

LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES Y LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT¹⁷

ENTREVISTA:

ALEJANDRO GARRO

Master en Derecho (LL.M.) por la *Lexislaw State University*
Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Columbia.
Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Colombia
e investigador de la "Rasker School of Foreign and Comparative Law".
Miembro del Grupo de Trabajo del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) sobre Principios
Aplicables a los Contratos Comerciales Internacionales.

1. ¿Qué son los principios de UNIDROIT, son normas vinculantes, son leyes modelos, cuando se elaboraron y a cargo de quién estuvo su redacción? De igual manera, ¿Cuál es la finalidad de los principios de UNIDROIT?

Alrededor del fin de la Segunda Guerra Mundial aparece la idea de la unificación de los derechos privados, sobre la base del UNIDROIT, el Instituto Internacional para la Unificación de Derechos Privados, cuya sede se encuentra en Roma, que si bien está fundado por el gobierno italiano es un instituto internacional, puesto que además cuenta con el aporte de varios países, fundamentalmente europeos.

Pocos países de América-Latina, África y Asia se fueron incorporando a través de los años, Estados Unidos no se incorpora hasta el año 1964, cuando se empieza a dar cuenta de que el UNIDROIT comienza a elaborar textos, que vienen a ser utilizados y se utilizan en la práctica del comercio internacional. Esa es la idea de los orígenes de UNIDROIT, que hoy ya tiene varios años de funcionamiento; cuenta con un grupo de cuatro a seis colaboradores científicos permanente, un consultor que es el profesor Joaquin Bonell y un secretario general que es el profesor Herbert Kronke, de Heidelberg.

Fundamentalmente, la idea de los principios surge dentro de UNIDROIT luego de

que esta institución realizó diversos convenios, leyes, modelos en temas específicos del Derecho de Comercio Internacional y se comenzó a notar que había un gran vacío en el área de los contratos en general, puesto que esa área tan importante no tenía otra fuente normativa más que el Derecho nacional. Si existían muchas convenciones internacionales, pero no habían reglas básicas sobre obligaciones y contratos, ¿por qué no cubrir ese vacío?, elaborar reglas, principio de obligaciones y contratos que en cierta manera complementen los vacíos que puede dejar la Convención de Viena sobre Compraventa internacional, por ejemplo, o la Convención de las Naciones Unidas sobre Cesión de Créditos en el Comercio Internacional del 2001 o la Convención del UNIDROIT sobre las garantías reales sobre bienes de tipo móvil. El concepto de los principios de UNIDROIT se inicia con esa idea de poder hacer una especie de parte general de los contratos. La última versión de los principios del UNIDROIT de 2004, agrega nuevas áreas de los contratos y obligaciones como, por ejemplo, prescripción, compensación, cesión de créditos, a diferencia de la versión de 1994 que solo tenía siete capítulos.

La cuestión es cuándo se aplican y qué vinculación tienen. Se aplican de acuerdo al preámbulo en varios supuestos, el punto de base es lo siguiente, no es un tratado multilateral, a

¹⁷ La presente entrevista fue realizada por José Alberto Hualto Gálvez y Gonzalo Soriano Castillo alumnos de Décimo Segundo Ciclo y Décimo Primer Ciclo respectivamente, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y miembros de la Asociación **ADVOCATUS** Editores. Agradecemos al Dr. Carlos Soto Cuzco por su valiosa colaboración en la elaboración y realización de la presente entrevista.

diferencia de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional; los principios no tienen la fuerza normativa de un tratado, por lo tanto no tienen fuerza vinculante por sí misma, pero la pueden adquirir de acuerdo a lo que dice el párrafo primero, las partes pueden adoptar los principios como ley del contrato. En este caso, apoyándose en la autonomía de la voluntad que la mayoría de los países reconocen, en un contrato entre una empresa peruana y una china, ante la imposibilidad de imponer su propio derecho, o aun cuando pueden imponer su propio derecho chino o peruano, si el contrato es internacional por qué no buscar soluciones internacionales, que no son las del Código Civil peruano o del Código Civil chino, sino quizá estos principios que precisamente apuntan a este tipo de casos. Esa es quizás la vía más práctica para volver a estos principios vinculantes, sin embargo hay cinco o seis hipótesis más.

