

PRINCIPIOS UNIDROIT

Por Juan Carlos Guarín Ferrer

Resumen

Luego de una codificación de normas a nivel mundial, en los siglos XVIII-XIX, la *lex mercatoria* perdió mucho terreno ya que aparecieron dentro de los códigos, tantas normas diferentes a nivel local como Estados que las promulgaban, conllevando esto a que las relaciones internacionales tuvieran que empezar a acomodarse a las normas de derecho internacional privado que se incluían en estos códigos o normativas locales. Con el surgimiento de los Principios UNIDROIT, creados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado en la segunda mitad del siglo XX, se habla de la nueva *lex mercatoria*, ya que surgen como respuesta a la necesidad de poder regular las relaciones internacionales, pero exclusivamente, relaciones comerciales, en un ámbito netamente internacional, excluyendo así, de acuerdo a la autonomía de la voluntad, normas locales que pudieran impedir el paso de estas relaciones contractuales. Trataremos de encontrar alguna directriz o principio que nos sirva para el ámbito de protección al consumidor.

Abstract

After a worldwide codification of norms, between XVIII-XIX centuries, *lex mercatoria* lost much ground since appeared within codes, many different norms locally and states that promulgated them, leading it to international relations had to start to accommodate to international private laws that were included in these codes.

With the emergence of the Unidroit Principles, created by the International Institute for the Unification of Private Law in the first half of twentieth century, speaks about new *lex mercatoria*, due to they arise in response to the need for regulation to international relations, buy only, trade relations, in a international scope, excluding so, according to the anatomy of will, local regulations that may prevent passage of there contractual relations. We try to find any guidelines or principle that useful to the consumer protection field.

Palabras clave

Principios UNIDROIT, contrato, *lex mercatoria*, hardship, consumidor

Keywords

UNIDROIT principles, contract, *lex mercatoria*, hardship, consumer

1. Introducción

Históricamente los pueblos de diferentes sectores del mundo, han sentido la necesidad de tener contacto con otros pueblos, con otras regiones, en sí, con lo que podríamos llamar el mundo exterior. Sin embargo, siempre los lineamientos políticos, económicos, jurídicos –y hasta militares- de cada pueblo, ciudad, Estado, pueden llevar a que estas interacciones con otros semejantes, sean difíciles y hasta hostiles si se quiere. Solo cuando se logra abrir una brecha entre estas políticas, y se encuentran puntos de conexión, es cuando los Estados pueden empezar a

interactuar e intercambiar no solo bienes, sino también conocimientos, cultura, deporte, etc.

Siempre en la historia humana, los mercaderes o comerciantes han sido los sujetos que han realizado los mayores acercamientos entre pueblos o Estados totalmente ajenos, a través del intercambio precisamente de lo que cada grupo humano pueda ofrecer y que el otro necesite. Es por esto que los comerciantes en la edad media ya estaban uniendo pueblos a través de su comercio, pero como cada pueblo, Estado, o grupo social, contenía sus propias normas, que podían ser tantas como Estados hubiera, fue necesario empezar a crear, a través de la práctica diaria, continua y aceptada –lo que conocemos como costumbre-, una normatividad ajena a todos los Estados, pero al mismo tiempo armónica o igualitaria para los comerciantes de cada pueblo diferente que estuviera en el rubro de la comercialización de bienes más allá de sus puertas geográficas.

Estos primeros acercamientos de la edad media, conocidos como *lex mercatoria*, determinarían una parte muy importante de la historia jurídica, ya que daba las primeras luces de un verdadero derecho internacional, aceptado y respetado por todos, a pesar de los múltiples ordenamientos existentes.

Lex Mercatoria que ha sido de nuevo puesto sobre la mesa, que ha entrado de nuevo en boga, y que hoy en día se ve reflejado en un marco normativo conocido como los Principios de UNIDROIT, y que al igual que en la edad media, lo que busca es armonizar y tratar de buscar la forma más justa para dirimir conflictos entre comerciantes, a pesar de que sigue existiendo múltiples ordenamientos jurídicos en todo el mundo.

El presente trabajo constituye una mirada a estos principios, deteniéndonos un momento en nuevas figuras –o tal vez no tan nuevas- como la figura del *hardship*,

y por último localizaremos algunos fallos de diferentes Estados que han reconocido la fuerza de estos principios en sus argumentos, todo esto dirigido a poder encontrar algún principio allí consagrado que nos sirva en nuestra investigación principal, la cual es la búsqueda de una serie de principios generales y armónicos en Mercosur, dentro del área de las normas de protección al consumidor.

2. Principios UNIDROIT

Los principios de UNIDROIT son una creación del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, el cual ajeno a cualquier Estado, es una institución intergubernamental con su sede en Roma, fundado en 1926 como órgano adscrito, dentro de la Sociedad de Naciones, que hoy en día se transformó en lo que conocemos como Organización de las Naciones Unidas –ONU-. Como objetivo principal de este órgano, luego de la primera guerra mundial, fue buscar una armonización normativa en el comercio internacional, lo que por medio de un acuerdo multilateral en 1940, se crea el estatuto UNIDROIT. Luego de varios intentos y creaciones de grupos de trabajo, finalmente en 1994 expiden la primera edición de los principios UNIDROIT, que han tenido dos ediciones más, una en 2004 y otra en 2010.

Comenzaremos por decir que los principios UNIDROIT son internacionalmente reconocidos y es por ello que son de vital importancia cuando de contratación internacional se trata, ya que, se emplean como alternativa de solución de las controversias resultantes en materia de contratación mercantil entre los diferentes Estados. Operti Badan (1998) afirma que: “Los principios constituyen un ordenamiento de tipo privado, proveniente de un organismo internacional, que no adopta por sí ninguna de las técnicas normativas tradicionales” (p. 65).

Grande (2008) afirma que :

Philippe Kahn reconoció la existencia de una sociedad extraestatal y autónoma, que aplicaba casi por unanimidad un derecho formulario elaborado en el seno de las organizaciones profesionales internacionales. Esa sociedad de comerciantes rechazaba completamente la aplicación de los derechos locales por considerarlos un obstáculo a las relaciones comerciales normales en el ámbito internacional" (p. 203)

Los principios en su edición 2010 están compuestos por 11 artículos, en los cuales cada uno se subdivide en varios artículos más, para un total de 208 artículos que contienen disposiciones que se ajustan a la elaboración del contrato, desde su formación hasta su terminación, ya sea por el cumplimiento o incumplimiento del mismo, con el fin de solucionar el problema de determinar la ley del foro y la ley aplicable al contrato internacional, reduciendo de este modo el margen de incertidumbre.

