

Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia

La aplicación de la *lex mercatoria* para
la regulación de los contratos en el Ecuador

Un enfoque a la CCIM y los UPIC

Rafael Valdivieso Eguiguren

Octubre, 2012

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

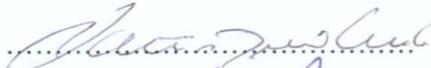
“La Aplicación de la Lex Mercatoria para la regulación de los Contratos en el Ecuador: Un Enfoque ala CCIM y los UPIC”

Rafael Valdivieso Eguiguren

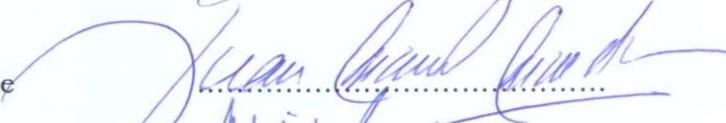
Dr. Dunker Morales
Presidente del Tribunal e Informante


.....

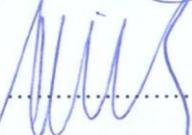
Dr. Xavier Andrade Cadena
Director de Tesis


.....

Dr. Juan Manuel Marchan
Delegado del Decano e Informante


.....

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia


.....

Quito, 18 de Enero de 2013

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art.144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Rafael Valdivieso

C.I.: 171251008

Fecha: 18/01/2013



Acta de Grado

En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado "La Aplicación de la Lex Mercatoria para la regulación de los Contratos en el Ecuador: Un Enfoque a la CCIM y los UPIC", presentado por el estudiante, señor Rafael Valdivieso Eguiguren previo a la obtención del título de Abogado.

Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, conformó el Tribunal de Grado, con los siguientes profesores:

Señor Doctor Dunker Morales, Presidente del Tribunal e Informante del Ensayo Jurídico;
Señor Doctor Xavier Andrade Cadena, Director del Ensayo Jurídico;
Señor Doctor Juan Manuel Marchan, Delegado del Decano e Informante del Ensayo Jurídico.

El Tribunal, después de haber examinado a la estudiante por espacio de una hora, decidió por unanimidad asignar a la Defensa Oral la calificación de 95/100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 85/100, da la nota final de Grado de 90/100, equivalente a "B" la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy, 18 de enero de 2013.

Dr. Dunker Morales
Presidente del Tribunal

Dr. Juan Manuel Marchan
Delegado del Decano

Dr. Xavier Andrade Cadena
Director del Ensayo Jurídico

Sr. Rafael Valdivieso Eguiguren

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: LA APLICACIÓN DE LA *LEX MERCATORIA* PARA LA REGULACION DE LOS CONTRATOS EN EL ECUADOR: UN ENFOQUE A LA CCIM Y A LOS UPIC

ALUMNO: RAFAEL VALDIVIESO EGUIGUREN

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado

La importancia del objeto de la tesina radica, especialmente, en su novedad. Mucho se ha escrito sobre la *lex mercatoria*, pero seguramente esta es una de las primeras investigaciones sobre su aplicación a la realidad ecuatoriana.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador

La hipótesis planteada por el estudiante es trascendente: llegar a demostrar que ciertos instrumentos de la *lex mercatoria* – algo que uno percibe como etéreo y distante – pueden llegar a aplicarse, inclusive de manera obligatoria, en un contrato celebrado en el Ecuador.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados

Los materiales investigados fueron adecuados. El estudiante demostró su capacidad de investigación y análisis, seleccionando materiales actualizados y con autoridad académica.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada)

La tesina tiene distintos ritmos. Existen secciones que fluyen y otras cuya lectura resulta árida. Pero, en ambos ritmos, el estudiante trabajó con metodología y disciplina.

El capítulo II de la tesina requirió un considerable trabajo; sin embargo quizás es el que menos aporta a la academia, pues trata de desarrollos que pueden ser encontrados en fuentes bibliográficas que se encuentran a la mano. En todo evento, es necesario brindar libertad al estudiante (especialmente de pregrado) para explorar asuntos de su interés, siempre que finalmente aporten a la investigación planteada.

En contraste, el Capítulo III constituye un verdadero aporte académico, pues contiene ideas novedosas y prácticas sobre la aplicación de la *lex mercatoria* en el Ecuador que enriquecieron el trabajo.

FIRMA DIRECTOR:



UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: LA APLICACIÓN DE LA LEX MERCATORIA PARA LA REGULACION DE LOS CONTRATOS EN EL ECUADOR: UN ENFOQUE A LA CCIM Y A LOS UPIC”.

ALUMNO: RAFAEL VALDIVIESO EGUIGUREN

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El problema presentado por el disertante es uno de los primeros trabajos académicos que he visto en la Universidad dedicados al estudio detallado de la Lex Mercatoria y los tratados internacionales que regulan el comercio.

Considero que en esto radica su importancia, en el trabajo investigativo hecho por el estudiante.

15/15

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis planteada por la estudiante la considero trascendente, porque es un esfuerzo importante para hacer un análisis de la normativa internacional sobre comercio y aplicarla al ordenamiento jurídico del Ecuador.

15/15

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Considero que la investigación cuenta con abundante respaldo bibliográfico, en particular considero que la jurisprudencia aportada recoge gran parte de las sentencias que al respecto se han dictado.

15/20

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

Considero que el estudiante se concentra demasiado en el análisis de los instrumentos internacionales y la parte local pasa a un segundo plano. Hubiera sido interesante que la tesis se enfoque en las implicaciones locales de este importante tema y de cómo se afecta el ordenamiento jurídico del Ecuador.

40/50

FIRMA INFORMANTE:

A handwritten signature in black ink, which appears to read "Juan Manuel Baudín". The signature is written in a cursive style and is underlined with a single horizontal line.

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACIÓN DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO DE TESIS

a) Importancia del problema presentado, con un máximo de quince puntos: DOCE PUNTOS.

Destaco que el tema abordado en la tesina trata, en particular, de un área sobre la que existe poca investigación y estudios locales a pesar de que ha existido un importante desarrollo en el Derecho Internacional y Comparado. Por esta razón, inicio por reconocer que es un trabajo sobre un aspecto suficientemente novedoso en el medio. El problema se plantea respecto de lo insuficiente/arcaico del régimen jurídico local, en particular del Código de Comercio y el Código Civil para regular la contratación comercial internacional. No se ha considerado que el régimen jurídico ecuatoriano no es, en esa clase de relaciones, la única aplicable o potencialmente aplicable pues: (i) las partes pudieron haber convenido que la relación se someta a una ley sustantiva distinta; o, (ii) la relación estaría sujeta a las normas del Derecho Internacional Privado que por reenvío podría determinar la aplicación de un régimen jurídico de otro Estado. En adición, parte de los componentes de la *lex mercatoria* (cuya incorporación formal se sugiere), en particular la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compra Venta Internacional de Mercaderías (la "Convención"), es parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Estos aspectos restan cierta relevancia al tema tratado.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador, con un máximo de quince puntos: DOCE PUNTOS.

La hipótesis que formula el estudiante se resume en la incorporación directa en el ordenamiento jurídico de la aplicación de la *lex mercatoria*, con el objeto, sostiene el alumno, de que los jueces y tribunales (incluso arbitrales) puedan aplicarla para "esclarecer dudas en cuanto a la aplicación de normas sobre todo cuando existe en el conflicto un componente internacional." Considero que la hipótesis podía haber sido más comprehensiva de las alternativas y de la tipología de circunstancias que pueden presentarse en la contratación comercial para, de esta forma, presentar propuestas particulares para cada caso.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados, con un máximo de veinte puntos: DIEZ Y OCHO PUNTOS

La bibliografía utilizada por el estudiante es la relevante en la materia. Además presenta en calidad de anexos la Convención y los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales.

La investigación realizada respeta los parámetros mínimos de rigurosidad científica aplicables. En efecto, contiene las referencias bibliográficas y citas de pie de páginas necesarias para demostrar, por una parte, la tarea investigativa efectuada y, por otra, el respeto debido a los derechos de propiedad intelectual de los autores de las obras que se citan.

Podría haberse recurrido en mayor medida a los precedentes arbitrales sobre la materia.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada), con un máximo de cincuenta puntos: CUARENTA Y TRES PUNTOS.

De un total de 80 páginas de su trabajo de investigación el estudiante ha destinado 65 a una tarea básicamente monográfica en la que presenta una reseña sobre la *lex mercatoria* y sus componentes. Solamente las últimas 15 páginas se dedican a analizar su aplicabilidad en el régimen jurídico ecuatoriano. Adicionalmente, las conclusiones y recomendaciones se presentan muy escuetamente a lo largo de 2 páginas lo que le ha impedido al estudiante presentar de mejor manera su línea argumentativa en lo que concierne a su aporte personal.

Muy atentamente,

Dunker Morales Vela

A mis padres y a “mi Doc” quienes han sido una inspiración durante mi carrera.

Prólogo

En el mundo globalizado en el que vivimos, no podemos darnos el lujo, como abogados o agentes del comercio de mantenernos al margen del desarrollo global de la regulación contractual. La posición del legislador Ecuatoriano ha sido contraria en gran medida ya que nuestro sistema extremadamente positivo ha llevado a un ordenamiento jurídico desactualizado con normas anacrónicas que no cumplen con las necesidades de los operadores del comercio.

Extracto

Este trabajo tiene por objeto el análisis exhaustivo de dos de las normas más importantes de la *lex mercatoria*. Para este efecto se deberá determinar la existencia y naturaleza de la *lex mercatoria* en dos facetas principalmente, la primera como un sistema para regular las transacciones comerciales a nivel local e internacional, y la segunda como una fuente para las autoridades que resuelvan conflictos de esta índole. El análisis del autor se enfoca en plantear la utilización de la *lex mercatoria* como un método de aplicación de un sistema “intangible” para la regulación de los contratos y para suplementar las normas que apliquen las autoridades al momento de resolver un conflicto.

Los dos instrumentos de mayor reconocimiento de la *lex mercatoria*, que son la Convención de las Naciones Unidas para la Compraventa Internacional de Mercaderías y los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Estos serán analizados para considerarlos los principales instrumentos de aplicación de este “método” de regulación contractual. Además se analizará a grandes rasgos otros cuerpos normativos que forman, a mí parecer, parte integrante de la *lex mercatoria*, los Principios Europeos del Derecho de Contratos y los Incoterms.

Posteriormente, se analiza la aplicabilidad de la *lex mercatoria* en el Ecuador, ya sea en los contratos y transacciones locales o internacionales y la posibilidad de que los jueces o tribunales arbitrales la apliquen para dirimir disputas, como sucede en los códigos procedimentales y sustantivos de jurisdicciones más desarrolladas.

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN A LA <i>LEX MERCATORIA</i>	2
1.1 BREVE RESEÑA HISTÓRICA	2
1.2. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL Y CRÍTICAS	5
1.2.1 TEORÍAS EN CONTRA DE LA EXISTENCIA Y APLICABILIDAD DE LA <i>LEX MERCATORIA</i>	7
1.2.2. TEORÍAS A FAVOR DE LA EXISTENCIA Y APLICABILIDAD DE LA <i>LEX MERCATORIA</i>	11
1.3. LA <i>LEX MERCATORIA</i> EN EL ECUADOR	17
CAPÍTULO II. NORMAS DE LA <i>LEX MERCATORIA</i>	19
2.1. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS	19
2.1.1 GENERALIDADES	20
2.1.1.1. RATIFICACIÓN Y RESERVAS	21
2.1.1.2. NATURALEZA	22
2.1.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN	29
2.1.2.1 REQUISITOS Y CONDICIONES	30
2.1.2.1.1 ARTÍCULO 1	31
2.1.2.1.2 ARTÍCULO 2	34
2.1.2.1.3 ARTÍCULO 3	34
2.1.2.1.4 ARTÍCULO 4	35
2.1.2.1.5 ARTÍCULO 5	36
2.1.2.1.6 ARTÍCULO 6	37
2.1.2.2. INTERPRETACIÓN	38
2.1.2.2.1 ARTÍCULO 7	38
2.1.2.2.2 ARTÍCULO 8	40
2.1.2.2.3 ARTÍCULO 9	41
2.2 LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES	45
2.2.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN	48
2.2.1.2. ARTÍCULO 1.9 (USOS Y PRÁCTICAS)	52
2.2.1.3. INTERPRETACIÓN Y COMPLEMENTACIÓN A OTRAS NORMAS	54
2.3. OTRAS NORMAS DE LA <i>LEX MERCATORIA</i> .	56
2.3.1. INCOTERMS	57
2.3.1.1 INTRODUCCIÓN Y RESEÑA HISTÓRICA	57
2.3.1.2. NATURALEZA Y APLICACIÓN	58
2.3.2. PRINCIPIOS EUROPEOS DE LOS CONTRATOS	60
2.3.2.1. INTRODUCCIÓN Y BREVE RESEÑA HISTÓRICA	60
2.3.2.2. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN	61
2.3.2.2.1. ARTÍCULO 1:105: USOS Y PRÁCTICAS	62
CAPÍTULO III. LA <i>LEX MERCATORIA</i> EN EL ECUADOR	64
3.1. APLICABILIDAD DE LA <i>LEX MERCATORIA</i> EN EL ECUADOR EN TRANSACCIONES	64
3.1.1. CONVENCIONES	65
3.1.1.1. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS	65
3.1.1.1.1 APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONVENCIÓN	66

3.1.1.1.2 APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN COMO <i>LEX MERCATORIA</i>	67
3.1.1.2. INSTRUMENTOS DE COOPERACIÓN COMERCIAL	68
3.1.1.3. CONVENCIONES DE CARÁCTER PROCESAL	68
3.1.2. NORMATIVA LOCAL, COSTUMBRE Y <i>LEX MERCATORIA</i>	70
3.1.2.1. CÓDIGO DE COMERCIO	70
3.1.2.2. CÓDIGO CIVIL	72
3.2. APLICABILIDAD DE LA LEX MERCATORIA EN CONFLICTOS EN EL ECUADOR	73
3.2.1. APLICABILIDAD EN CORTES LOCALES	74
3.2.2. APLICABILIDAD EN ARBITRAJE LOCAL	74
<u>IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</u>	<u>77</u>
<u>V. BIBLIOGRAFIA</u>	<u>79</u>
<u>ANEXO I. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS</u>	<u>82</u>
<u>ANEXO II. PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES COMERCIALES (VERSIÓN 2010 EN INGLÉS)</u>	<u>102</u>

Introducción

En las siguientes páginas se pretende establecer una nueva y actualizada fuente para la regulación de los contratos en el Ecuador. Actualmente el comercio local e internacional del Ecuador se regula a través de un Código de Comercio que data de la década de los 60's y la codificación del Código Civil de Andrés Bello. Es inadecuado mantener esta posición anacrónica frente a los avances en el comercio internacional, ya que se demuestra una posición hostil hacia el comercio.

