

Peter Klik,

Los Principios sobre los contratos mercantiles internacionales de la O.H.A.D.A.C. - Una perspectiva europea.

Déjenme comenzar diciendo el honor que ha supuesto para mí estar aquí e intervenir en esta conferencia. La homogeneización de las normas jurídicas tiene una larga tradición, las últimas décadas se han conseguido logros admirables, y es una cosa fantástica que ahora veremos en el Caribe el nacimiento de los Principios sobre los contratos mercantiles para el Caribe.

Mis comentarios serán en forma de una breve revisión de la unificación o la armonización de proyectos, desde una perspectiva europea, que con suerte ayudará a identificar los factores que pueden contribuir al éxito de esos principios.

**I. El comienzo. Desde el fracaso de la LUCI/ LUVI (*Ley Uniforme sobre la formación / Ley Uniforme sobre la venta internacional*) (1964) al éxito de la CISG (Convención sobre la compraventa internacional de mercaderías) (1980)**

- Superar las diferencias (políticas, de desarrollo (industrial), lingüísticas y las diferencias entre el derecho civil y el *common law*).

Superar las diferencias (políticas, de desarrollo (industrial), lingüísticas y las diferencias entre las tradiciones legales tales como el derecho civil y el derecho consuetudinario no es en modo alguno una tarea fácil. ¿Que se ha conseguido hasta ahora? Podemos tomar la Convención de Viena de 1980, de 35 años, la Convención sobre la compraventa internacional de mercaderías (CISG o CIM) como punto de partida de nuestro análisis.

La CISG ha resultado ser un éxito.<sup>1</sup> ¿Por qué fallaron sus predecesores, la Convención de La Haya sobre la venta de 1964? La falta de éxito contribuye por lo general al dominio de los Estados de Europa Occidental. Las convenciones eran demasiado típicas de la Europa Continental: los países socialistas y las naciones en desarrollo no estaban implicadas. Este error no fue repetido en Viena: en la conferencia que adoptó la CISG, participaron 62 estados, provenientes de todo el mundo, de culturas legales diferentes, con intereses diferentes.

---

<sup>1</sup> UNCITRAL informa de que el 26 de septiembre de 2014, 83 estados adoptaron la CISG (Página web PACE).

- Tratado: aplicación automática, determinada por las partes de las "nacionalidades" (establecimiento)

El Art. 1 de la CISG es bastante directo. Estipula que la Convención se aplica a contratos de compraventa de bienes entre las partes cuyo establecimiento está en estados diferentes, manteniendo una aplicación automática de la Convención sobre el contrato.<sup>2</sup> Lo que constituye "establecimiento"<sup>3</sup> y la cuestión de la "nacionalidad" para los fines de la CISG en la práctica ha demostrado ser un "no problema", tal como lo demuestra la ausencia de jurisprudencia.<sup>4</sup> En la práctica, en la aplicación de la Convención, nos referimos fácilmente a las partes de un litigio como por ejemplo "el vendedor francés" o "el comprador español". Evidentemente, las *partes* de un contrato de compraventa pueden optar por no participar (*opt-out*) por medio del art. 6 que estipula que las partes podrán excluir la aplicación de la Convención, derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones.

- Opción de participación (*opt-in*) (LUCI/ LUVI) vs. Opción de no participación (*opt-out*) (CISG)

Este sistema relativamente sencillo de ámbito de aplicación y aplicabilidad se compara favorablemente con el sistema más bien complicado de las Convenciones de La Haya. El art. 1 de la LUCI estipulaba un sistema bastante sofisticado de aplicación de la Convención, que no es preciso tratar aquí. Más importante para nuestra discusión: los *Estados* tenían la opción<sup>5</sup> de declarar que el Estado aplicase el Derecho Uniforme *únicamente* a los contratos en los que las partes hubieran elegido ese Derecho como el derecho aplicable al contrato. Como resultado de esta reserva, las partes estarían vinculadas únicamente si eligiesen la opción de participación. Está claro que el sistema de la CISG de optar por no participar ha contribuido a su éxito. Uno no puede dejar de

