

Contribución de los Organismos Internacionales en la formulación del Derecho del Tercer Milenio

Prof. Dr. Ricardo Sandoval López*

Resumen

En un mundo globalizado como el actual, surge la imperiosa necesidad de regular las diversas relaciones entre los Estados, especialmente, lo que dice relación con el comercio internacional. La innegable estrecha vinculación entre el comercio y el desarrollo, tanto económico como social, ha provocado en la esfera jurídica internacional una revisión y actualización de los numerosos aspectos de la contratación mercantil, dando lugar a un importante movimiento de unificación del derecho contractual a través de un conjunto de principios y normas caracterizadas por su internacionalidad, uniformidad y contenido de derecho privado.

* Abogado, Lic. en Cs. Jurídicas y Sociales, U. de Concepción. Doctor en Derecho Privado, U. de Grenoble, Francia. Doctor de Estado en Derecho Privado, República de Francia. Profesor de Derecho Comercial, Escuela de Derecho, Universidad de Concepción. Prof. de Derecho Comercial, Esc. de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago. Profesor Catedrático Visitante, Universidad Carlos III, Madrid, España. Miembro de la International Academy of Commercial and Consumer Law, U.S.A.

** Resumen y Palabras Clave redactados por el Comité Editorial de la Revista DJS.

Palabras Clave

Contratación Internacional- Derecho Comercial Internacional-
Convenciones Internacionales- Principios.

1. INTRODUCCIÓN

Mi propósito es hacer un análisis de la contribución de ciertas entidades internacionales en la creación del Derecho Comercial Internacional del tercer milenio. Este nuevo derecho regula una realidad caracterizada por la globalización de las relaciones económicas internacionales y por el progreso científico y tecnológico. Las relaciones económicas internacionales tienen lugar en el contexto de un mercado único, conformado por todos los países del mundo, sin exclusión de ninguno de ellos, de ninguna zona o conjunto de países ni de ningún tipo específico de intercambio económico, mercantil, cultural, etc.

La elaboración de este conjunto de normas se produce con motivo del reemplazo de una sociedad internacional basada en el concepto de Estado Soberano, por una sociedad fundada en el concepto más amplio del orden económico mundial, cimentado en el reconocimiento de una interdependencia mutua de los países.

En contexto de estas nuevas circunstancias políticas y económicas, se produce por una parte, un notable incremento del comercio internacional y por otra parte, se origina la sustitución de las normas jurídicas nacionales por otras normas destinadas a prevenir, más que a resolver, problemas complejos derivados del tráfico mercantil incrementado y global. Se advierte, en consecuencia, que el derecho interno de los países no ha logrado dar una respuesta oportuna y adecuada a los requerimientos del nuevo orden económico mundial, dejando esta tarea al derecho del comercio internacional, cuya noción, características, fuentes y sistematización pasamos a examinar enseguida.

Párrafo I

Noción de Derecho Comercial Internacional o Derecho Uniforme del Comercio Internacional¹

2. Concepto

Se trata de un conjunto de normas jurídicas de muy diversa índole, procedencia y formulación, destinado a regular el comercio internacional y en especial el aspecto jurídico privado de las relaciones comerciales internacionales.

Estas nuevas reglas admiten una clasificación en dos grandes categorías:

- a) aquellas que tienden a facilitar el comercio internacional
- b) las que tienen por objeto regular las relaciones comerciales de derecho privado, individualmente consideradas.

El Derecho Comercial Internacional tiene ciertos rasgos definitorios o características que interesa precisar como así también su alcance material concreto en su estado actual y los principios sobre contratos mercantiles internacionales.

3. Características del Derecho Comercial Internacional

Los rasgos definitorios comunes a este derecho son: la internacionalidad, la uniformidad y el contenido de sus reglas relativo, fundamentalmente, de derecho privado.

¹ A este conjunto de normas se le denomina también Derecho Mercantil Internacional, Derecho del Comercio Internacional o Lex Mercatoria

a) **Carácter internacional**

Las normas de este derecho son internacionales tanto por su origen como por su campo de aplicación. Es internacional el origen de esta normativa, porque su nacimiento es fruto de la iniciativa y actividad de varios países soberanos, actuando de común acuerdo, generalmente en el marco de una conferencia diplomática, sin perjuicio de una posterior intervención legislativa nacional, necesaria para la vigencia y aplicación de estas reglas. En otras ocasiones, estas normas se crean por la práctica reiterada de los operadores en el tráfico mercantil internacional, llegando a constituir usos o costumbres del comercio internacional, que se observan en determinados sectores de dicha actividad, generados al margen del poder normativo internacional de los Estados nacionales.

El Derecho Comercial Internacional deriva su característica de internacionalidad, en segundo lugar, por su ámbito de aplicación. Esta disciplina jurídica tiene por objeto regular el comercio internacional, es decir, el comercio que se produce entre dos o más Estados soberanos o, dicho con mayor precisión, rige los actos, contratos u operaciones, que se ejecuten o celebren entre partes que tienen sus establecimientos en Estados diferentes”.