Se describe una justificación para utilizar la denominada *lex mercatoria* como una fuente del derecho dentro del Ecuador, esta es entendida, a grandes rasgos como una compilación de los principios y las costumbres mercantiles que se han desarrollado en el ámbito internacional para abastecer y cumplir con las necesidades del comercio moderno. Es así que se plantea la aplicación de este cuerpo "intangibles", no como una enumeración exhaustiva de dichos principios del comercio, sino como un método de regulación del comercio.

Se desarrolla este texto introduciendo la *lex mercatoria* con un breve análisis de su origen y las teorías académicas que la rodean. Así se logrará establecer la existencia y aplicabilidad de la *lex mercatoria*. Posteriormente se analizará de manera más exhaustiva los dos principales cuerpos normativos que conforman la *lex mercatoria*, en primer lugar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías y en segundo lugar los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, además se analizará brevemente los Principios Europeos sobre el Derecho de Contratos y los Incoterms. Estos cuerpos normativos se estudiarán como una expresión de la *lex mercatoria*. Finalmente, se determinará la posibilidad de utilizar y aplicar la *lex mercatoria* en el Ecuador, tanto para regular contratos así como para los tribunales arbitrales y jueces que resuelvan controversias de carácter comercial. Se concluye con una propuesta de reforma normativa a la luz de la Sección 29 del Código Único del Distrito de Columbia, lugar donde se realizan muchas de las transacciones comerciales de mayor dificultad de nuestros tiempos.

Del desarrollo anterior se concluirá que la *lex mercatoria* es plenamente aplicable en el Ecuador de tal forma que habrá, en el país, una forma más adecuada para la protección de los negocios tanto locales como internacionales.

Capítulo I. Introducción a la *lex mercatoria*

Al escoger la *lex mercatoria* como la ley sustantiva que gobernará una relación contractual en el comercio internacional, las partes evitarán reglas que son inadecuadas para los contratos internacionales, tales como formalidades burocráticas típicas de los países latinoamericanos así como dificultades y trabas establecidas por normas domésticas. Adicionalmente, se asume que las partes de la transacción comercial estarán más cómodas cuando el contrato no esté regulado por la ley de su contraparte.¹

Cada vez más, el uso de la *lex mercatoria* para regular las transacciones internacionales se vuelve más atractivo para los comerciantes. Incluso, los árbitros en tribunales arbitrales alrededor del mundo aplican más y más la *lex mercatoria* para resolver disputas comerciales.

Muchas veces por motivos culturales, políticos, económicos u otros, las normas locales de cada país o de un tercer país no son adecuadas para regular un contrato internacional, y así se podrán ver finalmente afectados los intereses y las necesidades de las partes contratantes.²

Si bien el origen, la aplicabilidad, la naturaleza y la misma existencia de la *lex mercatoria* es vastamente discutido en la doctrina. La necesidad de utilizar normas supranacionales en el comercio internacional y en la resolución de conflictos de esta naturaleza es latente, por lo que la *lex mercatoria* es sin duda necesaria para cumplir con las necesidades de el creciente comercio transfronterizo³. Tomando esto en cuenta analicemos las teorías sobre el origen de la *lex mercatoria*.

1.1 Breve Reseña Histórica

Si bien el origen de la *lex mercatoria* no es fácilmente determinable su desarrollo se puede delimitar en tres etapas distintas. No se trata de una invención del siglo XXI⁴, pues, hay quienes sostienen que el origen de la *lex mercatoria* se remonta a la época

¹ Frank Baddack. *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*. Cape Town: University of Western Cape. 2005, p. 2.

² *Ibid.*

³ David W. Rivkin. *Enforceability of Arbitral Awards Based on Lex Mercatoria*, *Arbitration International*, 1993, p. 67. Citado en Frank Baddack. *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*. *Óp. cit.*, p.2.

⁴ Trakman. *The evolution of The Law Merchant: Our Commercial Heritage (Part II)*, *Journal of Maritime Law and Commerce*, 1981, p.153. Citado en Frank Baddack: *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*. *Óp. cit.*, p.5.

medieval. Posteriormente su desarrollo continúa en una segunda etapa que se refiere a los periodos de desarrollo político y legislativo de las naciones europeas, para finalmente pasar a la tercera etapa que se caracteriza por una regulación universal y uniforme para las transacciones internacionales. Las distintas *lex mercatoriae* conforman lo que hoy conocemos como *lex mercatoria* (en su etapa moderna), como se pasa a explicar.

La primera etapa de la *lex mercatoria* tiene sus raíces en las transacciones que realizaban los comerciantes con otros de distintas naciones o culturas. Estas transacciones se llevaban a cabo bajo una regulación universal, la costumbre. Esta costumbre en las transacciones se desarrolla por la continuidad de ciertas conductas.

Schmitthoff sostiene al respecto: “*In the first period the old lex mercatoria was truly international. It consisted of the practices and usages which the international merchant community developed in Europe. These usages became in course of time customary law*”.⁵

En otras palabras, la *lex mercatoria* de la etapa medieval se conocía por la comunidad de comerciantes como una serie de prácticas y costumbres al realizar los negocios. Estas prácticas diferían en gran medida a las legislaciones domésticas de cada nación a la que pertenecía cada comerciante. Es por eso que el citado autor se refiere a una *lex mercatoria* “verdaderamente internacional”.

La segunda etapa de la *lex mercatoria*, al igual que la primera etapa, surge en Europa. Los estados europeos ya estaban plenamente conformados y las instituciones políticas se encontraban definidas. Los distintos gobiernos, a través de sus legisladores o jueces, intentaron establecer un régimen de regulación para las transacciones internacionales.

On the continent of Europe the incorporation of commercial law into the national laws was largely carried out by statutes. (...) In this period international trade law ceased to exist as an international system of law. It became firmly rooted in the various national legal systems.⁶

⁵ Clive Schmitthoff. *Commercial Law in a Changing Economic Culture*. 2da Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1981, pp. 18-31. Traducción no oficial: “En el primer periodo la antigua *lex mercatoria* era verdaderamente internacional. Consistía en la prácticas y los usos que la comunidad mercantil internacional desarrollaba en Europa. Estos usos por supuesto se convirtieron en costumbre legal.”

⁶ *Id.*, p. 20. Traducción no oficial: “En el continente Europeo la incorporación del derecho comercial a las leyes nacionales fue muy bien acogido por los estatutos. [...] En este periodo el comercio internacional dejó de existir como un sistema de ley. Se basó firmemente en los sistemas legales nacionales.”

De lo anterior se desprende que la ley para las transacciones internacionales deja de ser un cuerpo internacional indeterminado que dependía de la costumbre y de las prácticas de los comerciantes, muy por el contrario, los distintos estados pretenden incluir esta regulación a sus ordenamientos locales.

Sin embargo, está por demás decir que, no es enteramente adecuado aplicar la norma de un estado (*lex fori*) como norma sustantiva en las transacciones transfronterizas. Los comerciantes de esa época intentaban descifrar qué norma regulaba su transacción, aplicando las reglas del “conflicto de ley”. Schmitthoff insiste al establecer lo siguiente:

As far as international transactions are concerned, it regards private international law as a man-made artificial barrier to the conduct of business and the resolution of difficulties in a practical manner. (...) Modern trade demands an autonomous international trade law, founded on uniform rules accepted in all countries.⁷

Es de aquí que surge la tercera etapa de la *lex mercatoria*. La denominada etapa moderna de la *lex mercatoria* denota una clara intención para la universalización e internacionalización de las normas que rigen las transacciones internacionales. Es innecesario para el comercio internacional la localización de una transacción bajo normas locales. Esta visión fue aceptada por juristas y académicos alrededor del mundo, tanto así que la Organización de las Naciones Unidas creó la Comisión de las NNUU para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante referida como “CNUDMI”).

Si bien la primera etapa y la etapa moderna de la *lex mercatoria* se asemejan por su carácter primordialmente internacional, sería incorrecto dotar de dicho carácter a la nueva y actual *lex mercatoria*. El carácter internacional de la misma se da únicamente por la soberanía de los Estados, ya que son los Estados que adoptan o no los cuerpos normativos desarrollados por organizaciones como la ya mencionada CNUDMI.

De igual manera son los Estados que pueden legislar y adoptar medidas en el comercio internacional, independientemente de las transacciones que lleven a cabo sus nacionales. Por ejemplo, si un Estado establece una barrera comercial con otro, los comerciantes particulares van a tener un problema considerable al momento de negociar entre ellos. Por otro lado, si un estado adopta una convención internacional, obliga a sus

⁷ *Id.*, p. 21. Traducción no oficial: “En cuanto interesa a las transacciones internacionales, se refiere al derecho internacional privado como una barrera artificial creada por el hombre a la conducta de los negocios y la resolución de los conflictos de manera práctica. [...] El comercio moderno demanda un derecho internacional comercial autónomo, fundado en reglas uniformes aceptadas en todos los países.”

jueces a aplicarla en caso de un conflicto y así logra un mejor ámbito para las transacciones comerciales.

En este sentido el profesor Goldstajn ratifica la necesidad de la *lex mercatoria* al decir:

Notwithstanding the differences in the political, economic and legal systems of the world, a new law merchant is rapidly developing in the world of international trade. It is time that recognition is given to the existence of an autonomous commercial law that has grown independent of the national systems of law.⁸

1.2. Reconocimiento Internacional y Críticas

Han existido muchos intentos de definir y determinar la naturaleza de la *lex mercatoria*. La doctrina ha llevado un arduo debate en este sentido desde hace mediados del siglo pasado.

Por un lado, hay quienes niegan la existencia misma de la *lex mercatoria*, así como hay otros que discuten su aplicabilidad; y, por otro, hay quienes consideran que es un sistema necesario para el comercio internacional. Incluso ha sido definida por Pryles de la siguiente manera:

Una compilación romántica de nociones y practicas de leyes antiguas de mercáderes en tiempos medievales. Solamente en la décadas recientes ha resucitado la *lex mercatoria* como una forma de norma internacional comercial. Esta norma deberá desplazar a la normativa doméstica de cada país para poder homogenizar y lograr uniformidad en el derecho mercantil internacional en relación a las transacciones internacionales.”⁹

El citado Comisionado de las Naciones Unidas, Pryles, considera que la aplicación de normas locales que han sido redactadas y diseñadas para transacciones domésticas no es adecuada para las transacciones internacionales o transfronterizas. De manera que una idea más atractiva y segura, sería aplicar normas internacionales para las transacciones internacionales.

⁸ Aleksander Goldštajn. “The New Law Merchant”. *Journal of Business Law*, (1961), p. 12. Citado en Frank Baddack: *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*. *Óp. cit.*, p. 12. Traducción no oficial: “No obstante de las diferencias políticas, económicas y legales en los sistemas en el mundo, la nueva ley mercante está desarrollándose rápidamente en el mundo del comercio internacional. Es momento que se reconozco la existencia de un derecho comercial autónomo que ha crecido independientemente de los sistemas legales nacionales.”

⁹ Traducción no oficial de Michael Pryles. “Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”. *International Arbitration Report*, (2003), p. 21.

Si bien Pryles tiene un argumento razonable en cuanto a la aplicación uniforme y homogénea de las normas, presupone antetodo que existe como tal un cuerpo o un sistema normativo identificable para la aplicación a las transacciones internacionales.

Para esto precisamente es que los simpatizantes de la *lex mercatoria* consideran su aplicación directa a las distintas transacciones internacionales. No obstante, existe un considerable debate en cuanto a la misma existencia y naturaleza de la *lex mercatoria*.

Es necesario anotar que autores como Gaillard hacen una diferencia entre el término *lex mercatoria* y “normas transnacionales”:

The term transnational rule or general principle of international trade has the advantage over the term *lex mercatoria* of not excluding that the solution to the merchant community's problems can sometimes be found in national laws and of not insisting on the fact that the specificity of these rules derives more from their source than their contents. Other than the concept of *lex mercatoria* that focuses on the specificity of transnational law the term transnational rule or general principle suggests that the latter are based on national laws and that they are closely related to them.¹⁰

Por el contrario, para los efectos de este documento, se comprenderá por *lex mercatoria* la definición más amplia del sistema supranacional, tal como lo plantea Goldman al referirse a la teoría de Schmitthoff.

A wide conception of *lex mercatoria*, according to which it can be defined by the object of its constituent sources. *Lex mercatoria* would thus, irrespective of the origin and the nature of the sources, be the law proper to international economic relations. One would encompass not only transnational customary law, whether it is codified or not (and in the latter case revealed and clarified by arbitral awards), but also the law of an interstate, or indeed state, which relates to international trade. Thus, for example, the successive Hague (1954) and Vienna (1980) Conventions Establishing Uniform Laws for the International Sale of Goods would be part of *lex mercatoria*. This would also be the case with respect to national legislation whose specific and exclusive object is international trade, such as that of the German Democratic Republic.¹¹

¹⁰ Emmanuel Gaillard. “Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit.” *Journal du Droit International*, (1995), p. 5. Traducción no oficial: “El término regla transnacional o principio general del comercio internacional tiene la ventaja sobre el término *lex mercatoria* de no excluir que la solución a los problemas de la comunidad de mercaderes puede a veces ser encontrada en normas nacionales y sin insistir en el hecho que la especificidad de estas normas deriva mas de su fuente que de su contenido. A diferencia del concepto de *lex mercatoria* que se enfoca en la especificidad de los términos de la ley transnacional o principio general, lo que sugiere que el último está basado en las normas locales que está muy relacionado a las mismas.”

