

LOS PRINCIPIOS UNIDROIT: UNA ALTERNATIVA DE MORIGERACIÓN DE LA *LEX MERCATORIA* PARA LATINOAMÉRICA

Julio César RIVERA*

SUMARIO: I. *Algunas circunstancias relevantes de nuestro tiempo*
II. *El derecho único de ese mercado único*. III. *Los Principios para los Contratos Comerciales Unidroit*.

I. ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES DE NUESTRO TIEMPO

Los contratos comerciales siempre han tenido vocación internacional, por ello, su primera regulación fue la *lex mercatoria*, que no sabía de fronteras, y fue impuesta por la clase comerciante en razón de su poderío económico y político. Se expresó a través de la jurisdicción consular¹ y subsistió hasta la formación de los Estados nacionales, los que asumieron la legislación como una tarea indelegable; de modo que el derecho se encerró firmemente en las fronteras y se tornó un producto del Estado.

Pero hoy, asistimos a un fenómeno que es la globalización, producto del avance de la tecnología de las comunicaciones que permite a personas, que no están en contacto físico, estar comunicadas en tiempo real, con lo cual se eliminan las limitaciones impuestas por la geografía. Esto hace entonces que el mundo sea un mercado único.

A ello deben sumarse algunas características de la economía globalizada entre las cuales destacamos:

* Profesor de la Universidad Nacional de Buenos Aires y de la Universidad Nacional del Litoral.

¹ Véase Figa Faura, Luis, “Los civilistas y la evolución histórica del derecho comercial”, *Anuario de Derecho Civil*, 1984, p. 369.

- El valor asignado a los productos financieros;
- La desmaterialización de la empresa, para la cual lo importante no es producir, sino comercializar, y cuyo principal objetivo es la imposición de una marca.²

Este marco de la realidad global provoca un renacimiento de la *nueva lex mercatoria*, por cuanto para el mercado único es necesario un derecho único.³

II. EL DERECHO ÚNICO DE ESE MERCADO ÚNICO

El derecho de este mercado único es la *nueva lex mercatoria*, cuyas fuentes son los modelos contractuales, el arbitraje nacional y una práctica uniforme en materia contractual.

Es Galgano⁴ quien nos dice que la primera fuente de regulación de los contratos comerciales internacionales son los mismos *modelos contractuales*. Señala el profesor de Bologna, que hay una circulación de modelos contractuales; las grandes empresas que contratan alrededor de todo el mundo, las petroleras, las discográficas, las de vestimenta deportiva y las automotrices, imponen y circulan sus modelos de contratos. Y esos modelos de contrato son iguales cuando lo celebra una de estas empresas en Indonesia, en Argentina o en los Estados Unidos de América; y aceptan la mínima cantidad de variables posibles. Es que en el mundo globalizado resulta necesario que haya una regulación uniforme de los contratos; entonces, la primera regulación uniforme se adquiere a través de la unificación de los modelos contractuales.⁵

El arbitraje se ha convertido en otra fuente principalísima de la *lex mercatoria*; ello ha sido viabilizado a través de las grandes entidades de arbitraje nacional, como puede ser la Cámara de Comercio Internacional —con sede en París— y algunas otras.

² Explicado este fenómeno por no juristas como Naomi Klein en su obra *No logo*.

³ Las soluciones provenientes del derecho internacional privado son ineficientes; es excesivamente costoso que cada vez que exista un conflicto deba determinarse por vía de las normas de conflicto cuál es el derecho aplicable y cuál la jurisdicción competente.

⁴ Galgano, Francesco, “Interpretación del contrato y *lex mercatoria*”, *Revista de Derecho Comparado*, núm. 3, p. 7.

⁵ Inclusive, en algunos contratos tipo se lee que ciertas cláusulas no son aplicables a algunos países; y otras lo son, exclusivamente, en ciertos países.

La *lex mercatoria* impuesta por las empresas tiene ventajas y riesgos. En particular, el riesgo reside en el abuso de la posición dominante que en el mercado tienen algunas empresas de dimensión global.