Bajo la expresión “comercio”, caracterizada en este caso como internacional, hay que entender una variada gama de prestaciones de servicios, financieros y de transporte, como asimismo muchos aspectos de la actividad industrial o transformadora. La actividad extractiva queda al margen del Derecho Uniforme del Comercio Internacional: la pesca y la minería, en menor medida la agricultura, siguen siendo actividades muy ligadas a la soberanía económica de los Estados, excluidas en consecuencia de una normativa esencialmente jurídico privada. Asimismo, el término comercio, por otra parte, pone de relieve la connotación empresarial o profesional, que deben tener los contratos y las operaciones regulados por esta nueva normativa comercial internacional. En efecto, es frecuente que en las convenciones que regulan el comercio internacional se incluyan solamente disposiciones que evidencian el carácter empresarial o profesional de las operaciones y de los contratos, así por ejemplo en la Convención sobre Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, celebrada en Nueva York el 14 de junio de 1974, se señala: La presente convención “no se aplicará a las compraventas de mercaderías

adquiridas para uso personal, familiar o doméstico". Esta tendencia de insertar disposiciones que excluyen los contratos con finalidad familiar, personal o doméstica, se generaliza en convenciones internacionales posteriores, porque los consumidores tienen un régimen protector mejor definido en el campo de las normas jurídicas nacionales (ej. Convención UNIDROIT sobre Leasing Ottawa 28/5/1988, Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980).

b) Carácter uniforme

Se trata de un rasgo distintivo muy marcado y que constituye la aspiración esencial del sistema de Derecho Comercial Internacional. En efecto, con este derecho se pretende el establecimiento de una regla única, de validez potencialmente universal, para regular una conducta transfronteriza, cualquiera que sea la nacionalidad de las partes obligadas, cualquiera que sea el lugar de la prestación o la ubicación de la cosa respecto de cual debe ser satisfecha la conducta. La uniformidad no sólo es un rasgo de diferenciación de la *Lex Mercatoria Internacional*, sino también una característica muy relevante de innovación o de novedad. En verdad, las normas internacionales han existido siempre para regular el comercio entre los Estados, pero siempre han sido reglas destinadas a la solución de disputas y controversias, no a la prevención de ellas. El derecho que siempre ha existido y que sigue existiendo, se basa en la norma de conflicto, por lo que se contrapone al Derecho Comercial Internacional, cuya condición esencial es prevenir el conflicto gracias a su carácter uniforme.

La norma de conflicto tiene por objetivo determinar el ordenamiento de conformidad con el cual la contienda debe resolverse, entre los que se encuentran en colisión en el caso de que se trate y cumple también la función de establecer la jurisdicción competente para resolver la controversia. Sin embargo, los requerimientos del comercio internacional no se satisfacen con el sistema normativo conflictual, por el contrario, éste ha demostrado muchas veces ser incompatible con aquellos. En verdad, frente al sistema normativo internacional de conflictos, que es insuficiente y elemental, el Derecho Comercial Internacional, se adecua más a las necesidades del tráfico transfronterizo, porque satisface la exigencia del pleno conocimiento previo por las partes,

del alcance de las obligaciones contraídas y de los derechos adquiridos y da a conocer, con anticipación, la jurisdicción que lo debe aplicar.

Asimismo, a diferencia del derecho de conflictos de leyes, que sólo contiene normas atributivas, adjetivas y formales para resolver la colisión derechos aplicables a una relación jurídica compleja, el Derecho Mercantil Internacional, se compone de un conjunto de reglas sustantivas o materiales que regulan el régimen jurídico de las operaciones de comercio internacional. Las reglas del Derecho Comercial Internacional son uniformes tanto al momento de su formulación, cuanto en el instante de su aplicación por los tribunales, aunque estos sean de muy diversa naturaleza, ubicación o nacionalidad. La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, dispone en su art. 7.1: "En la interpretación de la presente Convención se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación..." En realidad todos los instrumentos internacionales de CNUDMI, posteriores de la citada convención, contienen misma regla tendiente a mantener la uniformidad de su contenido. Otro tanto ocurre con la Convención UNIDROIT sobre Leasing o Arrendamiento Financiero Internacional (Ottawa 28/5/1988) y con la Convención de UNIDROIT de Factoring Internacional.

c) Contenido de derecho privado

La tercera característica del Derecho Comercial Internacional es que sus reglas son de derecho privado, porque regulan la actuación libre de los particulares, que operan en el comercio internacional.