¹¹ Berthold Goldman. *The applicable law: general principles of law – the lex mercatoria*. Citado en Julien Lew. *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1987, p. 113. Citado en Frank Baddack, *Lex mercatoria...*, p. 40. Traducción no oficial: “Una concepción amplia de la *lex mercatoria*, de acuerdo a la cual se puede definir por el objeto de sus fuentes constituyentes. Así la *lex mercatoria*, indistintamente de su origen y naturaleza de sus fuentes, sería la ley adecuada para las relaciones internacionales económicas. Uno podría englobar no solo la costumbre legal, sea esta codificada o no (y en el segundo caso revelada y clarificada por laudos arbitrales), pero también la ley de local, o en sí del estado, que se relaciona al comercio internacional. Así, por ejemplo, las sucesivas convenciones de la Haya (1954) y

Una vez entendida la definición “inicial” de la *lex mercatoria*, pasemos a analizar las principales teorías sobre la misma. El debate tiene lugar al momento de aplicar la *lex mercatoria* como norma sustantiva para las transacciones internacionales.

Hay quienes sostienen que, si bien no existe un cuerpo normativo individual que contenga las prácticas y las costumbres del comercio internacional, existe una serie de normas, costumbres, jurisprudencia, doctrina y principios que conforman la *lex mercatoria*, de manera que no es necesario una identificación individual de un cuerpo normativo específico.

Por otro lado, la corriente más escéptica sobre la existencia y aplicabilidad directa de la *lex mercatoria*, sostiene que no existe un desarrollo suficiente para poder considerar a la *lex mercatoria* como una fuente de derecho.¹² Sin embargo, Schmitthoff sostiene que las transacciones internacionales son bastante similares sino idénticas en todos los países¹³, no obstante, esto no basta para considerar y aplicar directamente la *lex mercatoria* a las transacciones internacionales.

Veamos entonces las teorías de los académicos escépticos de la universalización y homogenización de las normas del comercio internacional.

1.2.1 Teorías en contra de la existencia y aplicabilidad de la *lex mercatoria*

Esta posición es razonable considerando que no existe un cuerpo colegiado legislativo que redacte normas para el comercio internacional, sin embargo de lo cual, existen organizaciones que han intentado lograr un texto uniforme para legislar el comercio internacional, son, entre otros, la comisión CNUDMI, el instituto UNIDROIT, la Cámara de Comercio Internacional y la Conferencia de la Haya para el Derecho Internacional Privado. Estas organizaciones de académicos ha logrado establecer algunas pautas para el comercio internacional en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante referida

Viena (1980) que establecen normas uniformes para la venta internacional de bienes sería parte de la *lex mercatoria*. Este también sería el caso en relación a la legislación nacional cuyo objeto específico es el comercio internacional, como aquella de la República Demócrata Alemana.”

¹² *Id.*, p. 1.

¹³ *Cfr.* Clive Schmitthoff. *Unification of the Law of International Trade*, pp. 6-8, citado en Berman y Kaufman. “The Law of International Commercial Transactions (*lex mercatoria*)”. *Harvard International Law Journal* No. 19, (1978), p. 273.

como “CCIM”) o los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Internacionales (en adelante referidos como “UPIC”). Estos instrumentos han sido utilizados en repetidas ocasiones por tribunales arbitrales.

Uno de los principales autores que sostienen la posición escéptica a la existencia de la *lex mercatoria*, Lord Mustill¹⁴, sostiene que hay dos argumentos principales que niegan la existencia de la *lex mercatoria*. El primer argumento se resume a continuación:

While the *lex mercatoria* is detached from national law, some of its rules are to be ascertained by a process of distilling several national laws. [...]how could arbitrators or the advocates who appear before them, amass the necessary material on the law of, say Brazil, China, the Soviet Union, Australia, Nigeria and Iraq?¹⁵

La segunda objeción es de un carácter filosófico, al establecer que la *lex mercatoria* muy difícilmente puede ser calificada como *lex*, ya que “no tiene una organización, no tiene un marco legal conceptual ni reglas detalladas que requieren un sistema normativo”.¹⁶

En varios casos los tribunales arbitrales han considerado y expresamente rechazando la aplicación de a *lex mercatoria* para la resolución de una disputa. El Caso No. 9419 de la CCI en el que las partes celebraron un acuerdo para la exportación de bienes a Bulgaria, en el cual no existía una cláusula de ley aplicable, el Tribunal Arbitral consideró lo siguiente:

The arbitration clause does not specify the substantive law that the arbitrator has to apply. It is therefore up to the arbitrator to determine this, as stated, moreover, in point D10 of the Terms of Reference.

The Claimant has covered this question in its Brief and, more specifically, has argued that, in absence of any reference to a specific national law, the demands are based on the universally acknowledged principles of international commerce, allowing the arbitrator to pronounce his decision in the light of the so-called ‘*lex mercatoria*’, a kind of codification of which can be found in the principles of international contracts drawn up by Unidroit. Otherwise, in the event that the reference needs to be made to a national law, French law is explicitly provided in said agreement...

The undersigned arbitrator is not convinced of the applicability of the so called ‘*lex mercatoria*’. While acknowledging the authoritativeness of the school of thought that

¹⁴ Michael Pryles. “Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”. *International Arbitration Report*, (2003), *Óp. cit.*, p. 12.

¹⁵ *Id.*, p. 11. Traducción no oficial: “Mientras la *lex mercatoria* es distinta a la ley nacional, algunas de sus reglas deberán ser aseveradas por procesos de destilación de algunas leyes nacionales. [...] ¿Cómo podrían los árbitros o los abogados que comparecen frente a ellos, recopilar el material necesario de la ley de, por ejemplo, Brasil, China, la Unión Soviética, Australia, Nigeria o Iraq?”

¹⁶ *Id.*, p. 12.

has posited the existence of such an unwritten and supranational law, based on principles and usages generally accepted by players in the international commerce (the so called ‘mercatores’), and although aware that there have been awards in international commercial arbitration where explicit reference is made to *lex mercatoria*, the undersigned arbitrator sides with the other school of thought that does not believe in the existence of the *lex mercatoria* and which firmly believes that the search for a law that can be applied to a contractual relationship must be necessarily lead to the identification of a national law. This is all the more so since, in accordance with the provisions of Article 13.3 of the ICC Rules (consistent with the provisions of Article VII of the Geneva Convention of 1961), the arbitrator, barring any indication by the parties is required to apply the law that is applicable on the basis of the rules of conflict that he considers to be appropriate.¹⁷

El laudo citado, establece la corriente que sostiene Lord Mustill y otros autores, por la cual en lugar de aplicar una norma universal y homogénea para las transacciones internacionales, decide aplicar las reglas de conflicto de ley, de acuerdo al derecho internacional privado, para determinar la ley aplicable a esta disputa.

Este y muchos otros laudos desconocen la aplicabilidad directa de la *lex mercatoria*, en base al argumento nacionalista de Lord Mustill y Goldstajn sobre el carácter internacional de la *lex mercatoria*. La *lex mercatoria* como un sistema no escrito de normas aplicables a contratos internacionales tiene su fundamento en las normas locales y en las convenciones internacionales (*hard law*) reconocidas y aplicadas por los distintos Estados. Aquí, es donde difiere la teoría de Goldstajn, al proponer que, incluso en estas situaciones se está aplicando *lex mercatoria* de manera indirecta ya que estas normas y convenciones contienen los principios generales que conforman la *lex*

¹⁷ Caso No. 9419 de la CCI citado en: 1999 ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 10, no. 2, p. 104. Traducción no oficial: “La cláusula arbitral no especifica la ley sustantiva que el árbitro debe aplicar. Por lo tanto el árbitro deberá determinarla, como se establece más adelante en el punto D10 de los términos de referencia. El demandante ha tratado este tema en su Resumen y, más específicamente, has discutido que, en ausencia de cualquier referencia a una norma nacional específica, las demandas se basarán en los principios universalmente reconocidos del comercio internacional, permitiendo así al árbitro a pronunciarse a la luz de la llamada ‘lex mercatoria’, un tipo de codificación en la cual se pueden encontrar los Principios de los contratos internacionales redactados por Unidroit. Caso contrario, en el evento que se requiera la determinación de una norma nacional, hay referencia a la Ley Francesa en dicho acuerdo. El árbitro que conoce no está convencido de la aplicabilidad de la llamada ‘lex mercatoria’. Sin embargo reconoce la autoridad de la escuela que ha propuesto la existencia de tal derecha supranacional que no está escrito, basado en los principios y usos generalmente aceptados por los jugadores del comercio internacional (los llamados ‘mercaderes’), y a pesar de que ha habido laudos en el arbitraje comercial internacional donde se hace referencia expresa a la *lex mercatoria*, este árbitro se adhiere a la escuela que no cree en la existencia de la *lex mercatoria* y que cree firmemente en la búsqueda de la ley que podrá ser aplicada a una relación contractual que deberá necesariamente llevar a la identificación de un derecho nacional. Además, de acuerdo a la disposición del artículo 13.3 de las Reglas CCI (concordante con la disposición del artículo VII de la Convención de Ginebra de 1961), el árbitro, excluyendo las indicaciones de las partes es requerido en aplicar la ley que es aplicable en la base de las reglas de conflicto que éste considere ser más apropiadas.”

mercatoria.

Por ejemplo, en el mismo caso citado con inmediata anterioridad (Caso No. 9419 de la CCI), el tribunal arbitral finalmente decidió aplicar la ley francesa como ley aplicable para solución de la disputa. Francia es un país signatario y ha ratificado la CCIM, uno de los instrumentos internacionales que conforman la *lex mercatoria*. Aplicando la ley francesa, y como parte de ella la CCIM, la cual fue utilizada para la resolución de la disputa en cuanto a los méritos. La decisión del tribunal arbitral resultó en una aplicación indirecta de la *lex mercatoria*.

Otros autores como Delaume consideran que la *lex mercatoria* es un mito¹⁸, ya que los sistemas legales son diseñados para regular las transacciones que se realicen en aplicación de sus normas, incluso hace una distinción en relación a los países desarrollados y los países en vías de desarrollo debido a su madurez normativa en el comercio internacional. Para algunos, Delaume carece de fundamento suficiente para mantener este argumento, por los siguientes motivos, en palabras de Baddack:

He overlooks the fact that even very sophisticated law systems are not usually designed to govern international trade relations but rather internal contracts between two natural persons. Also, national law takes a much longer time to adapt to changing circumstances, as the law-making process is usually very slow and rigid.¹⁹

Adicionalmente, otro de los argumentos principales de Delaume es la imposibilidad de aplicar la *lex mercatoria* en disputas relacionadas a contratos de inversionistas con el estado²⁰, por lo que hay quienes sostienen que incluso podría llegar a una interpretación errónea de la Convención CIADI.

En similar sentido a lo que sostiene Delaume, su seguidor Highet, considera que un contrato que no tiene un régimen soportado en un estado no solo no puede ser aplicable, sino que no es como tal un contrato; “*if the contract is stateless, it is not a contract and cannot be enforced*”.²¹ Esta visión nacionalista, establece una necesidad de basar una relación contractual en un sistema jurídico estatal. Highet concluye al decir que la *lex*

¹⁸ Georges R. Delaume. “Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: The Myth of the Lex Mercatoria”. *Tulane Law Review* No. 63, (1989), p. 575.

¹⁹ Frank Baddack. *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*. *Óp. cit.*, p. 27. Traducción no oficial: “Él no tomó en cuenta que hasta los sistemas más sofisticados de ley no son diseñados para gobernar las relaciones del comercio internacional pero más bien para contratos internos entre dos personas. Además, el derecho nacional toma mucho más tiempo en adaptarse a las circunstancias cambiantes, como el proceso de legislación es generalmente muy lento y rígido.”

²⁰ Georges R. Delaume. “Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: The Myth of the Lex Mercatoria”. *Óp. cit.*, p. 609.

²¹ Keith Highet. “The Enigma of the Lex Mercatoria”. *Tulane Law Review* No. 34, (1989), p. 613.

mercatoria no puede ser considerada como un sistema legal, sino máximo como “*principia mercatoria*”, por no cumplir con los requisitos para ser una norma positiva.²²

Considerando por segunda vez los argumentos de Lord Mustill, que son un tanto menos drásticos de los autores citados anteriormente, considera que la *lex mercatoria* no puede ser aplicada en caso de un conflicto por un árbitro ya que se estaría permitiéndole la aplicación de su “idea” de justicia, y los principios que este consideraría justos. “*Much of the unease about lex mercatoria stems from the idea that it frees the arbitrator to apply his own unfettered standards of justice to the individual case.*”²³

Continúa Mustill diciendo que la *lex mercatoria* es un sistema de ley que no puede ser aplicado por un estado, ya que, considera que esta se encuentra en proceso de creación que no ha concluido. Este argumento es forjado de los caracteres de la *lex mercatoria*. En otras palabras, Mustill niega cualquier conexión con las normas estatales.²⁴ Sin embargo, algunos consideran esta visión como un tanto limitada ya que las normas nacionales siempre tendrán relación con la *lex mercatoria*, y en muchas ocasiones las normas locales e incluso el orden público de un país formarán parte integrante de la *lex mercatoria*.

Algunos autores, como Farnsworth o Carbonneau consideran que los análisis de los autores citados, Delaume, Hight y Mustill, junto con otros como Griguera Naón o Lagarde, son muy académicos y no toman en cuenta la actual necesidad de los comerciantes y del comercio internacional. La limitación a la aplicabilidad de la *lex mercatoria* por cuestiones específicas o por argumentos formalistas no es muy convincente. Por lo tanto, en la actualidad considero necesaria la aplicación de normas de la *lex mercatoria*, al escoger la CCIM o los Principios UNIDROIT u otras como normas sustantivas para regular los contratos del comercio internacional.²⁵

1.2.2. Teorías a favor de la existencia y aplicabilidad de la *lex mercatoria*

Si bien existen varias definiciones de la *lex mercatoria*, es claro que “[n]o party

²² *Id.*, p. 628.

