inspiran sus ordenamientos juridicos en el common law. Esto se explica debido a que en el proceso de elaboracion de los principios se procura la representacion de los diferentes sistemas de derecho. Los principios de **UNIDROIT** reflejan conceptos que se encuentran en estos regimenes ya que forman un conjunto de reglas concebidas dentro de las exigencias de los contratos comerciales internacionales. Tambien se podria afirmar que otra de las contribuciones de los principios de **UNIDROIT** ha sido el trabajo de unificacion del derecho de los contratos comerciales internacionales. Lo que se ejemplifica en lograr un derecho comun a los diferentes ordenamientos juridicos de los paises de la comunidad internacional tal es el caso de los tratados, convenios, las convenciones internacionales y las leyes modelos.

27 La Convencion de Mexico de 1994 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales se sostiene en ampliar lo mas posible su ambito material de aplicacion y evitar cualquier calificacion que pudiera presentarse. En tal sentido el unico criterio que se utilizo para darle vida al ambito de aplicacion de la convencion es el caracter internacional del contrato. Se resta importancia a la naturaleza civil o mercantil del mismo debido a que los problemas que

presenta el tráfico internacional de igual manera afecta a ambos tipos de contratos sin embargo los contratos mercantiles constituyen la mayor preocupacion. La calificacion de la mercantilidad del contrato presenta diferencias muy notables en los diversos sistemas juridicos de la zona mas si estamos en presencia del sistema juridico del common law por otra parte los metodos utilizados para calificar la mercantilidad de un contrato no son uniformes ya que se le sujeta a la ley del foro a la ley del lugar de la celebracion del contrato o la ley del lugar en donde se producen sus efectos con frecuencia se presentan complicaciones con las características especiales del caso.

28 La Convencion de Mexico de 1994 al establecer que la determinacion del derecho aplicable al contrato internacional podra referirse a la totalidad o a una parte o fraccion del mismo lo que nos hace llegar a la conclusion que se admite el fenomeno juridico del **depeçage** que cobra vida en la jerga del derecho conflictual el cual puede ser entendido como la regulacion multiple de un mismo contrato a traves de distintos ordenamientos juridicos que se aplican de forma fraccionada en un mismo instrumento contractual internacional es decir **le depeçage** no es mas que la regulacion o sometimiento de un solo contrato bajo el ambito de varios ordenamientos juridicos sobre la multiplicidad de actos juridicos que se desgranar de la propia estructura contractual. Tambien es conocido como el desmembramiento o desmenuzamiento contractual, asi un contrato internacional de compraventa de mercaderias puede estar regulado en cuanto a su forma por la ley inglesa en

cuanto a los derechos del comprador por la ley libanesa en cuanto a las obligaciones del comprador por la ley holandesa y en cuanto a los efectos del incumplimiento contractual por la ley francesa

29 El *depeçage* nace con el proposito que diversos ordenamientos juridicos regulen armonicamente distintos aspectos de un contrato mercantil internacional. Se critica esta figura argumentando que por lo general se busca evitar en la medida de lo posible que los efectos juridicos derivados de una relacion contractual internacional se fragmenten debido a que un contrato sometido a diversos ordenamientos juridicos en cuanto a sus propios efectos pueden presentar una multiplicidad de problemas en virtud que los diferentes ordenamientos juridicos intervinientes pueden aportar regulaciones distintas a veces antagonicas y contradictorias entre si como resultado de las diversas nociones culturales y sociales de cada comunidad

Por otra parte los criticos de esta figura aducen que es considerado como un exceso a la libertad contractual conferida sin embargo hoy por hoy ha prevalecido el punto de vista que apoya su aceptacion. Los argumentos mas poderosos en su contra se centran en que el *depeçage* presenta el inconveniente que se despliega en la aplicacion conjunta de distintos sistemas juridicos y la necesidad de armonizar las normas de cada uno de ellos para lograr una solucion adecuada que no traume o impida que los efectos juridicos del contrato internacional se produzcan tal como las partes lo quisieron sin ningun tipo de alteraciones

30 Cuando las partes contratantes se encuentren bajo un mismo ordenamiento jurídico la Convención de México de 1994 indica que para escoger el derecho aplicable a la forma del contrato internacional se le ha asignado como soluciones conflictuales el derecho que rige el contrato según la convención el derecho del Estado en que se celebre o *lex loci celebrationis* y el derecho del lugar de su ejecución o *lex loci executionis* o *solutionis*. Con las precitadas soluciones conflictuales se brindan más criterios que coadyuvan a la sobrevivencia del contrato que obedece al principio *favor negotii*, lo que se explica muy sencillamente debido a que a más probabilidades de soluciones conflictuales coexisten que puntean a distintos sistemas jurídicos que pudieran resultar como la ley competente o aplicable a la forma del contrato internacional se reducen las posibilidades que el contrato pueda ser nulo por no cumplir con los requisitos legales exigidos por algún ordenamiento jurídico. La Convención de México de 1994 en lo que respecta a los contratos internacionales entre personas localizadas en diferentes Estados, se ha fijado que la ley que gobierna dicho contrato son los siguientes parámetros conflictuales el derecho que rige según la convención respecto al fondo el derecho de uno de los Estados en que se celebra o *lex loci celebrationis* y el derecho del lugar de su ejecución o la *lex loci executionis*.

BIBLIOGRAFIA

AGUILAR NAVARRO,, M 1982 *Derecho Internacional Privado* Tomo I
Volumen I Seccion de Publicaciones Universidad de Madrid

AGUIRRE ANDRADE, A y FERNANDEZ, M 2006 *Los Principios de UNIDROIT en las Relaciones Comerciales Internacionales* Revista de Derecho Universidad del Norte Barranquilla Colombia paginas 50 76

ARELLANO GARCIA, C 1999 *Derecho Internacional Privado* Editorial Porrúa Mexico

APARICIO, R 1997 *Apuntes de Derecho Internacional Privado* Parte General I Semestre Universidad de Panama, Facultad de Derecho y Ciencias Politicas Panama

BOGGIANO, A 1978 *Derecho Internacional Privado* Ediciones Depalma Buenos Aires Argentina

BOGGIANO, A 1991 *Derecho Internacional Privado,* Abeledo Perrot Buenos Aires Argentina

BOUTIN, G 2006 *Derecho Internacional Privado* Panama Edition Maitre Boutin Panama

BOUTIN, G 2004 *Jurisprudencia de Derecho Internacional Privado Panameño* Panama Imprenta Universitaria

BOUTIN, G 1998 *Del Reconocimiento de la Lex Mercatoria en la Jurisprudencia Panameña* Impresora Panama Panama

BOUTIN, G 1986 *De los Usos de Comercio Internacional* Panama Impreso en Talleres de Teremar Printing Corp Panama

BOUTIN, G 1984 *Principios Practicos del Derecho Internacional Privado Panameño* Editora Renovacion S A, Panama

BOUTIN, G 1987 *De Los Conflictos de Leyes en el Derecho de Familia en el Codigo de Bustamante y en el Derecho Panameño* Imprenta Franco Hijos Panama

BOUTIN, G 2002 *Naturaleza y Objeto del Derecho Internacional Privado* Imprenta de la Universidad de Panama CORE CEI Panama

BOUTIN, G 2002 *Derecho Internacional Privado*, primera edicion Editorial Mizrahi & Pujol, Panama

CADENA AFANADOR, W 2005 *Impacto en Colombia de la Lex Mercatoria* Civilizar, Revista electronica de difusion cientifica Universidad Sergio Arboleda Bogota Colombia paginas 3 36

CARRILLO SALCEDO, J 1983 *Derecho Internacional Privado* Tecnos Madrid

CAICEDO CASTILLA, J 1960 *Derecho Internacional Privado* Temis Colombia

CALVO CARAVACA, A y **CARRASCOSA GONZALEZ, J** 2006 *Los contratos internacionales y el mito de la nueva lex mercatoria* Estudios sobre Contratacion Internacional Colex Madrid paginas 40 75

CALVO CARAVACA, A y **OVIEDO ALVAN, J** 2006 *Nueva Lex Mercatoria y Contratos Internacionales* Coleccion Derecho Privado y Globalizacion Tomo 2 Grupo Editorial Ibañez Bogota Colombia paginas 123 180

DUNCKER BIGGS, F 1956 *Derecho Internacional Privado*, segunda edicion Editorial Juridica de Chile Santiago

FELDSTEIN DE CARDENAS, S 1995 *Contratos Internacionales* Buenos Aires (Argentina) Abeledo Perrot

FELDSTEIN DE CARDENAS, S 2000 *Derecho Internacional Privado Parte Especial* Buenos Aires (Argentina) Editorial Universidad

FILALI O, 1992 *Les Principes Generaux de la Lex Mercatoria* Contribution a l'etude d'un ordre juridique anational LGDJ Paris

FRANCO LEGUIZAMO, L 2007 *De la Lex Mercatoria a la Lex Constructionis* Revista e Mercatoria Volumen 6 Colombia paginas 1 16

GOLDSCHMIDT, W 1954 *Sistema y Filosofia del Derecho Internacional Privado* tomo I y II segunda edicion Ediciones Juridica Europa America Buenos Aires

GOLDMAN, B 2005 *La lex mercatoria dans les contrats* Paris Francia

GOMEZ JENE, M 2006 *La lex mercatoria y arbitraje comercial internacional el ejemplo de la nueva ley de arbitraje español,* en estudio sobre lex mercatoria UNAM Mexico, paginas 115 156

GONZALEZ RUIZ, F 1996 *Nociones Fundamentales de Derecho Internacional Privado* Econo print S A Panama

GRUN, E 2001 *Los Nuevos Sistemas Juridicos del Mundo Globalizado*
Revista Telematica de Filosofia del Derecho nº 4 paginas 1 16

HERNANDEZ SAMPIERI, R y otros, 1995 *Metodologia de Investigacion*

HERRAN MEDINA, A 1959 *Compendio de Derecho Internacional Privado*
quinta edicion Editorial Temis Bogota Colombia

LOMBANA ACHURRA, E 2002 *Manual de Derecho Internacional Privado (Parte General)*, Primer Semestre Universidad de Panama, Facultad de Derecho y Ciencias Politicas Panama

LOMBANA, ACHURRA E 2002 *Manual de Derecho Internacional Privado (Parte Especial)* Universidad de Panama Facultad de Derecho y Ciencias Politicas Panama

LOPEZ RUIZ, F, 2007 *Notas sobre la Nueva Lex Mercatoria* Revista de Derecho del Mercado Financiero Universidad de Alicante España paginas 2 18

MAEKELT, T 1979 *Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado* Imprenta Universitaria Caracas

MATUTE, C 2004 *La Lex Mercatoria y los Principios Jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Camara de Comercio Internacional* Anuario 27 Facultad de Ciencias Juridicas y Politicas de la Universidad de Carabobo, Venezuela paginas 14 32

MAURY, J 1949 *Derecho Internacional Privado* Editorial Cajica Mexico

MEDINA DE LEMUS, M 1998 *Contratos de Comercio Exterior* Editorial Dyckinson

MIAJA DE LA MUELA, A 1987 *Derecho Internacional Privado* tomo I y II decima edicion Ediciones Atlas Madrid