Acerca de los principios de UNIDROIT, Oviedo Albán (2003) sostiene que podría afirmarse que son reglas, las cuales tienen el cometido de, por lo menos, abrirle paso a la armonización y unificación a futuro del Derecho Comercial internacional, asumiendo su papel dentro del contrato, por el acuerdo mutuo de los contratantes. Por esto, podríamos aventurarnos a señalar que la fuerza vinculante de esta clase de principios dentro del contrato, se deriva de la autonomía de la voluntad de las partes.

Es importante determinar que estos principios, tal como lo expresan Calvo Caravaca y Carrascosa González (2000): "...presentan carácter dispositivo, pues sólo se aplican previa elección de los mismos por las partes y pueden ser modulados por las mismas". A partir de esta cita, podemos inferir, que el principio que se acoge por excelencia es el de la autonomía de la voluntad, el cual, imperante en las relaciones contractuales de derecho privado, encuentra su límite en lo

establecido por las normas imperativas de orden público, tanto de carácter interno como internacional.

Para Barón (2005) se espera que estos principios de UNIDROIT, al igual que en las épocas mercantiles de la edad media, sean transnacionales, sobre la base de un origen común, que sean un fiel reflejo de las costumbres mercantiles, y particularmente sensibles a las necesidades comerciales.

Aguirre Andrade y Manasía Fernández (2006) manifiestan que:

De conformidad con los propósitos de los Principios señalados en el Preámbulo, éstos constituyen recomendaciones particulares, accesibles de seguir y fáciles de utilizar por los operarios mercantiles que, de ser aplicados, resultan oportunos en ofrecer soluciones armónicas, uniformando así las reglas del comercio internacional. (p. 56.)

Ahora bien, estos conceptos acerca de los principios UNIDROIT, no pueden desligarse del de la *lex mercatoria* que de manera amplia, podría definirse como un conjunto de principios generales, costumbres o usos que escapan del derecho adscrito a cada Estado para regular las relaciones internacionales de carácter mercantil, por lo que a nuestra manera de ver, esta sería el género y los principios UNIDROIT la especie.

La llamada *lex mercatoria* no es un concepto nuevo. Este concepto fue creado y reconocido en la edad media, como un derecho de usos y costumbres utilizado por los mercaderes de la época. Esto se realizó simplemente por la complicación normativa que regía. Complicación decimos, ya que cada pueblo, monarca, Estado, población, etc., tenía su propio sistema normativo, lo que conllevaba obstáculos para la comercialización de bienes de un lugar a otro. Como solución a este problema, los

mercaderes de la época empezaron a dejar de lado las normas “locales” que regían en cada lugar geográfico e impusieron, para ellos, un sistema normativo externo que se regía por usos y costumbres.

Este sistema externo, podríamos denominarlo como un verdadero sistema normativo internacional, ya que no dependía exclusivamente del sistema normativo de ningún Estado; por otro lado, era aplicado por personas que ejercían comercio entre comunidades, por lo que se mantenía un verdadero tráfico internacional. El sistema de *lex mercatoria* se mantuvo por largo tiempo, sin intervenciones, donde realmente por varios siglos se constituyó como un verdadero sistema internacional.

Luego en los siglos XVIII-XIX, comenzó una tendencia jurídica a codificar las normas. Esto redujo ampliamente el campo de acción de la *lex mercatoria* ya que cada Estado regularizó –o intentó regularizar- desde sus normativas las cuestiones que tuvieran que ver con el tráfico internacional, y como consecuencia se notó a nivel mundial un retraso nuevamente en el comercio internacional. Es por esto que se crearon organismos internacionales e instituciones internacionales en el siglo XX con fines económicos, políticos, sociales, etc., entre esos el ya nombrado Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

Este instituto, fue creando, o mejor, fue reuniendo los principios de comercio internacional, el cual ha sido visto como el precursor de una “nueva” *lex mercatoria*. Goldman (1964) citado en Galgano (2005) afirma que: “La sociedad global elabora un derecho propio no estatal, al cual se le ha atribuido el nombre de nueva *lex mercatoria*”. (p. 65)

Estas prácticas internacionales tienen tanta fuerza vinculante, no solo por virtud de la autonomía de la voluntad de los contratantes, sino por su fuerza autónoma dentro del marco internacional, que los mismos Estados, cada vez más, a

través de sus agentes o funcionarios judiciales o legislativos, le otorgan un mayor reconocimiento a las normativas internacionales. Al respecto Galgano (2006) manifiesta lo siguiente:

Difícilmente un juez nacional podrá considerar inválido, aplicando el propio derecho nacional, un modelo contractual en todos lados practicado y reconocido como válido y vinculante. Difícilmente, cualesquiera fueran los argumentos contrarios rescatables del derecho nacional, él estará dispuesto a ubicar al propio país en una situación de aislamiento respecto del contexto internacional al cual pertenece. (p. 67)

Opción diferente no puede tomar un Estado en estos tiempos. Un desconocimiento, por parte de cualquier Estado, de normas u organismos internacionales, solo conllevan a su atraso frente a los demás Estados. Lo común y normal, es que los Estados cada vez se unan, que vayan encontrando más puntos de contacto, y vayan armonizando normas, y no, que se alejen unos de otros. Como ejemplo de esto podemos referirnos a la Unión Europea que hoy en día es la máxima expresión de esta armonización internacional. Sin embargo, también podemos referirnos, en un mismo ámbito, al Mercosur, que aunque aún le falte muchos puntos de contacto, en tan solo 23 años desde su creación el 26 de marzo de 1991 en Asunción, tiene grandes posibilidades de establecerse como una verdadera entidad supranacional.