²³ Michael J. Mustill. “The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years”. *Arbitration International* No. 4, (1988), p. 86. Traducción no oficial: “Mucho del debate de la *lex mercatoria* nace de la idea que libera al árbitro a aplicar su propio estándar de justicia para cada caso individual.”

²⁴ *Id.*, p. 88.

²⁵ Sobre la aplicación de la *lex mercatoria* en distintos casos del comercio internacional e incluso del comercio local en varios países, *vid.* www.unilex.info y <http://www.trans-lex.org/>.

would abide by and no court would enforce an award that is not in accordance with *lex mercatoria's binding rules*.²⁶ De manera que la *lex mercatoria* siempre estará presente en el comercio internacional.

Los simpatizantes de la *lex mercatoria*, entre ellos, Goldman, Schmitthoff, Lando, Berger y Gaillard, establecen que la *lex mercatoria* es perfectamente aplicable para regir relaciones contractuales.

Dichos autores consideran que las partes de una relación contractual del comercio internacional generalmente no se sienten completamente seguras al aplicar la legislación de un estado foráneo, ya sea este el de su contraparte o el estado sede del arbitraje, a su contrato. En este sentido varias legislaciones desarrolladas como la francesa, suiza u holandesa, permiten expresamente la aplicación de normas internacionales para la solución de conflictos.

El artículo 1496 (1) del Código de Procedimiento Civil Francés establece lo siguiente: “*L’arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies; à défaut d’un tel choix, conformément à celles qu’il estime appropriées.*”²⁷ De manera que las partes a su elección podrán someterse, a una norma de carácter internacional para la regulación de una relación contractual del comercio internacional²⁸.

Bajo esta premisa, varios autores consideran que la norma local ya no es de mayor importancia para la solución de conflictos comerciales internacionales; y, más importante aún, no es de obligatoria aplicación para transacciones de carácter internacional. Uno de los principales proponentes de la *lex mercatoria*, Goldman, en su obra “*Frontières du Droit et Lex mercatoria*”, basa su argumento en la independencia del comercio internacional a la legislación local; es decir, que el comercio internacional se encuentra autoregulado y no es gobernado por normas estatales.²⁹

²⁶ Frank Baddack. *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*. *Op. cit.*, p. 41.

²⁷ Código de Procedimiento Civil Francés. Artículo 1496(1). Traducción no oficial: "El árbitro decidirá la controversia de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes o, a falta de elección, de acuerdo con aquellos que considere apropiado."

²⁸ *Cfr.*, Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Editado por Emmanuel Gaillard y John Savage, La Haya. 1999, p. 814.

²⁹ Berthold Goldman. "Frontières du Droit et Lex Mercatoria, Le droit subjectif en question". *Archives de Philosophie du Droit*, (1964), p. 181.

En similar sentido el Profesor Bortolotti³⁰ cita el caso Norsolor de 1979 Caso CCI No. 3131 de la siguiente manera:

According to professor Bortoletti, the case concerned an agency contract between a French principal and a Turkish agent. The agent claimed damages for termination of the agreement, which he was entitled to under French law but not under Turkish law. The arbitrators decided to apply neither of these domestic laws and, reasoning that the contract was international, held that it should be governed by the *lex mercatoria*³¹.

Lo anterior tiene sentido, considerando que la decisión de los árbitros en este caso hubiese sido imprecisa al aplicar la legislación específica de un país y no del otro, y viceversa. Es por esto que al aplicar este “sistema supranacional de principios” se logra mayor equidad y precisión al momento de tratar con transacciones de este carácter.

Goldman explica claramente la contraposición entre la aplicación de normas positivas y la aplicación de normas alimentadas y reformadas constantemente por la costumbre, citado por Baddack:

It is doubtful whether the international merchant community can create an autonomous system of law next to national law through the constant observance of certain customs or usages or not. In response, Goldman stated ... ‘that a legal order is the body of specific rules, and the organs intended to apply them (if not necessarily to promulgate them, since custom is established spontaneously – even though it may at a further stage be reinforced by codification), that emerge from the formation and the activity of a specific social group’.

The practitioners of international trade constitute such a social group. The fact that it is composed of merchants of different nationalities and trades does not exclude that quality, because the subjects of national laws are not homogenous either.³²

³⁰ Laurent Bortoletti. “International Commercial Agency Agreements and ICC Arbitration”. *ICC International Court of Arbitration Bulletin* Vol. 12 No. 1, (2001), pp. 48-51. Citado en Michael Pryles. “Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”. *Óp. cit.*, p. 16.

³¹ *Ibid.* Traducción no oficial: “De acuerdo al profesor Bortoletti, el caso trata de un contrato de agencia entre un principal Francés y un agente Turco. El agente demandó una indemnización de daños por la terminación del acuerdo, a la cual tenía derecho bajo ley Francesa pero no bajo ley Turca. Los árbitros decidieron no aplicar ninguna de estas leyes domésticas y, razonando que el contrato era internacional, sostuvo que debe ser gobernado por la *lex mercatoria*.”

³² Berthold Goldman. “Lex Mercatoria”. *Kluwer Forum Internationale* 3, (1983), p. 3. Citado en Frank Baddack. *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*. *Óp. cit.*, p. 48. Traducción no oficial: “Es dudoso si la comunidad mercantil internacional puede crear un sistema autónomo de ley junto al derecho nacional mediante la observancia constante de ciertas costumbres y usos o falta, o no. En respuesta, Goldman dijo... ‘que un orden legal es un cuerpo de reglas específicas, y los órganos que las deben aplicar (si no necesariamente promulgarlas, ya que la costumbre está establecida espontáneamente – aunque podría ser en el futuro reforzada por una codificación), que emergen de la formación y la actividad de un grupo social específico’. Los practicantes del comercio internacional constituyen tal grupo social. El hecho de que sea compuesto por mercaderes de diferentes nacionalidades y comercios no excluye que la calidad, por los sujetos de la ley nacional tampoco es homogénea.”

Es decir que, si bien es difícil considerar a la *lex mercatoria* como un sistema positivo de normas similar a aquél de cualquier estado, se trata de una compilación de normas de la costumbre y usos mercantiles que deberían ser aplicados por los mercaderes y los árbitros en transacciones del comercio internacional. Este sistema se actualiza inmediatamente y no depende de las formalidades y procesos de promulgación de los estados, sino que cumple y satisface de mejor manera las necesidades de los comerciantes.

En este sentido señalan Berman y Kaufman al decir,

Even apart from international conventions (which may or may not be ratified by most states), the law governing international commercial transactions - the law merchant - is essentially an international body of law, founded on the commercial understandings and contract practices of an international community composed principally of mercantile, shipping, insurance, and banking enterprises of all countries.³³

Pryles explica la situación en la que un tribunal arbitral debe decidir sobre una disputa de comercial en la cual se podría aplicar sistemas legales totalmente distintos. En el Caso No. 9875 de la CCI, donde el tribunal arbitral decidió aplicar la *lex mercatoria*, incluso cuando no existía una cláusula de ley aplicable en un contrato entre una compañía francesa y una compañía japonesa.

The claimant was a French company which was given an exclusive license to manufacture, sell and distribute the respondent's products in Europe. It appears that the respondent was a Japanese corporation. In 1966 the respondent entered into another licensing agreement with a third company, which covered Asia. The claimant contended that this agreement infringed its exclusivity in Europe. The contract did not contain a choice of law clause and the arbitral tribunal considered that no national law applied.³⁴

El tribunal arbitral en este caso sostuvo:

The most appropriate 'rules of law' to be applied to the merits of this case are those of

³³ Harold J. Berman y Colin Kaufman. "The Law of International Transactions (Lex Mercatoria)". *Harvard International Law Journal* No. 19, (1978), p. 272. Traducción no oficial: "Incluso a parte de las convenciones internacionales (que pueden o no ser ratificados por la mayoría de estados), la ley que gobierna las transacciones comerciales internacionales – la ley mercante – es esencialmente un cuerpo normativo internacional, fundado en los entendimientos internacionales y las prácticas contractuales de la comunidad internacional compuesta principalmente por empresas mercantiles, de carga, de seguros y bancarias de todos los países."

³⁴ Caso No. 9875 de la CCI. Traducción no oficial: "El demandante era una compañía Francesa que fue otorgada una licencia exclusiva para manufactura, venta y distribución del producto del demandado en Europa. Al parecer el demandado era una corporación Japonesa. En 1966 el demandado celebró otro acuerdo de licencia con una tercera compañía que cubría Asia. El demandado sostuvo que este acuerdo infringía su exclusividad en Europa. El contrato no tenía una cláusula de ley aplicable y el tribunal arbitral decidió que no se debería aplicar ninguna ley nacional."

the *lex mercatoria*, that is the rules of law and usages of international trade which have been gradually elaborated by different sources as the operators of international trade themselves, their associations, the decisions of international arbitral tribunals and some institutions like Unidroit and is recently published Principles of International Commercial Contracts. Nevertheless the tribunal will take into account any relevant national laws concerning intellectual property rights issues raised during this procedure.”³⁵

Este, junto otros casos de la CCI, marcaron una nueva tendencia en la aplicación de la *lex mercatoria* como norma sustantiva de un contrato o como norma para resolver sobre los méritos en una disputa comercial.

Hemos estudiado casos en los que la *lex mercatoria* es aplicada directamente como norma sustantiva en contratos que no existe una cláusula de “Ley Aplicable”; y, casos en los que se aplica la *lex mercatoria* indirectamente al aplicar un régimen local por falta de una cláusula de Ley Aplicable.

Muchos contratos en el comercio internacional se refieren a “Principios de Derecho” o a los “Principios Aplicables”, en tratándose de las disposiciones aplicables para el contrato. Si bien estas cláusulas no describen en sí a la *lex mercatoria*, se debe considerar a estas como una compilación de principios y costumbres del comercio internacional, por lo que de igual manera será aplicable.

En similar sentido al caso citado por Pryles³⁶; el Caso No. 7375 de la CCI, en el que el tribunal adoptó la *lex mercatoria* a falta de una cláusula de “Ley Aplicable” en una disputa en relación a un contrato celebrado entre un entidad americana y otra islámica³⁷. El tribunal decidió que la falta de una cláusula de ley aplicable reflejaba un intento de evadir las normas domésticas de cada país. Específicamente, el Tribunal Arbitral decidió aplicar:

The general principles of law applicable to international contractual obligations having earned a wide international consensus, including notions said to form part of the *lex*

³⁵ Caso No. 9875 de la CCI citado en: *ICC International Court of Arbitration Bulletin* Vol. 12, no. 2, (2001) pp. 96-97. Traducción no oficial: “Las ‘normas de derecho’ más apropiadas que deben aplicarse a los méritos de este caso son aquellas de la *lex mercatoria*, estas son las reglas del derecho y usos del comercio internacional que han sido gradualmente elaboradas por diferentes fuentes como operadores del comercio internacional, sus asociaciones, las decisiones de tribunales arbitrales internacionales y algunas instituciones como Unidroit y sus recientemente publicados Principios para los Contratos Comerciales Internacionales. No obstante el tribunal tomará en cuenta cualquier norma nacional relevante que concierna los problemas sobre los derechos de propiedad intelectual de este proceso.”

³⁶ *Íbid.*

³⁷ En el Caso No. 9474 CCI de 1999, el Tribunal Arbitral aplicó la *lex mercatoria* considerando que las partes en su contrato establecieron “los principios generalmente aplicables en el derecho internacional comercial”. De igual manera se pronunció el Tribunal Arbitral al decidir sobre su misma competencia en el caso No. 7331 CCI de 1994.

mercatoria as well as the UNIDROIT Principles, as far as they can be considered to reflect generally accepted notions and principles.³⁸

Pryles³⁹ considera, en referencia al debate sobre la naturaleza y verdadera existencia de la *lex mercatoria*, que cuando existe una transacción internacional o una relación contractual en la que se establece que será regida por la *lex mercatoria* o por uno de sus componentes, las discusiones didácticas de la existencia de la misma pierden sentido.

Más allá de las discusiones minuciosas y aparentemente innecesarias que establecen dudas de carácter académico, dice Pryles, la complicación es más práctica.

In truth the argument whether the *lex mercatoria* qualifies as a system of law is academic in cases where the parties have expressly chose it, or a version of it, to govern their contract; or in cases where the arbitrator is empowered to decide a dispute by reference to “rules of law” as opposed to a “law” system.⁴⁰

The practical difficulties identified with the *lex mercatoria* are of more serious concern. Identifying the relevant principles, and indeed predicting what they may be, is difficult. It is here that the critics of the *lex mercatoria* make a telling point.⁴¹

De todo lo anterior podemos colegir que la *lex mercatoria* puede ser aplicable directa o indirectamente en conflictos que se relacionen al comercio internacional, ya sea mediante reconocimiento expreso de los tribunales arbitrales o por la aplicación de una norma local que forme parte de la *lex mercatoria*.

Así, Berman y Kaufman consideran que la *lex mercatoria* es un cuerpo normativo autónomo con fuerza vinculante para las cortes y tribunales arbitrales⁴², sin que necesariamente se incorporen estas normas a una legislación local⁴³. Adicionalmente, se

³⁸ Cfr. Alan Redfern and Martin Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 3ra Ed: Londres: Sweet & Maxwell. 1999, pp. 126-127. Para un criterio similar *vid.*, Fabrizio, Marella y Gelinas p. 30. Citado en: Michael Pryles. “Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration.” *Óp. cit.*, p. 21. Traducción no oficial: “Los principios generales de derecho aplicables a las obligaciones contractuales internacionales han obtenido un amplia consenso internacional, incluyendo las nociones que forman parte de la *lex mercatoria* así como los Principios UNIDROIT, hasta cuanto estos puedan ser considerados una reflexión de las nociones y principios generalmente aceptados.”

³⁹ *Id.*, p. 1.

⁴⁰ *Id.*, p. 13. Traducción no oficial: “En realidad, el argumento de si la *lex mercatoria* califica como un sistema de derecho es académica en los casos que las partes lo han determinado expresamente, o una versión de la misma, para gobernar su contrato; o en los casos donde un árbitro está facultado para decidir una disputa en referencia a los “principios de derecho” al contrario de un “sistema de derecho”.