MONROY CABRA, M 1999 *Tratado de Derecho Internacional Privado* quinta edicion, Editorial Temis S A Bogota

MORENO, F 2006 *Revista Judicial*, edicion 89 Escuela Judicial Poder Judicial Costa Rica paginas 15 26

NIBOYET J 1951 *Principios de Derecho Internacional Privado* Traducción de Andres Rodriguez Ramon Editora Nacional S A Mexico

OLGIATI, V 2008 *El nuevo pluralismo juridico y la nueva lex mercatoria en la dinamica constitucional europea*, Traducción de Jorge Alberto Silva Universita degli Study di Urbino, Italia

PEREZNIETO CASTRO, L 1984 *Derecho Internacional Privado* tercera edicion Editorial Harla Mexico

PEREZNIETO CASTRO, L 1995 *Derecho Internacional Privado* sexta edicion Editorial Harla Mexico

PILLET, A 1923 *Principios de Derecho Internacional Privado* traduccion Española de Nicolas Rodriguez Aniceto y Carlos Gonzalez Posada Libreria General de Victoriano Suarez Madrid

SAMTLEBEN, J 1983 *Derecho Internacional Privado en America Latina* Volumen I Parte General traducido por Carlos Bueno Ediciones Depalma Buenos Aires

SILVA, J 2008 *Resurgimiento de la lex mercatoria la regulacion de las relaciones comerciales internacionales* Universidad Autonoma de Ciudad Juarez Mexico

TOVAR GIL, M 2007 *Aplicacion de la lex mercatoria internacional por los arbitros* Lima Arbitration N° 2 Lima Peru paginas 110 129

VALLADAO, H 1987 *Derecho Internacional Privado* Editorial Trillas traducido por Leonel Pereznieto Castro Mexico

WOLFF, M 1958 *Derecho Internacional Privado* traduccion a la segunda edicion inglesa por Antonio Marin Lopez Bosch Casa Editorial Barcelona 1958

LEGISLACION

Codigo de Comercio de la Republica de Panama 1999 Editorial Mizrahi & Pujol S A Septima Edicion Panama

Codigo Civil de la Republica de Panama 1998 Editorial Mizrahi & Pujol S A Decima Edicion Panama

Codigo Judicial de la Republica de Panama 2002 Editorial Mizrahi & Pujol S A Decima Tercera Edicion Panama

Ley 15 del 26 de septiembre de 1928 Gaceta Oficial nº 5 428 de 7 de enero de 1929

Ley 11 de 23 de octubre 1975 Gaceta Oficial nº 18 056 de 30 de marzo de 1976

Ley 8 de 30 de marzo de 1982 (Texto Unico) Gaceta Oficial nº 26 322 de 13 de julio de 2009

Ley 29 de 1 de febrero de 1996 Gaceta Oficial nº 22 966 de 3 de febrero de 1996

Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999 Gaceta Oficial n° Gaceta Oficial 23 837 de
10 de julio de 1999

JURISPRUDENCIA

Banco Cafetero Panama S A recurre en casacion en el proceso ordinario que le sigue Banco Exterior de los Andes y de España S A Magistrado Ponente Eligio A Salas Panama veintisiete (27) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996) Corte Suprema de Justicia Sala de lo Civil En [http //bd.organojudicial.gob.pa/registro.html](http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html)

Apelacion interpuesta por Maersk Sealand Trading Name of the Ap Moller Group Dampskibsselskabet Werndborg contra el auto No 87 del 12 de mayo de 2003 dictado por el Segundo Tribunal Maritimo en el Proceso Ordinario Maritimo que le sigue Agrowest S A Dos Valles S A y Comexa S A Ponente Alberto Cigarruista C Panama uno (1) de junio de dos mil cinco (2005) En [http //bd.organojudicial.gob.pa/registro.html](http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html)

Sociedad Agrocomercial Procuero Limitada y Evergreen Marine Corporation apelan contra el Auto No 105 del 27 de mayo de 2005 dictado por el Segundo Tribunal Maritimo en el Proceso Ordinario Maritimo que Sociedad Agrocomercial Procuero Limitada le sigue a Evergreen Marine Corporation Ponente Alberto Cigarruista C Panama, once (11) de junio de dos mil siete (2007) En [http //bd.organojudicial.gob.pa/registro.html](http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html)

ANEXO I

**PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES
INTERNACIONALES 2010**

PREAMBULO

(Proposito de los Principios)

Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales

Estos Principios deberan aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho la lex mercatoria o expresiones semejantes

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional

Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales

CAPITULO 1 — DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 1 1

(Libertad de contratacion)

Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido

ARTICULO 1 2

(Libertad de forma)

Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato declaracion o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular

El contrato puede ser probado por cualquier medio incluidos los testigos

ARTICULO 1 3

(Caracter vinculante de los contratos)

Todo contrato validamente celebrado es obligatorio para las partes Solo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que el disponga por acuerdo de las partes o por algun otro modo conforme a estos Principios

ARTICULO 1 4

(Normas de caracter imperativo)

Estos Principios no restringen la aplicacion de normas de caracter imperativo sean de origen nacional internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado

ARTICULO 1 5

(Exclusion o modificacion de los Principios por las partes)

Las partes pueden excluir la aplicacion de estos Principios asi como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones salvo que en ellos se disponga algo diferente

ARTICULO 1 6**(Interpretacion e integracion de los Principios)**

- (1) En la interpretacion de estos Principios se tendra en cuenta su caracter internacional asi como sus propositos incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicacion
- (2) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ambito de aplicacion de estos Principios aunque no resueltas expresamente por ellos se resolveran en lo posible segun sus principios generales subyacentes

ARTICULO 1 7**(Buena fe y lealtad negocial)**

- (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional
- (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber

ARTICULO 1 8**(Comportamiento contradictorio Venire contra factum proprium)**

Una parte no puede actuar en contradiccion a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta ultima ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja

ARTICULO 1 9**(Usos y practicas)**

- (1) Las partes estan obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier practica que hayan establecido entre ellas
- (2) Las partes estan obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el trafico mercantil de que se trate a menos que la aplicacion de dicho uso sea irrazonable

ARTICULO 1 10**(Notificacion)**

- (1) Cuando sea necesaria una notificacion esta se hara por cualquier medio apropiado segun las circunstancias
- (2) La notificacion surtira efectos cuando llegue al ambito o circulo de la persona a quien va dirigida
- (3) A los fines del paragrafo anterior se considera que una notificacion llega al ambito o circulo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o direccion postal
- (4) A los fines de este articulo la palabra notificacion incluye toda declaracion demanda requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intencion

ARTICULO 1 11**(Definiciones)**

A los fines de estos Principios

- tribunal incluye un tribunal arbitral
- si una de las partes tiene mas de un establecimiento su establecimiento sera el que guarde la relacion mas estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en

cualquier momento antes de la celebracion del contrato o en el momento de su celebracion

- deudor o deudora es la parte a quien compete cumplir una obligacion y acreedor o acreedora es el titular del derecho a reclamar su cumplimiento,
- escrito incluye cualquier modo de comunicacion que deje constancia de la informacion que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible

ARTICULO 1 12

(Modo de contar los plazos fijados por las partes)

- (1) Los dias feriados oficiales o no laborables que caigan dentro de un plazo fijado por las partes para el cumplimiento de un acto quedaran incluidos a los efectos de calcular dicho plazo
- (2) En todo caso si el plazo expira en un dia que se considera feriado oficial o no laborable en el lugar donde se encuentra el establecimiento de la parte que debe cumplir un acto el plazo queda prorrogado hasta el dia habil siguiente a menos que las circunstancias indiquen lo contrario
- (3) El huso horario es el del lugar del establecimiento de la parte que fija el plazo a menos que las circunstancias indiquen lo contrario

CAPITULO 2 — FORMACION Y APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

SECCION 1 FORMACION

ARTICULO 2 1 1

(Modo de perfeccion)

El contrato se perfecciona mediante la aceptacion de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo

ARTICULO 2 1 2

(Definicion de la oferta)

Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta si es suficientemente precisa e indica la intencion del oferente de quedar obligado en caso de aceptacion

ARTICULO 2 1 3

(Retiro de la oferta)

- (1) La oferta surte efectos cuando llega al destinatario
- (2) Cualquier oferta aun cuando sea irrevocable puede ser retirada si la notificacion de su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta

ARTICULO 2 1 4

(Revocacion de la oferta)

- (1) La oferta puede ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocacion llega al destinatario antes de que este haya enviado la aceptacion
- (2) Sin embargo la oferta no podra revocarse
 - (a) si en ella se indica al señalar un plazo fijo para la aceptacion o de otro modo, que es irrevocable o
 - (b) si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta

ARTICULO 2 1 5
(Rechazo de la oferta)

La oferta se extingue cuando la notificacion de su rechazo llega al oferente

ARTICULO 2 1 6
(Modo de aceptacion)

(1) Constituye aceptacion toda declaracion o cualquier otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta. El silencio o la inaccion por si solos no constituyen aceptacion

(2) La aceptacion de la oferta surte efectos cuando la indicacion de asentimiento llega al oferente

(3) No obstante, si en virtud de la oferta o de las practicas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin notificacion al oferente la aceptacion surte efectos cuando se ejecute dicho acto

ARTICULO 2 1 7
(Plazo para la aceptacion)

La oferta debe ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o si no se hubiere fijado plazo dentro del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias incluso la rapidez de los medios de comunicacion empleados por el oferente. Una oferta verbal debe aceptarse inmediatamente a menos que de las circunstancias resulte otra cosa

ARTICULO 2 1 8
(Aceptacion dentro de un plazo fijo)

El plazo de aceptacion fijado por el oferente comienza a correr desde el momento de expedicion de la oferta. A menos que las circunstancias indiquen otra cosa se presume que la fecha que indica la oferta es la de expedicion

ARTICULO 2 1 9
(Aceptacion tardia Demora en la transmision)

(1) No obstante la aceptacion tardia surtira efectos como aceptacion si el oferente sin demora injustificada informa de ello al destinatario o lo notifica en tal sentido

(2) Si la comunicacion que contenga una aceptacion tardia indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmision hubiera sido normal habria llegado oportunamente al oferente tal aceptacion surtira efecto a menos que sin demora injustificada el oferente informe al destinatario que su oferta ya habia caducado

ARTICULO 2 1 10
(Retiro de la aceptacion)

La aceptacion puede retirarse si su retiro llega al oferente antes o al mismo tiempo que la aceptacion haya surtido efecto

ARTICULO 2 1 11
(Aceptacion modificada)

(1) La respuesta a una oferta que pretende ser una aceptacion pero contiene adiciones limitaciones u otras modificaciones, es un rechazo de la oferta y constituye una contraoferta

(2) No obstante la respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación pero contiene términos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituye una aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación

ARTICULO 2 1 12

(Confirmación por escrito)

Si dentro de un plazo razonable con posterioridad al perfeccionamiento del contrato fuese enviado un escrito que pretenda constituirse en confirmación de aquel y contuviere términos adicionales o diferentes estos pasarán a integrar el contrato a menos que lo alteren sustancialmente o que el destinatario sin demora injustificada objete la discrepancia