Con respecto a la posición del Estado frente a la hegemonía internacional, Galgano (2006) afirma que:

El monopolio del Estado en la elaboración del derecho ha cedido el lugar a un sistema distinto que admite, más allá de la ley, otras fuentes no estatales de derecho. Es un derecho de fuente global en dos aspectos: por su ámbito de aplicación, destinado a encontrar aplicación más allá de todo límite o confín estatal, y por su modo de producción, ya que es susceptible de formarse en los más diversos puntos del planeta. (p. 46)

Claro está que una unificación global de sistemas jurídicos es imposible en estos momentos. El crear instituciones, organizaciones, tratados, principios, y demás, solo logran acercamientos, muchas veces no tan vinculantes como se espera, y tan solo una disputa política podría hacer caer todo de nuevo en esferas locales. Grande (2008) comenta lo siguiente:

Mustill estimó que la comunidad internacional de negocios es tan heterogénea que resulta imposible alcanzar la unanimidad que presupone la teoría originaria de la *lex* en su desarrollo más ambicioso (*lex universalis* o *macro lex*). Incluso entendió que tampoco es útil la versión que denomina *micro lex* debido a que los principios de la mayor parte de las naciones, o los más estrechamente conectados con la disputa, carecen de certeza y previsibilidad, no son usados en la práctica como derecho aplicable, y tampoco son reconocidos por los jueces nacionales como fundamento de un laudo válido. (p. 205)

En sí, los principios UNIDROIT, como algunos organismos internacionales con fines parecidos, constituyen un verdadero avance mundial en técnicas de acercamiento mercantil. En un mundo ya globalizado, de una forma económica y tecnológica, las normas locales quedan rezagadas a la necesidad internacional. Aunque las leyes nacionales, sirven entre otras cosas, para proteger a sus ciudadanos e imponerles obligaciones de acuerdo con sus fines, muchas veces se encuentran estancadas o totalmente desactualizadas a las necesidades del tráfico internacional. Esto lleva grandes problemas a sus ciudadanos más que una protección legal, ya que hay colisiones constantes de leyes entre Estados, lo que conllevan a elevar costos en abogados y pleitos eternos solo definiendo el foro judicial o la ley aplicable.

De ahí la gran importancia que revisten los principios UNIDROIT, ya que los comerciantes de cualquier Estado pueden invocarla dentro de sus relaciones mercantiles y así jugar con reglas claras y justas, ya que son reglas

recogidas por comerciantes, para comerciantes. David Brown (2002) afirma lo siguiente:

De hecho, la CISG y los UNIDROIT son considerados cada vez más como instrumentos útiles en la etapa de la negociación para contrarrestar las condiciones más exigentes propuestas por el interlocutor. Además, contribuyen a armonizar los términos del comercio internacional al minimizar la intervención de los sistemas jurídicos nacionales. En efecto, si las partes utilizan la CISG o los Principios UNIDROIT como base de sus condiciones contractuales, es muy poco lo que queda sometido a las jurisdicciones nacionales.

Los principios de UNIDROIT, en esencia, tienen un contenido bastante “igualitario” para las partes. Buscan una justa armonía sin importar la nacionalidad de las partes o de los bienes a comerciar. Establecen principios generales de la contratación, lineamientos para la formación del contrato, validez del mismo, cumplimiento e incumplimiento de los acuerdos, obligaciones, prescripciones, etc. Como podemos observar, nada alejado a lo contemplado en nuestro código, sin embargo, desarrollado en un ámbito internacional y de aspectos más avanzados.

Dentro de estos aspectos podemos destacar el denominado “*hardship*”, el cual conocido como “excesiva onerosidad”, busca, de manera excepcional, ajustar económicamente un contrato. Perez (2007) afirma que el vicio de excesiva desproporción pretende defender el equilibrio contractual y restablecerlo cuando una de las partes lo rompe, logrando la suscripción del contrato con cláusulas manifiestamente ventajosas para sí, siempre y cuando lo que se deba resulte escandaloso para una persona razonable.

Por su parte, Gutiérrez de Larrauri (2010) sostiene acerca de la mencionada figura, lo siguiente:

De esta forma, la figura del *hardship* debe entenderse como una representación del principio general del *favor contractus*, toda vez que por medio de ella las

partes pueden buscar (y lograr) la preservación, estabilidad y continuidad de la relación contractual (en la medida de lo posible) teniendo en cuenta que no cualquier incumplimiento debe dar lugar a la terminación del contrato, sino siendo conscientes, por el contrario, que en ciertos eventos las dificultades en la ejecución de éste se pueden superar por medio de la “remedio” jurídico del *hardship*. (p. 20)

Esta nueva figura es muy importante, ya que regulariza aquellos contratos en que una de las partes se ve afectada por la ejecución del contrato. Los principios UNIDROIT, son citados y aplicados en una gran cantidad de contratos internacionales, así mismo son base para decidir laudos arbitrales internacionales. Sin embargo, a nivel local aún no tienen una fuerza autónoma, por lo que el camino que les falta para recorrer y tener ese reconocimiento es aún incierto. A continuación citaremos algunas sentencias que consideramos se aplican las normas Unidroit en una jurisdicción local.

3. Sentencias

3.1. Venezuela (Corte Suprema de Venezuela)

La Corte Suprema de Venezuela en el caso de *Bottling Companies Vs. Pepsi Cola Panamericana S.A.* (1997), es un caso en el que dos compañías venezolanas acordaron que cualquier diferencia que pudiera surgir debería ser sometida a un Tribunal de arbitramento en Nueva York, bajo las reglas de Arbitraje de la CCI (cámara de comercio internacional). Surgió, entonces, la diferencia y una de las partes objetó la cláusula arbitral como inválida, pretendiendo que se declararan como competente a un tribunal de arbitramento venezolano.

El caso fue conocido por la Corte Suprema de Venezuela, en el cual decidió que la cláusula arbitral era plenamente válida y soportó dicha decisión en la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento de fallos arbitrales extranjeros y la Convención interamericana de 1975 sobre arbitraje comercial

internacional, que habían sido ratificadas por Venezuela y que de manera expresa afirman la obligatoriedad de la decisión tomada por las partes al haber señalado dentro del contrato que cualquier controversia que surja del mismo será sometida a arbitraje.