El derecho público también concierne al comercio internacional y está constituido por los acuerdos y convenciones bilaterales y multilaterales vigentes entre los diversos Estados soberanos, que regulan la circulación de las mercaderías entre ellos, con algunas o sin ninguna restricción arancelaria. Las normas emanadas de la Organización Mundial de Comercio, que sustituyen al GATT, Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, constituyen el núcleo central del Derecho Público del Comercio Internacional. El Derecho Público del Comercio Internacional no forma parte del Derecho Comercial Internacional; las reglas de este último tienen un objetivo mucho más limitado y no aspiran a interferir en la soberanía económica de los Estados, en lo relativo al régimen aduanero, a los tipos de

cambio, a los flujos monetarios y comerciales ni al balance de cuentas públicas. Así queda demostrado en las Normas Uniformes relativas al Pago de cantidades de dinero como medio de solucionar Obligaciones Internacionales Privadas, en las que se dice: *“Ninguna de las disposiciones de la presente convención impedirá a los Estados contratantes aplicar los reglamentos sobre control de cambios vigentes en sus territorios, y sus disposiciones relativas a la protección de su moneda, incluidos los reglamentos aplicables en virtud de acuerdos internacionales de los que sean partes.”*

El Derecho Comercial Internacional es un verdadero orden jurídico privado, que se limita a regular las relaciones entre proveedores y clientes; entre fabricantes y comerciantes y entre financistas y financiados, que participan en la circulación de los bienes, valores y servicios.

Párrafo II

Fuentes y naturaleza de las normas del Derecho Comercial Internacional

4.- Diferentes fuentes de producción de las normas

Las fuentes del derecho que nos ocupa en esta clase no son únicas ni homogéneas. Por lo demás, los Derechos Comerciales nacionales tienen también fuentes diversas, como se ha reconocido legalmente: a) el Derecho contenido en los códigos de comercio b) las normas de los códigos civiles y c) las costumbres comerciales que suplen el silencio de la ley. En el Derecho Comercial Internacional, por su parte, se mantiene a la diversidad de fuentes generadoras de normas jurídicas, pero es necesario explicar las peculiaridades que presentan estas fuentes.

La primera de las grandes fuentes de producción de normas comerciales internacionales, está constituida por el poder convencional de los Estados (*treaty power*), para establecer instrumentos jurídicos internacionales en el ámbito comercial, aplicables a operaciones y contratos realizados en su territorio o aplicables a empresarios cuyo establecimiento principal reside en cada parcela de soberanía.

El Derecho Uniforme del Comercio Internacional proviene de fuente estatal cuando emana de las “*Formulating Agencies*”, denominación que se les da a los organismos internacionales que preparan el proyecto de convención y, más tarde convocan a una conferencia diplomática, en la que los Estados ejercen su poder creador de estas normas comerciales uniformes.

En área mercantil internacional, son dos los organismos que llevan a cabo las tareas preparatorias:

1º) CNUDMI o UNCITRAL, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional, organismo especializado de la Asamblea General de la ONU, dependiente de la 6ª Comisión Asuntos Jurídicos.

2º) Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), creado en 1926 como órgano auxiliar de la Sociedad de las Naciones, reorganizado en 1940, como organización intergubernamental compuesta de 53 Estados y con sede en Roma.

El rasgo común de todas las convenciones que han tenido su origen en la actividad normativa de los Estados, es el *carácter multilateral* de dichos instrumentos jurídicos internacionales, porque la vigencia de ellos depende de la ratificación por parte de un cierto número de Estados, superior a dos países.

Junto al poder normativo de los Estados participan en la elaboración del Derecho Comercial Internacional, los propios sujetos de la actividad regulada por este derecho: los operadores económicos, la comunidad comercial internacional. Ellos generan normas consuetudinarias, usos o costumbres del comercio, generalmente observados en forma reiterada; notables instituciones jurídico comerciales, sometidos en la actualidad a una regulación minuciosa, tienen su origen en la costumbre comercial reconocida en un momento dado por los tribunales, como ocurrió en el caso del contrato CIF, forma especial de venta, reconocida por los tribunales británicos, como así también en el caso del crédito documentario.

Hoy día, más que costumbres basadas en la reiteración de conductas, las normas del Derecho Uniforme del Comercio Internacional, se formulan en forma escrita, porque se incorporan de manera expresa en un pacto escrito. Son las sociedades de mercaderes y sus asesores en materias de comercio internacional, los que constituyen el denominado “*establishment*” económico jurídico internacional, organizados en la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

La CCI reúne a operadores y juristas relacionados con el tráfico internacional de mercaderías y servicios y tiene el mérito de haber procedido a la formulación escrita y a las sucesivas revisiones de normas del Derecho Comercio Internacional, que originariamente se configuraban como costumbres internacionales.

La CCI con su vocación formuladora de reglas comerciales no estatales, en ciertos casos impide la configuración de algunas de ellas como costumbres comerciales, para hacerlas pasar a la condición de simples cláusulas convencionales, cuya fuerza obligatoria reside en la libertad de pacto de las partes (autonomía de la voluntad) y no radica en el cumplimiento de los requisitos de los usos mercantiles de ser reglas “razonables, ciertas y notorias”. Esta conducta de la CCI no significa que la costumbre mercantil haya desaparecido o que vaya a desaparecer, porque las fuerzas sociales generadoras de usos de comercio siguen actuando al margen de las organizaciones internacionales de los comerciantes.

Por último, dejamos constancia que los operadores económicos y el llamado “*establishment*” jurídico económico internacional, CCI, participan muy activamente en las tareas preparatorias de los organismos internacionales y en las conferencias diplomáticas en las cuales se concretan las nuevas disposiciones del Derecho Comercial Internacional.