---

<sup>2</sup> Cuando los Estados sean Estados contratantes, sec. 1 a, o cuando las reglas del derecho privado internacional lleven a la aplicación del derecho de un Estado contratante, sec. 1 b. Apartado IV de la Convención, "Disposiciones finales", permite un número limitado de reservas, de las cuales las más importantes son los art. 95 con respecto al subpárrafo (1) (b) y el art. 96 con respecto a la prueba por escrito. Los *Estados* tienen un número limitado de opciones para optar por no participar.

<sup>3</sup> El art. 1 estipula que la Convención se aplica a los contratos de compraventa de mercaderías entre las partes cuyos establecimientos estén en Estados diferentes. El art. 1 sec. 2 estipula que el hecho de que las partes tengan establecimientos en estados diferentes no será considerado cuando este hecho no aparezca en el contrato o en algunos de los acuerdos, o en la información divulgada por las partes en cualquier momento antes o al finalizar el contrato. La Sección 3 estipula específicamente que no se tendrá en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes ni del contrato al determinar la aplicación de la Convención. El art. 10 de la convención estipula el criterio de la "relación más cercana del contrato y su ejecución".

<sup>4</sup> La página web de PACE recoge 39 casos (consultada en septiembre de 2015).

<sup>5</sup> Artículo IV.

preguntarse qué habría pasado con el CISG si se hubiese elegido un sistema de optar por participar.... Optar por participar ofrece grandes oportunidades de éxito, pero no siempre es posible.

- Uso. CISG e INCOTERMS

Visto en retrospectiva, es destacable cómo en los primeros tiempos de la CISG, la relación entre el derecho uniforme y el "uso", de manera más específica la relación entre el derecho uniforme y los términos comerciales era percibida como un obstáculo o incluso una amenaza para el éxito de la CISG.

La disposición del art. 9 sec. 2 da cabida al "uso" o a la costumbre internacional.<sup>6</sup> Con respecto a los Incoterms, la solución al problema es incluso más fácil de interpretar: los artículos 6 y 8 permiten derogar las disposiciones de la CISG y la interpretación de las estipulaciones y de la conducta de las partes. Podría estimarse como suficiente una referencia a un Incoterm específico de manera abreviada (F.O.B.). La CISG "se beneficia" de la existencia de los Incoterms, que proporcionan reglas (adicionales) sobre cuestiones que sería difícil regular en el contexto del establecimiento y del estilo de la Convención.

- ¿Uniformidad en la aplicación? La aplicación por parte de los tribunales nacionales. Opiniones del consejo asesor de la CISG. Acceso a decisiones a través de internet.

Otra amenaza principal para el éxito de la CISG reside en el problema de la uniformidad en la aplicación. Las disputas que surgen en virtud de la CISG son resueltas por arbitraje o por los tribunales *nacionales*. No existe ningún "Tribunal Supremo de la CISG", la decisiones recurridas permanecen dentro de los sistemas judiciales nacionales. El riesgo de una jurisprudencia con una influencia nacional<sup>7</sup> es evidente, y de hecho en los primeros años se podía presenciar esa tendencia (especialmente en Estados Unidos de América).

---

<sup>6</sup> El art. 9 sec. 1 estipula que las partes están vinculadas por "cualquier uso para el cual se hayan puesto de acuerdo y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas". El art. 9 sec. 2 estipula que se considera que las partes, salvo estipulación en contrario, han hecho implícitamente aplicable en el contrato un uso que las partes conocían o deberían haber conocido y que en el comercio internacional es regularmente observado por las partes de contrato del tipo implicado en el negocio particular implicado.

<sup>7</sup> A pesar del artículo 7 sección 1, que estipula: En la interpretación de esta Convención, hay que prestar atención a su carácter nacional y a la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y en el cumplimiento de la buena fe para negociar.