2. ¿Es necesario que ambas partes estén suscritas al UNIDROIT para poder acogerse a estos?

La respuesta es muy clara, no es necesario, pero, ¿para qué es necesario que los países paguen sus cuotas anuales a la UNIDROIT?, para que de esta manera puedan ser miembros del consejo de UNIDROIT, que es una organización intergubernamental. De América Latina solo existen cinco o seis países interesados en la labor del UNIDROIT, que tienen una ventaja que el Perú no tiene. De pertenecer al Consejo, el Perú podría tener voz y voto, como tiene México, Brasil, Argentina, Venezuela y Uruguay que son miembros de UNIDROIT. Si el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú pensara en la importancia para vuestro país que se incorpore al concierto de naciones que están haciendo comercio internacional, como inevitablemente el Perú lo hace, quizá les podría interesar. El gran problema no es que el gobierno tal vez no quiera, sino que pueda haber una absoluta ignorancia con respecto a estos temas. Sin ser miembro del UNIDROIT el Perú no tendrá voz ni voto para decidir cómo se hacen los principios o qué conviene poner en estos principios. Pero

cualquier abogado peruano, cualquier empresa peruana tiene este texto para poder incorporarlo a sus contratos y lo tendrá que hacer aplicable.

3. ¿Cuáles son los cambios más importantes sobre la última modificación de los principios de UNIDROIT?

Pienso que no son las modificaciones que se hacen al texto existente, que existen pero son muy pocas y ninguna de ellas de gran significación, lo más importante es la modificación del Capítulo 2 que mientras en el 94 trataba exclusivamente de la formación del contrato, actualmente tiene una segunda parte. Esta parte se refiere a la autoridad que tienen los representantes cuando concluyen un contrato en nombre o en representación de otro, eso hace surgir problemas muy complejos en el Derecho Comercial internacional.

Otro punto importante es el contrato a favor de terceros o contrato promesa o estipulación a favor de terceros; por otro lado encontramos el nuevo Capítulo 8 que se refiere a la compensación, tema muy importante, porque en cualquier operación internacional lo primero que se encuentra entre dos empresas que han negociado por mucho tiempo es que la demandada dice "yo no pagué porque tú me debes", entonces ahí se origina el problema de qué ley se aplica. Si tenemos por una parte un contrato que está sujeto a la ley peruana y la otra parte establece que hay otro contrato, que la otra parte dice que se le incumplió a ella, entonces qué ley se le aplica. En qué medida se pueden compensar dos deudas, de ese tipo de problemas se ocupan varios artículos.

El Capítulo 9 también es nuevo y se refiere a la cesión de derechos que también es importante en la práctica de los negocios. Finalmente el Capítulo 10 en el que se habla de la prescripción.

4. Los principios generales del UNIDROIT que han sido receptados por los agentes económicos internacionales ¿podrían ser considerados como una nueva *lex mercatoria*?