5. Diversa naturaleza de las normas del Derecho Comercial Internacional

Ya hemos indicado que la formulación y la naturaleza de las reglas del Derecho Comercio Internacional, no son homogéneas, porque tienen

un origen diverso y están sometidas a formalizaciones diferentes. Las fuentes del Derecho Comercial Internacional son más complejas que las fuentes de los ordenamientos mercantiles nacionales, pero al igual que estas últimas, es posible establecer una cierta jerarquía entre ellas.

Las formas que asume y la naturaleza de las disposiciones que componen el Derecho Comercial Internacional, son las siguientes: las convenciones o tratados; las leyes modelo, la costumbre mercantil; los usos y prácticas negociables; las recopilaciones y codificaciones de usos y prácticas; las cláusulas contractuales y las guías jurídicas. Nos referiremos a cada una de ellas, muy sucintamente.

a) Convenciones Internacionales

Elas constituyen las normas más identificables del Derecho Comercial Internacional. Su establecimiento y vigencia dependen exclusivamente de la voluntad de los Estados, no se deben a la comunidad internacional de comerciantes y resultan impuestos a ella.

Tienen la ventaja que sus reglas no presentan dificultades en el plano teórico ni en cuanto a la prueba, toda vez que el Derecho no se prueba "*uria no vit curia*".

Citaremos a continuación algunas normas del Derecho Comercial Internacional que tienen la forma de tratados:

- Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCIM), Viena 11/4/1980, suscrita y ratificada por Chile;

- Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (COMCIM) Nueva York 14/6/1974;

- Convención de UNIDROIT sobre Leasing o Arrendamiento Financiero internacional (CUCBI) Ottawa 28/5/1988;

- Convención de UNIDROIT sobre Factoring Internacional (CUAI) Ottawa 28/5/1988;

- Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (CNULCIPI) Nueva York 1/12/1988;

- Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Marítimo de Mercaderías, Reglas de Hamburgo, 1978;

- Convenio de las Naciones Unidas sobre Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional "(CNURETTCI); Viena 19/4/1991;

- Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingentes, Viena 1995;

- Convención de las Naciones Unidas sobre Cesión de Créditos Mercantiles, Nueva York, 2001.

- Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales; Viena 2005.

b) Las Leyes Modelo

Se trata de un instrumento de uniformación flexible o suave (*soft*) del Derecho Comercial Internacional, pues los Estados gozan de amplia libertad para adoptarlas o no y, al adoptarlas, pueden hacerlo tal como ellas están concebidas y redactadas o en una forma diferente. Asimismo, tienen libertad para disponer la adopción completa o parcial de la ley modelo de que se trata, completando el texto con soluciones nacionales.

Por el contrario, los Estados no disfrutaban de esta misma libertad en el caso de las Convenciones Internacionales que deciden ratificar, salvo en

cuanto a la facultad de establecer reservas, siendo muy limitadas las que se admiten en materias comerciales internacionales.

La ley modelo es, en consecuencia, un texto preparado por el organismo internacional de uniformación (*Formulating Agency*, UNCITRAL o UNIDROIT), propuesto a los Estados para que ellos, en ejercicio de su soberanía, lo utilicen para elaborar una ley interna, siguiendo el procedimiento legiferante constitucional correspondiente, sin que sea necesario emplear el mecanismo de ratificación aplicable a los tratados internacionales.

A primera vista, pareciera que la fuerza uniformadora de las leyes modelo no es muy efectiva, sin embargo la experiencia ha demostrado que la mayor parte de ellas han logrado su objetivo. Así, por ejemplo:

- la Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, ha tenido amplia acogida y particularmente en Chile, donde fue textualmente adoptada por la Ley N° 19.971, de 29 de septiembre de 2004, sobre Arbitraje Comercial Internacional;
- la Ley Modelo de CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito de 1992, fue seguida por los países que regularon las transferencias electrónicas de fondos.
- la Ley Modelo de CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996, sirvió de base a la elaboración de prácticamente legislación interna de todos los países del mundo sobre esta materia. En Chile fue adoptada a través de Ley N° 19.799, de 12 de abril de 2002, sobre Documento Electrónico, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma;
- la Ley Modelo de CNUDMI sobre Insolvencia Transfronteriza de 1997, ha sido incorporada en una sección del *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos de Norteamérica y en la nueva Ley Concursal española de 2003;

- La Ley Modelo de CNUDMI sobre Firma Electrónica de 2001, también ha tenido amplia adopción en el derecho interno de los países sobre la materia.

Se advierte en consecuencia que este instrumento flexible de uniformación, ha tenido un éxito más rotundo que el que se esperaba, atendido el prestigio del organismo internacional de donde emana.

c) La costumbre mercantil

Es una fuente en la cual el derecho es producido por la sociedad civil y no por el Estado y su organización política. En este caso, la sociedad civil generadora de normas consuetudinarias, es la comunidad internacional de comerciantes. Los requisitos que debe cumplir una conducta negocial para ser considerada como costumbre comercial internacional, no son distintos de los exigidos en los ordenamientos nacionales.