El "vacío" creado por la ausencia de un "Tribunal Supremo de la CISG" solo puede suplirse con un Consejo Asesor de la CISG (CISG-AC) que emita opiniones regularmente.<sup>8</sup>

La información, por supuesto, es el antídoto perfecto. Con el fin de divulgar la información de manera más eficiente, en aquel momento se establecieron varios sistemas elaborados para la CISG. Recuerden, eran los 80... En la actualidad, tenemos internet que nos permite acceder a las opiniones judiciales y arbitrales desde cualquier parte del mundo.

## II. De U.P. a PECL y a DCFR

- U.P.: Principios relativos a los Contratos Mercantiles Internacionales de Unidroit 1994 (*Principes Relatifs aux Contrats du Commerce International*).
  - o Del derecho de compraventa al derecho contractual

En 1980, se constituyó un grupo de trabajo especial para redactar los principios Unidroit y ahí empezó realmente el proceso de redacción, que desembocó eventualmente en la publicación de los (primeros) Principios en 1994.<sup>9</sup> Los Principios Unidroit de 1994 son "Principios sobre los *Contratos Mercantiles Internacionales*", y su ámbito no se limita al "derecho de compraventa", como es el caso de la CISG.

- o (¿)Actualización internacional de los principios generales del derecho contractual(?). Instrumento no vinculante, ver Preámbulo.

Es importante destacar que los Principios Unidroit no constituyen ningún "derecho". En su lugar, los Principios siguen el modelo de las Reformulaciones estadounidenses. En la Introducción de la publicación de Unidroit, el Consejo de Gobierno estipula claramente que "los Principios, que no implican el respaldo de los Gobiernos, no son un instrumento vinculante y por consiguiente su aceptación dependerá de su autoridad convincente".<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Por ahora, se han emitido 16 opiniones, ver la página web de PACE.

<sup>9</sup> A partir de 1971, empezaron las preparaciones de los Principios Unidroit.

<sup>10</sup> El Preámbulo del texto de los Principios Unidroit, que explica el objeto de los Principios, es también claro a ese respecto:

Estos Principios establecen reglas generales para los contratos mercantiles internacionales.

Se aplicarán cuando las partes hayan acordado que su contrato estará regido por ellas.

Se podrán aplicar cuando las partes hayan acordado que su contrato se regirá por los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o algo similar.

Pueden proporcionar la solución para un problema planteado cuando es imposible establecer la regla pertinente de la legislación aplicable.

En el fondo, existe una clara conexión entre los Principios Unidroit y la CISG, que es reconocida abiertamente en la Introducción de la publicación. No obstante, puesto que los Principios, al contrario que la CISG, no son un "instrumento vinculante", se enfrentan al reto de la aplicabilidad: las partes tendrán que optar por participar. Optar por participar se realiza mediante una referencia explícita a los Principios, o, tal como se estipula en el preámbulo: "Se podrán aplicar cuando las partes hayan acordado que su contrato se regirá por los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o algo similar".<sup>11</sup>

¿Cómo se mide el éxito de los Principios? Los Principios se han ampliado a lo largo de los años.<sup>12</sup> Pero, ¿se utilizan los Principios en la práctica? Se puede encontrar una indicación de ello en los casos reportados. "UNILEX", la página web de los Principios Unidroit, recoge 419 casos (de los cuales 192 son de tribunales arbitrales). Al medir su éxito, y especialmente al compararlo con el éxito de la CISG,<sup>13</sup> tenemos que considerar el enfoque de algún modo modesto de los Principios tal como se describe más arriba.

- PECL: La Comisión sobre el derecho contractual europeo (Comisión Lando) Principios de derecho contractual europeo (1995, 2000, 2003).