ARTICULO 2 1 13

(Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular)

Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insiste en que el contrato no se entenderá perfeccionado hasta lograr un acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular el contrato no se considerará perfeccionado mientras no se llegue a ese acuerdo

ARTICULO 2 1 14

(Contrato con términos abiertos)

(1) Si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato el hecho de que intencionalmente hayan dejado algún término sujeto a ulteriores negociaciones o a su determinación por un tercero no impedirá el perfeccionamiento del contrato

(2) La existencia del contrato no se verá afectada por el hecho de que con posterioridad

(a) las partes no se pongan de acuerdo acerca de dicho término o

(b) el tercero no lo determine siempre y cuando haya algún modo razonable para determinarlo teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes

ARTICULO 2 1 15

(Negociaciones de mala fe)

(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo

(2) Sin embargo la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte

(3) En particular se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo

ARTICULO 2 1 16

(Deber de confidencialidad)

Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato Cuando fuere apropiado la

responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligacion podra incluir una compensacion basada en el beneficio recibido por la otra parte

ARTICULO 2 1 17

(Clausulas de integracion)

Un contrato escrito que contiene una clausula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante tales declaraciones o acuerdos podran utilizarse para interpretar lo escrito

ARTICULO 2 1 18

(Modificacion en una forma en particular)

Un contrato por escrito que exija que toda modificacion o extincion por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podra modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante una parte quedara vinculada por sus propios actos y no podra valerse de dicha clausula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en funcion de tales actos

ARTICULO 2 1 19

(Contratacion con clausulas estandar)

(1) Las normas generales sobre formacion del contrato se aplicaran cuando una o ambas partes utilicen clausulas estandar sujetas a lo dispuesto en los Articulos 2 1 20 al 2 1 22

(2) Clausulas estandar son aquellas preparadas con antelacion por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho sin negociacion con la otra parte

ARTICULO 2 1 20

(Clausulas sorpresivas)

(1) Una clausula estandar no tiene eficacia si es de tal caracter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente

(2) Para determinar si una clausula estandar es de tal caracter se tendra en cuenta su contenido lenguaje y presentacion

ARTICULO 2 1 21

(Conflicto entre clausulas estandar y no-estandar)

En caso de conflicto entre una clausula estandar y una que no lo sea prevalecera esta ultima

ARTICULO 2 1 22

(Conflicto entre formularios)

Cuando ambas partes utilizan clausulas estandar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas clausulas el contrato se entendera perfeccionado sobre la base de los terminos acordados y de lo dispuesto en aquellas clausulas estandar que sean sustancialmente comunes a menos que una de las partes claramente indique con antelacion o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte que no desea quedar obligada por dicho contrato

SECCION 2 APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

ARTICULO 2 2 1

(Ambito de aplicacion de esta seccion)

- (1) Esta seccion regula la facultad de una persona (el representante) para afectar las relaciones juridicas de otra persona (el representado) por o con respecto a un contrato con un tercero ya sea que el representante actue en su nombre o en el del representado
- (2) Esta seccion solo regula las relaciones entre el representado o el representante por un lado y el tercero por el otro
- (3) Esta seccion no regula la facultad del representante conferido por la ley ni la facultad de un representante designado por una autoridad publica o judicial

ARTICULO 2 2 2

(Constitucion y alcance de la facultad del representante)

- (1) El otorgamiento de facultades por el representado al representante puede ser expreso o tacito
- (2) El representante tiene facultad para realizar todos los actos necesarios segun las circunstancias para lograr los objetivos por los que el apoderamiento fue conferido

ARTICULO 2 2 3

(Representacion aparente)

- (1) Cuando un representante actua en el ambito de su representacion y el tercero sabia o debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal los actos del representante afectan directamente las relaciones juridicas entre el representado y el tercero sin generar relacion juridica alguna entre el representante y el tercero
- (2) Sin embargo los actos del representante solo afectan las relaciones entre el representante y el tercero cuando con el consentimiento del representado el representante asume la posicion de parte contratante

ARTICULO 2 2 4

(Representacion oculta)

- (1) Cuando un representante actua en el ambito de su representacion y el tercero no sabia ni debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal los actos del representante afectan solamente las relaciones entre el representante y el tercero
- (2) Sin embargo cuando tal representante al contratar con un tercero por cuenta de una empresa se comporta como dueño de ella el tercero al descubrir la identidad del verdadero titular de la misma podra ejercitar tambien contra este ultimo las acciones que tenga en contra del representante

ARTICULO 2 2 5

(Representante actuando sin poder o excediendolo)

- (1) Cuando un representante actua sin poder o lo excede, sus actos no afectan las relaciones juridicas entre el representado y el tercero
- (2) Sin embargo cuando el representado genera en el tercero la conviccion razonable que el representante tiene facultad para actuar por cuenta del representado y que el representante esta actuando en el ambito de ese poder el

representado no puede invocar contra el tercero la falta de poder del representante

ARTICULO 2 2 6

(Responsabilidad del representante sin poder o excediendolo)

(1) Un representante que actua sin poder o excediendolo es responsable a falta de ratificacion por el representado de la indemnizacion que coloque al tercero en la misma situacion en que se hubiera encontrado si el representante hubiera actuado con poder y sin excederlo

(2) Sin embargo el representante no es responsable si el tercero sabia o debiera haber sabido que el representante no tenia poder o estaba excediendolo

ARTICULO 2 2 7

(Conflicto de intereses)

(1) Si un contrato celebrado por un representante lo involucra en un conflicto de intereses con el representado del que el tercero sabia o debiera haber sabido el representado puede anular el contrato El derecho a la anulacion se somete a los Articulos 3 12 y 3 14 a 3 17

(2) Sin embargo el representado no puede anular el contrato

(a) si ha consentido que el representante se involucre en el conflicto de intereses o lo sabia o debiera haberlo sabido o

(b) si el representante ha revelado el conflicto de intereses al representado y este nada ha objetado en un plazo razonable

ARTICULO 2 2 8

(Sub-representacion)

Un representante tiene la facultad implicita para designar un sub representante a fin de realizar actos que no cabe razonablemente esperar que el representante realice personalmente Las disposiciones de esta seccion se aplican a la sub representacion

ARTICULO 2 2 9

(Ratificacion)

(1) Un acto por un representante que actua sin poder o excediendolo puede ser ratificado por el representado Con la ratificacion el acto produce iguales efectos que si hubiese sido realizado desde un comienzo con apoderamiento

(2) El tercero puede mediante notificacion al representado otorgarle un plazo razonable para la ratificacion Si el representado no ratifica el acto en ese plazo no podra hacerlo despues

(3) Si al momento de actuar el representante el tercero no sabia ni debiera haber sabido la falta de apoderamiento, este puede en cualquier momento previo a la ratificacion notificarle al representado su rechazo a quedar vinculado por una ratificacion

ARTICULO 2 2 10

(EXTINCIÓN DE PODER)

(1) La extincion del poder no es efectiva en relacion a un tercero a menos que este la conozca o debiera haberla conocido

(2) No obstante la extinción de su poder un representante continua facultado para realizar aquellos actos que son necesarios para evitar un daño a los intereses del representado

CAPITULO 3 — VALIDEZ
SECCION 1 DISPOSICIONES GENERALES
ARTICULO 3 1 1

(Cuestiones excluidas)

Este capitulo no se ocupa de la falta de capacidad de las partes

ARTICULO 3 1 2

(Validez del mero acuerdo)

Todo contrato queda perfeccionado modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes sin ningun requisito adicional

ARTICULO 3 1 3

(Imposibilidad inicial)

(1) No afectara la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebracion fuese imposible el cumplimiento de la obligacion contraida

(2) Tampoco afectara la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebracion una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato

ARTICULO 3 1 4

(Caracter imperativo de las disposiciones)

Las disposiciones relativas al dolo la intimidacion, la excesiva desproporcion y la ilicitud del contrato que se incluyen en este capitulo son imperativas

SECCION 2 CAUSALES DE ANULACION

ARTICULO 3 2 1

(Definicion del error)

El error consiste en una concepcion equivocada sobre los hechos o sobre el derecho existente al momento en que se celebro el contrato

ARTICULO 3 2 2

(Error determinante)

una parte puede anular un contrato a causa de error si al momento de su celebracion el error fue de tal importancia que una persona razonable en la misma situacion de la persona que cometiò el error no habria contratado o lo habria hecho en terminos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas y

(a) la otra parte incurrio en el mismo error o lo causo o lo conocio o lo debio haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial o

(b) en el momento de anular el contrato, la otra parte no habia actuado aun razonablemente de conformidad con el contrato

(2) No obstante una parte no puede anular un contrato si

(a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error o

(b) el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o tomando en consideracion las circunstancias del caso dicha parte debe soportar dicho riesgo

ARTICULO 3 2 3**(Error en la expresion o en la transmision)**

Un error en la expresion o en la transmision de una declaracion es imputable a la persona de quien emano dicha declaracion

ARTICULO 3 2 4**(Remedios por incumplimiento)**

Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretension le otorgan o le podrian haber otorgado remedios por incumplimiento

ARTICULO 3 2 5**(Dolo)**

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte incluyendo palabras o practicas o cuando dicha parte omitio dolosamente revelar circunstancias que deberian haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial

ARTICULO 3 2 6**(Intimidacion)**

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte la cual, tomando en consideracion las circunstancias del caso fue tan inminente y grave como para dejar a la otra parte sin otra alternativa razonable En particular una amenaza es injustificada si la accion u omision con la que el promitente fue amenazado es intrinsecamente incorrecta o resultado incorrecto recurrir a dicha amenaza para obtener la celebracion del contrato

ARTICULO 3 2 7**(Excesiva desproporcion)**

(1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus clausulas si en el momento de su celebracion el contrato o alguna de sus clausulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva A tal efecto se deben tener en cuenta entre otros los siguientes factores

(a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia afliccion economica o necesidades apremiantes de la otra parte o de su falta de prevision ignorancia inexperiencia o falta de habilidad en la negociacion y

(b) la naturaleza y finalidad del contrato

(2) A peticion de la parte legitimada para anular el contrato el tribunal podra adaptar el contrato o la clausula en cuestion a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial

(3) El tribunal tambien podra adaptar el contrato o la clausula en cuestion a peticion de la parte que recibo la notificacion de la anulacion siempre y cuando dicha parte haga saber su decision a la otra inmediatamente y en todo caso antes de que esta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato Se aplicaran por consiguiente las disposiciones del Articulo 3 2 10 (2)

ARTICULO 3 2 8**(Terceros)**

(1) Cuando el dolo la intimidacion la excesiva desproporcion o el error sean imputables o seān conocidos o deban ser conocidos por un tercero de cuyos actos es responsable la otra parte el contrato puede anularse bajo las mismas condiciones que si dichas anomalias hubieran sido obra suya

(2) Cuando el dolo la intimidacion o la excesiva desproporcion sean imputables a un tercero de cuyos actos no es responsable la otra parte, el contrato puede anularse si dicha parte conocio o debio conocer el dolo la intimidacion o la excesiva desproporcion o bien si en el momento de anularlo dicha parte no habia actuado todavia razonablemente de conformidad con lo previsto en el contrato