En la Convención de Viena de 1980 (CNUCIM) en su artículo 92, se hace una referencia al valor normativo de la costumbre internacional e incluye una afortunada definición de la misma, en los siguientes términos: *“Salvo pacto expreso en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”*. Se constata que los requisitos de la costumbre comercial internacional se limitan al amplio conocimiento que se tenga de ella y la observancia regular de la misma en el tráfico de que se trate.

d) Los usos y prácticas negociables

Ellos carecen de la generalidad y de la observancia de la costumbre internacional. Los usos y prácticas negociables se generan gracias a la conducta negociable que las propias partes han establecido en los contratados anteriormente celebrados entre ellos. Son *precedentes*

contractuales y por el hecho que carecen de carácter general, difícilmente pueden catalogarse como fuentes de Derecho.

Sin embargo, en el marco del Derecho Uniforme del Comercio Internacional, abundantes textos generales “atribuyen valor” a los precedentes contractuales, al extremo de colmar lagunas existentes en el contrato sometido a interpretación. El ejemplo mas notable de referencia normativa al precedente contractual, se encuentra en los “INCOTERMS”, cláusulas contractuales elaboradas por la CCI, y que se citan en su versión vigente. Otro ejemplo lo encontramos en el artículo 9.1 de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, cuyo tenor literal es muy expresivo: *“Las partes quedaran obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas”*.

Los INCOTERMS, ponen en evidencia que es imposible, en muchas relaciones comerciales internacionales, determinar de antemano los derechos y obligaciones de las partes, porque pueden enfrentarse a una complejidad muy superior a la que produce el incumplimiento de un contrato en el orden jurídico nacional, de ahí la necesidad de hacer referencia a los usos que las propias partes han establecido en contratos anteriores.

e) Las recopilaciones y codificaciones de usos y prácticas

Elas representan una etapa distinta, tanto de la costumbre comercial internacional como de las prácticas negociables. Se caracterizan por constituir una formulación escrita y ordenada, de una serie de conductas a seguir por las partes en los contratos a los que se refieren las recopilaciones, que son sectoriales y no generales.

Estas recopilaciones llegan a veces a integrar en su seno a normas existentes al menos parcialmente antes de la elaboración de la recopilación.

Los principales ejemplos de estas recopilaciones de usos y prácticas son los INCOTERMS; y las Reglas y Usos Uniformes en materia de Créditos Documentarios, conocidas con la sigla RUU y las Reglas Uniformes para las Garantías a Primera Demanda, todas ellas elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional.

Tratándose de los INCOTERMS, en sus páginas introductorias se advierte a sus potenciales usuarios que: “Los comerciantes que deseen aplicar esta normativa han de especificar que sus contratos quedan sometidos a los INCOTERMS de la versión que corresponda.”²

Las recopilaciones mencionadas no son condiciones generales de contratos sino normas formuladas de modo abstracto y general, cuya aplicación a cada caso particular depende de las partes, las que deben expresar la extensión del sometimiento total, parcial o reducido a ellas.

f) Las condiciones generales de los contratos o las cláusulas contractuales

Constituyen un potente elemento de uniformación del Derecho Comercial Internacional, pues en virtud de ellas, los sectores económicos más relevantes del comercio internacional, asociaciones internacionales de empresarios, formulan condiciones generales aplicables a los contratos en los cuales ellos intervienen con más frecuencia como parte. Ya sea a modo de recomendación o ya sea a modo de compromiso corporativo, los empresarios asociados se obligan recíprocamente a la utilización de esas condiciones generales, en los contratos que celebren con terceros. Se establece también una eventual sanción para el caso de incumplimiento voluntario en la utilización de estos clausulados.

La Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, ha redactado condiciones generales relativas a los intercambios de bienes de consumo duradero, frutas frescas, legumbres, plantas industriales, maquinarias, herramientas, etc.

La voluntad del empresario que predispone las condiciones generales y la voluntad de su contraparte son las únicas que determinan la incorporación de tales cláusulas al respectivo contrato. En consecuencia, la libertad de pacto es el elemento de uniformidad del Derecho Comercial

² La nómina de INCOTERMS es sometida a la consideración de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional periódicamente, en renovadas versiones y esta entidad se limita a tomar nota de ello, lo que contribuye a su mayor aceptación.

Internacional. Las condiciones generales han cumplido un rol destacado de uniformidad en los contratos de transporte, que se encuentran muy orientados por este tipo de cláusulas.

g) Las guías jurídicas

Ellas se elaboran con la finalidad de establecer un marco jurídico apropiado con el fin de que las partes de un contrato internacional, fijen de común acuerdo, las obligaciones y derechos del mismo. A diferencia de los instrumentos anteriores, las guías jurídicas no ofrecen a los contratantes artículos precisos ni conjuntos de reglas a cuales someterse, sino que detectan las cuestiones de mayor importancia, sobre las cuales las partes deben convenir, si pretenden celebrar un contrato completo y adecuado a sus intereses y conveniencia. Las guías jurídicas ofrecen una solución convencional para los principales problemas que pueden presentarse, conteniendo a veces, un ejemplo literal de cláusulas contractuales.