⁴¹ *Id.*, p. 14. Traducción no oficial: “Las dificultades prácticas identificadas con la *lex mercatoria* son más serias. Identificar los principios relevantes, y en realidad asumiendo cuales son, es difícil. Es aquí donde los críticos a la *lex mercatoria* tienen un punto válido.”

⁴² Ole Lando. “The *lex mercatoria* in International Commercial Arbitration.” *ICLQ* No. 34, (1985), p. 749. Cfr. Michael J. Mustill. “The New *Lex Mercatoria*: The First Twenty-five Years.” *Óp. cit.*, p.100.

⁴³ Cfr. Harold J. Berman y Colin Kaufman. *The Law of International Transactions (Lex Mercatoria)*. *Óp. cit.*, p. 197. “Virtually every national legal system permits the application of the rules of the international law merchant, at least to the extent that it is adopted, expressly or by implication, by contract.”

debe considerar que no se trata de la aplicación de una lista sistemática de principios, como lo ha considerado Mustill; muy por el contrario, se trata de la implementación de un sistema, de un método para la regulación de los contratos del comercio internacional. En palabras de Fouchard, Gaillard y Goldman:

This is the true test of the effectiveness of *lex mercatoria* as an Instrument for resolving disputes in international trade. Again, it cannot be too strongly emphasized that applying transnational rules involves understanding and implementing a method, rather than drawing up a list of the general principles of international commercial law.⁴⁴

1.3. La *lex mercatoria* en el Ecuador

Una vez que se ha discutido el origen, la naturaleza y las teorías de la existencia y aplicabilidad de la *lex mercatoria*, queda claro que la doctrina, si bien se encuentra dividida, sostiene que la *lex mercatoria* es un cuerpo normativo distinto a las normas emitidas por el legislador local, el cual debe ser aplicado al comercio exterior para cumplir con las exigencias y necesidades de los comerciantes, y será de obligatorio cumplimiento para las cortes locales y los tribunales arbitrales ya sea de manera directa o indirecta.

Partiendo de esta idea, la cuestión principal que se plantea en este trabajo es si la *Lex mercatoria* debe ser aplicable en relaciones contractuales internacionales, y si será de cabal aplicabilidad para las cortes locales y tribunales arbitrales. Es claro que nuestra legislación no contiene disposición expresa que reconozca como tal la aplicación de la *lex mercatoria*; sin embargo, existen pocas normas que hacen referencia a “los usos internacionales” o a “las costumbres internacionales”, sobretodo en cuestiones de carácter financiero. Este tema será analizado a profundidad en los siguientes capítulos de este trabajo.

Por otro lado, el Ecuador es signatario de la Convención de las Naciones Unidas

⁴⁴ Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard y Berthorl Goldman. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Óp. Cit. p. 813. Traducción no oficial: “Esta es la verdadera prueba de la efectividad de la *lex mercatoria* como un instrumento para resolver disputas del comercio internacional. Otra vez, no puede ser muy fuertemente enfatizado que aplicar reglas transnacionales se trata de entender e implementar un método, y no la redacción de una lista de principios generales del derecho comercial internacional.”

para la Compraventa Internacional de Bienes desde el 1ero de Febrero de 1993. La CCIM fue publicada por primera vez en el R.O. No. 882 de 28 de Noviembre de 1991, y su última codificación fue publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 153 de 25 de noviembre de 2005.

De acuerdo a las disposiciones de nuestro sistema jurídico, la publicación de un cuerpo normativo en el Registro Oficial lo vuelve vinculante⁴⁵. De manera que la CCIM, una de las normas que caracteriza mayormente a la *lex mercatoria*, ha sido ratificada y así forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por lo tanto, no cabe la menor duda de su aplicación, ya sea de manera directa o indirecta, o por cualquiera de los métodos para su aplicación de acuerdo al Artículo 1 de la Convención o como parte de la *lex mercatoria*.

Upon entry into force of the CISG Contracting State are bound by public international law to apply its provisions within the anticipated sphere of the Convention. State courts within Contracting States therefore do not apply CISG as foreign law or international law but as unified State Law.⁴⁶

⁴⁵ Código Civil. Artículo 5. “La ley no obliga sino en virtud de su promulgación por el Presidente de la República. La promulgación de las leyes y decretos deberá hacerse en el Registro Oficial, y la fecha de promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho registro.”

Constitución de la República. Artículo 418. “A la Presidenta o Presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales. La Presidenta o Presidente de la República informará de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los tratados que suscriba, con indicación precisa de su carácter y contenido. Un tratado sólo podrá ser ratificado, para su posterior canje o depósito, diez días después de que la Asamblea haya sido notificada sobre el mismo.”

⁴⁶ Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer. *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Editado por Ingeborg Schwenzer. Tercera Edición. New York: Oxford University Press. 2010, p. 19. Traducción no oficial: “Desde la entrada en vigencia de la CCIM el Estado Contratante está obligado por el Derecho Internacional Público en aplicar sus disposiciones dentro de la esfera de la Convención. Las cortes del Estado Contratante no aplican la Convención como una norma internacionales sino como una norma local uniforme.”

Capítulo II. Normas de la *lex mercatoria*

Una vez establecido el concepto, el origen y el debate de la *lex mercatoria*, es imprescindible recalcar la importancia de la misma en el mundo comercial actual. A decir de Farnsworth, quien analiza la CCIM y los UPIC como las dos máximas expresiones del desarrollo normativo uniforme a raíz de la *lex mercatoria*.

In the past decade, two important new sets of rules applicable to the private law aspects of international transactions have come on the scene. One is the United Nations [Vienna] Convention for the International Sale of Goods. The other is the UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts. No lawyer who practices in this area can afford to be ignorant of either.⁴⁷

Como se ha explicado con anterioridad, la *lex mercatoria* que hoy gobierna el comercio internacional ha tenido considerable desarrollo a nivel global.

En un intento de unificar la regulación para dicho sector, el Instituto para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (UNIDROIT) y la CNUDMI han redactado dos cuerpos normativos de extrema importancia, los cuales serán analizados brevemente a continuación. En primer lugar, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CCIM”) y, en segundo lugar, los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (“UPIC”). Ambos cuerpos normativos son dignos de estudio ya que, como bien lo dice Farnsworth, ‘ningún abogado de esta área puede darse el lujo de ser ignorante de estas reglas’.⁴⁸

2.1. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (“CCIM” o la “Convención”) fue elaborada y redactada

⁴⁷ E. Allan Farnsworth. “An International Restatement: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.” *Baltimore University Law Review* No. 26, (1997) pp. 1-7. http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth2.html#*. (acceso: 08/09/2012). Traducción no oficial: “En la última década, dos nuevos importantes sets de normas aplicables a los aspectos de la transacciones internacionales del derecho privado han aparecido en escena. Una es la Convención de (Viena) las Naciones Unidas para la Compraventa Internacional de Mercancías. La otra es los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Ningún abogado de este sector puede darse el lujo de ser no conocerlas.”

⁴⁸ *Id.*, p 1.

por la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y fue adoptada en la conferencia diplomática del 11 de abril de 1980 en Viena. La CCIM fue ratificada por el estado ecuatoriano el 1ero de febrero de 1993, sin embargo, fue publicada por primera vez en el R.O. No. 882 de 28 de Noviembre de 1991. Luego de algunos años se realizó una segunda codificación y se ratificó su aprobación sin reservas u observaciones en el Registro Oficial Suplemento No. 153 de 25 de noviembre de 2005.

El origen de la Convención se remonta a las iniciativas del Instituto UNIDROIT en los años 1930. El Instituto UNIDROIT desde ese entonces pretendía crear una ley unificadora para regir el comercio internacional, específicamente la compraventa internacional de mercancías. El Instituto UNIDROIT elaboró varios borradores basados en la legislación local y en el desarrollo jurisprudencial de los tribunales arbitrales, se obtuvo un texto final en 1980 después de mucho trabajo y comentarios de los académicos. Cabe anotar que en 1964 se creó la ya mencionada CNUDMI en la Haya para el estudio y tratamiento al derecho internacional mercantil.

2.1.1 Generalidades

La Convención está estructurada en cuatro partes. La primera parte regula el ámbito de aplicación y las disposiciones generales, lo cual, a interés de este trabajo determinará la aplicabilidad directa de la Convención en el Ecuador. La segunda parte de la CCIM regula la formación y perfeccionamiento de los contratos de compraventa internacional de mercadería. La tercera parte de la Convención se refiere a los derechos y obligaciones de los compradores y vendedores que suscriban su contrato regido por las disposiciones de la Convención, por ejemplo, las condiciones de entrega o la regulación de la terminación. Por último, la cuarta parte de la Convención contiene las disposiciones finales que regulan cuestiones generales de la Convención, como su entrada en vigor, o las reservas que pueden solicitar los estados parte.

La Convención fue redactada en varios idiomas y se considera válida en sus textos en Inglés (oficial), árabe, chino, español, francés, y ruso.⁴⁹

El Instituto UNIDROIT así como la CNUDMI ha considerado que la mejor manera de regular el comercio internacional será a través de normas que “unifiquen” los principios establecidos por las prácticas y los usos de los comerciantes en el derecho

⁴⁹ CCIM. Artículo 101.

mercantil internacional. Es así que se redactan y se presentan proyectos de cuerpos normativos para regular el complicado comercio internacional, tales como los UPIC, la misma CCIM, los Incoterms, entre otros.

2.1.1.1. Ratificación y Reservas

Para lograr obtener el efecto deseado por la Convención de acuerdo a los intereses de cada Estado, se estableció la posibilidad de realizar reservas a la misma para limitar la aplicación de sus disposiciones. Es por esto que la misma Convención limita la posibilidad de realizar reservas en su adhesión, (exceptuando lo establecido en 1964⁵⁰, cuando se modificó la Convención para que cada Estado pueda declarar que no quedará obligado por la Parte II sobre formación de contratos o por la Parte III sobre los derechos y obligaciones de comprador y vendedor, así como otras excepciones puntuales). Esta posibilidad de establecer reservas se analizará posteriormente en relación a los Estados parte que podrán aplicar sus regímenes locales para regular las transacciones internacionales de compraventa de mercaderías.

El artículo 89 y siguientes de la Convención, esto es la Parte IV, en general regula las cuestiones formales, de adhesión y de ratificación de la Convención. Es necesario mencionar el Artículo 90 ya que hace referencia a otros acuerdos que se hayan celebrado entre estados que regulen la misma materia de la Convención. Es decir, la Convención expresamente establece que no prevalecerá sobre otros acuerdo del mismo carácter.

Autores como Schlechtriem y Schwenger consideran que esta disposición se redactó para la protección de las regulaciones regionales, tales como las Directrices de la

⁵⁰ Convención de las Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías, Versión 1964. Artículo 99.

“[...]

(4) Todo Estado parte en la Convención de La Haya sobre la venta, de 1964, que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, y que declare o haya declarado conforme al artículo 92 que no quedará obligado por la Parte II de la presente Convención denunciará en el momento de la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión la Convención de La Haya sobre la venta, de 1964, mediante notificación al efecto al Gobierno de los Países Bajos.

(5) Todo Estado parte en la Convención de La Haya sobre la formación, de 1964, que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, y que declare o haya declarado conforme al artículo 92 que no quedará obligado por la Parte III de la presente Convención denunciará en el momento de la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión la Convención de La Haya sobre la formación, de 1964, mediante notificación al efecto al Gobierno de los Países Bajos.”

Comunidad Europea y los Acuerdos Regionales de la CAN o MERCOSUR. Específicamente el Artículo 90 establece lo siguiente:

La presente Convención no prevalecerá sobre ningún acuerdo internacional ya celebrado o que se celebre que contenga disposiciones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención, siempre que las partes tengan sus establecimientos en Estados partes en ese acuerdo.

Schlechtriem y Schwenger⁵¹ consideran, en relación la limitación de la aplicabilidad de la CCIM lo siguiente al interpretar el artículo 90.

Whether legal instruments of the European Community - Regulations and Directives - are to be regarded as ‘international agreements’ under Article 90. The same issue may, at least in the future, also arise in connection with further regional unification of laws efforts on other continents such as APEC, ASEAN, MERCOSUR, NAFTA or OHADA.⁵²

Esta y otras disposiciones hacen de la CCIM una de los acuerdos internacionales con mayor aceptación en la comunidad internacional, transformándose en uno de los cuerpos normativos que más representan y cumplen con la función de “homogeneización, unificación y universalización” de las normas del comercio internacional.

It is increasingly accepted that uniform sales law is part – perhaps even the only really workable part of the international *lex mercatoria*. The growing international importance is no least reflected in the fact that in more and more international sales contracts the application of CISG is not only excluded but even explicitly provided for in choice of law clauses.⁵³

2.1.1.2. Naturaleza

La naturaleza de la CCIM es un tanto controvertida por cuanto su relación con la *lex mercatoria*. Plantearemos entonces la naturaleza de la Convención como una norma del Derecho Internacional Privado unificado que puede ser adoptada por los Estados como

⁵¹ Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenger. *Schlechtriem y Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. *Óp. cit.*, p. 1172. Traducción no oficial: “Sean considerados los instrumentos de la Comunidad Europea – Regulaciones y Directrices- tratados como ‘acuerdos internacionales’ bajo el artículo 90. El mismo problema puede, al menos en el futuro, iniciar en relación con otros esfuerzos para la unificación regional de normas en otros continentes como APEC, ASEAN, MERCOSUR, NAFTA o OHADA.”

⁵² *Id.*, p. 1173.

⁵³ *Id.*, p. 11. Traducción no oficial: “Cada vez es más aceptado que el derecho uniforme comercial es parte de – quizá hasta la única parte verdaderamente funcional – de la *lex mercatoria* internacional. La creciente importancia internacional no es menos reflejada en el hecho que en más y más contratos de compraventa la aplicación de la CCIM no es solamente excluida pero expresamente dicho en las cláusulas de ley aplicable.”

parte integrante de sus ordenamientos locales, en contraposición a la aplicación de la CCIM como una de las normas de la *lex mercatoria*.