ARTICULO 3 2 9**(Confirmacion)**

La anulacion del contrato queda excluida si la parte facultada para anularlo lo confirma de una manera expresa o tacita una vez que ha comenzado a correr el plazo para notificar la anulacion

ARTICULO 3 2 10**(Perdida del derecho a anular el contrato)**

(1) Si una de las partes se encuentra facultada para anular un contrato por causa de error, pero la otra declara su voluntad de cumplirlo o cumple el contrato en los terminos en los que la parte facultada para anularlo lo entendio el contrato se considerara perfeccionado en dichos terminos En tal caso la parte interesada en cumplirlo debera hacer tal declaracion o cumplir el contrato inmediatamente de ser informada de la manera en que la parte facultada para anularlo lo ha entendido y antes de que ella proceda a obrar razonablemente de conformidad con la notificacion de anulacion

(2) La facultad de anular el contrato se extingue a consecuencia de dicha declaracion o cumplimiento, y cualquier otra notificacion de anulacion hecha con anterioridad no tendra valor alguno

ARTICULO 3 2 11**(Notificacion de anulacion)**

El derecho a anular un contrato se ejerce cursando una notificacion a la otra parte

ARTICULO 3 2 12**(Plazos)**

(1) La notificacion de anular el contrato debe realizarse dentro de un plazo razonable teniendo en cuenta las circunstancias despues de que la parte impugnante conocio o no podia ignorar los hechos o pudo obrar libremente

(2) Cuando una clausula del contrato pueda ser anulada en virtud del Articulo 3 2 7 el plazo para notificar la anulacion empezara a correr a partir del momento en que dicha clausula sea invocada por la otra parte

ARTICULO 3 2 13
(Anulacion parcial)

Si la causa de anulacion afecta solo a algunas clausulas del contrato los efectos de la anulacion se limitaran a dichas clausulas a menos que teniendo en cuenta las circunstancias no sea razonable conservar el resto del contrato

ARTICULO 3 2 14
(Efectos retroactivos)

La anulacion tiene efectos retroactivos

ARTICULO 3 2 15
(Restitucion)

(1) En caso de anulacion cualquiera de las partes puede reclamar la restitucion de lo entregado conforme al contrato o a la parte del contrato que haya sido anulada, siempre que dicha parte restituya al mismo tiempo lo que recibio en base al contrato o a la parte del contrato que fue anulada

(2) Si no es posible o apropiada la restitucion en especie procedera una compensacion en dinero, siempre que sea razonable

(3) Quien recibio el beneficio del cumplimiento no esta obligado a la compensacion en dinero si la imposibilidad de la restitucion en especie es imputable a la otra parte

(4) Puede exigirse una compensacion por los gastos razonablemente necesarios para proteger o conservar lo recibido

ARTICULO 3 2 16
(Daños y perjuicios)

Independientemente de que el contrato sea o no anulado la parte que conocio o debia haber conocido la causa de anulacion se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados colocandola en la misma situacion en que se encontraria de no haber celebrado el contrato

ARTICULO 3 2 17
(Declaraciones unilaterales)

Las disposiciones de este capitulo se aplicaran con las modificaciones pertinentes a toda comunicacion de intencion que una parte dirija a la otra

SECCION 3 ILICITUD

ARTICULO 3 3 1

(Contratos que violan normas de caracter imperativo)

(1) La violacion de una norma de caracter imperativo que resulte aplicable en virtud del Articulo 1 4 de estos Principios ya sea de origen nacional internacional o supranacional tendra los efectos en el supuesto que los tuviera que dicha norma establezca expresamente

(2) Si la norma de caracter imperativo no establece expresamente los efectos que su violacion produce en el contrato, las partes podran ejercitar aquellos remedios por incumplimiento que sean razonables atendiendo a las circunstancias

(3) Al determinar lo que es razonable, se tendran en cuenta entre otros los siguientes criterios

(a) la finalidad de la norma violada

- (b) la categoría de personas que la norma busca proteger,
- (c) cualquier sanción que imponga la norma violada
- (d) la gravedad de la violación
- (e) si la violación era conocida o debió haber sido conocida por una o ambas partes,
- (f) si el cumplimiento del contrato conlleva la violación y
- (g) las expectativas razonables de las partes

ARTICULO 3 3 2

(Restitución)

- (1) Podrá proceder la restitución en el caso de haberse cumplido un contrato que viola una norma de carácter imperativo según el Artículo 3 3 1 siempre que dicha restitución sea razonable atendiendo a las circunstancias
- (2) Para determinar lo que es razonable se tendrán en cuenta los criterios a los que se refiere el Artículo 3 3 1 (3) con las adaptaciones necesarias
- (3) Si se reconoce la restitución se aplicarán las reglas del Artículo 3 2 15 con las adaptaciones necesarias

CAPITULO 4 — INTERPRETACION

ARTICULO 4 1

(Intención de las partes)

- (1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes
- (2) Si dicha intención no puede establecerse el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes

ARTICULO 4 2

(Interpretación de declaraciones y otros actos)

- (1) Las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte siempre que la otra parte la haya conocido o no la haya podido ignorar
- (2) Si el párrafo precedente no es aplicable tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte

ARTICULO 4 3

(Circunstancias relevantes)

Para la aplicación de los Artículos 4 1 y 4 2 deberán tomarse en consideración todas las circunstancias incluyendo

- (a) las negociaciones previas entre las partes
- (b) las prácticas que ellas hayan establecido entre sí,
- (c) los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato
- (d) la naturaleza y finalidad del contrato
- (e) el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial, y
- (f) los usos

ARTICULO 4 4

(Interpretacion sistematica del contrato)

Los terminos y expresiones se interpretaran conforme a la totalidad del contrato o la declaracion en la que aparezcan en su conjunto

ARTICULO 4 5

(Interpretacion dando efecto a todas las disposiciones)

Los terminos de un contrato se interpretaran en el sentido de dar efecto a todos ellos antes que de privar de efectos a alguno de ellos

ARTICULO 4 6

(Interpretacion contra proferentem)

Si los terminos de un contrato dictados por una de las partes no son claros se preferira la interpretacion que perjudique a dicha parte

ARTICULO 4 7

(Discrepancias linguisticas)

Cuando un contrato es redactado en dos o mas versiones de lenguaje todas igualmente autenticas prevalecera, en caso de discrepancia entre tales versiones la interpretacion acorde con la version en la que el contrato fue redactado originalmente

ARTICULO 4 8

(Integracion del contrato)

(1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un termino importante para determinar sus derechos y obligaciones el contrato sera integrado con un termino apropiado a las circunstancias

(2) Para determinar cual es el termino mas apropiado se tendran en cuenta entre otros factores los siguientes

- (a) la intencion de las partes
- (b) la naturaleza y finalidad del contrato
- (c) la buena fe y la lealtad negocial
- (d) el sentido comun

CAPITULO 5 — CONTENIDO Y ESTIPULACION A FAVOR DE TERCEROS

SECCION 1 CONTENIDO

ARTICULO 5 1 1

(Obligaciones expresas e implicitas)

Las obligaciones contractuales de las partes pueden ser expresas o implicitas

ARTICULO 5 1 2

(Obligaciones implicitas)

Las obligaciones implicitas pueden derivarse de

- (a) la naturaleza y la finalidad del contrato
- (b) las practicas establecidas entre las partes y los usos,
- (c) la buena fe y la lealtad negocial
- (d) el sentido comun

ARTICULO 5 1 3
(Cooperacion entre las partes)

Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperacion pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta ultima

- ARTICULO 5 1 4**
(Obligacion de resultado y obligacion de emplear los mejores esfuerzos)
- (1) En la medida en que la obligacion de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado especifico esa parte esta obligada a alcanzar dicho resultado
- (2) En la medida en que la obligacion de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecucion de la prestacion esa parte esta obligada a emplear la diligencia que pondria en circunstancias similares una persona razonable de la misma condicion

- ARTICULO 5 1 5**
(Determinacion del tipo de obligacion)
- Para determinar en que medida la obligacion de una parte implica una obligacion de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado especifico, se tendran en cuenta entre otros factores
- (a) los terminos en los que se describe la prestacion en el contrato
- (b) el precio y otros terminos del contrato
- (c) el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado
- (d) la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligacion

- ARTICULO 5 1 6**
(Determinacion de la calidad de la prestacion)
- Cuando la calidad de la prestacion no ha sido precisada en el contrato ni puede ser determinada en base a este el deudor debe una prestacion de una calidad razonable y no inferior a la calidad media segun las circunstancias

- ARTICULO 5 1 7**
(Determinacion del precio)
- (1) Cuando el contrato no fija el precio o carece de terminos para determinarlo se considera que las partes salvo indicacion en contrario se remitieron al precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o si no puede establecerse el precio de esta manera se entendera que las partes se remitieron a un precio razonable
- (2) Cuando la determinacion del precio quede a cargo de una parte y la cantidad asi determinada sea manifiestamente irrazonable el precio sera sustituido por un precio razonable sin admitirse disposicion en contrario
- (3) Cuando la determinacion del precio quede a cargo de un tercero y este no puede o no quiere fijarlo el precio sera uno razonable
- (4) Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen o que han dejado de existir o de ser accesibles se recurrira como sustituto al factor equivalente mas cercano

ARTICULO 5 1 8

(Contrato de tiempo indefinido)

Cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido notificandolo con razonable anticipacion

ARTICULO 5 1 9

(Renuncia por acuerdo de partes)

(1) Un acreedor puede renunciar a su derecho mediante un acuerdo con el deudor

(2) La oferta de renunciar a titulo gratuito a un derecho se presume aceptada si el deudor no la rechaza inmediatamente despues de conocerla

SECCION 2 ESTIPULACION A FAVOR DE TERCEROS

ARTICULO 5 2 1

(Estipulacion a favor de terceros)

(1) Las partes (el promitente y el estipulante) pueden otorgar por acuerdo expreso o tacito un derecho a un tercero (el beneficiario)

(2) La existencia y el contenido del derecho del beneficiario respecto del promitente se determinan conforme al acuerdo de las partes y se encuentran sujetos a las condiciones y limitaciones previstas en dicho acuerdo

ARTICULO 5 2 2

(Identificacion del beneficiario)

El beneficiario debe estar identificado en el contrato con suficiente certeza pero no necesita existir cuando se celebre el contrato

ARTICULO 5 2 3

(Clausulas de exclusion y limitacion de responsabilidad)

El otorgamiento de derechos al beneficiario incluye el de invocar una clausula en el contrato que excluya o limite la responsabilidad del beneficiario

ARTICULO 5 2 4

(Excepciones)

El promitente puede oponer al beneficiario toda excepcion que el promitente pueda oponer al estipulante

ARTICULO 5 2 5

(Revocacion)

Las partes pueden modificar o revocar los derechos otorgados por el contrato al beneficiario mientras este no los haya aceptado o no haya actuado razonablemente de conformidad con ellos

ARTICULO 5 2 6

(Renuncia)

El beneficiario puede renunciar a un derecho que se le otorgue

SECCION 3 OBLIGACIONES CONDICIONALES

ARTICULO 5 3 1

(Tipos de condiciones)