Las guías jurídicas son el instrumento más débil de la armonización del Derecho Comercial Internacional, porque las partes pueden pactar auxiliados por la guía o bien estipular una cláusula distinta, en todo o en parte, a la que ella da como ejemplo. Una de las más difundidas es la "Guía de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales". Ella misma declara "la guía no tiene valor normativo propio; trata simplemente de ayudar a las partes en la negociación y redacción de su contrato".

Párrafo III

El carácter autónomo del Derecho Comercial Internacional.

6.- Debate

Se discute si el Derecho Comercial Internacional es o no una rama jurídica autónoma. En el estado actual de plena elaboración en que se encuentra, puede postularse que la autonomía del Derecho Comercial Internacional consiste en condición de existir y desarrollarse con independencia e incluso al margen de los Estados, al amparo

exclusivamente de la fuerza creadora desplegada por la comunidad comercial internacional.

La autonomía del derecho que comentamos tendría dos caracteres fundamentales:

a) *una dinámica constante creadora de normas*, que se configuran ya sea como cláusulas contractuales, costumbres comerciales internacionales o como recopilaciones y codificaciones de las mismas, que se lleva a cabo, no tanto por los Estados, sino por los operadores del comercio internacional, por las “*Formulating Agencies*” o el “*establishment*”. Esta es la base de la autonomía de este derecho

b) *es un conjunto de normas que, en caso de controversia entre sus destinatarios, se aplica por tribunales arbitrales*, constituídos esporádica o permanentemente, por sujetos del tráfico comercial internacional, con la finalidad específica de excluir a los tribunales estatales, para dirimir sus controversias jurídico-privadas.

De todas maneras, hay que dejar en claro que en el Derecho Comercial Internacional, conviven y se aplican, junto con las normas autónomas (costumbre mercantiles internacionales y recopilaciones de las mismas), las normas de generación estatal como Convenciones o Tratados, referentes a relaciones mercantiles internacionales del ámbito jurídico-privado.

La autonomía de esta nueva disciplina jurídica no puede afirmarse rotundamente, aún cuando la dosis que de ella se detecta es considerable, porque el eslabón final en el proceso de aplicación arbitral de las normas convencionales, consuetudinarias y contractuales que lo componen, sigue dependiendo del auxilio estatal que debe prestarse para que el deudor condenado sea compelido a cumplir como lo ordena la sentencia arbitral. Este es el talón de Aquiles de la autonomía del Derecho Comercial Internacional.

Párrafo IV

La sistematización del Derecho Comercial Internacional

7. El sistema

El panorama que hoy ofrecen normas del nuevo derecho uniforme del comercio internacional no carece de sistema ni tampoco es incompleto. En efecto, esta novel disciplina jurídica se encuentra integrada en la actualidad por un conjunto de normas que, no obstante su diversa naturaleza, regulan la mayor parte de la realidad del comercio internacional, al punto que se puede afirmar que las formas o los aspectos básicos del intercambio transfronterizo de bienes y servicios, se encuentran sólidamente disciplinados por convenios internacionales. Además, los aspectos accesorios y complementarios del intercambio de bienes y servicios, están regulados por una tupida malla de disposiciones diversas, relativas al financiamiento de la cosa vendida o suministrada; al transporte internacional, como actividad estrictamente asociada a la entrega de la cosa objeto del intercambio transfronterizo. El pago del precio, sus instrumentos de garantía constituyen otro capítulo importante de lo sistemático del derecho que nos ocupa. Finalmente, la solución de las controversias mediante el recurso a los tribunales arbitrales, constituye la etapa de cierre de la sistemática del Derecho Comercial Internacional.

Se puede intentar la sistematización del nuevo derecho del comercio internacional, bajo el siguiente esquema:

I.- LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS.

- 1.- La Convención de Viena de 1980, derecho sustantivo en materia.
- 2.- Los INCOTERMS 1990, derecho contractual relativo, principal pero no exclusivamente, a las modalidades de entrega.
- 3.- La Convención sobre la Prescripción de 1974.

4.- Contratos internacionales similares o afines:

a) La construcción de plantas industriales y su Guía Jurídica de UNCITRAL.

b) El denominado comercio compensatorio internacional (trueque o barter) y su Guía Jurídica de UNCITRAL.

c) Los contratos con entes públicos.

5. Ley Modelo de Comercio Electrónico 1996;

6. Ley Modelo de Firma Electrónica 2001;

7. Convención de UN sobre la utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, 2005.

II.- EL FINANCIAMIENTO DEL COMERCIO INTERNACIONAL:

1.- La Convención de Naciones Unidas de 1988 sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, Nueva York, 1988.

2.- La Convención de UNIDROIT de 1988 sobre *leasing* internacional.

3.- La Convención de UNIDROIT de 1988 sobre *factoring* internacional.

III.- EL TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCIAS.

1.- Transporte Marítimo.

a) El Convenio de Bruselas de 1924.-

b) Las reglas de Hamburgo, 1978.³

2.- El transporte Aéreo: el Convenio de Varsovia de 1929, Convenio de Montreal de 1999.

3.- Transporte Terrestre: las diversas convenciones de dimensión europea (CMR, CIM, ADR, ATP, COTIF, etc.).