Bastó, entonces, con que una de las compañías fuera subsidiaria de una compañía cuyo domicilio era EE.UU., para determinar que el contrato celebrado entre las mismas, se trataba de un contrato internacional, pues tal como lo señala el preámbulo de los principios UNIDROIT; por contrato internacional debe entenderse todo contrato que presente algún elemento internacional, excluyéndose aquellos cuyos elementos sean propios o estén conectados a un solo país.

3.2. Colombia

3.2.1. Corte Constitucional

Demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso primero del artículo 1616 del Código Civil, de Enrique Javier Correa de la Hoz, Daljaira Diazgranados Vuelvas, Arlyz Romero Pérez y Miguel Cruz vs Estado de Colombia (2010). En un desafío de la constitucionalidad del artículo 1616 del Código Civil colombiano, según el cual, salvo en caso de dolo o negligencia grave, una parte que incumpla será responsable por el daño que había previsto o debiera haber previsto, como consecuencia de su incumplimiento, en razón de que tal limitación vulnera, entre otros, el derecho fundamental de las partes a la reparación integral, la Corte Constitucional rechazó la demanda. Al hacerlo, el Alto Tribunal señaló que no sólo era la disposición en cuestión ni irracional o arbitraria, sino que se inspiró en los criterios básicos de la justicia y la equidad contractual, y por otra parte estaba en conformidad con importantes instrumentos internacionales como la Convención de Viena de (artículo 74) y los Principios de UNIDROIT (artículo 7.4.4).

3.2.2. Corte Suprema de Justicia

Fernando González Luque vs Compañía Nacional de Microbuses Comnalmicros S.A. (2011). A y B, dos empresas de transporte de Colombia, firmaron un contrato de duración indefinida para el transporte de viajeros en autobús. De acuerdo con el contrato, el contrato se renovarían automáticamente cada año, salvo que las partes acordaron poner fin al mismo. En ese caso, una de las partes debía dar al otro un aviso de 30 días de esta intención y la otra parte debía estar de acuerdo con ella.

En un punto, A, teniendo en cuenta un insatisfactorio rendimiento de B dentro del contrato, envió un B un aviso con 30 días de antelación, declarando la terminación unilateral del contrato, sin necesidad del consentimiento de B.

B demandó ante un juzgado del circuito, alegando que la condición para la terminación era bilateral y no unilateral, y que ese aviso de 30 días de A a B debía tener la intención de estar de acuerdo por parte de B. Por otra parte B señaló que en la legislación colombiana no había ninguna regla general sobre la terminación unilateral.

El Juzgado de Primera Instancia falló a favor de B, mientras que el Tribunal Superior revocó la decisión. La Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión del Tribunal. Aunque reconoce que en el Código Civil colombiano no había ninguna disposición sobre la rescisión unilateral, señaló que la terminación unilateral era bastante común en la práctica contractual y, por tanto, llegó a la conclusión de que debe admitirse como regla general que no está escrita, dentro de la ley colombiana. En apoyo de su fallo la Corte se refirió escritos jurídicos nacionales e internacionales como también a la jurisprudencia; también se refirió expresamente a los artículos 49 a 64 de la CISG y los artículos 7.3.1, 7.3.2, 7.3.3 de los Principios de UNIDROIT,

todos los cuales proporcionan una rescisión unilateral del contrato de acuerdo con las circunstancias específicas.

Sin embargo, el Tribunal se pronunció también sobre la base de una interpretación adecuada del contrato. En particular, señaló que la verdadera intención de las partes era más importante que los términos literales del contrato; Además, el equilibrio de los principios de la autonomía de las partes y de la buena fe, señaló así mismo, que un contrato de duración indefinida no se puede convertir en uno eterno.

3.3. Argentina (Cámara Nacional de Apelaciones de Buenos Aires)

Nea Commerce S.A. vs SKY Argentina SCA (2009). Dos empresas argentinas llegaron a un acuerdo según el cual el demandante se comprometió a instalar el equipo necesario para permitir al demandado difundir sus programas de televisión en Argentina. El acuerdo, que se encontraba en forma de disposiciones estándar formuladas por el demandado, fue formulado para ser renovado anualmente por el demandado. Al final del primer año, el demandado decidió no renovar el acuerdo, y por su parte el demandante inició un procedimiento de arbitraje reclamando daños en torno al ámbito que el demandado había violado, no a los términos expresos del acuerdo o en su contenido como resultado de su ámbito de aplicación como es evidente por, entre otras, a las negociaciones.

El tribunal arbitral decidió básicamente a favor del demandado, lo que conllevó que el demandante impugnara la decisión ante el Tribunal de Apelaciones de Buenos Aires.

El Tribunal de Apelación confirmó la decisión del tribunal arbitral y, al hacerlo, señaló que el Acuerdo prevé expresamente un plazo de un año sólo después de que el acusado tenía derecho a no renovarla. Según el Tribunal el hecho de que el

acuerdo estaba contenido en las cláusulas estándar preparadas por el demandado fue irrelevante: los términos estándar de hecho han de considerarse una expresión de la autonomía de las partes y, al menos entre las personas del negocio, han de interpretarse básicamente de la misma manera como negociación individual y puede ser invalidado sólo en circunstancias excepcionales, tales como la violación del principio de buena fe. En apoyo de su decisión en base a la ley argentina aplicable, la Corte se refirió a los artículos 2.20, 2.21 y 2.22 (actualmente artículos 2.1.20, 2.1.21 y 2.1.22) de los Principios de UNIDROIT.

3.4. Brasil (Tribunal da Contas de União)

Jurong Shipyard Pte Ltd vs Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) (2011). Petrobras, una empresa petrolera brasileña, entró en una serie de acuerdos con empresas extranjeras para la construcción de plataformas petrolíferas frente a la costa de Brasil. En virtud de los Acuerdos se requirieron las empresas extranjeras a asignar una parte de la obra a las empresas brasileñas, la porción se calcula en reales brasileños, mientras que el precio del contrato se expresa en dólares estadounidenses. Cuando, posteriormente, hubo una fuerte apreciación del real brasileño frente al dólar estadounidense, las empresas extranjeras afirmaron que esta fue la causa de una disminución sustancial de sus beneficios y solicitaron a Petrobras para renegociar el precio del contrato. Petrobras accedió a revisar el precio, así como para restablecer la proporción original entre él y la parte del trabajo asignado a las empresas brasileñas, pero después de haber hecho las autoridades fiscales brasileñas un estudio, interpusieron un recurso ante el Tribunal de Cuentas de Brasil ("Tribunal de *Contas da União* ") alegando que en el presente caso no se cumplen las condiciones de *hardship* como se establece en el artículo 478 del Código Civil Brasileño.