Un contrato o una obligacion contractual pueden ser condicionales si dependen de un evento futuro e incierto de modo que el contrato o la obligacion contractual solo surte efectos (condicion suspensiva) o deja de tenerlos (condicion resolutoria) si acaece el evento

ARTICULO 5 3 2
(Efectos de las condiciones)

A menos que las partes convengan otra cosa

- a) el contrato o la obligacion contractual surtira efectos al cumplirse la condicion suspensiva
- b) el contrato o la obligacion contractual cesara de tener efectos al cumplirse la condicion resolutoria

ARTICULO 5 3 3
(Intromision en el cumplimiento de la condicion)

- 1 Si el cumplimiento de una condicion es impedido por una parte en violacion del deber de buena fe y lealtad negocial o de cooperacion, dicha parte no podra invocar la falta de cumplimiento de la condicion
- 2 Si el cumplimiento de una condicion es provocado por una parte en violacion del deber de buena fe y lealtad negocial o de cooperacion dicha parte no podra invocar el cumplimiento de la condicion

ARTICULO 5 3 4
(Obligacion de preservar los derechos)

Antes del cumplimiento de la condicion una parte no puede, en violacion del deber de actuar de buena fe y lealtad negocial comportarse de manera tal que perjudique los derechos de la otra parte en caso de que la condicion se cumpliera

ARTICULO 5 3 5
(Restitucion en caso de cumplimiento de una condicion resolutoria)

- 1 En el caso de cumplirse una condicion resolutoria se aplicaran las reglas sobre la restitucion de los Articulos 7 3 6 y 7 3 7 con las adaptaciones necesarias
- 2 Si las partes han convenido que una condicion resolutoria tendra un efecto retroactivo se aplicaran las reglas sobre la restitucion del Articulo 3 2 15 con las adaptaciones necesarias

CAPITULO 6 CUMPLIMIENTO
SECCION 1 CUMPLIMIENTO EN GENERAL

ARTICULO 6 1 1
(Momento del cumplimiento)

Una parte debe cumplir sus obligaciones

- (a) si el momento es fijado o determinable por el contrato en ese momento
- (b) si un periodo de tiempo es fijado o determinable por el contrato en cualquier momento dentro de tal periodo a menos que las circunstancias indiquen que a la otra parte le corresponde elegir el momento del cumplimiento
- (c) en cualquier caso en un plazo razonable despues de la celebracion del contrato

ARTICULO 6 1 2
(Cumplimiento en un solo momento o en etapas)

En los casos previstos en el Articulo 6 1 1 (b) o (c) el deudor debe cumplir sus obligaciones en un solo momento siempre que la prestacion pueda realizarse de una vez y que las circunstancias no indiquen otro modo de cumplimiento

ARTICULO 6 1 3
(Cumplimiento parcial)

(1) El acreedor puede rechazar una oferta de un cumplimiento parcial efectuada al vencimiento de la obligación vaya acompañada o no dicha oferta de una garantía relativa al cumplimiento del resto de la obligación a menos que el acreedor carezca de interés legítimo para el rechazo

(2) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento parcial han de ser soportados por el deudor sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor

ARTICULO 6 1 4
(Secuencia en el cumplimiento)

(1) En la medida en que las prestaciones de las partes puedan ser efectuadas de manera simultánea las partes deben realizarlas simultáneamente a menos que las circunstancias indiquen otra cosa

(2) En la medida en que la prestación de solo una de las partes exija un período de tiempo, esta parte debe efectuar primero su prestación a menos que las circunstancias indiquen otra cosa

ARTICULO 6 1 5
(Cumplimiento anticipado)

(1) El acreedor puede rechazar el cumplimiento anticipado de la obligación a menos que carezca de interés legítimo para hacerlo

(2) La aceptación por una parte de un cumplimiento anticipado no afecta el plazo para el cumplimiento de sus propias obligaciones si este último fue fijado sin considerar el momento del cumplimiento de las obligaciones de la otra parte

(3) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento anticipado han de ser soportados por el deudor sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor

ARTICULO 6 1 6
(Lugar del cumplimiento)

(1) Si el lugar de cumplimiento no está fijado en el contrato ni es determinable con base en aquel una parte debe cumplir

(a) en el establecimiento del acreedor cuando se trate de una obligación dineraria

(b) en su propio establecimiento cuando se trate de cualquier otra obligación

(2) Una parte debe soportar cualquier incremento de los gastos que inciden en el cumplimiento y que fuere ocasionado por un cambio en el lugar de su establecimiento ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato

ARTICULO 6 1 7
(Pago con cheque u otro instrumento)

(1) El pago puede efectuarse en cualquier forma utilizada en el curso ordinario de los negocios en el lugar del pago

(2) No obstante un acreedor que acepta un cheque o cualquier otra orden de pago o promesa de pago ya sea en virtud del párrafo anterior o voluntariamente se presume que lo acepta solamente bajo la condición de que sea cumplida

ARTICULO 6 1 8**(Pago por transferencia de fondos)**

(1) El pago puede efectuarse por una transferencia a cualquiera de las instituciones financieras en las que el acreedor haya hecho saber que tiene una cuenta a menos que haya indicado una cuenta en particular

(2) En el caso de pago por transferencia de fondos la obligación se cumple al hacerse efectiva la transferencia a la institución financiera del acreedor

ARTICULO 6 1 9**(Moneda de pago)**

(1) Si una obligación dineraria es expresada en una moneda diferente a la del lugar del pago este puede efectuarse en la moneda de dicho lugar, a menos que

(a) dicha moneda no sea convertible libremente o

(b) las partes hayan convenido que el pago debería efectuarse solo en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada

(2) Si es imposible para el deudor efectuar el pago en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada el acreedor puede reclamar el pago en la moneda del lugar del pago aun en el caso al que se refiere el parágrafo (1)(b) de este Artículo

(3) El pago en la moneda del lugar de pago debe efectuarse conforme al tipo de cambio aplicable que predomina en ese lugar al momento en que debe efectuarse el pago

(4) Sin embargo si el deudor no ha pagado cuando debió hacerlo el acreedor puede reclamar el pago conforme al tipo de cambio aplicable y predominante, bien al vencimiento de la obligación o en el momento del pago efectivo

ARTICULO 6 1 10**(Moneda no expresada)**

Si el contrato no expresa una moneda en particular el pago debe efectuarse en la moneda del lugar donde ha de efectuarse el pago

ARTICULO 6 1 11**(Gastos del cumplimiento)**

Cada parte debe soportar los gastos del cumplimiento de sus obligaciones

ARTICULO 6 1 12**(Imputación de pagos)**

(1) Un deudor de varias obligaciones dinerarias al mismo acreedor puede especificar al momento del pago a cual de ellas pretende que sea aplicado el pago En cualquier caso el pago ha de imputarse en primer lugar a cualquier gasto luego a los intereses debidos y finalmente al capital

(2) Si el deudor no hace tal especificación, el acreedor puede, dentro de un plazo razonable después del pago indicar al deudor a cual de las obligaciones lo imputa siempre que dicha obligación sea vencida y sea indisputada (3) A falta de imputación conforme a los parágrafos (1) o (2) de este Artículo el pago se imputa en el orden indicado a la obligación que satisfaga uno de los siguientes criterios

(a) la obligación que sea vencida o la primera en vencerse

(b) la obligación que cuente con menos garantías para el acreedor

(c) la obligación que es más onerosa para el deudor

(d) la obligación que surgió primero

Si ninguno de los criterios precedentes se aplica el pago se imputa a todas las obligaciones proporcionalmente

ARTICULO 6 1 13

(Imputación del pago de obligaciones no dinerarias)

El Artículo 6 1 12 se aplica con las adaptaciones del caso a la imputación del pago de obligaciones no dinerarias

ARTICULO 6 1 14

(Solicitud de autorización pública)

Cuando la ley de un Estado requiera una autorización pública que afecta la validez del contrato o su cumplimiento y ni la ley ni las circunstancias del caso indican algo distinto

(a) si sólo una parte tiene su establecimiento en tal Estado esa parte deberá tomar las medidas necesarias para obtener la autorización y

(b) en los demás casos, la parte cuyo cumplimiento requiere de la autorización deberá tomar las medidas necesarias para obtenerla

ARTICULO 6 1 15

(Gestión de la autorización)

(1) La parte obligada a tomar las medidas necesarias para obtener la autorización debe hacerlo sin demora injustificada y soportará todos los gastos en que incurra

(2) Esa parte deberá cuando sea pertinente notificar a la otra parte sin demora injustificada de la concesión o la denegación de la autorización

ARTICULO 6 1 16

(Autorización ni otorgada ni denegada)

(1) Cualquiera de las partes puede resolver el contrato si pese a que la parte responsable de obtener la autorización ha tomado todas las medidas requeridas para obtenerla esta no se otorga ni rechaza dentro del plazo convenido o cuando no se haya acordado plazo alguno dentro de un plazo prudencial a partir de la celebración del contrato

(2) No se aplicará lo previsto en el párrafo (1) de este Artículo cuando la autorización afecte solamente algunas cláusulas del contrato siempre que teniendo en cuenta las circunstancias sea razonable mantener el resto del contrato a pesar de haber sido denegada la autorización

ARTICULO 6 1 17

(Autorización denegada)

(1) La denegación de una autorización que afecta la validez del contrato comporta su nulidad. Si la denegación afecta únicamente la validez de algunas cláusulas sólo tales cláusulas serán nulas si teniendo en cuenta las circunstancias, es razonable mantener el resto del contrato

(2) Se aplican las reglas del incumplimiento cuando la denegación de una autorización haga imposible en todo o en parte el cumplimiento del contrato

SECCION 2 EXCESIVA ONEROSIDAD (HARDSHIP)

ARTICULO 6 2 1

(Obligatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser mas oneroso para una de las partes esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre excesiva onerosidad (hardship)

ARTICULO 6 2 2

(Definicion de la "excesiva onerosidad" (hardship))

Hay excesiva onerosidad (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja despues de la celebracion del contrato
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja

ARTICULO 6 2 3

(Efectos de la "excesiva onerosidad" (hardship))

- (1) En caso de excesiva onerosidad (hardship) la parte en desventaja puede reclamar la renegociacion del contrato. Tal reclamo debera formularse sin demora injustificada con indicacion de los fundamentos en los que se basa
- (2) El reclamo de renegociacion no autoriza por si mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento
- (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial cualquier de las partes puede acudir a un tribunal
- (4) Si el tribunal determina que se presenta una situacion de excesiva onerosidad (hardship) y siempre que lo considere razonable podra
 - (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas o
 - (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio

CAPITULO 7 — INCUMPLIMIENTO

SECCION 1 INCUMPLIMIENTO EN GENERAL

ARTICULO 7 1 1

(Definicion del incumplimiento)

El incumplimiento consiste en la falta de ejecucion por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardio

ARTICULO 7 1 2

(Interferencia de la otra parte)

Una parte no podra ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por accion u omision de la

primera o por cualquier otro acontecimiento por el que esta haya asumido el riesgo

ARTICULO 7 1 3

(Suspension del cumplimiento)