4.- El transporte multimodal y la Convención de 1980.

5.- Las terminales de transporte y su responsabilidad internacional: la Convención de Viena de 1991.

6.- Convenio de Naciones Unidas sobre Transporte Internacional del Mercancías total o parcialmente Marítimo, de 2008.

IV.- EL PAGO Y LAS GARANTÍAS.

1.- Los créditos documentarios (RUU).

2.- El pago por medios electrónicos: guía jurídica y ley modelo de UNCITRAL

3.- Las garantías a primera demanda y sus diversas modalidades: las Reglas Uniformes de la CCI, y la Convención de UNCITRAL sobre la materia.

V.- LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:

1.- El arbitraje comercial internacional.

³ En el 41° período de sesiones de CNUDMI/UNCITRAL celebrado en Junio-Julio de 2008, se aprobó por la Comisión el "Convenio sobre Transporte Internacional de Mercancías total o parcialmente Marítimo", destinado a reemplazar las Reglas de Hamburgo y las Reglas de La Haya-Visby. El Convenio fue aprobado en Septiembre de 2008, por la 6ª Comisión (Asuntos Jurídicos) de la Asamblea General de Naciones Unidas, quedando a pendiente su suscripción y ratificación por los Estados.

- a) La Convención de Nueva York de 1974.
 - b) La convención de Ginebra de 1961.
 - c) La Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional.
 - d) El reglamento de arbitraje de UNCITRAL.
- 2.- La conciliación comercial internacional: el Reglamento de conciliación de UNCITRAL.
3. Puesta al día de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional en 2006.

Párrafo V

Los principios de UNIDROIT sobre los contratos internacionales.

8. Origen de los principios

En 1980, se creó en el seno de UNIDROIT un Grupo de Trabajo (G.T.) que asumió la tarea de redactar los "Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales", teniendo en cuenta algunas de las codificaciones más modernas como el nuevo Código Civil Holandés; el proyecto, ahora Código Civil de Quebec, el Código Comercial Uniforme de EE.UU. de N.A. (Uniform Commercial Code (UCC:)). Los miembros del G.T. asimismo prestaron especial interés a las soluciones adoptadas por los INCOTERMS y por las condiciones generales de los contratos elaboradas por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas.

El proyecto elaborado por el G.T. fue enviado por el Consejo UNIDROIT a más de eso colaboradores correspondientes del Instituto y a los gobiernos de los Estados miembros (56 Estados) para que formularán observaciones.

El Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), publicó las versiones inglesa y francesa de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales, en mayo de 1994. La versión en lengua española data de 1995 y se debe al Profesor Alejandro Garro, miembro del G.T., en colaboración con juristas de distintos países hispanoparlantes.

9.- Ámbito de aplicación de los Principios

Está indicado en el párrafo 1º del Preámbulo que “estos principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales”.

El término “mercantiles” no tiene ninguna relevancia doctrinaria, sólo se pretende excluir con él a las llamadas “operaciones de consumo” que como lo indica también el preámbulo “son reguladas por normas especiales, muchas de ellas de carácter imperativo, destinadas a proteger al consumidor, entendiéndose por tal a la partes que celebra el contrato sin llevar a cabo un acto de comercio o en el ejercicio de su profesión”.

Esta postura asumida por los Principios concuerda con el art. 1.3 de la Convención de Viena 11 Abril de 1980, que ya vimos.

El término “mercantil” incluye no sólo operaciones comerciales para el abastecimiento o intercambio de mercaderías o servicios, sino también otros tipos de operaciones económicas como las de inversión y/o otorgamiento de concesiones y contratos de prestación de servicios profesionales.

Para determinar cuando un contrato es internacional los Principios no optan por ninguno de los criterios habitualmente empleados en Derecho Internacional Privado:

_ Que los establecimientos de las partes se encuentren en Estados diferentes (Convención de Viena de 1980).

_ Que las partes del contrato tengan sus establecimientos comerciales en Estados partes diferentes, (art.1º párr. 2º Convenio Interamericano sobre Ley aplicable a los contratos tenga contactos objetivos con mas de un Estado parte.

El carácter internacional del contrato según los Principios de UNIDROIT se determina haciendo la interpretación más amplia posible para que únicamente queden excluidas aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad (esto es, cuando todos los elementos trascendentes del contrato tengan puntos de conexión con una sola noción.”

El preámbulo señala además que los Principios deberán aplicarse “cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones”, de forma que esta elección expresa de los contratantes daría lugar a la exclusión de un Derecho estatal. Esta afirmación o postura choca con el enfoque ortodoxo del Derecho Internacional Privado según el cual “no hay contrato sin ley”, no hay contrato autosuficiente, de manera que aún en el que las partes hayan decidido someter el contrato a los Principios de UNIDROIT, nos encontraríamos ante una incorporación por referencia en el marco de un Derecho nacional concreto aplicable al contrato. Tal discusión no tiene mayor interés si se considera que las partes someterán a arbitraje las controversias que puedan surgir entre ellas, de manera que el árbitro gozará libertad y no se encuentra necesariamente ligado a un ordenamiento jurídico particular”, como indica también el preámbulo de los Principios.