El Tribunal señaló que, en vista del hecho de que las partes habían elegido la ley Inglesa como la ley que rige sus acuerdos, tenía que decidir si en primer lugar aplicar o no el orden público nacional, es decir, el artículo 478 del Código Civil Brasileño, o el orden público internacional según lo expresado por la *lex mercatoria*. Sin tomar una posición definitiva sobre este punto, el Tribunal consideró que, incluso si se aplica la *lex mercatoria* - y en particular los artículos 6.2.1 - 6.2.2 de los Principios de UNIDROIT que representan uno de sus principales fuentes - la decisión sería la misma, es decir, que en el presente caso no se cumplían los requisitos para configurar el *hardship*. En particular, la Corte señaló que la apreciación del real brasileño frente al dólar estadounidense era previsible en el momento de la celebración de los acuerdos y que, por tanto, un riesgo de de este tipo debió haber sido asumido por las empresas extranjeras.

3.5. Paraguay (Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial)

Ramón Duarte Torres vs José Manuel Acevedo y otro (2013). Las partes celebraron un contrato para la venta de una parcela de tierra que sería seleccionada por el comprador, de una extensión mayor, perteneciente a varios vendedores. Cinco meses después de la conclusión del contrato, el comprador inició una demanda civil solicitando la ejecución del contrato y ofreció el pago completo del precio de compra. Los vendedores presentaron una demanda de reconvenición solicitando como primera medida la terminación del contrato. Los vendedores señalaron que su obligación de concluir los procedimientos administrativos de la división de la tierra y la obtención de los documentos necesarios para permitir la transferencia de la tierra dentro del plazo 60 días acordado se había vuelto imposible, como consecuencia de la incapacidad del comprador para seleccionar la porción exacta de la tierra que iba a ser transferido.

Anulando parcialmente la decisión del tribunal de primera instancia, el Tribunal de Apelación rechazó los reclamos del comprador y decidió a favor de la reconvenición de los vendedores declarando la terminación del contrato.

El Tribunal de Apelación basó su decisión en el hecho de que el comprador tenía el deber de cooperación que no cumplió. Según el Tribunal de Apelación, la obligación de cooperación consiste en el deber del comprador de señalar y notificar a los vendedores de la porción de tierra que deseaba adquirir en un plazo razonable dentro del plazo 60 días tras la conclusión del contrato, a fin de permitir también a los vendedores obtener, en el período de tiempo designado, los documentos necesarios que permitan la transferencia de la tierra y la conclusión de los procedimientos administrativos del fraccionamiento de la tierra.

Al dictar su decisión, la Corte de Apelaciones sostuvo que el deber de cooperación se deriva de la obligación de observar la buena fe en las relaciones contractuales. El Tribunal de Apelación declaró que la buena fe debe ser observada durante las negociaciones previas al contrato, en el momento de la celebración del contrato y durante toda la ejecución del contrato. Al afirmar esto, el Tribunal de Apelación se refirió a una serie de artículos del Código Civil Paraguayo que establecen la obligación de observar el principio de buena fe. Además, se estableció que a pesar de que el deber de cooperación no se hace referencia explícita en el Código Civil paraguayo, que se deriva de la obligación de observar buena fe a través de todas las relaciones contractuales. Para dar credibilidad a su conclusión, el Tribunal de Apelación citó los Principios de UNIDROIT que establecen expresamente el deber de cooperación en las relaciones contractuales.

El Tribunal de Apelación de este modo se basó en el art. 5.1.3 de los Principios UNIDROIT 2010 (cooperación entre las partes) y de las notas explicativas

oficiales, que indican que, a pesar de que estos principios no son vinculantes para las partes, constituyen principios ampliamente reconocidos en el derecho comercial internacional que proponen soluciones uniformes a conflictos jurídicos, y que, como tal, se puede utilizar para interpretar o complementar el derecho interno como se reconoce en el Preámbulo de los Principios.

4. Observación de los principios Unidroit 2010 en Consumo

Como hemos podido observar en las sentencias referidas, que han sido escogidas entre Estados miembros y asociados del Mercosur, la aplicación de principios autónomos y generales dentro de un área no solo es posible, sino que demuestra una madurez judicial. Los Principios Unidroit no se encuentran dentro de las normativas nacionales, ni han sido ratificados por ningún Estado, ya que no son tratados internacionales, pero estos fueron creados por organismos especializados en el área, rompiendo así, tal vez, esferas políticas, por lo que estos principios demuestran una equidad mayor a las normas locales.

Los Principios Unidroit son de aplicación exclusiva mercantil, ya que la organización consideró que el tema de la protección al consumidor es un tema delicado y de orden público de cada Estado, por lo que como primera medida debemos exponer que estos principios, como aplicación directa o invocación dentro de un proceso, no son de aplicación en el derecho de consumo, pero lo que trataremos es rescatar alguna directriz que nos pueda servir en la investigación, ya que precisamente fueron plasmados como principios, y pueden ser aplicados en un ámbito local, pero están plasmados en un espacio supranacional.

Vale aclarar que a pesar de ser llamados Principios Unidroit, todos los artículos contenidos, a nuestro parecer, no son principios, serían más una serie de reglas. Suponemos que han sido llamados principios por el hecho de que se busca con ellos una universalidad, una generalidad, para que cualquier persona o Estado que los invoque, pueda hacerlo sin problemas éticos o morales internacionales. Si partimos del concepto de Machicado (2013) acerca de principio, “Es un axioma que plasma una determinada valoración de justicia de una sociedad, sobre la que se construyen las instituciones del Derecho y que en un momento histórico determinado informa del contenido de las normas jurídicas de un Estado”, podemos inferir que los Principios Unidroit tendrán unos principios implícitos en ellos, pero que no todo su articulado son principios.