- (1) Cuando las partes han de cumplir simultaneamente cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestacion hasta que la otra ofrezca su prestacion
- (2) Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo la parte que ha de cumplir despues puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido

ARTICULO 7 1 4

(Subsanacion del incumplimiento)

- (1) La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando
 - (a) notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanacion
 - (b) la subsanacion sea apropiada a las circunstancias
 - (c) la parte perjudicada carezca de interes legitimo para rechazarla y
 - (d) dicha subsanacion se lleve a cabo sin demora
- (2) La notificacion de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento
- (3) Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificacion efectiva de la subsanacion hasta el vencimiento del plazo para subsanar
- (4) La parte perjudicada puede suspender su propia prestacion mientras se encuentre pendiente la subsanacion
- (5) A pesar de la subsanacion la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanacion

ARTICULO 7 1 5

(Periodo suplementario para el cumplimiento)

- (1) En caso de incumplimiento la parte perjudicada podra conceder mediante notificacion a la otra parte un periodo suplementario para que cumpla
- (2) Durante el periodo suplementario la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento pero no podra ejercitar ningun otro remedio La parte perjudicada puede ejercitar cualquiera de los remedios previstos en este Capitulo si la otra parte le notifica que no cumplira dentro del periodo suplementario o si este finaliza sin que la prestacion debida haya sido realizada
- (3) En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial la parte perjudicada que ha notificado a la otra el otorgamiento de un periodo suplementario de duracion razonable puede resolver el contrato al final de dicho periodo El periodo suplementario que no sea de una duracion razonable puede extenderse en consonancia con dicha duracion La parte perjudicada puede

establecer en su notificación que el contrato quedara resuelto automáticamente si la otra parte no cumple

(4) El parágrafo (3) no se aplicara cuando la prestación incumplida sea tan solo una minima parte de la obligacion contractual asumida por la parte incumplidora

ARTICULO 7 1 6

(Clausulas de exoneracion)

Una clausula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo teniendo en cuenta la finalidad del contrato

ARTICULO 7 1 7

(Fuerza mayor)(force majeure)

(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que al momento de celebrarse el contrato no cabia razonablemente esperar haberlo tenido en cuenta o haber evitado o superado sus consecuencias

(2) Cuando el impedimento es solo temporal la excusa tiene efecto durante un periodo de tiempo que sea razonable en funcion del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato

(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debio saber del impedimento esta parte sera responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepcion

(4) Nada de lo dispuesto en este Artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido

SECCION 2 DERECHO A RECLAMAR EL CUMPLIMIENTO

ARTICULO 7 2 1

(Cumplimiento de obligaciones dinerarias)

Si una parte que esta obligada a pagar dinero no lo hace la otra parte puede reclamar el pago

ARTICULO 7 2 2

(Cumplimiento de obligaciones no dinerarias)

Si una parte no cumple una obligacion distinta a la de pagar una suma de dinero la otra parte puede reclamar la prestación a menos que

(a) tal prestación sea juridica o fisicamente imposible

(b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa

(c) la parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra via

(d) la prestación tenga caracter exclusivamente personal o

(e) la parte legitimada para recibir la prestación no la reclame dentro de un plazo razonable desde de que supo o debio haberse enterado del incumplimiento

ARTICULO 7 2 3**(Reparacion y reemplazo de la prestacion defectuosa)**

El derecho al cumplimiento incluye cuando haya lugar a ello el derecho a reclamar la reparacion el reemplazo u otra subsanacion de la prestacion defectuosa. Lo dispuesto en los Articulos 7 2 1 y 7 2 2 se aplicara segun proceda

ARTICULO 7 2 4**(Pena judicial)**

- (1) Cuando un tribunal ordena a una parte que cumpla tambien puede ordenar que pague una pena si no cumple con la orden
- (2) La pena sera pagada a la parte perjudicada salvo que normas imperativas del derecho del foro dispongan otra cosa. El pago de la pena a la parte perjudicada no excluye el derecho de estar al resarcimiento

ARTICULO 7 2 5**(Cambio de remedio)**

- (1) La parte perjudicada que ha reclamado el cumplimiento de una obligacion no dineraria y no lo ha obtenido dentro del plazo fijado o en su defecto dentro de un plazo razonable podra recurrir a cualquier otro remedio
- (2) En caso de no ser factible la ejecucion de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligacion no dineraria la parte perjudicada podra recurrir a cualquier otro remedio

SECCION 3 RESOLUCION**ARTICULO 7 3 1****(Derecho a resolver el contrato)**

- (1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial
- (2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligacion constituye un incumplimiento esencial se tendra en cuenta en particular si
 - (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenia derecho a esperar en virtud del contrato a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado
 - (b) la ejecucion estricta de la prestacion insatisfecha era esencial segun el contrato
 - (c) el incumplimiento fue intencional o temerario
 - (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplira en el futuro
 - (e) la resolucion del contrato hara sufrir a la parte incumplidora una perdida desproporcionada como consecuencia de su preparacion o cumplimiento
- (3) En caso de demora la parte perjudicada tambien puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del periodo suplementario concedido a ella segun el Articulo 7 1 5

ARTICULO 7 3 2**(Notificacion de la resolucion)**

- (1) El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificacion a la otra parte

(2) Si la prestación ha sido ofrecida tardíamente o de otro modo no conforme con el contrato la parte perjudicada perderá el derecho a resolver el contrato a menos que notifique su decisión a la otra parte en un período razonable después de que supo o debió saber de la oferta o de la prestación defectuosa

ARTICULO 7 3 3

(Incumplimiento anticipado)

Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurra en un incumplimiento esencial la otra parte puede resolver el contrato

ARTICULO 7 3 4

(Garantía adecuada de cumplimiento)

Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte puede reclamar una garantía adecuada del cumplimiento y mientras tanto puede suspender su propia prestación. Si esta garantía no es otorgada en un plazo razonable la parte que la reclama puede resolver el contrato

ARTICULO 7 3 5

(Efectos generales de la resolución)

- (1) La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras
- (2) La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento
- (3) La resolución no afecta cualquier término del contrato relativo al arreglo de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a operar aun después de haber sido resuelto

ARTICULO 7 3 6

(Restitución en el caso de contratos de cumplimiento en un solo momento)

- (1) Al resolver un contrato cuyo cumplimiento tiene lugar en un solo momento cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo entregado en virtud de dicho contrato siempre que tal parte restituya a la vez lo que haya recibido
- (2) Si no es posible o apropiada la restitución en especie, procederá una compensación en dinero siempre que sea razonable
- (3) La parte que se benefició con el cumplimiento no está obligada a la compensación en dinero si la imposibilidad de la restitución en especie es imputable a la otra parte
- (4) Puede exigirse una compensación por aquellos gastos que son razonablemente necesarios para proteger o conservar lo recibido

ARTICULO 7 3 7

(Restitución en el caso de contratos de cumplimiento prolongado)

- (1) Al resolver un contrato cuyo cumplimiento se extiende en el tiempo solamente se puede reclamar la restitución para el período posterior a la resolución siempre que el contrato sea divisible
- (2) En la medida en que proceda la restitución, se aplicarán las disposiciones del Artículo 7 3 6

SECCION 4 RESARCIMIENTO

ARTICULO 7 4 1

(Derecho al resarcimiento)

Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios

ARTICULO 7 4 2

(Reparacion integral)

(1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparacion integral del daño causado por el incumplimiento Este daño comprende cualquier perdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios

(2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye por ejemplo el sufrimiento fisico y la angustia emocional

ARTICULO 7 4 3

(Certeza del daño)

(1) La compensacion solo se debe por el daño incluyendo el daño futuro que pueda establecerse con un grado razonable de certeza

(2) La compensacion puede deberse por la perdida de una expectativa en proporcion a la probabilidad de que acontezca

(3) Cuando la cuantia de la indemnizacion de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza queda a discrecion del tribunal fijar el monto del resarcimiento

ARTICULO 7 4 4

(Previsibilidad del daño)

La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podria haber previsto como consecuencia probable de su incumplimiento al momento de celebrarse el contrato

ARTICULO 7 4 5

(Prueba del daño en caso de una operacion de reemplazo)

Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operacion de reemplazo en tiempo y modo razonables, podra recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operacion de reemplazo asi como el resarcimiento por cualquier daño adicional

ARTICULO 7 4 6

(Prueba del daño por el precio corriente)

(1) Si la parte perjudicada ha resuelto el contrato y no ha efectuado una operacion de reemplazo pero hay un precio corriente para la prestacion contratada podra recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de la resolucion del contrato asi como el resarcimiento por cualquier daño adicional

(2) Precio corriente es el precio generalmente cobrado por mercaderias entregadas o servicios prestados en circunstancias semejantes en el lugar donde el contrato debio haberse cumplido o si no hubiere precio corriente en

ese lugar el precio corriente en otro lugar que parezca razonable tomar como referencia

ARTICULO 7 4 7

(Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada)

Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño tomando en consideración la conducta de cada una de las partes

ARTICULO 7 4 8

(Atenuación del daño)

(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables

(2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño

ARTICULO 7 4 9

(Intereses por falta de pago de dinero)

(1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago sea o no excusable la falta de pago

(2) El tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y predominantes para la moneda de pago en el lugar donde este ha de ser efectuado. Cuando no exista tal tipo en ese lugar entonces se aplicará el mismo tipo en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de dicho tipo en esos lugares el tipo de interés será el que sea apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago

(3) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de pago causa mayores daños

ARTICULO 7 4 10

(Intereses sobre el resarcimiento)

A menos que se convenga otra cosa los intereses sobre el resarcimiento por el incumplimiento de obligaciones no dinerarias comenzarán a devengarse desde el momento del incumplimiento

ARTICULO 7 4 11

(Modalidad de la compensación monetaria)

(1) El resarcimiento ha de pagarse en una suma global. No obstante puede pagarse a plazos cuando la naturaleza del daño lo haga apropiado

(2) El resarcimiento pagadero a plazos podrá ser indexado

ARTICULO 7 4 12

(Moneda en la que se fija el resarcimiento)

El resarcimiento ha de fijarse según sea más apropiado, bien en la moneda en la cual la obligación dineraria fue expresada o en aquella en la cual el perjuicio fue sufrido

ARTICULO 7 4 13

(Pago estipulado para el incumplimiento)

(1) Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido

(2) No obstante a pesar de cualquier pacto en contrario la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relacion al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demas circunstancias

CAPITULO 8 — COMPENSACION

ARTICULO 8 1

(Condiciones de la compensacion)

(1) Cuando dos partes se deben reciprocamente deudas de dinero u otras prestaciones de igual naturaleza cualquiera de ellas (la primera parte) puede compensar su obligacion con la de su acreedor (la otra parte) si en el momento de la compensacion

(a) la primera parte esta facultada para cumplir con su obligacion

(b) la obligacion de la otra parte se encuentra determinada en cuanto a su existencia e importe y su cumplimiento es debido

(2) Si las obligaciones de ambas partes surgen del mismo contrato la primera parte puede tambien compensar su obligacion con una obligacion de la otra parte cuya existencia o importe no se encuentre determinado

ARTICULO 8 2

(Compensacion de deudas en moneda extranjera)