La palabra en sí, *lex mercatoria*, ya suscita controversias por dos razones, una más práctica y otra teórica, la teórica es que la idea de *lex mercatoria* es más un acto de fe que un acto de prueba científica, con la globalización de la economía y con la necesidad de que las relaciones estén cubiertas por unas reglas o conjunto de reglas que vayan más allá que el Derecho interno de un país, nadie puede negar que ya sean costumbres internacionales, prácticas o *soft law*, derecho blando que salga de lo que las partes suelen hacer, de las cláusulas *standard* y de varias fuentes va saliendo todo esto que la gente le llama *lex mercatoria* por falta de otro término más amplio. Pero aun cuando uno no pueda creer en la viabilidad teórica de que pueda haber una ley o una regla que no tenga origen en una decisión soberana, no habría negar el hecho de que de todas maneras el problema con la *lex mercatoria* es que es difícil definirla, es decir ¿dónde está la *lex mercatoria*?, si una de las partes viola el contrato y hay daños y perjuicios ¿cómo los cuantificamos? El Código Civil del Perú de 1984 habla de daño emergente y lucro cesante, ¿pero dentro de ese concepto, el daño moral, se incluye o no se incluye? ¿el daño punitivo está o no está? La respuesta dependerá de lo que establezca el Derecho interno peruano para regir un contrato internacional, ¿por qué no, en vez de eso, buscar una norma que vaya a darle una especie de regla universal para este tipo de problemas? Norma marco, que acá se le llama principio, pero que es realmente una regla. Ese tipo de norma marco es lo que los principios del UNIDROIT tratan de traducir, así que tal vez sería ir demasiado lejos decir que los principios del UNIDROIT son *lex mercatoria*. Pero, para quitar la controversia, podemos decir que con el tiempo vayan a solidificarse como *lex mercatoria*, si es que ya no lo son.

5. Refiriéndonos a la Cámara de Comercio de Paris, los entes que conforman la Cámara de Comercio Internacional están utilizando los principios generales del UNIDROIT, ¿a pesar de que las partes ya han pactado una ley específica aplicable los árbitros

pueden recurrir a ellos? ¿en qué medida contribuyen a la solución de conflictos?

Creo que fundamentalmente habría que aclarar lo siguiente: en caso que las partes pacten derecho nacional, el árbitro no podría ni debería apartarse de esta voluntad. La ventaja de los principios es que muchas veces las partes no pactan el derecho, no porque sean incompetentes los abogados, sino porque no se ponen de acuerdo o en todo caso se establece de una manera muy vaga, como cuando se establece que el contrato se regirá por los principios generales del Derecho. Esta es la idea de los principios, cuando ocurren esos casos el árbitro, inclusive el juez, tenga la posibilidad de contar con una norma explicada en varios idiomas, en la cual pueda apoyarse para poder darle sentido a algo que las partes no han podido ponerse de acuerdo. Aun cuando se haya establecido que rige algún derecho nacional, este no contempla siempre cierto tipo de problemas. Por ejemplo, ¿existe una norma en el Código Civil peruano que te establezca qué idioma debe prevalecer cuando un contrato está escrito en varios idiomas? Probablemente no, porque el Código Civil peruano no está hecho para contratos internacionales, los principios del UNIDROIT sí quieren responder a temas internacionales, por eso se encuentra, en estos principios, normas ajustadas a contratos internacionales que las legislaciones internas no tienen, esa es la ventaja de los principios.

Considero que los principios contribuyen a la solución de conflictos porque te dan marco normativo más allá de los derechos nacionales, en varios idiomas, fácilmente accesible y comprensible.

6. El artículo 2.1.11 de los principios del UNIDROIT habla de los elementos complementarios o diferentes que no alteren los términos esenciales de la oferta ¿qué debemos entender cuando los principios del UNIDROIT se refieren a esto, existe jurisprudencia o casos sobre esta materia?

Jurisprudencia o casos puede ser que existan, sin embargo para eso es necesario

determinar en qué casos, y en la actualidad ha sido más en arbitrajes que cualquier otra cosa, se han aplicado esos principios de UNIDROIT para determinar el caso específico. Entonces, quizá es importante determinar que los principios del UNIDROIT obviamente no cubren todo, tienes una regla que es la del 2.1.11 que está tratando de contemplar el problema cuando hay modificaciones a las declaraciones. ¿Qué debe entenderse por eso? Bueno, tienes como ayuda un comentario que sigue al 2.1.11 y además del comentario hay doctrina que te puede ir ilustrando sobre estos temas, como por ejemplo el libro del profesor Bonell, que ha trabajado sobre los principios toda su vida; ha hecho lo que se llama un *Restatement*, es decir, él va a tener el artículo 2.1.11 y va a poner cuáles son los casos de arbitraje en los cuales se ha utilizado dicho artículo. Así, puedes ver que estos temas se han usado doctrinal y jurisprudencialmente.