Carbonneau⁵⁴ considera que el problema que se presenta al tratar de regular las prácticas del derecho mercantil internacional es que, por un lado, se encuentra la *lex mercatoria* como un conjunto normativo espontáneo conformado por una serie de fuentes distintas y variables; y, por otro, la Convención CCIM que pretende regular las relaciones mercantiles de carácter internacional a través de una compilación de normas unificadas.

The Vienna Convention represents a statutory framework of law created by States, whereas the *lex mercatoria* is a body of "spontaneous" law -- law created by standard commercial practices and arbitral decisions.⁵⁵

Esta posición tiene sentido cuando se considera a la *lex mercatoria* como una “lista” de normas o principios que la conforman, de manera que se consideraría a la CCIM y la *lex mercatoria* como dos fuentes contrarias y excluyentes. Varias de las doctrinas citadas en este trabajo, sobretodo la teoría de Goldman, seguida de las palabras de Carbonneau y Orejudo, a la cual personalmente me adhiero⁵⁶, consideran que la CCIM es parte conformante e incluso es una de las representaciones más claras de la iniciativa de los Estados de unificar la regulación del comercio internacional y por lo tanto es en sí una expresión de la *lex mercatoria*.

La Convención es un cuerpo normativo que puede ser catalogado de acuerdo a la doctrina del Derecho Internacional Privado como “*hard law*”, ya que es una norma que los Estados reconocen en virtud de la Convención de Viena sobre los Tratados. Sin embargo, para efectos de este trabajo, se la considerará como una expresión de la *lex mercatoria*, como parte de un método para la regulación de las transacciones internacionales. En este sentido Carbonneau establece lo siguiente en cuanto a la relación entre la Convención y la *lex mercatoria*:

⁵⁴ Thomas E. Carbonneau. *Lex mercatoria and Arbitration* *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*. Nueva York: Juris Publishing. 1998, pp. 173-194.

⁵⁵ *Ibid.* Traducción no oficial: “La Convención de Viena representa un marco legal creado por los estados a comparación de la *lex mercatoria* que es un cuerpo de ley “espontáneo” – ley creada por el prácticas comerciales y laudos arbitrales.”

⁵⁶ En similar sentido se han pronunciado algunos tribunales arbitrales. *Vid.*, Caso de la Corte de Arbitraje de la CCI No. 7331/1994, tomado de *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, N. 6, (1995), p. 73. En este caso el Tribunal sostuvo que a falta de ley aplicable determinada en el contrato, se deberá aplicar la Convención. Considerando la naturaleza del contrato y el silencio de la Convención en relación a la novación, el Tribunal aplicó las premisas de las normas locales de Italia, Francia y la antigua Yugoslavia (como prácticas aceptadas en el comercio).

The Convention elaborates the common law and practices of international sales and the common core of domestic commercial rules. The Convention itself purports to formulate the most common practice and therefore qualifies as an expression of *lex mercatoria*. But, as its place in the hierarchy indicates, the Convention is above all a recognition by states of the paramount importance of existing and more specific commercial practices, to which the Convention gives the force of law.⁵⁷

De lo anterior podemos colegir que, si bien la Convención es de carácter vinculante cuando los Estados la reconocen, debe ser aplicada en un sentido más amplio de mayor jerarquía por ser en sí una compilación de las prácticas más comunes del comercio internacional.

En este sentido Fouchard, Gaillard y Goldman establecen lo siguiente en cuanto a la regulación de los contratos comerciales:

Parties sometimes prefer not to have their contract governed by a particular national law, but instead elect to have it governed by transnational rules, which are often referred to collectively, together with trade usages, as *lex mercatoria*.⁵⁸

En otras palabras, la *lex mercatoria* como tal no excluye a la normativa transnacional como son los tratados internacionales reconocidos por Estados, como la CCIM. Esta teoría, a la cual me adhiero, considera a la *lex mercatoria* como “Ley Transnacional Comercial”⁵⁹.

En este sentido, hay quienes consideran que la legislación internacional no es la materia de la *lex mercatoria*, ya que es posteriormente adoptada por los Estados y así se convierte en ley local.

The advocates of the narrow approach emphasize on the spontaneous and non-statutory character of the law merchant⁶⁰. They thus exclude international conventions and uniform laws. Emphasis is put on the non-national character of the *lex mercatoria*, consequently international conventions and uniform laws cannot be part of it once they come into force and are transformed into national law. Therefore none of the rules emanating from national laws or Public International Law can be part of the *lex mercatoria*.⁶¹

⁵⁷ Thomas E. Carbonneau. *Lex mercatoria and Arbitration...* Óp. cit., p. 194.

⁵⁸ Fouchard, Gaillard y Goldman. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Óp. cit., p. 802. Traducción no oficial: “Las partes en ocasiones prefieren no tener sus contratos gobernados por una ley nacional particular pero, por el contrario eligen que lo gobierne las reglas transnacionales, que son conocidas en conjunto con los usos comerciales, como *lex mercatoria*.”

⁵⁹ *Íbid.*

⁶⁰ Harold J. Berman y Colin Kaufman “*The Law of International Transactions (Lex Mercatoria)*”, Óp. cit., p. 272.

⁶¹ Frank Baddack: *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*. Óp. cit., p. 61. Traducción no oficial: “Los abogados del enfoque limitado hacen hincapié en el carácter espontáneo y no-positivo de la ley mercante. Ellos así excluyen las convenciones internacionales y leyes

La corriente más amplia de la *lex mercatoria* comprende instrumentos internacionales, la jurisprudencia, la doctrina, los principios, las costumbres e incluso la legislación local relevante, a la cual me adhiero. Esta corriente toma en cuenta las necesidades reales del comercio internacional.

All the rules applicable to international trade relations are part of the *lex mercatoria*. It is said that international trade follows different rules than domestic trading activities and that the international merchant community regulates its own affairs and creates its own rules. This law is internationally uniform in order to avoid conflicts between the different national laws.⁶² According to this broad concept, international conventions, uniform laws, general principles of law, codes of conduct, customs and usages, standard form contracts and rules of international organizations are part of the *lex mercatoria*.⁶³

Consideramos más apropiada esta visión amplia de la *lex mercatoria*, la cual permite incorporar a las convenciones internacionales y la legislación local como parte integrante la misma. Sin entrar en detalles, el argumento más sólido es que la anacionalidad de la *lex mercatoria* tiene como objetivo evitar contratiempos generados por la legislación local, sin embargo, el desarrollo de la legislación local es sin duda una de las fuentes de la *lex mercatoria*. Por ejemplo, muchos principios y costumbres del derecho comercial internacional se encuentran legisladas por normas locales de distintos países, esto se ve ilustrado claramente con el principio de la buena fe.

“Most of the *lex mercatoria*’s general principles are embedded in most national laws, for they reflect considerations of fair trade and dealing and rules crucial to the smooth functioning of business under any condition or legislation.”⁶⁴

uniformes. Se pone énfasis en el carácter anacional de la *lex mercatoria*, consecuentemente las convenciones internacionales y las normas uniformes no pueden ser parte de la misma una vez que sean vinculantes y sean transformadas en normas nacionales. Por lo tanto, ninguna de las reglas que emanan de leyes nacionales o del Derecho Internacional Público pueden ser parte de la *lex mercatoria*.”

⁶² Úrsula Stein. *Lex Mercatoria: Realität und Theorie*. Frankfurt: Klostermann. 1995, p.184. Citado en Frank Baddack: *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*. *Óp. cit.*, p. 54.

⁶³ *Id.*, p. 61-62. Traducción no oficial: “Todas las reglas aplicables al comercio internacionales son parte de la *lex mercatoria*. Se dice que el comercio internacional sigue distintas reglas al comercio local y que la comunidad mercantil internacional regula sus propias relaciones y crea sus propias reglas. Esta ley es internacionalmente uniforme para evitar conflictos entre las diferentes leyes nacionales. De acuerdo a este concepto amplio, las convenciones internacionales, leyes uniformes, principios generales de derecho, códigos de conducta, costumbres y usos, formatos estándar de contratos y las reglas de las organizaciones internacionales son parte de la *lex mercatoria*.”

⁶⁴ *Id.*, p. 62. Traducción no oficial: “La mayoría de los principios de la *lex mercatoria* se encuentran en la mayoría de normas nacionales, ya que reflejan consideraciones del comercio justo y reglas cruciales para el buen funcionamiento de los negocios bajo cualquier condición o legislación.”

En cuanto a la doctrina que trata sobre las fuentes de la *lex mercatoria*, la más aceptada y citada⁶⁵ es la de Lando⁶⁶. Para los efectos de este acápite y citando al mencionado autor, en cuanto se refiere a la CCIM como parte de la *lex mercatoria*, al decir:

Conventions are important sources of the *lex mercatoria*. The conventions drawn up by the Institut pour l'Unification du Droit (UNIDROIT), such as the Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (The Hague, 1964), the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG, Vienna 1980) are well known.⁶⁷

En similar sentido se pronuncia Carbonneau, señalando que la CCIM es una expresión de la *lex mercatoria*.

The Convention elaborates the common law and practices of international sales and the common core of domestic commercial rules. The Convention itself purports to formulate the most common practice and therefore qualifies as an expression of *lex mercatoria*.⁶⁸

Esta discusión nace de la posibilidad de someter un contrato a las normas que escojan las partes. Como se ha mencionado anteriormente, la legislación francesa fue la primera en establecer esa posibilidad de acuerdo a lo dispuesto en su Código de Procedimiento Civil. Al respecto Fouchard, Gaillard y Goldman consideran que la doctrina y la jurisprudencia reconocen expresamente que se trata de normas de derecho “transnacionales”.

Commentators were unanimous in recognizing the implicit reference to transnational rules in the text and the courts have never questioned that interpretation.⁶⁹

⁶⁵ Michael Mustill. *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*. Óp. cit., p.109. Cfr., Draetta, Lake y Nanda. *Breach and Adaptation of International Contracts*. 1992, p. 13.

⁶⁶ Ole Lando. *The lex mercatoria in International Commercial Arbitration*. Óp. cit., p. 749.

⁶⁷ Frank Baddack. *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*. Óp. cit., p. 66. Traducción no oficial: “Las Convenciones son importantes fuentes de la *lex mercatoria*. Las convenciones redactadas por el Institut pour l'Unification du Droit (UNIDROIT), como la Convención para la Uniformidad de la Venta de Mercancías (La Haya, 1964), la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías (CCIM, Viena 1980) son muy conocidas.”

⁶⁸ Thomas E. Carbonneau. *Lex Mercatoria and Arbitration*. Óp. cit., p. 193. Traducción no oficial: “La Convención elabora el derecho común y las prácticas del comercio internacional y el *quid* común de las reglas comerciales domésticas. La Convención en sí formula la práctica más común y por lo tanto califica como una expresión de la *lex mercatoria*.”

⁶⁹ Fouchard, Gaillard y Goldman. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Óp. cit., p. 802. Traducción no oficial: “Los comentaristas fueron unánimes al reconocer la referencia implícita a las reglas transnacionales en el texto, y las cortes jamás han cuestionado esta interpretación.”

Esta tendencia de posibilitar a las partes a regular sus contratos por la legislación que consideren apropiada, seguida por México, Italia, Egipto y Alemania, entre otras naciones, nace de lo establecido en el Artículo 28⁷⁰ de la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985, que establece que: “1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. (...)”

Sin embargo, y citando una vez más a los autores antes referidos, existen otros autores que discuten si la expresión “normas de derecho” se refiere únicamente a un sistema legal o a convenciones internacionales como la CCIM, y no a la *lex mercatoria* como tal.

Some authors have argued, rather curiously, that the expression ‘rules of law’ found in the UNCITRAL Model Law covers certain transnational rules, such as international conventions, but that is not intended to enable the parties to submit their dispute to general principles of law or to *lex mercatoria*.⁷¹

El texto citado de la Ley Modelo elaborado por la CNUDMI, en igual sentido que las legislaciones arbitrales más avanzadas, permiten que las partes de un contrato sometan su regulación a una norma a-nacional, como es el caso de la antedicha Ley Modelo. Sin embargo hay autores, como menciona Fouchard. *et al*, que limitan la consideración de “reglas de derecho” a los cuerpos normativos aceptados y ratificados por los Estados.

Empero, y como se ha mencionado varias veces, al momento de resolver una disputa, los árbitros buscan aplicar la *lex mercatoria* incluso de manera indirecta, es decir, incluso al “buscar” principios del derecho comercial internacional en la Convención.

⁷⁰ La disposición completa Ley Modelo de la CNUDMI Sobre Arbitraje Comercial Internacional establece lo siguiente: Artículo 28. “1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. 2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables. 3) El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así. 4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.”

⁷¹ Fouchard, Gaillard y Goldman. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. *Óp. cit.*, p. 803. Traducción no oficial: “Algunos autores han discutido, curiosamente, que la expresión ‘reglas de derecho’ encontrada en la Ley Modelo CNUDMI cubre ciertas reglas transnacionales, tal como las convenciones internacionales, pero no se pretende permitir a las partes que se sometan a los principios generales de derecho o a la *lex mercatoria*.”

International instruments and, in particular, international conventions are also a common source of inspiration for arbitrators seeking to determine the rules of *lex mercatoria*. This is entirely justified, in so far as these texts reflect the agreement of a number of countries on a particular issue. Thus, for example, arbitrators deciding a dispute concerning international sales of goods on the basis of general principles are likely to refer to the Vienna Convention (CISG) of 1980.⁷²

De manera que los árbitros deberán estudiar la posibilidad de aplicar la *lex mercatoria* en los conflictos que se les presenten. Ya sea que esta incluya o no las normas que han sido elaboradas y reconocidas por Estados.

The reference to *lex mercatoria* can lead to the application of the CISG if such reference is accepted and the CISG is considered to be part of the *lex mercatoria*. The law applicable to issues not governed by the Convention then is to be determined by the tribunal in accordance with the applicable arbitration laws or rules which may provide for *voie directe* or *voie indirecte*.⁷³

Esta discusión es mejor ilustrada cuando se trata de un contrato sin una cláusula de Ley Aplicable, en la que el mismo árbitro debe determinar la norma que va a aplicar a los méritos para la resolución del conflicto. Sin embargo de lo anterior, existen normas en nuestra legislación, que se establecen trabas para la aplicación de normas internacionales⁷⁴.