Quando las obligaciones sean de pagar dinero en diferentes monedas, el derecho a compensar puede ejercitarse siempre que ambas monedas sean libremente convertibles y las partes no hayan convenido que la primera parte solo podra pagar en una moneda determinada

ARTICULO 8 3

(Notificacion de la compensacion)

El derecho a compensar se ejerce por notificacion a la otra parte

ARTICULO 8 4

(Contenido de la notificacion)

(1) La notificacion debe especificar las obligaciones a las que se refiere

(2) Si la notificacion no especifica la obligacion con la que es ejercitada la compensacion la otra parte puede en un plazo razonable declarar a la otra parte la obligacion a la que se refiere la compensacion Si tal declaracion no se hace la compensacion se referira a todas las obligaciones proporcionalmente

ARTICULO 8 5

(Efectos de la compensacion)

(1) La compensacion extingue las obligaciones

(2) Si las obligaciones difieren en su importe la compensacion extingue las obligaciones hasta el importe de la obligacion menos onerosa

(3) La compensacion surte efectos desde la notificacion

CAPITULO 9 — CESION DE CREDITOS, TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES Y CESION DE CONTRATOS

SECCION 1 CESION DE CREDITOS

ARTICULO 9 1 1

(Definiciones)

Cesion de creditos es la transferencia mediante un acuerdo de una persona (el cedente) a otra (el cesionario) de un derecho al pago de una suma de dinero u otra prestacion a cargo de un tercero (el deudor) incluyendo una transferencia a modo de garantia

ARTICULO 9 1 2

(Exclusiones)

Esta seccion no se aplica a las transferencias sometidas a las reglas especiales que regulan transferencias

(a) de instrumentos como titulos de credito titulos representativos de dominio instrumentos financieros o

(b) de derechos incluidos en la transferencia de una empresa

ARTICULO 9 1 3

(Posibilidad de ceder creditos no dinerarios)

Un credito relativo a una prestacion no dineraria solo puede ser cedido si la cesion no hace sustancialmente mas onerosa la prestacion

ARTICULO 9 1 4

(Cesion parcial)

(1) Un credito relativo al pago de una suma de dinero puede ser cedido parcialmente

(2) Un credito relativo a una prestacion no dineraria puede ser cedido parcialmente solo si es divisible y si la cesion no hace sustancialmente mas onerosa la prestacion

ARTICULO 9 1 5

(Cesion de creditos futuros)

Un credito futuro se considera cedido en el momento de celebrarse el acuerdo siempre que cuando llegue a existir dicho credito pueda ser identificado como al que la cesion se refiere

ARTICULO 9 1 6

(Creditos cedidos sin especificacion individual)

Pueden cederse varios creditos sin que sean identificados individualmente siempre que tales creditos en el momento de la cesion o cuando lleguen a existir puedan ser identificados como a los que la cesion se refiere

ARTICULO 9 1 7

(Suficiencia de convenio entre cedente y cesionario)

(1) Un credito es cedido por el mero convenio entre el cedente y el cesionario, sin notificacion al deudor

(2) No se requiere el consentimiento del deudor a menos que la obligacion segun las circunstancias sea de caracter esencialmente personal

ARTICULO 9 1 8

(Costes adicionales del deudor)

El deudor tiene derecho a ser indemnizado por el cedente o el cesionario por todos los costes adicionales causados por la cesion

ARTICULO 9 1 9

(Clausulas prohibiendo la cesion)

(1) La cesion de un derecho al pago de una suma de dinero surte efectos pese al acuerdo entre cedente y deudor limitando o prohibiendo tal cesion Sin embargo el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato

(2) La cesion de un derecho a otra prestacion no surtira efectos si viola un acuerdo entre el cedente y el deudor que limite o prohíba la cesion No obstante la cesion surte efectos si el cesionario en el momento de la cesion no conocia ni debiera haber conocido dicho acuerdo En este caso, el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato

ARTICULO 9 1 10

(Notificacion al deudor)

(1) El deudor se libera pagando al cedente mientras no haya recibido del cedente o del cesionario una notificacion de la cesion

(2) Despues que el deudor recibe tal notificacion solo se libera pagando al cesionario

ARTICULO 9 1 11

(Cesiones sucesivas)

Si un mismo credito ha sido cedido por el cedente a dos o mas cesionarios sucesivos el deudor se libera pagando conforme al orden en que las notificaciones fueron recibidas

ARTICULO 9 1 12

(Prueba adecuada de la cesion)

(1) Si la notificacion de la cesion es dada por el cesionario el deudor puede solicitar al cesionario que dentro de un plazo razonable suministre prueba adecuada de que la cesion ha tenido lugar

(2) El deudor puede suspender el pago hasta que se suministre prueba adecuada

(3) La notificacion no surte efectos a menos que se suministre prueba adecuada de la cesion

(4) Prueba adecuada de la cesion incluye pero no esta limitada a cualquier escrito emanado del cedente e indicando que la cesion ha tenido lugar

ARTICULO 9 1 13

(Excepciones y derechos de compensacion)

(1) El deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones que podria oponer al cedente

(2) El deudor puede ejercitar contra el cesionario cualquier derecho de compensacion de que disponga contra el cedente hasta el momento en que ha recibido la notificacion de la cesion

ARTICULO 9 1 14

(Derechos relativos al credito cedido)

La cesion de un credito transfiere al cesionario

(a) todos los derechos del cedente a un pago o a otra prestacion previstos por el contrato en relacion con el credito cedido, y

(b) todos los derechos que garantizan el cumplimiento del credito cedido

ARTICULO 9 1 15

(Obligaciones del cedente)

El cedente garantiza al cesionario excepto que algo distinto se manifieste al cesionario que

(a) el credito cedido existe al momento de la cesion salvo que el credito sea un derecho futuro

(b) el cedente esta facultado para ceder el credito

(c) el credito no ha sido previamente cedido a otro cesionario y esta libre de cualquier derecho o reclamacion de un tercero

(d) el deudor no tiene excepcion alguna

(e) ni el deudor ni el cedente han notificado la existencia de compensacion alguna respecto del credito cedido y no daran tal notificacion

(f) el cedente reembolsara al cesionario cualquier pago recibido del deudor antes de ser dada notificacion de la cesion

SECCIÓN 2 TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES

ARTICULO 9 2 1

(Modalidades de la transferencia)

Una obligacion de pagar dinero o de ejecutar otra prestacion puede ser transferida de una persona (el deudor originario) a otra (el nuevo deudor) sea

(a) por un acuerdo entre el deudor originario y el nuevo deudor conforme al Articulo 9 2 3, o

(b) por un acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor por el cual el nuevo deudor asume la obligacion

ARTICULO 9 2 2

(Exclusion)

Esta seccion no se aplica a las transferencias de obligaciones sometidas a reglas especiales que regulan transferencias de obligaciones en el curso de la transferencia de una empresa

ARTICULO 9 2 3

(Exigencia del consentimiento del acreedor para la transferencia)

La transferencia de obligaciones por un acuerdo entre el deudor originario y el nuevo deudor requiere el consentimiento del acreedor

ARTICULO 9 2 4

(Consentimiento anticipado del acreedor)

- (1) El acreedor puede dar su consentimiento anticipadamente
- (2) Si el acreedor ha dado su consentimiento anticipadamente la transferencia de la obligacion surte efectos cuando una notificacion de la transferencia se da al acreedor o cuando el acreedor la reconoce

ARTICULO 9 2 5

(Liberacion del deudor originario)

- (1) El acreedor puede liberar al deudor originario
- (2) El acreedor puede tambien retener al deudor originario como deudor en caso de que el nuevo deudor no cumpla adecuadamente
- (3) En cualquier otro caso el deudor originario y el nuevo deudor responden solidariamente

ARTICULO 9 2 6

(Cumplimiento a cargo de un tercero)

- (1) Sin el consentimiento del acreedor el deudor puede convenir con otra persona que esta cumplira la obligacion en lugar del deudor a menos que la obligacion segun las circunstancias tenga un caracter esencialmente personal
- (2) El acreedor conserva su recurso contra el deudor

ARTICULO 9 2 7

(Excepciones y derechos de compensacion)

- (1) El nuevo deudor puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que el deudor originario podia oponer contra el acreedor
- (2) El nuevo deudor no puede ejercer contra el acreedor ningun derecho de compensacion disponible al deudor originario contra el acreedor

ARTICULO 9 2 8

(Derechos relativos a la obligacion transferida)

- (1) El acreedor puede oponer contra el nuevo deudor respecto de la obligacion transferida todos sus derechos al pago o a otra prestacion bajo el contrato
- (2) Si el deudor originario es liberado en virtud del Articulo 9 2 5 (1) queda tambien liberada cualquier garantia otorgada para el cumplimiento de la obligacion por cualquier otra persona que no sea el nuevo deudor, a menos que esa otra persona acuerde que la garantia continuara disponible al acreedor
- (3) La liberacion del deudor originario tambien se extiende a cualquier garantia del deudor originario otorgada al acreedor para garantizar el cumplimiento de la obligacion a menos que la garantia sea sobre un bien que sea transferido como parte de una operacion entre el deudor originario y el nuevo deudor

SECCION 3 CESION DE CONTRATOS

ARTICULO 9 3 1

(Definiciones)

Cesion de contrato es la transferencia mediante un acuerdo de una persona (el cedente) a otra (el cesionario) de los derechos y obligaciones del cedente que surgen de un contrato con otra persona (la otra parte)

ARTICULO 9 3 2

(Exclusion)

Esta seccion no se aplica a las cesiones de contratos sometidas a reglas especiales que regulan cesiones de contratos en el curso de la transferencia de una empresa

ARTICULO 9 3 3

(Exigencia del consentimiento de la otra parte)

La cesion de un contrato requiere el consentimiento de la otra parte

ARTICULO 9 3 4

(Consentimiento anticipado de la otra parte)

- (1) La otra parte puede dar su consentimiento anticipadamente
- (2) Si la otra parte ha dado su consentimiento anticipadamente, la cesion del contrato surte efecto cuando una notificacion de la cesion se da a la otra parte o cuando la otra parte la reconoce

ARTICULO 9 3 5

(Liberacion del cedente)

- (1) La otra parte puede liberar al cedente
- (2) La otra parte puede tambien retener al cedente como deudor en caso de que el cesionario no cumpla adecuadamente
- (3) En cualquier otro caso el cedente y el cesionario responden solidariamente

ARTICULO 9 3 6

(Excepciones y derechos de compensacion)

- (1) En la medida que la cesion de un contrato involucre una cesion de creditos se aplicara el Artículo 9 1 13
- (2) En la medida que la cesion de un contrato involucre una transferencia de obligaciones se aplicara el Artículo 9 2 7

ARTICULO 9 3 7

(Derechos cedidos con el contrato)

- (1) En la medida que la cesion de un contrato involucre una cesion de creditos se aplicara el Artículo 9 1 14
- (2) En la medida que la cesion de un contrato involucre una transferencia de obligaciones se aplicara el Artículo 9 2 8

CAPITULO 10 — PRESCRIPCION

ARTICULO 10 1

(Ambito de aplicacion de este capitulo)