El trabajo sobre los Principios de derecho contractual europeo (PECL) empezó de algún modo más tarde que el trabajo sobre los Principios Unidroit, pero las actividades de los dos grupos tienen un gran parecido.<sup>14</sup> Al contrario de los Principios Unidroit, los PECL no se limitan a los contratos mercantiles: se aplican a todos los contratos, incluidas las transacciones con los clientes y los contratos privados.<sup>15</sup>

---

Se pueden utilizar para interpretar o para complementar los instrumentos del derecho uniforme internacional.

Pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

<sup>11</sup> Asimismo, "podrán utilizarse para interpretar o para complementar los instrumentos del derecho uniforme internacional", lo cual es interesante ya que "vincula" los Principios con la CISG. En la práctica los Principios son considerados como principios generales en el sentido del artículo 7 de la CISG: "Las cuestiones relativas a los asuntos regidos por esta Convención que no estén expresamente establecidos en ella deberán resolverse de conformidad con los principios generales en lo que se base...". Se ignora el hecho de que la CISG es más antigua que los Principios.

<sup>12</sup> Ver página web de UNILEX.

<sup>13</sup> La página web de PACE recoge un total de 3134 casos de la CISG (por ej. 531 casos para Alemania solo) (consultada en septiembre de 2015).

<sup>14</sup> La primera parte de los PECL se publicó en 1995 y desde 1999 está disponible la segunda parte. La versión final se publicó en 2002.

<sup>15</sup> En el momento de la publicación, se presentaron 16 jurisdicciones.

- Objetivo: ¿Nuevas perspectivas de un derecho común de Europa / Un Código de Comercio uniforme europeo / Un Código Europeo [de la Comunidad Europea] de Derecho Privado?

En la Parte I de la Introducción, "Adopción expresa por las partes" y " Una base para la armonización" se mencionaban los fines para los cuales se habían diseñado los principios.<sup>16</sup> Para el debate en este documento basta observar que el objeto recogido en último lugar efectivamente se cumplía en el sentido de que el "sucesor" de los PECL produjo un trabajo extensivo que podría proporcionar una base para la armonización.

DCFR: Borrador del marco común del grupo de estudio de referencia sobre el Código Civil Europeo de 2008.

- Un texto compuesto consolidado.
- Derecho indicativo

Desde 2005, el trabajo de la Comisión sobre el Derecho de comercio europeo lo continúa el *Grupo de Estudio sobre el Código Civil Europeo*, que como fin último aspira a un texto compuesto consolidado.<sup>17</sup> En 2008 se presentó un Proyecto de Marco Común de Referencia (PMCR). El Grupo también desarrolló reglas para contratos específicos, tales como los Principios del derecho de compraventa europeo.<sup>18</sup> El PMCR ha inspirado el debate en círculos académicos. Por muy impresionante que pueda ser el trabajo del Grupo de Estudio, su trabajo no ha alcanzado el estatus de "un instrumento vinculante".

Las directivas europeas, por otra parte, aunque sean de carácter fragmentario, están en vigor en los países europeos.

---

<sup>16</sup> En total: Una fundación para la legislación europea; Adopción expresa por las partes; Una formulación moderna de una lex moratoria; Un modelo para el desarrollo judicial y legislativo del derecho contractual; Una base para la armonización

<sup>17</sup> El Grupo es gestionado por Christian von Bar e incluye a varios miembros de la anterior comisión Lando.

<sup>18</sup> El Grupo también desarrolló reglas para obligaciones extracontractuales (agravio, enriquecimiento injustificado, intervención de beneficencia en otros asuntos) y cuestiones fundamentales en el derecho sobre activos móviles.

### III. La fuerza de las directivas europeas. Derecho del consumidor

- Las directivas que protegen a los consumidores: Cláusulas contractuales abusivas de 1993, Contratos a distancia de 1997, Ventas al consumidor de 1999, Derechos del consumidor de 2011. El fracaso de la propuesta de 2008 de un texto consolidado.