Al respecto Carbonneau subsana, por así decirlo, este problema al decir lo siguiente en relación a la aplicación de una norma transnacional elaborada y redactada con el objeto de regular el comercio internacional,

States can adopt uniform substantive rules that are designed specially for international transactions. Harmonization at this level does not require that states abandon their traditional domestic rules and their accompanying idiosyncrasies. The rules adopted

⁷² *Id.*, p. 816. Traducción no oficial: “Los instrumentos internacionales y, en particular, las convenciones internacionales son también una fuente común de inspiración para los árbitros que buscan determinar las reglas de la *lex mercatoria*. Esto es enteramente justificado, siempre y cuando los textos reflejen el acuerdo de un número de países en relación a ese problema específico. Así, por ejemplo, los árbitros que deciden sobre una disputa sobre compraventa internacional de mercancías sobre la base de principios generales, seguramente se va a referir a la Convención de Viena (CCIM) de 1980.”

⁷³ Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer. *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. *Óp. cit.*, p. 23. Traducción no oficial: “Las referencias a la *lex mercatoria* pueden llevar a la aplicación de la CCIM si tal referencia es aceptada y la CCIM es considerada como parte de la *lex mercatoria*. La ley aplicable a cuestiones no gobernadas por la Convención entonces debe ser determinada por el tribunal de acuerdo a la ley arbitral aplicable o las reglas aplicables para *voie directe* o *voie indirecte*.”

⁷⁴ Constitución de la República. Artículo 424. “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.” Artículo 422. “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.”

are tailored to the needs of international trade, and are applied less frequently than domestic rules, thereby reducing the possibility of divergent judicial interpretations.⁷⁵

De manera que si bien los Estados parte de la Convención podrán elegir la implementación de la CCIM con reservas, ya que se trata de normas diseñadas para la regulación del comercio internacional y no pretenden afectar el régimen contractual local del estado contratante.

2.1.2 Ámbito de Aplicación

El rango de aplicabilidad de la Convención se encuentra regulado en su primer capítulo. La gran mayoría de las disputas contractuales relacionadas con la Convención son, a grandes rasgos, debidas a la aplicabilidad o falta de aplicabilidad de las disposiciones que la conforman. Es decir, interpretación del primer capítulo, sobretodo de los artículos 1, 2 y 6 del texto de la Convención⁷⁶ causan la gran mayoría de las disputas.

En cuanto a la determinación de la aplicación de la Convención se debe seguir dos criterios principales, “[t]he sphere of application of the CCIM is defined by geographical criteria (art. 1 and 10) and substantive criteria (articles 1(1), 3 y 5). Its temporal scope is laid down in article 100.”⁷⁷ Estos criterios serán analizados en el estudio de cada artículo.

A diferencia de otras convenciones, e incluso de los tratados que anteceden a la CCIM como el ULF⁷⁸ o el ULIS⁷⁹, la Convención no es un anexo a un tratado. En cuanto a la redacción, la CNUDMI procuró la autosuficiencia de la Convención de manera que su aplicación es directa, si así lo eligen las partes. Schwenger la llama un

⁷⁵ Thomas E. Carbonneau. *Lex Mercatoria and Arbitration*. Óp. cit., p. 174. Traducción no oficial: “Los estados pueden adoptar reglas sustantivas uniformes que son diseñadas especialmente para transacciones internacionales. La armonización a este nivel no requiere que los Estados abandonen sus reglas tradicionales domésticas y sus idiosincrasias correspondientes. Las reglas adoptadas son diseñadas para las necesidades del comercio internacional, y son aplicadas menos frecuentemente que las reglas domésticas, reduciendo así la posibilidad de interpretaciones judiciales divergentes.”

⁷⁶ Vid., www.unilex.info.

⁷⁷ Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer. *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Óp. cit., p. 19. Traducción no oficial: “La esfera de la aplicación de la CCIm está definida por un criterio geográfico (art. 1 y art. 10) y un criterio sustantivo (artículos 1(1), 3 y 5). El ámbito temporal se establece en el artículo 100.”

⁷⁸ Convención relativa a una Ley uniforme sobre la formación de los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. La Haya: Naciones Unidas. 1964.

⁷⁹ Convención relativa a una Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías. Naciones Unidas, 1964, La Haya.

“*self-executing treaty*”⁸⁰, ya que sus efectos son plenamente vinculantes sin necesidad de un acto legislativo de promulgación. Una vez que el órgano competente de ese Estado reconozca la CCIM, se incorpora al ordenamiento jurídico en cualquiera de los idiomas oficiales en los cuales ha sido redactada.

Por regla general, sin importar la naturaleza con la que se categorice a la Convención, será de aplicabilidad inmediata. A pesar de que en ocasiones se puede aplicar la Convención si no se ha dicho nada al respecto de la ley aplicable al fondo, como aplicación de una expresión de la *lex mercatoria*. Así lo han sostenido varios tribunales arbitrales⁸¹, entre ellos el tribunal arbitral constituido en el caso 5713 de 1989 de la CCI en París, o en el caso 7331 de 1994 de la CCI en la misma ciudad, establecieron que a falta de elección de ley aplicable al fondo, el tribunal arbitral podrá decidir cuales son las disposiciones aplicables a la disputa contractual, en estos casos los tribunales decidieron la inmediata aplicación de la Convención como parte de la *lex mercatoria*.⁸²

En el mismo sentido Carbonneau, señala que en base al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, se permite elegir a la Convención como la ley aplicable si no fuese aplicable en virtud del artículo 1.⁸³ Esta posibilidad se basa el artículo 28 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional la CNUDMI para resolver los méritos de un conflicto.

Si bien la aplicabilidad de la Convención puede ser basada en el artículo 1 de la misma, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la primera parte, puede también aplicarse las disposiciones de la Convención por su propia naturaleza contractual, o, como una expresión de la *lex mercatoria*.

2.1.2.1 Requisitos y Condiciones

Como se mencionó anteriormente, el artículo 1 y siguientes de la Convención establecen los criterios tanto geográficos como de fondo que se deben analizar para

⁸⁰ Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer. *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. *Óp. cit.*, p. 24.

⁸¹ Tribunal de Arbitraje de la CCI de Paris. *Vid.*, laudos No. 5713/1989, 7331/1994, 8502/1996, 9474/1999.

⁸² *Vid.*, nota al pie No. 17.

⁸³ Thomas E. Carbonneau. *Lex Mercatoria and Arbitration*, *Óp. cit.*, p. 176. Traducción no oficial: “El principio de autonomía de la voluntad de las partes permite seleccionar la Convención como ley aplicable, donde no se aplicaría bajo el artículo 1.”

determinar la aplicación de la Convención como ley sustantiva y no solamente como referencia para los tribunales arbitrales y para las partes.

Estos requisitos serán analizados para determinar la aplicabilidad de la Convención bajo un supuesto contractual en que las partes de un contrato internacional hayan elegido la Convención como ley aplicable. De acuerdo a lo explicado con anterioridad, las disposiciones de la Convención podrán aplicarse en una relación contractual como una expresión de la *lex mercatoria*.

2.1.2.1.1 Artículo 1

Dado que el Artículo 1 da lugar a la gran mayoría de controversias, es de suma importancia analizarlo en detalle. El mencionado artículo establece lo siguiente:

Artículo 1.

1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:

- a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o
- b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.

2) No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

3) A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.

El numeral 1 establece con claridad el criterio geográfico por el cual la convención será aplicable. Se debe anotar que en cuanto al criterio territorial o geográfico de los requisitos de aplicación de la Convención, previstos en el artículo 1, es necesario que los establecimientos de comercio de los contratantes se encuentren en lugares distintos al momento de la celebración del contrato.⁸⁴

A este efecto, se debe tomar en cuenta si el Estado donde se encuentra dicho establecimiento mercantil es o no un Estado contratante de la Convención. Los Estados que no son signatarios de la Convención no tienen la obligación de aplicarla directamente como sí lo tienen sus Estados signatarios siempre que cumplan con el resto de condiciones establecidas en la misma. Pero las partes pueden escoger esta norma

⁸⁴ Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer. *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. *Óp. cit.*, p. 30.

como ley sustantiva en un contrato siempre que no afecte el orden público del Estado de las partes.

Por su parte, la disposición del artículo 1(1)(b) nos lleva a un debate en cuanto a la aplicabilidad de la Convención en casos en que las normas que regulan el conflicto de ley de un Estado no signatario lleve a la aplicación de la Convención por referirse a la ley de un Estado contratante.

Article 1(1)(b), of course does not have to be applied by courts in non-contracting states and nor are arbitral tribunals obliged to apply it. But the courts in non-contracting states and arbitral tribunals may have to apply the Convention as foreign law, if the conflict of laws rules refer to the law of the Contracting State⁸⁵.⁸⁶

En el caso que ninguna de las partes sean de Estados signatarios de la Convención, se puede aplicar la CCIM como una expresión de la *lex mercatoria* o simplemente por ser una regulación del comercio internacional.

The situation where both parties have their places of business in (different) non-Contracting States, but on account of the forum's conflict of laws rules find their contract subject to the CISG, which does not have the force of law in either of the countries, at first glance seems abnormal. But one has to recognize that in such a case the parties' contract would be governed by an alien law anyway, be it a foreign domestic or the uniform sales law. This will often make the CISG a reasonable solution as it is easily accessible for both parties.⁸⁷

La regla del artículo 1(3) establece que la nacionalidad de los contratantes ni el carácter civil o mercantil de los establecimientos de comercio serán de relevancia.⁸⁸ De manera que no se tomarán en cuenta como puntos de conexión para la aplicabilidad de esta Convención.

No obstante, de acuerdo a la misma disposición se podrá aplicar la Convención en casos en que una de las partes no pertenezca a un Estado contratante, ya que al

⁸⁵ *Vid.*, Caso, CCI Russia International Court 18 de Julio de 2005, CISG-Online 1502.

⁸⁶ Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer. *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. *Óp. cit.*, p. 40. Traducción no oficial: "El artículo 1(1)(b), por supuesto no tiene que ser aplicado por las cortes de un Estado no contratante ni por tribunales arbitrales. Pero las cortes en Estados no contratantes y los tribunales arbitrales podrán aplicar la Convención como norma extranjera, si en las reglas de conflicto de ley hay referencia a la ley del Estado Contratante."

⁸⁷ *Ibid.* Traducción no oficial: "La situación en la ambas partes tienen su lugar de negocios en (diferentes) estados no contratantes, pero a cuenta de la reglas de conflicto de ley del fuero, encuentran que su contrato está sujeto a la CCIM, la cual no tiene fuerza de ley en ninguno de los países, a primera vista parece anormal. Pero hay que reconocer que en tal caso, el contrato de las partes será gobernado por una ley ajena de igual manera, sea extranjera, doméstica o derecho uniforme comercial. Esto en muchas ocasiones hará que la CCIM sea la solución razonable y de fácil acceso para ambas partes."

⁸⁸ *Íd.*, p. 46.

determinar como ley aplicable la norma de un Estado específico, que sea contratante de la Convención, se considera la misma como ley aplicable de manera indirecta.

De igual manera, en cuanto a la interpretación de esta convención como *lex mercatoria*, en un caso decidido por un tribunal de arbitraje de la CCI⁸⁹ un vendedor de Estados Unidos y un comprador holandés acordaron que el contrato deberá sujetarse a “las leyes de Suiza”. El tribunal arbitral sostuvo que la CCIM era aplicable y excluyó una designación expresa de una ley nacional, aun cuando las partes, como en el caso que nos ocupa, hayan elegido la ley de un país del que no sea nacional o residente⁹⁰.

La determinación del criterio territorial dependerá del establecimiento comercial de los contratantes, cuando este establecimiento se encuentre o no en un Estado contratante de la Convención. Para este efecto se aplicarán lo establecido en el artículo 1, ya sea la disposición 1(a) o 1(b).⁹¹

El artículo 1 establece como requisito principal la “internacionalidad” de las partes; es decir, que al momento de la celebración del contrato, las partes contratantes tengan un establecimiento mercantil en Estados distintos, ya sean estos contratantes o no de la Convención. La información de la “internacionalidad” de las partes debe ser clara para ambas partes y debe continuar vigente al momento de celebrar el contrato.

De lo anterior se puede distinguir algunos elementos que deben cumplir la partes para poder aplicar la Convención bajo el Artículo 1. En primer lugar la “internacionalidad” de las partes, referido a su establecimiento comercial, sin importar su nacionalidad, la calidad mercantil o civil de dicho establecimiento. Segundo, el carácter internacional debe encontrarse vigente al momento de la celebración del contrato. Finalmente se debe aplicar únicamente a los contratos de “compraventa de mercadería”.

⁸⁹ Caso No. 7656/1994 de la CCI.

⁹⁰ Michael Bonnell y Fabio Liguori. *The U.N. Convention on the International Sale of Goods: A Critical Analysis of Current International Case Law*. Pace Law, CISG. 1997. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/libo1.html> (acceso: 30/09/2012).

⁹¹ Para ilustrar esto, ver ejemplo de Winship en cuanto a la distinción de aplicación dependiendo de los estados contratantes y su relación con los establecimientos comerciales de los contratantes en; Pter Winship. *The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts*. Pace Law CISG. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/winship5.html> (acceso: 30/09/2012).

2.1.2.1.2 Artículo 2

El artículo 2 de la Convención, por su parte, excluye la aplicación de la Convención a otro tipo de contratos. Específicamente el Artículo 2 establece:

Artículo 2.

La presente Convención no se aplicará a las compraventas:

- a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso;
- b) en subastas;
- c) judiciales;
- d) de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero;
- e) de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves;
- f) de electricidad.

Las excepciones establecidas en el artículo 2 funcionan de manera suplementaria al artículo 1, en el que se define de manera muy general el ámbito de aplicación de la Convención⁹². Adicionalmente, las excepciones establecidas en dicho artículo son taxativas y no podrán ser aplicadas de manera análoga a otros casos⁹³. El análisis de cada disposición en específico es por el momento innecesario ya que no existe mayor debate al respecto en la doctrina ni en la jurisprudencia.