Entre los principios que consideramos están plasmados en su articulado, se encuentra la libertad de contratación (art. 1.1), libertad de forma contractual (art. 1.2.), *pacta sunt servanda* (.art. 1.3), autonomía de la voluntad (art. 1.5), buena fe y lealtad negocial (art. 1.7), prevalencia de los usos o costumbres sobre los principios (art. 1.9), igualdad negocial, igualdad de desarrollo contractual (arts. 2.1.16 – 2.1.22), principio de excesiva desproporción (art. 3.10), principio de intención de las partes (art. 4.1), principio de cooperación (art. 5.1.3), principio de calidad de la prestación (art. 5.1.6), principio de rechazo de un cumplimiento parcial (art. 6.1.3), principio de excesiva onerosidad o *hardship* (art. 6.2.1), principio de reparación y reemplazo de la prestación defectuosa (art. 7.2.3), principio a una reparación integral (art. 7.4.2).

Aunque los principio de mayor jerarquía y rectores de la contratación mercantil son sin duda la buena fe y la lealtad negocial, también aparecen otros que sirven para el desarrollo equitativo de las operaciones. Algunos de estos principios que recogimos nos pueden servir y otros, por su naturaleza comercial, no nos

podrán servir. Los que no nos pueden servir, responden a una igualdad entre las partes a la hora de contratar, supone que las dos partes son comerciantes y por lo tanto, se supone que las dos partes manejan un sentido profesional. Por eso principios como el *pacta sunt servanda* (art. 13.) o el igualdad contractual (arts. 2.1.16 – 2.1.22), no podrán servir en el ámbito de consumo, ya que uno de los presupuestos dentro de la defensa del consumidor es precisamente destacar la desigualdad de las partes, la calificación del proveedor o fabricante como la parte fuerte dentro de la relación de consumo y al consumidor como la parte débil.

Respecto al principio de preferencia de usos y costumbres sobre principios (art. 1.9) es muy difícil establecer si hay usos y costumbres que puedan contrariar principios o normas establecidas en la defensa del consumidor, por lo que partiendo de que las normas de consumidor son de orden público y no pueden ser derogadas ni excluidas por la autonomía de las partes, inferimos que en este caso, los principios y normas que los contienen prevalecen siempre sobre los usos y costumbres de la sociedad. Sobre el *hardship* (art. 6.2.1.) es una figura comercial, requiere en principio una igualdad de partes y de correlativa prestación, que luego por un suceso se desproporciona. Aunque en el ámbito del consumidor también hay una correlativa prestación sobretodo en la prestación del servicio, donde el proveedor presta el servicio y el consumidor paga el precio, esta figura del *hardship* no podría ser invocada por la empresa, porque no está en igualdad de condiciones con el consumidor. Aunque claramente, de haber cambios en los precios de materia prima, o cambios monetarios, o políticos, no es necesario invocar la figura, ya que el prestador siempre incluirá esas alzas en la factura, y finalmente los consumidores son quienes pagan esas “imprevisiones”.

Con respecto al principio de cooperación entre las partes (art. 5.1.3), podemos decir que es interesante, ya que al igual que en el derecho comercial, las

relaciones de consumo se manifiestan en su mayoría a través de contratos de consumo. Esto quiere decir que hay dos partes contratantes, y sería adecuado de hablar de una “cooperación contractual”. El problema que vemos en primera medida, es que de esperarse una cooperación por parte del consumidor, supongamos en contratos de consumo de prestación de servicios, que se extienden a través del tiempo, se le estaría otorgando una carga que podría ser muy perjudicial, ya que la en este tipo de contratos, el consumidor y el proveedor no están en igualdad de condiciones. Por lo que esta cooperación, tal como puede estar contenida dentro de los Unidroit, no será eficiente en el contexto del consumidor.

Salvo estos principios, los demás que fueron nombrados, pueden servir en el ámbito de consumo, o tienen una relación con otro principio de mayor jerarquía. En el caso de libertad de contratación (art. 1.1), libertad de forma contractual (art. 1.2.), y autonomía de la voluntad (art. 1.5), estos son principios que en el ámbito de consumidor se aplican, pero como en toda la reglamentación del consumidor, se debe aplicar en aras de una protección especial al débil, al consumidor. El consumidor es libre de contratar el servicio que desee, o de adquirir cualquier bien, por lo que el principio de libertad de contratación y autonomía juegan un papel similar. Sin embargo, recordemos que la autonomía de la libertad, en el caso del consumidor, solo aplica como una libertad de contratación, más no como una libertad contractual, ya que él puede realizar los contratos de consumo que considere necesarios, pero no puede discutir sobre las cláusulas del mismo, esa facultad de poder negociar las condiciones del contrato le son vedadas en la mayoría de los casos, y salvo en casos muy concretos el consumidor negocia alguna parte del clausulado. Asimismo no se debe confundir la libertad de forma contractual, en el que parece a primera vista, que precisamente es la facultad de establecer el clausulado de la contratación, lo que realmente expresa este principio es que la

relación contractual pueda ser probada por cualquier medio, esto sin perjuicio de que el contrato no conste por escrito.

Con respecto a los principios de buena fe y lealtad negocial (art. 1.7), como mencionamos anteriormente, es posiblemente los dos principios base de la negociación mercantil, y toda la valoración moral y jurídica contenida en ellos dos, se ve reflejada en varios artículos de los Principios Unidroit. Sin duda estos dos principios deben ser parte integrante de las normas de protección a los consumidores. Todo lo que espera la sociedad, en cuanto a sus mismos ciudadanos, es una buena fe en sus actuaciones. Y si hablamos de estos ciudadanos como consumidores, lo que esperamos ya no de ellos, sino de las personas que componen la otra cara de la moneda, nos referimos proveedor, fabricante, etc, es que estas personas obren de buena fe y con lealtad negocial. Esta buena fe y lealtad negocial no solo debe ser usada en el momento de la venta de un bien o de la prestación del servicio, sino desde mucho antes, de hecho, desde que la propia empresa estableció sus pilares como empresa comercial. Con esto nos referimos a lo siguiente: si una empresa que tiene bienes o servicios en el mercado, optó con anterioridad a dejar bajos o casi nulos sistemas de calidad, sabiendo sobre los riesgos de sus productos, y a pesar de esto envía estos productos al mercado, es una empresa que no actuó de buena fe. O también si una empresa de servicios no tiene personal capacitado para reparar los desajustes ocasionados en los servicios prestados a usuarios, es obrar también de mala fe (como manera de ejemplo, una empresa A presta el servicio de internet domiciliario a una persona B, luego de una tormenta se desajustan los aparatos y B no recibe más el servicio de internet. Si A le dijera que no cuenta con un servicio de mantenimiento y que por lo tanto B debe buscar ese servicio en el mercado, A estaría obrando de mala fe).