Sobre el punto, Galgano utiliza una expresión muy lúcida recordando un pensamiento de Rousseau, quien decía: “entre la democracia y el despotismo ilustrado, prefiero la democracia porque nadie me asegura que el déspota sea ilustrado”; y, dice el profesor de Bologna que lo mismo pasa con la *lex mercatoria*, la ley de las empresas: nadie puede asegurar que el despotismo de las empresas sea ilustrado y por ello es necesaria la mediación cultural de los juristas.

III. LOS PRINCIPIOS PARA LOS CONTRATOS COMERCIALES UNIDROIT

Esta mediación cultural ha sido concretada por Unidroit al preparar los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales.

1. *Fines y fuentes de los Principios*

Los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales aparecen como una respuesta a la necesidad de contar con una fuente normativa uniforme para los negocios entre empresas⁶ que por alguna razón se expanden internacionalmente. Secundariamente, pueden intentar ser, tam-

⁶ Que quede claro que los Principios pretenden ser aplicables, por vía de su incorporación por decisión libre de las partes (preámbulo, párrafo segundo) a los contratos mercantiles internacionales (preámbulo, párrafo primero). Esto último es explicado en el comentario 2 al preámbulo, donde se lee: La restricción del ámbito de aplicación de los Principios a los contratos “mercantiles” no pretende apoyarse en la tradicional distinción que existe en algunos sistemas jurídicos entre el carácter “civil” y “mercantil” de las partes y/o de los negocios jurídicos... *El propósito es excluir del ámbito de los Principios las llamadas “operaciones de consumo”*. A nuestro juicio, se consagra así la distinción entre “contratos entre empresas” y “contratos con consumidores” que preside la dinámica contractual moderna (véase en la doctrina argentina: Boggiano, Antonio, *El poder normativo del caso. Del precedente a la norma*, LL 1989–B–1). De todos modos, el contrato entre empresas no excluye la protección de la partes más débiles de la relación, pues los Principios rescatan la buena fe como principio rector imperativo, reconocen la lesión como vicio del contrato, remiten al derecho estatal la nulidad por ilegalidad o inmoralidad, y admiten la revisión o extinción del contrato por excesiva onerosidad (y por frustración del fin como lo sostenemos más adelante).

bién, una solución alternativa a las exigencias de la negociación dentro de grandes espacios económicos que tienden hacia el *mercado único*.⁷

El tema de la codificación supranacional del derecho de los contratos merece hoy ingentes esfuerzos de la doctrina europea, la que por supuesto, ha comenzado trabajando sobre la cuestión del método.⁸

En este sentido, se afirma que los Principios constituyen una suerte de fijación por escrito de la *lex mercatoria*, utilizando, en alguna medida, el método de los *restatement*.⁹ En cuanto a sus fuentes, son diversas. En este sentido, dice el profesor Bonell que los principios no pretenden unificar los singulares derechos nacionales, sino que se proponen enunciar aquellos principios y reglas en materia contractual que son comunes a los prin-

⁷ El ejemplo típico es la Unión Europea. De allí que sea en Europa donde nace la idea de la codificación supranacional del derecho de los contratos. El planteo del tema lo hace De los Mozos en “Integración europea: derecho comercial y derecho comunitario”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, núm. 220, 1993, afirmando que la cuestión consiste en saber si puede haber un mercado común único sin que por lo menos se haya unificado el derecho de los contratos. A lo cual dio respuesta nada menos que Trabucchi, *Instituzioni di diritto civile*, 32a. ed., Padova, 1991, p. 5, nota 1, diciendo que es imposible el mercado interior único sin un régimen único de los contratos. Las autoridades de la UE están convencidas de que la existencia de una pluralidad de disposiciones de derecho nacional sería un obstáculo a la libre circulación de mercaderías en el espacio interior. Por ello, el Parlamento europeo manifestó en resolución del 26 de mayo de 1989 el deseo de que se proceda a la redacción de un código único de derecho privado. Es que, como señala Gandolfi, G., son insuficientes las normas sobre conflictos de leyes; por ello, es necesaria una ley orgánica y exhaustiva que regule el instrumento jurídico por el cual se realizan las operaciones del mercado —el contrato— en todos sus aspectos y tipos específicos; se trata, en fin, de un código de los contratos y de las obligaciones que lejos de exponer al operador económico al riesgo de la pluralidad de leyes, suministre lealmente una sinopsis de los instrumentos jurídicos accesibles: “Pour un code européen des contrats”, *RTDC*, 1992, p. 713; véase, del mismo autor, “L’attualità del Quarto Libro del Codice Civile nella prospettiva di una codificazione europea”, *Riv. di Diritto Civile*, 1993, 1a. parte, p. 415.