Las directivas europeas pueden verse como una manera alternativa de "unificar" la ley. Ignorando las demás directivas,<sup>19</sup> paso directamente a un debate sobre las directivas relativas a las Cláusulas contractuales abusivas (1993)<sup>20</sup>, a los Contratos a distancia (1997)<sup>21</sup>, y a las Ventas al consumidor (1999)<sup>22</sup>. Destaco estas directivas, porque, junto con las antiguas directivas sobre "Contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales" (1985)<sup>23</sup>, fueron diseñadas para consolidarse en una nueva directiva más completa. Estos planes, lanzados en 2008, no obstante, no llegaron a materializarse. En su lugar, se adoptó en 2011 una nueva "Directiva sobre derechos de los consumidores" con un ámbito más limitado.<sup>24</sup> El fracaso de la propuesta de 2008 es un retroceso considerable. Si la propuesta se hubiera convertido en ley, habría entrado en vigor un cuerpo amplio y más elaborado de contratos de consumo / derecho de compraventa "uniformes".

- El impacto del derecho del consumidor sobre el derecho contractual

Las directivas mencionadas más arriba tratan con los consumidores. Hay que tener en cuenta que influyen en el derecho contractual general. En el proceso de implantar las

---

<sup>19</sup> Omitiendo directivas sobre asuntos relacionados como los contratos de crédito al consumo, 1987, contratos de paquetes de viajes, 1990, contratos relacionados con la compra del derecho para utilizar en las propiedades en régimen de tiempo compartido, 1994, contratos de servicios, 2006.

<sup>20</sup> La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores.

<sup>21</sup> La Directiva 97/7/CE sobre la protección de los consumidores con respecto a los contratos a distancia.

<sup>22</sup> La Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta de los bienes de consumo y las garantías asociadas.

<sup>23</sup> La Directiva 85/577/CEE para proteger a los consumidores respecto a los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

<sup>24</sup> Directiva sobre los derechos de los consumidores (2011/83/CE). que entró en vigor en los Estados miembros el 13 de junio de 2014. La nueva directiva sustituye *solo* a 2 directivas: la Directiva sobre la protección de los consumidores respecto a los contratos a distancia y la Directiva sobre los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. La directiva de ventas al consumidor así como la Directiva sobre las cláusulas abusivas de los contratos siguen en vigor *por separado*. La DG Justicia ha emitido un documento de orientación en los idiomas de la UE para facilitar la aplicación efectiva de la Directiva.

directivas, los legisladores están obligados a considerar las elecciones tomadas, y a veces a ampliar las reglas elegidas a las disposiciones generales.

- Instrumento propuesto optativo: La normativa común de compraventa europea (CESL), 2011. Instrumento para vendedores: "comerciantes". Opción de participar de empresa a empresa (B2B). Consentimiento del consumidor explícito empresa a consumidor (B2C).

En 2011, la Comisión Europea propuso una normativa común de compraventa europea.<sup>25</sup> Principalmente, la CESL es un instrumento para comerciantes. Este derecho contractual europeo (llamada 28ª regulación - a parte del sistema del derecho contractual 27 de los Estados miembros) se puede utilizar según el deseo de las partes (regla de optar por participar). Sería interesante verla en práctica, si la CESL entra alguna vez en vigor.

Los comerciantes podrían usar el mismo modelo de cláusulas contractuales cuando traten con otros comerciantes de dentro y fuera de la UE. Por tanto, la CESL tiene una dimensión más allá de Europa (¿que compite con la CISG?).<sup>26</sup>

- ¿Habrá un Código europeo? Si es así, ¿habrá un Código del consumidor, un Código Civil o un Código Comercial?

¿Habrá alguna vez un Código europeo? Los debates relativos a la cuestión se remontan a los años 50 del siglo pasado, pero una resolución del Parlamento Europeo de 1989 se considera por lo general como el inicio de una consideración seria de la posibilidad de un "Código europeo". Ahora, más de 25 años más tarde, la respuesta es: ..... No lo sabemos ....