Con respecto al principio de lealtad negocial, este debe ser visto de la mano de la buena fe, ya que al actuar de forma desleal, también se está actuando de mala fe. Como dijimos anteriormente, estos principios, pilares básicos de la contratación mercantil, también deben ser pilares en el ámbito de consumo.

Otro principio que observamos es el de calidad de la prestación (art. 5.1.6), principio muy importante si lo transportamos al terreno de consumo. Consagrado en los principios de Unidroit, establece que si la calidad de la prestación no fue determinada por las partes, el obligado deberá entregar una prestación de calidad razonable y no inferior a la calidad media. En el ámbito de consumo es importante destacar que en la mayoría de los casos el consumidor no sabe qué calidad de bienes o servicios va a recibir por su adquisición, ya que la mayor parte de las contrataciones de consumo se realizan por una inducción por campañas de marketing. Y acá, transportado este principio a la aplicación de consumidor, debería incluso ser más restrictiva, y exigir, que no sea una calidad media del mercado, sino una calidad siempre alta. Con esto no queremos salirnos de la realidad, en la que aceptamos que tener solo productos de alta calidad encarece el sistema y muchos consumidores quedarían por fuera de él, pero también consideramos que incentivar las empresas a tener un mejoramiento en la calidad de sus servicios, siempre beneficia no solo al consumidor, sino también a la buena y sana competencia comercial.

En este mismo sentido encontramos el principio de reparación y reemplazo de la prestación defectuosa (art. 7.2.3), el cual es y debe ser siempre no solo un principio sino un derecho de todo consumidor a que se le respete. Es bien sabido que hoy en día la producción de bienes que puede llegar a hacer una empresa para el mercado son de envergaduras altas, y muchas veces un solo producto, dentro de miles que pueden componer un lote de producción, puede salir defectuoso. El

consumidor que adquirió ese producto defectuoso tiene derecho a que se le cambie por otro de las mismas condiciones o que se le restituya el dinero pagado por ese producto, y es un irrespeto a la dignidad como persona que la empresa ponga en situación a ese consumidor de tener que acudir a Tribunales u otras situaciones jurídicas que pueden tardar años, solo en aras de retardar o disuadir el cambio de ese producto defectuoso. Y estos dos últimos principios estudiados llevan a otro de máxima importancia, al principio a una reparación integral (art. 7.4.2). Sin desviar la atención, en la que ya dijimos que estos Principios de Unidroit se aplican exclusivamente a temas comerciales, este principio tal como está consagrado hace referencia a un incumplimiento de las obligaciones por parte de un contratante, generando daños pecuniarios a la otra, e incluso sufrimientos físicos y angustias morales. Pero igualmente, en la protección del consumidor podría ser válidamente aplicado este principio, ya que el consumidor que ha sufrido daños o por el incumplimiento de un servicio o por el mismo producto defectuoso, deberá tener derecho a una reparación integral, tanto en daños físicos, morales, actuales, futuros, etc., todo dependiendo de la gravedad del caso.

Sobre el principio de excesiva desproporción (art. 3.10) podemos decir que sería una buena herramienta en derecho del consumidor. Según los Unidroit, este principio es aplicado en aquellos casos en que al momento de la contratación una parte se aprovecha de la otra, ya sea por una debilidad jurídica, económica, etc., o ya sea por un desconocimiento técnico, y establece una cláusula que otorga una ventaja excesiva a esa parte provechosa, lo que le permite a la otra parte, solicitar la anulación de esa cláusula o del contrato. En consumo es bien sabido que la mayor parte de los contratos se hacen por medio de contratos con cláusulas predispuestas o por medio de contratos de adhesión, lo que conlleva a que siempre el que maneja la mayor información sea el proveedor del servicio. La idea de esta figura también

radica en la desproporción frente al mismo mercado, es decir, que transportado al ámbito de consumo, puede darse cuando un consumidor contrata un servicio con un alto costo, o un costo “estándar” del mercado, pero que le ofrece beneficios muy por debajo a los demás servicios ofrecidos por otros proveedores, o que podría imponerle cargas superiores, con lo que el proveedor estaría en una situación de ventaja. Supongamos en un servicio de internet domiciliario, donde el consumidor luego de contratarlo, descubre que una cláusula impone la carga al usuario de contratar expertos para el mantenimiento del sistema por si hay fallas, enterándose asimismo, que en el mercado los otros proveedores de ese servicio son lo que se ocupan de este servicio. En este caso hipotético el proveedor estaría en una clara situación de ventaja frente al usuario, y también frente al mercado, lo que se entendería como un abuso desde el punto de vista contractual.

5. Conclusiones

La formación de instituciones u organizaciones que se ocupen de cuestiones netamente internacionales es muy importante para el avance de la ciencia jurídica. Para los comerciantes debe ser muy difícil poder comerciar cuando hay puntos de contacto con otros Estados, ya que no saben como se regula las normas en dicho Estado y podría traer complicaciones importantes para el negocio que estuvieran realizando. Los principios UNIDROIT redactados en diferentes idiomas, da una solución internacional a estos casos.

La formación contractual de las partes, siempre se verá regida por principios básicos y casi universales, como la buena fe, el cual podría llamarse el principio más importante dentro de las negociaciones locales o internacionales. Con respecto a esto, Oviedo Alban (2008) afirma que tal como lo señala la citada formulación de los Principios de UNIDROIT, la idea inspiradora que los rige está constituida por la

buena fe y lealtad negocial, de tal manera que “en ausencia de una disposición específica en los principios las partes deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando lealtad negocial a lo largo de la vida del contrato, incluso durante el proceso de su formación”.