- (1) El ejercicio de los derechos regulados por estos Principios esta limitado por la expiracion de un periodo de tiempo denominado periodo de prescripcion segun las reglas de este capitulo
- (2) Este capitulo no regula el tiempo en el cual, conforme a estos Principios se requiere a una parte como condicion para la adquisicion o ejercicio de su derecho que efectue una notificacion a la otra parte o que lleve a cabo un acto distinto a la apertura de un procedimiento juridico

ARTICULO 10 2

(Periodos de prescripcion)

(1) El periodo ordinario de prescripcion es tres años que comienza al dia siguiente del dia en que el acreedor conocio o debiera haber conocido los hechos a cuyas resultas el derecho del acreedor puede ser ejercido

(2) En todo caso el periodo maximo de prescripcion es diez años que comienza al dia siguiente del dia en que el derecho podia ser ejercido

ARTICULO 10 3

(Modificacion de los periodos de prescripcion por las partes)

(1) Las partes pueden modificar los periodos de prescripcion

(2) Sin embargo, ellas no podran

(a) acortar el periodo ordinario de prescripcion a menos de un año

(b) acortar el periodo maximo de prescripcion a menos de cuatro años

(c) prorrogar el periodo maximo de prescripcion a mas de quince años

ARTICULO 10 4

(Nuevo periodo de prescripcion por reconocimiento)

(1) Cuando el deudor reconoce el derecho del acreedor antes del vencimiento del periodo ordinario de prescripcion comienza a correr un nuevo periodo ordinario de prescripcion al dia siguiente del reconocimiento

(2) El periodo maximo de prescripcion no comienza a correr nuevamente pero puede ser superado por el comienzo de un nuevo periodo ordinario de prescripcion conforme al Artículo 10 2 (1)

ARTICULO 10 5

(Suspension por procedimiento judicial)

(1) El decurso del periodo de prescripcion se suspende

(a) cuando al iniciar un procedimiento judicial o en el procedimiento judicial ya iniciado el acreedor realiza cualquier acto que es reconocido por el derecho del foro como ejercicio del derecho del acreedor contra el deudor

(b) en caso de insolvencia del deudor cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de insolvencia o

(c) en el caso de procedimientos para disolver la entidad deudora cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de disolucion

(2) La suspension dura hasta que se haya dictado una sentencia definitiva o hasta que el procedimiento concluya de otro modo

ARTICULO 10 6

(Suspension por procedimiento arbitral)

(1) El decurso del periodo de prescripcion se suspende cuando al iniciar un procedimiento arbitral o en el procedimiento arbitral ya iniciado, el acreedor realiza cualquier acto que es reconocido por el derecho del tribunal arbitral como ejercicio del derecho del acreedor contra el deudor. A falta de disposiciones en el reglamento de arbitraje o de otras reglas que determinen la fecha exacta del comienzo del procedimiento arbitral, dicho procedimiento se considera comenzado el dia en que el deudor recibe una solicitud para que se adjudique el derecho en disputa

(2) La suspensión dura hasta que se haya dictado una decisión vinculante o hasta que el procedimiento concluya de otro modo

ARTICULO 10 7

(Medios alternativos para la resolución de controversias)

Las disposiciones de los Artículos 10 5 y 10 6 se aplican, con las modificaciones apropiadas a otros procedimientos con los que las partes solicitan de un tercero que les asista en el intento de lograr una resolución amistosa de sus controversias

ARTICULO 10 8

(Suspensión en caso de fuerza mayor, muerte o incapacidad)

(1) Cuando el acreedor no ha podido detener el decurso del periodo de prescripción según los Artículos precedentes debido a un impedimento fuera de su control y que no podía ni evitar ni superar, el periodo ordinario de prescripción se suspende de modo que no expire antes de un año después que el impedimento haya dejado de existir

(2) Cuando el impedimento consiste en la incapacidad o muerte del acreedor o del deudor la suspensión cesa cuando se designe un representante para el incapacitado el difunto o su herencia o cuando un sucesor haya heredado la parte que le corresponde En este caso se aplica el periodo suplementario de un año conforme al parágrafo (1)

ARTICULO 10 9

(Efectos del vencimiento del periodo de prescripción)

(1) El vencimiento del periodo de prescripción no extingue el derecho

(2) Para que el vencimiento del periodo de prescripción tenga efecto el deudor debe invocarlo por vía de excepción

(3) La existencia de un derecho siempre puede ser invocada por vía de excepción a pesar de haberse invocado el vencimiento del periodo de prescripción para el ejercicio de dicho derecho

ARTICULO 10 10

(Derecho de compensación)

El acreedor puede ejercitar el derecho de compensación mientras el deudor no haya opuesto el vencimiento del periodo de prescripción

ARTICULO 10 11

(Restitución)

Cuando ha habido prestación en cumplimiento de la obligación no hay derecho a la restitución por el solo hecho de haber vencido el periodo de prescripción

CAPITULO 11 — PLURALIDAD DE DEUDORES Y DE ACREEDORES

SECCION 1 PLURALIDAD DE DEUDORES

ARTICULO 11 1 1

(Definiciones)

Cuando varios deudores están obligados frente a un acreedor por la misma obligación

(a) las obligaciones son solidarias si cada deudor responde por la totalidad,

(b) Las obligaciones son separadas si cada deudor solo responde por su parte

ARTICULO 11 1 2
(Presuncion de solidaridad)

Cuando varios deudores esten obligados frente a un acreedor por la misma obligacion se presume la solidaridad a menos que las circunstancias indiquen lo contrario

ARTICULO 11 1 3
(Derechos del acreedor frente a los deudores solidarios)

Cuando los deudores esten obligados solidariamente el acreedor podra reclamar el cumplimiento a cualquiera de ellos hasta obtener el cumplimiento total

ARTICULO 11 1 4
(Excepciones y compensacion)

El deudor solidario contra quien el acreedor ejercite una accion puede oponer todas las excepciones y los derechos de compensacion que le sean personales o que sean comunes a todos los codeudores pero no puede oponer las excepciones ni los derechos de compensacion que correspondan personalmente a uno o varios de los demas codeudores

ARTICULO 11 1 5
(Efectos del cumplimiento o de la compensacion)

Si un deudor solidario cumple o compensa la obligacion o si el acreedor ejercita la compensacion frente a un deudor solidario los demas codeudores quedan liberados frente al acreedor en la medida del cumplimiento o de la compensacion

ARTICULO 11 1 6
(Efectos de la remision o de la transaccion)

- (1) La remision de la deuda respecto de un deudor solidario o la transaccion con un deudor solidario, libera a los demas deudores de la parte de dicho deudor a menos que las circunstancias indiquen lo contrario
- (2) Una vez que los demas deudores sean liberados de la parte de dicho deudor no podran ejercitar frente a este ultimo la accion de regreso prevista en el Articulo 11 1 10

ARTICULO 11 1 7
(Efectos del vencimiento o de la suspension de la prescripcion)

- (1) La expiracion del periodo de prescripcion de los derechos del acreedor frente a un deudor solidario no afecta
- (a) Las obligaciones de los demas deudores solidarios frente al acreedor ni
- (b) Las acciones de regreso entre los deudores solidarios previstas en el Articulo 11 1 10
- (2) Si el acreedor inicia contra un deudor solidario uno de los procedimientos previstos en los Articulos 10 5, 10 6 o 10 7, el decurso de la prescripcion tambien se suspende frente a los demas deudores solidarios

ARTICULO 11 1 8**(Efectos de las sentencias)**

(1) Una decision de un tribunal acerca de la responsabilidad de un deudor solidario frente al acreedor no afecta

(a) Las obligaciones de los demas deudores solidarios frente al acreedor ni

(b) Las acciones de regreso entre los deudores solidarios previstas en el Artículo 11 1 10

(2) Sin embargo los demas deudores solidarios tambien pueden invocar dicha decision a menos que esta se base en motivos personales de dicho deudor. En tal caso las acciones de regreso entre los deudores solidarios previstas en el Artículo 11 1 10 se veran afectadas en lo pertinente

ARTICULO 11 1 9**(Reparto entre los deudores solidarios)**

Los deudores solidarios se obligan entre ellos por partes iguales a menos que las circunstancias indiquen lo contrario

ARTICULO 11 1 10**(Alcance de la accion de regreso)**

El deudor solidario que pago mas que su parte, puede reclamar la diferencia de cualquier otro deudor solidario hasta la parte no cumplida por cada uno de ellos

ARTICULO 11 1 11**(Derechos del acreedor)**

(1) El deudor solidario a quien se aplique el Artículo 11 1 10 puede ejercitar igualmente los derechos del acreedor incluidos aquellos que garantizan el cumplimiento, para recuperar la diferencia de los demas deudores solidarios hasta la parte no cumplida por cada uno de ellos

(2) El acreedor que no ha recibido el cumplimiento total conserva sus derechos frente a los codeudores en la medida de lo no cumplido con preferencia sobre los codeudores que ejerciten las acciones de regreso

ARTICULO 11 1 12**(Excepciones en las acciones de regreso)**

El deudor solidario contra quien un codeudor que ha cumplido la obligacion ejercita una accion de regreso

(a) puede oponer todas las excepciones y los derechos de compensacion que podrian haber sido invocados o ejercitados por el codeudor frente al acreedor

(b) puede oponer todas las excepciones que le sean personales

(c) no puede oponer las excepciones o los derechos de compensacion que correspondan personalmente a uno o varios de los demas codeudores

ARTICULO 11 1 13**(Imposibilidad de recuperar)**

Cuando un deudor solidario que pago mas que su parte a pesar de haber realizado todos los esfuerzos razonables no puede recuperar la contribucion de otro deudor solidario la parte de los demas deudores incluyendo la del que ha pagado aumentara proporcionalmente

SECCION 2 PLURALIDAD DE ACREEDORES

ARTÍCULO 11 2 1

(Definiciones)

Cuando varios acreedores pueden exigir de un deudor el cumplimiento de la misma obligacion

- (a) los creditos son separados si cada acreedor solo puede exigir su parte,
- (b) los creditos son solidarios si cada acreedor puede exigir la totalidad de la prestacion
- (c) los creditos son mancomunados si todos los acreedores deben exigir la prestacion de forma conjunta

ARTICULO 11 2 2

(Efectos de los creditos solidarios)

El cumplimiento total a favor de uno de los acreedores solidarios libera al deudor frente a los demas acreedores

ARTICULO 11 2 3

(Excepciones frente a los acreedores solidarios)

- (1) El deudor puede oponer a cualquier acreedor solidario todas las excepciones y los derechos de compensacion que le sean personales en su relacion con dicho acreedor o que pueda oponer a todos los acreedores pero no puede oponer las excepciones ni los derechos de compensacion que le sean personales en su relacion con uno o varios de los demas acreedores
- (2) Las disposiciones de los Articulos 11 1 5 11 1 6 11 1 7 y 11 1 8 se aplican a los acreedores solidarios con las adaptaciones necesarias

ARTICULO 11 2 4

(Reparto entre los acreedores solidarios)

- (1) Los acreedores solidarios tienen entre ellos derecho a partes iguales a menos que las circunstancias indiquen lo contrario
- (2) El acreedor que recibe mas que su parte debe transferir el excedente a los demas acreedores en la medida de sus respectivas partes