⁸ En el Coloquio organizado por el Instituto Max Planck para tratar el tema Alternativas para la Unificación del Derecho Privado, se ponderaron cuatro posibles: a) la *lex mercatoria* como reflejo del derecho autónomo del comercio internacional, b) la doctrina, c) los contratos tipo, d) los *restatement*.

Todos los cuales fueron criticados por Tunc, André, *L’unification du droit des contrats en Europe: avec o sans loi ?*, *RIDC*, 1993, p. 877. Véase también, Gandolfi, Giuseppe, “L’unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza la legge”, *Riv. de Diritto Civile*, 1993, 2a. parte, p. 149.

⁹ Bonel, M. Joachim, “I principi per i contratti commerciali internazionali, elaborati da Unidroit”, en Bonell, Joachim y Schipani, Sandro, *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, Padova, 1996, pp. 9 y ss.

cipales sistemas jurídicos existentes, y/o indicar la solución que más se adapta a las particulares exigencias del derecho internacional.

Sin perjuicio de ello, se puede apuntar que se han tomado en consideración, en particular, los códigos y compilaciones nacionales más recientes: el UCC de los Estados Unidos, *el 2o. Restatement of contracts*, el Código Civil holandés, la Ley de Relaciones Económicas con el Exterior de la República Popular China de 1985, o el Proyecto del Nuevo Código Civil de Québec.¹⁰ En cuanto concierne al derecho uniforme es fuente directa la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (aunque en algunos casos se adoptan soluciones diversas a la de esta Convención, ya que deben adaptarse a contratos de otros tipos como —en primer lugar— los de prestaciones de servicios).

También se han tomado en consideración reglas no vinculantes, como las del crédito documentario, los INCOTERMS, las Reglas Generales para el Suministro e Instalación de Establecimientos Industriales de la Comisión Económica para Europa de la ONU.

De todos modos, señala Bonell que no es fácil determinar hasta qué punto el contenido de los Principios es innovativo o respeta simplemente el derecho existente.

2. *Los Principios y el derecho latinoamericano*

Ahora bien, para que exista la posibilidad de que un texto de derecho uniforme pueda tener andamio en la práctica negocial extraterritorializada de un país determinado, es necesario que confluyan una serie de circunstancias, entre las cuales debe mencionarse como mínimo: que ese texto guarde una cierta coherencia con los principios de derecho que son usualmente aplicables en ese país, y que tenga la suficiente difusión de modo de posibilitar su conocimiento por los operadores económicos y jurídicos.

En América Latina el derecho privado patrimonial pertenece a la familia romano germánica sin excepciones.¹¹ Es más, los países del área comparten una cultura jurídica de raigambre neoromanista en el campo

¹⁰ Que es derecho vigente en esa provincia canadiense desde 1995.

¹¹ Podría señalarse como una suerte de excepción al derecho quebecois que puede aparecer como una síntesis con el derecho anglosajón. Claro que también resulta difícil imaginar a Quebec perteneciendo a América Latina, al menos en lo que usualmente entendemos por tal.

del derecho privado, un marco institucional de corte netamente liberal, original y, fundamentalmente, inspirado por el constitucionalismo americano, y un compromiso internacional con el sistema interamericano de derechos humanos.¹²

Ello ha llevado a los países del área a realizar ingentes esfuerzos en pro de la unificación o armonización de su derecho, fundamentalmente, vía el derecho internacional privado.¹³

Esta cultura jurídica común facilita la recepción de los Principios, pues, como dice el profesor Garro, estos contienen una sistematización de la parte general del derecho de los contratos internacionales, en un lenguaje terso y comprensible para el jurista formado en la tradición continental romanista.¹⁴

3. *Los contenidos*

Para demostrar lo que venimos diciendo basta con repasar los contenidos de los Principios que responden a los criterios clásicos en materia de contratos. Por ello, el contrato es el resultado de la libre concertación, y las partes tienen la libertad de configurar su contenido (artículo 1.1.); es obligatorio y sólo se extingue por las causales previstas (artículo 1.3.), aunque el principio de la fuerza vinculante no excluye ni los vicios del consentimiento, ni la lesión ni la revisión del contrato por razón de la modificación de las circunstancias.