A pesar de regular contratos comerciales internacionales, los principios UNIDROIT dejan de lado el tema de los consumidores, sin tener en cuenta que este tipo de contratos es el de mayor tráfico en el mundo tanto a nivel local como a nivel internacional. La exposición de motivos de los Unidroit asegura que dejar por fuera de estos principios el tema de consumidores es por el simple hecho de que por lo general, cada Estado tiene sus normas protectorias. Oviedo Albán (2003) afirma que queda aún un amplio campo por conquistar, y dentro de este hay un tema inquietante y es que los principios poco o nada tratan el tema de los consumidores, pues se enfocan más hacia el *iter contractus*.

Sin embargo, tal como tratamos de enfocar el trabajo de investigación, a pesar de que los principios Unidroit están dirigidos exclusivamente al tráfico mercantil, podemos decir que parte de ellos nos sirven, no para aplicación directa en casos de consumidor, pero si como una reflexión de transportación de dichos principios al ámbito de consumidor. Al fin y al cabo, las relaciones de consumo, en su gran mayoría se expresan a través de contratos de consumo, y al ser contratos ya tenemos bastante similitud al contrato comercial. Es por esto que principios como la buena fe, la calidad de la prestación, la excesiva desproporción, etc., nos muestran un camino sistemático de normas que pueden ser aplicados en el consumo, todo esto, como una protección mayor a los consumidores.

Asimismo hemos podido desmembrar superficialmente estos principios internacionales, encontrando a nuestro parecer, algunos parámetros que podrían traducirse en principios rectores, y descartando otros, que a pesar de estar siempre basados en algún tipo de principio, parecen más normas de orden formal o

sustancial, pero no de carácter de principio. Luego, este catálogo que nos quedó, lo tratamos de dividir en dos grupos, por un lado, los que a nuestra consideración no podrían transportarse al ámbito del consumo, y por otro lado, los que podrían ajustarse a la protección del consumidor, ya sea como un principio autónomo, o tal vez, enmarcado en algún principio de consumidor de “mayor” jerarquía por así decirlo. Por lo que esta reflexión aún queda para ser examinada más a fondo, cuando podamos establecer un catálogo de principios, y ahí trataremos de encuadrarlos dentro de otro principio mayor o de considerarlo un verdadero principio rector de las normas de consumo.

Como podemos observar, la primera parte de esta investigación se centra exclusivamente en los Principios Unidroit, y en su aplicación en el ámbito comercial, citando para ello, varios autores y también fallos. Esto nos demuestra, para nuestro trabajo principal, que el establecimiento de unos principios como normas rectoras, o un establecimiento de lo llamado “*soft law*”, en un aspecto supranacional, como puede ser Mercosur, es jurídicamente viable. Aunque la mayoría de la aplicación de los Principios Unidroit se dan en fallos arbitrales, existen algunos fallos judiciales, como vimos, por lo que una aplicación directa, como reconocimiento a un cuerpo rector de consumidores dentro del Mercosur, sigue siendo nuestro propósito principal.

6. Bibliografía y fuentes de información

6.1. Bibliografía

Aguirre Andrade, A., y Manasía Fernández, N. (2006). Los principios UNIDROIT en las relaciones comerciales internacionales. *Revista de derecho*, (25), 47-79.

Barón, G. (2005). Do the UNIDROIT principles of the international commercial contracts form a new lex mercatoria? [Blog internacional]. Recuperado de <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>

Brown, D. (2002). El abecé de los exportadores: Los contratos de compraventa internacional [Foro de comercio internacional]. Recuperado de <http://www.forumdecomercio.org/EI-abec%C3%A9-de-los-exportadores-Los-contratos-de-compraventa-internacional/>

Calvo Caravaca, L., y Carrascosa, J. (2000). *Derecho internacional privado*. Granada: Comares.

Galgano, F. (2005). *La globalización en el espejo del derecho* (Trad. H. Roitman). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Grande, S. (2008). La lex mercatoria en los laudos de la cámara de comercio internacional. *Díkaion*, 22(17), 199-244.

Gutiérrez de Larrauri, N. (2010). La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la figura del hardship en los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales. *Revista de Derecho Privado*, (44), 2-40.

Machicado, J. (2013). *¿Qué es un principio?*. Recuperado de <http://jorgemachicado.blogspot.com.ar/2009/07/principio.html>

Manrique García, J. (2012). La prueba de la Ley extranjera en Colombia: análisis comparado. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (20), 47-70.

Operti, D. (1998). El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano. *Los principios UNIDROIT: ¿un derecho común de los contratos para las américas?*. Roma: UNIDROIT.

Oviedo Albán, J. (2003). Aplicaciones de los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales. *Revista jurídica del Perú*, 49, 9-42.

Oviedo Albán, J. (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Universitas*, (115), 83-116.

Perales Viscasillas, P. (2004). Derecho mercantil internacional. El derecho uniforme. *Díkaion*, 18(13), 163-169.

Pérez, Y. (2007). Análisis económico de los vicios del consentimiento en el régimen colombiano y en los principios sobre los contratos comerciales internacionales UNIDROIT. (Spanish). *Díkaion*, 21(16), 179-194.

6.2. Fuentes de Información

Bottling Companies Vs. Pepsi Cola Panamericana S. A. (Tribunal Supremo de Venezuela 1997). Recuperado de <http://www.unilex.info/>

Correa de la Hoz Enrique Javier, Diazgranados Vuelvas Daljaira, Romero Pérez Arlyz y Cruz Miguel vs Estado de Colombia, N° C-1008 (Corte Constitucional. 2010). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

Duarte Torres Ramón vs Acevedo José Manuel y otro, N° 11789 (Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial. 2013). Recuperado de <http://www.pj.gov.py/>

González Luque Fernando vs Compañía Nacional de Microbuses Comnalmicros S.A., N° 11001-3103-012-1999-01957-0 (Corte Suprema de Justicia. 2011). Recuperado de <http://www.cortesuprema.gov.co/>

Jurong Shipyard Pte Ltd vs Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), N° TC 007.103/2007-7 (Tribunal de Contas da União. 2011). Recuperado de www.tcu.gov.br/

Nea Commerce S.A. vs SKY Argentina SCA, N° 052576/2007 (Cámara Nacional de Apelaciones en lo comercial. 2009). Recuperado de <http://www.csjn.gov.ar/>

Principios UNIDROIT. Recuperado de <http://www.UNIDROIT.org>.