7. ¿Por qué en la Sección 2 de los principios del UNIDROIT se optó por la teoría de Hardship y no por la teoría de la imprevisión o de la excesiva onerosidad? ¿De donde proviene la influencia de la teoría del Hardship?

Es el artículo 6.2.2. Es un artículo bastante controvertido. Tiene una influencia muy fuerte del artículo 1467 del Código Civil Italiano, que a su vez está reflejado en el artículo 1198 del Código Civil Argentino y el Código Civil peruano que tiene una norma sobre la imprevisión. Esto se debe contrastar y van a ver que a pesar de que no le llamamos imprevisión, que es una teoría así llamada por la doctrina más que nada, no porque haya una norma codificada, puesto que se trata de una doctrina originalmente francesa, más allá de su origen romano, que ha sido introducida más que nada como una doctrina respecto de una regla. No hay mucha incompatibilidad en lo que conocemos como imprevisión en el Derecho continental y la visión en el Derecho inglés, porque apunta a elementos comunes, eventos imprevisibles, o mejor dicho, como dice el artículo 6.2.2, que no hayan podido ser razonablemente tenidos en cuenta al momento

de celebrarse el contrato, algo que me parece un poco menos riguroso que imprevisible.

Segundo, que esos elementos hayan tenido un impacto imprevisible, de alterar de manera extraordinaria la obligación de una de las partes. Y esos elementos que hace la imprevisión son los mismos que hace *Hardship*. Yo creo que realmente no hay modificaciones radicales entre las dos, hay ciertamente compatibilidad.

8. En materia de interpretación de los contratos, cuáles son las reglas contenidas en los principios del UNIDROIT, ¿se ha optado por la teoría subjetiva u objetiva en materia de interpretación contractual? Y respecto a los contratos por adhesión ¿existen algunas reglas especiales?

Con respecto a la primera parte de la pregunta, con respecto a la teoría de interpretación, yo creo que hay que observar si existe una disposición que está tomada literalmente del artículo 8 de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías y si se refiere a interpretación subjetiva y objetiva. Hay una norma fundamental que es el artículo 4.1 que habla de dos reglas fundamentales: el primer párrafo dice que se debe atender a la tesis subjetiva, la intención de las partes, algo muy difícil. El párrafo segundo te dice que, si eso no fuera posible, habría que buscar la intención de una persona razonable que, bajo las mismas circunstancias, habría podido querer decir. Así, creo que en el artículo 4.1, que es igual al artículo 8 de la Convención de Viena, tienes los dos elementos, el objetivo y el subjetivo.

Con respecto a los contratos por adhesión, si existen reglas especiales y ahí debes referirte al Capítulo 2 en donde hay una regla y además existe una definición de lo que es no un contrato de adhesión, pero si una cláusula que se llama cláusula *Standard*, es decir, una cláusula que no es negociada, sino que está pre-dispuesta. El artículo 2.19 habla sobre la contratación con cláusulas *Standard* y señala cuáles son estas cláusulas: Cláusulas *Standard* son aquellas

preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas de hecho sin ser negociadas con la otra parte.

9. ¿Cómo cree usted que se deben difundir estos principios en América?

La mejor manera de difundirlo es en las facultades de Derecho, en las clases de contratos por ejemplo, discutiendo, viendo cuáles son las soluciones a problemas prácticos que ofrecen los procesos del UNIDROIT comparados con el Código Civil de 1984 y si el Código Civil del Perú está en proceso de reforma y las comisiones encargadas han considerado los principios del UNIDROIT, puede que estas, al estudiar estos temas, puedan mejorarlos y alertarnos de ciertos temas. Hay que discutirlos en clase y llevarlos a la atención de los alumnos, ver en qué medida los principios del UNIDROIT pueden complementar lo que ya dicen los profesores en clase.