Por otra parte, UNIDROIT identifica sus principios con el Derecho Comercial Internacional, el indicar que “pueden aplicarse, cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los “principios generales del derecho, por la mercatoria o expresiones semejantes”.

10. Breve análisis de los Principios de UNIDROIT. Principio de libertad contractual

Está enunciado en el art. 1.1. del instrumento que analizamos, que señala: *“las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su*

contenido” Se trata de un principio esencial para ser aplicado en el ámbito de la contratación internacional, que es campo sensible para favorecer el reconocimiento de la libertad, de la autonomía de la voluntad de los contratantes.

El principio de libertad contractual se encuentra limitado por el principio de la buena fé con que las partes deben actuar y por la lealtad negocial, aunque ambas deben interpretarse a la luz de las circunstancias especiales del comercio internacional, que pueden ser muy diferentes según el sector económico de que se trata.

La Convención de Viena de 1980, como ya indicamos, señala a que en su interpretación se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover su aplicación y asegurar la observancia de la buena fé en el comercio internacional.

11. Principio de apertura a los usos del comercio

Este principio está contenido en el art. 1.8 del instrumento que nos ocupa, cuyo tenor dispone que: *“las partes están obligadas por cualquier uso en cuya aplicación hayan establecido entre ellas. Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el tráfico mercantil de que se trate por sujetos participantes en dicho tráfico, a menos que la aplicación del uso no sea razonable”*.

Se puede apreciar que los Principios de UNIDROIT disponen que se aplicarán primero los usos mercantiles y luego los Principios mismos, que se sitúan en un segundo plano respecto de las costumbres. Lo mismo ocurre con el art. 9 de la Convención de Viena 1980, como ya tuvimos ocasión de indicarlo.

12. Principio del “favor contractus”

Este principio puede deducirse del art. 3.3 del documento elaborado por UNIDROIT. En virtud de él se pretende que el contrato se mantenga, que subsista, aún en hipótesis de imposibilidad originaria de cumplimiento.

A diferencia de lo que ocurre con la mayor parte de las normas de los Códigos Civiles internos, en los cuales se establece que la pérdida total de la cosa objeto del contrato de compraventa, en el momento de su celebración, produce la falta de eficacia del mismo, el art. 3.3. de los Principios de UNIDROIT, señala que: *“no afectará la validez del contrato el hecho de que en el momento de su celebración no sea posible la ejecución de la obligación contraída”* y agrega que tampoco afectará dicha validez *“si al momento de su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato”*.

Estas disposiciones de los Principios que consagran el *“favor contractus”*, son congruentes con el art. 3.2, de los mismos, que sólo exige el acuerdo de las partes para que el contrato sea válido, de manera que al tenor del art. 7.3 *“una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra al cumplir una de sus obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial”*.

La circunstancia que, en virtud del art. 3.2 de los Principios de UNIDROIT: *“Todo contrato queda celebrado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún otro requisito”*, es decir, que el *“nudum consensus”* sea el único requisito de validez del contrato, se explica por la irrelevancia que tienen para el tráfico internacional, los otros requisitos calificados de esenciales o imprescindibles por los ordenamientos jurídicos nacionales, como la causa en el derecho de origen romanista y la *“consideration en el Common Law”*.

13. Principio de la Sanción de los comportamientos desleales

Se encuentra enunciado en el art. 215 del instrumento jurídico que nos ocupa, que reza: *“Cualquiera de las partes es libre de entablar negociaciones y no incurre en responsabilidad en el supuesto de que éstas no culminen en acuerdo. Sin embargo, la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones con mala fe, será responsable por los daños causados a la otra parte, En especial, se considera mala fe el entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo”*.

14. CONCLUSIONES

Nuestras reflexiones a modo de conclusión las sintetizamos de la siguiente manera:

Sostenemos la existencia del Derecho Mercantil Internacional cuya elaboración y sistematización se encuentran en curso en la actualidad.

Creemos que los contenidos de esta naciente disciplina jurídica, deberían formar parte de los Programas de Licenciatura en Derecho en las Universidades chilenas, aunque algunas materias ya forman parte de los Programas Postgrado. Los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales constituyen un conjunto equilibrado de normas destinadas a ser empleadas en todo el mundo, con independencia de las tradiciones jurídicas específicas y de las condiciones económicas y políticas de los países en que vayan a ser aplicadas.-

Al analizar la contribución de los organismos internacionales en la formulación del derecho del tercer milenio, hemos dirigido una invitación a los estudiantes a quienes fundamentalmente este trabajo va dirigido, para que lo estudien, lo investiguen y lo comprendan, desde de una perspectiva y con vocación internacional, porque esa es la única manera de hacerlo acorde con la realidad económica dinámica, cambiante y sin fronteras en la estamos inmersos. Esto importa el desafío de ampliar el ámbito de los conocimientos y el dominio de a lo menos uno o dos idiomas extranjeros, aparte del buen manejo de nuestra lengua maternal. El sacrificio que hagan será muy bien recompensado con buenas oportunidades de desarrollo profesional y personal.