¹² Garro, Alejandro, *Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades*, Roma, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1992, p. 3.

¹³ El Código Bustamante y las Conferencias de Derecho Internacional Privado (CIDIP) son prueba elocuente de esos esfuerzos. Pero hoy en día esa armonización de alcance regional es insuficiente y compartimos el criterio expuesto por Garro en el sentido de que “en una época de creciente interdependencia comercial entre países del norte y del sur, entre los que se cuentan en ambos campos naciones con tradición jurídica anglosajona y continental romanista, es necesario replantearse la necesidad y conveniencia en dirigir los esfuerzos de unificación del derecho privado en términos universales y no meramente regionales”. *Ibidem*, p. 7. Es en esta orientación que Garro propiciaba la participación de los países latinoamericanos en Unidroit y en Uncitral para acompañar los esfuerzos de unificación y armonización de alcance universal.

¹⁴ Garro, Alejandro, “El contenido del contrato bajo los Principios de Unidroit aplicables a los contratos comerciales internacionales: su impacto en el Mercosur”, en a cura di Bonell, Joaquin y Schipani, Sandro, *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, Padova, núm. 3, 1996, pp. 171, 178 y ss.

La regla es que los contratos son no formales (artículo 1.2.) y consensuales (artículos 2o. y 3.2.) donde se excluye, expresamente, la existencia de contratos reales. La regulación es supletoria (artículo 1.6), pero no excluye la aplicación de las reglas imperativas de derecho interno (artículo 1.4.).

La causa final (o la consideration del derecho anglosajón) no es requisito del contrato (artículo 3.2.), pero con la aclaración de que ese artículo no se refiere a la ilegalidad.¹⁵

Y la buena fe es considerada regla rectora de los Principios y del comercio internacional. Rige como criterio general aun cuando una disposición singular no haga referencia a él, y es inderogable para las partes (artículo 1.7.). El principio de buena fe se extiende a las relaciones precontractuales. Por ello, incurre en responsabilidad quien negocia de mala fe, entendiéndose por tal quien lo hace con la intención de no llegar a un acuerdo (núm. 2.15, p. 52).

Más allá de ciertos debates sobre la causa como elemento del contrato, lo cierto es que las demás reglas generales son perfectamente ajustadas a la regulación de los códigos latinoamericanos. Y si bien algunos de esos códigos pueden no contemplar ciertas soluciones particulares, no por ello ha de decirse que son incompatibles. Por el contrario, las novedades que los Principios UNIDROIT traen respecto de las soluciones positivas de las legislaciones estatales, deben ser tomadas en consideración para mejorar la propia legislación interna; así lo hizo el Proyecto de Código Civil para Argentina de 1998, que propicia muchas reformas al derecho vigente tomadas directamente de los Principios Unidroit.

Ello demuestra, a nuestro juicio, que los Principios Unidroit son compatibles con el derecho latinoamericano, lo que autoriza su aplicación en los casos concretos en que así lo hayan pactado las partes.¹⁶

¹⁵ La invalidez del contrato por ilegalidad o inmoralidad se rigen por el derecho aplicable al contrato (artículo 3.1.); y la exclusión de la idea de causa como elemento de la celebración del contrato, no impide su ponderación cuando se trata del *hardship* como lo veremos más adelante

¹⁶ Salvo que el derecho internacional privado de cada país no lo admita. En Argentina no habría inconveniente en aplicar los Principios a un contrato que lo prevea; en cambio en otros países del área sería más complejo, particularmente en Uruguay y Brasil: véase Rippe, Siegbert, "Problemas de derecho internacional privado en materia de contratos comerciales, con especial referencia a la aplicabilidad imperativa de los principios del proyecto Unidroit en los Estados parte del Mercosur", *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano*, Padova, 1996, pp. 51 y ss.