¿Habrá un Código del Consumidor, un Código Civil o un Código Comercial? De nuevo, la respuesta es: .... No lo sabemos .... La única cosa que sabemos es que el Proyecto de Marco Común de Referencia (*normas no vinculantes*) proporciona un "modelo" interesante y que a lo largo de los años por medio de directivas europeas (*vinculantes*) se ha conseguido un progreso destacable en la "unificación", que lo más

---

<sup>25</sup> La normativa común de compraventa europea se aplicará:

- únicamente si ambas partes lo acuerdan de manera voluntaria y expresa;
- los contratos transfronterizos (los estados miembros tendrán la opción de hacer la normativa común de compraventa europea aplicable para los contratos nacionales también)
- para ambas transacciones empresa a consumidor y empresa a empresa
- si una parte está establecida en un Estado miembro de la UE

<sup>26</sup> Comparar la Declaración del CA de la CISG n.º 1: La CISG y la armonización regional (disponible en la página web PACE).



probable es que crezca más deprisa. ¿Será la normativa común de compraventa europea la forma correcta de proceder?

Esperemos que así sea, desde esta pequeña visión general queda claro que todos los "proyectos" tratados, han contribuido de un modo u otro a una situación en el "derecho contractual europeo" que sin duda se seguirá desarrollando.

#### **IV. Lecciones que debemos aprender**

En los proyectos que tienen por objeto la unificación del derecho, uno no debe empezar siendo demasiado ambicioso, es una lección que debemos aprender de las Convenciones de La Haya. Cuantos más participantes se incluyan en el proceso, más probabilidades hay de tener éxito. La opción de no participación probablemente sea una mejor solución que la opción de participación, si comparamos el fracaso de las Convenciones de 1964 con el éxito de la CISG. No obstante, esta solución no siempre es factible.

El derecho uniforme solo puede beneficiarse de la posibilidad de "inclusión" de las condiciones y los usos comerciales, como muestra el ejemplo de la CISG, que da cabida a reglas (adicionales) sobre cuestiones sobre las que sería difícil regular en el contexto del establecimiento y el estilo de reglas más generales tales como los Principios.

Los Principios Unidroit, considerando su enfoque modesto, han gozado de algún éxito. De algún modo, complementan a la CISG. Se desarrollaron reglas más generales, no limitadas a un campo estrecho pero importante del derecho, las ventas. De manera gradual, los Principios Unidroit se han ampliado y a lo largo de los años existe jurisprudencia, publicada por medio de Internet. La comunicación eficiente y el acceso fácil son cruciales para darle vida a los Principios. Internet permite acceder a la literatura a los dictámenes de los tribunales y a los laudos arbitrales desde cualquier lugar. Los Principios, una vez adoptados, pueden ser revisados y mejorados.

La CISG y los Principios Unidroit han inspirado a otros proyectos en Europa. Los PECL sirvieron de modelo para el desarrollo legislativo del derecho contractual. ¿Hay alguna necesidad en el Caribe de un desarrollo legislativo? Las PECL describen de manera más detallada la relación con el derecho nacional. ¿Necesitamos un análisis más en profundidad de la relación de los principios y el derecho nacional, tal vez por tema (tesis doctorales) o tal vez por país<sup>27</sup>?

Soy un académico, un investigador. Desde ese punto de vista, los Principios que se presentan en esta conferencia ofrecen grandes oportunidades. Oportunidades de abrir el diálogo entre las universidades, entre los que practican el derecho y los profesores, entre los participantes de jurisdicciones relativamente pequeñas, utilizando diferentes

---

<sup>27</sup> Cp. D. Busch e.a. (ed.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary*, Nijmegen: Ars Aequi 2002.

lenguajes, de contextos jurídicos diferentes, que trabajen conjuntamente con un único objetivo: encontrar el terreno común en un derecho contractual que se adapte mejor a las necesidades de nuestras comunidades. A dónde nos llevará esto, no lo sabemos, lo único que sabemos es que será un viaje fascinante.