2.1.2.1.3 Artículo 3

El artículo 3 establece lo siguiente en cuanto al tipo de contrato (compraventa) que regula la Convención:

Artículo 3.

- 1) Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.
- 2) La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

Se desprende de lo citado que según el artículo 3(1), la CCIM se aplica generalmente a los contratos de bienes manufacturados, mas no a contratos de trabajo y materiales. El Artículo 3(2) tiene la intención de aclarar el tratamiento de los contratos

⁹² Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer. *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. *Óp. cit.*, p. 49.

⁹³ *Íbid.*

en virtud de que también los servicios deben ser prestados (por ejemplo, contratos para el suministro e instalación).⁹⁴

2.1.2.1.4 Artículo 4

El artículo 4 de la Convención en sí, es bastante más complejo que los Artículos analizados anteriormente. Sin embargo, no es considerado como un parámetro para determinar su aplicación, ya que contempla una excepción específica de su ámbito de aplicación.

Específicamente el mencionado Artículo 4 de la Convención establece lo siguiente:

Artículo 4.

La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular:

- a) a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso;
- b) a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.

La fórmula que determina el Artículo 4 es de difícil interpretación para la doctrina, ya que “regula exclusivamente” i) la formación del contrato de compraventa, ii) los derechos y obligaciones del vendedor, iii) los derechos y obligaciones del comprador. Sin embargo también regula cuestiones como la interpretación, conductas y contratos, prácticas y costumbre entre las partes, libertad de formalidades, y demás disposiciones generales. De manera que se puede considerar contradictoria.⁹⁵

En relación a la limitación establecida por el artículo 4(a), esta se refiere a la importancia de las formalidades para la validez de los contratos, cláusulas y usos comerciales. En tal sentido, la Convención excluye expresamente cuestiones de representación legal, consentimiento, protección al consumidor, entre otras.⁹⁶

La segunda parte del artículo, establece: “4(b) a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.” Esta frase trae mayores discusiones doctrinarias considerando que se trata de la transferencia de dominio de

⁹⁴ *Id.*, p. 62.

⁹⁵ *Id.*, p. 75.

⁹⁶ *Vid.*, Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer. *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. *Óp. cit.*, pp. 88 y ss.

mercancías vendidas por contratos regidos por esta Convención. “*The CISG, like the ULIS before it, provides that the rules to be applied to the transfer of property in the goods sold are exclusively a matter for the applicable domestic law.*”⁹⁷

Por lo tanto la Convención no regula los procedimientos internos de perfeccionamiento de transferencia de dominio de los bienes que se vendan en los mencionados contratos de compraventa.

Los artículos analizados con anterioridad establecen los parámetros en cuanto a la territorialidad (internacionalidad) de las partes, el carácter y el tipo del contrato y sus excepciones, así como las materias expresamente excluidas de regulación, para la aplicabilidad de la Convención.

2.1.2.1.5 Artículo 5

En similar sentido al artículo 4, el artículo 5 establece una exclusión de cobertura de la Convención al disponer:

Artículo 5. La presente Convención no se aplicará a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías.”

La historia legislativa de la Convención nos lleva a la conclusión de que la responsabilidad por muerte o lesiones a un tercero no está sujeta a interpretación por analogía. Es por eso que Schwenzer establece:

The law applicable to claims for death or personal injury has to be determined by the courts via conflict of laws rules of the forum state. Arbitral tribunals – as far as they have jurisdiction over such matters – use their rules and follow the mechanisms set out herein^{98 99}.

La Convención permite a las cortes locales o a los tribunales arbitrales correspondientes, la regulación y el tratamiento de los daños por muerte y/o lesiones que cause la mercadería vendida bajo la Convención¹⁰⁰. De manera que en ciertos casos,

⁹⁷ *Íbid.*

⁹⁸ *Vid.*, Gary Born. *International Commercial Arbitration*. Vol. 2. La Haya: Kluwer Law International. 2009, p. 2105.

⁹⁹ Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer. *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. *Óp. cit.*, p. 97. Traducción no oficial: “La ley aplicable para reclamos de muerte o accidentes personales tiene que ser determinada por las cortes por medio de las reglas de conflicto de ley del estado. Los tribunales arbitrales – siempre que tengan jurisdicción sobre estas cuestiones – usan sus reglas y siguen los mecanismos que aquí se establecen.”

¹⁰⁰ *Íbid.*

si dichas autoridades consideran que los reclamos son contractuales, se ignorará la aplicación de este artículo.

Article 5 does not exclude contractual claims for personal injury or death altogether, domestic laws may very well qualify these claims as contractual. These are not preempted by CISG.¹⁰¹

2.1.2.1.6 Artículo 6

El artículo 6 de la Convención es de suma importancia dado que está indeleblemente ligado al análisis realizado con anterioridad en cuanto a la aplicación subsidiaria de la Convención como una expresión directa de la *lex mercatoria*. Esta norma establece lo siguiente:

Artículo 6.

Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.

Esta norma dispone que en el caso de que las partes deseen excluir la aplicación de la Convención, si se llega a cumplir con los criterios establecidos en los artículos 1-5 ya mencionados, deberán hacerlo de manera expresa, caso contrario la Convención operará ex officio. Se presume la aplicación de la Convención por ser una parte del ordenamiento jurídico del Estado contratante (siempre y cuando se cumplan los requisitos de los artículos precedentes)¹⁰².

De todo lo anterior se puede decir que si las partes han cumplido con los requisitos establecidos en los artículos 1-5 de la Convención, se podrá aplicar la misma siempre y cuando no haya existido una renuncia a su aplicación de acuerdo a lo establecido en el artículo 6, ya sea una exclusión parcial o una exclusión total de las disposiciones de la Convención.

Cuando se trata de la aplicación de la Convención a nivel de norma sustantiva se puede interpretar su aplicación como parte de un ordenamiento local, lo cual vuelve su aplicación obligatoria, o, como una expresión de la *lex mercatoria*, cuando se trate de Estados no contratantes. En todo caso, y de acuerdo a lo explicado anteriormente, siguiendo las teorías amplias de la *lex mercatoria*, la aplicación de la CCIM siempre

¹⁰¹ *Íbid.* Nota al pie No. 11 (p. 97). Traducción no oficial: “El artículo 5 no excluye reclamos contractuales por lesiones personas o muerte, las normas domésticas pueden muy bien calificar estos reclamos como contractuales. Estos no están provistos por la CCIM.” Para un criterio similar *vid.*, Niggemann, RIW 1991, p. 377.

¹⁰² *Id.*, p. 103.

será un acto de aplicación de las normas unificadas del derechos comercial internacional.

2.1.2.2. Interpretación

En la segunda parte del primer capítulo (artículos 7-13) se establecen las disposiciones generales y las reglas de interpretación que se aplicarán a la Convención. Carbonneau considera que el carácter “*self-effacing*” de la Convención lleva a interpretarla como parte de la *lex mercatoria*, al analizar el artículo 6 y 9:

The Convention's self-effacing character is one of its most striking features. Article 6 allows parties to stipulate out of the Convention or any of its provisions; article 9 gives superior weight to trade usages, regardless of whether the parties specifically designated an applicable law. These two provisions, perhaps the Convention's most significant, clearly demonstrate that the Convention does not compete with the *lex mercatoria*, but rather that the two bodies of law are complementary (A). Moreover, the Convention itself can be regarded as the expression of international mercantile customs.¹⁰³

Se entiende que la Convención en sí, debido a su carácter autosuficiente y a la importancia que se da a los usos y las prácticas internacionales, no es contraria ni excluyente de la *lex mercatoria*, sino que por el contrario son dos sistemas que se complementan entre sí. Así se logra conformar un método de regulación para las transacciones internacionales e incluso locales, de ser aplicable.¹⁰⁴

2.1.2.2.1 Artículo 7

El artículo 7 determina los principios generales de interpretación, siendo una parte trascendental de la Convención. Esta norma establece como principios generales de interpretación la internacionalidad, uniformidad en su aplicación y observancia de la buena fe.

Artículo 7.

¹⁰³ Thomas E. Carbonneau. *Lex Mercatoria and Arbitration. Óp. cit.*, p. 174. Traducción no oficial: “El carácter modesto de la Convención es una de sus funciones más importantes. El artículo 6 permite a las partes a estipular fuera de la Convención o de sus disposiciones; el artículo 9 da un peso mayor a los usos mercantiles, sin importar si las partes han designado una ley aplicable o no. Estas dos disposiciones, quizá las más significantes de la Convención, demuestran claramente que la Convención no compite con la *lex mercatoria*, sino más bien son dos cuerpos complementarios (A). Además, la Convención en sí puede ser considerada como una expresión de las costumbres internacionales comerciales.”

¹⁰⁴ Así lo consideró la Corte d'Appello di Genova, en su decisión del 24 de marzo de 1995 (Marc Rich y Co. A.G. c. Iritecna), en *Diritto Marittimo* (1995) p. 1054. Tomado de Michael Joachim Bonell y Fabio Liguori. *The U.N. Convention on the International Sale of Goods: A Critical Analysis of Current International Case Law. Óp. cit.*, (acceso: 12/09/2012).

- 1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.
- 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

En cuanto a la internacionalidad de la Convención la Profesora Perales ha establecido que:

De un lado, se ha de evitar la aplicación de las reglas interpretativas propias de un ordenamiento nacional y en consecuencia llevar a cabo una interpretación desvinculada, en la medida de lo posible, del significado propio y tradicional de los términos en los ordenamientos nacionales no uniformes, a menos que exista un entendimiento común. Esto se comprende fácilmente, sobre todo, si se tiene en cuenta que la Convención es igualmente auténtica en seis idiomas, lo que conduce inexorablemente a evitar una interpretación de cada uno de sus términos no sólo según las diferentes lenguas, sino también en función del significado propio que les otorgan los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales.¹⁰⁵

La Convención establece que siempre se deberá mantener observancia a la buena fe. Esto debe entenderse como una regla general que no solamente se debe aplicar a la interpretación de la Convención sino como un estándar de comportamiento de las partes en todas las etapas tanto del contrato como del conflicto si lo hubiere. Incluso en este y en otros instrumentos (ej. UPIC, PECL, UCC, entre otros), se encuentran figuras que son claras manifestaciones de la buena fe en la contratación internacional en artículos específicos. Por ejemplo la regla *venire contra factum proprium*, o la clausula *rebus sic stantibus*, presente en muchos instrumentos internacionales y legislaciones locales.

La segunda parte del artículo 7 establece el método de integración de lagunas. Este método es una de las grandes virtudes de la Convención ya que consiste en:

[e]vitar cualquier recurso prematuro al Derecho nacional, a la vez que logra crear un sistema autosuficiente que, como es lógico, no pretende regular todas las cuestiones que en una compraventa puedan suscitarse. ... En consecuencia, no existirá ningún problema para los supuestos que claramente estén regulados o, por el contrario, excluidos por la Convención a los que, en principio, se aplicará respectivamente el Derecho uniforme y el Derecho nacional que resulte aplicable según las reglas conflictuales.¹⁰⁶

¹⁰⁵ María Perales. *El Contrato De Compraventa Internacional de Mercancías: (Convención De Viena De 1980)*, 2001. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html> (acceso: 12/09/2012).

¹⁰⁶ *Íbid.* (acceso: 12/09/2012).

Esta disposición es la puerta para la aplicación de otras normas que conforman la *lex mercatoria* con el fin de lograr llenar vacíos de cuestiones que no están expresamente reguladas por la Convención.

Así, la jurisprudencia ha analizado la aplicación de este artículo cuando las partes hacen mención a los Incoterms, o a los Principios UNIDROIT. Muchas veces las partes se refieren a términos de determinados Incoterms como “FOB” o “CIF”¹⁰⁷. Esta es una demostración más de que la *lex mercatoria* es actualizada constantemente y se conforma por cuerpos normativos distintos sin contradicciones mayores.

Carbonneau señala que las reglas establecidas en la Convención, generalmente servirán para rellenar lagunas a falta de disposición expresa o, a falta de un uso o una práctica determinada:

Because the parties can choose another law and given the existence of trade usages, Convention rules may not often apply to international sales contracts. The rules, however, can still fill gaps and can be used as a supplementary framework when there are no applicable usages.¹⁰⁸

2.1.2.2.2 Artículo 8

Posteriormente, el artículo 8 de la CCIM establece las reglas para la interpretación de los actos y declaraciones de los contratantes que decidan regular su contrato bajo las disposiciones de la Convención. Si bien el artículo 7 establece los principios y, en general, el método a aplicar para la interpretación de la Convención, el artículo 8 establece las reglas para esclarecer dudas que se planteen en cuanto al entendimiento de los contratantes de las estipulaciones contractuales. Las reglas mencionadas solucionarán conflictos que se den a razón de la formación y ejecución de un contrato.

Al igual que varios instrumentos internacionales, e incluso similar a lo que disponen varias legislaciones domésticas, se establece la regla de un estándar subjetivo de la “intención” de lo actuado o declarado por uno de los contratantes.

Así el numeral 1 del artículo 8 establece que: “A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme

¹⁰⁷ Thomas E. Carbonneau. *Lex Mercatoria and Arbitration*. *Óp. cit.*, p. 176.

¹⁰⁸ *Id.*, p. 179. Traducción no oficial: “Como las partes pueden escoger otra ley y considerando la existencia de los usos mercantiles, las reglas de la Convención pueden no ser comúnmente aplicables a los contratos de venta. Las reglas, sin embargo, pueden igual llenar vacíos y pueden ser usados como un marco suplementario cuando no hay un uso aplicable determinado.”

a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.”

De manera subsidiaria y si no se lograra una interpretación adecuada utilizando el estándar subjetivo de interpretación, se deberá aplicar el párrafo 2do del mismo artículo, el cual establece: “Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

En general la Convención adopta una posición conciliadora y flexible para la interpretación de los actos y declaraciones de las partes. Así el párrafo 3 del artículo 8 “escoge todas las circunstancias relevantes para el caso, especialmente las negociaciones, las prácticas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes. Se trata de un listado ejemplificativo que atiende no sólo al momento de la declaración o de la actuación, sino también a los momentos anteriores y posteriores.”¹⁰⁹

El mencionado artículo 8(3) establece lo siguiente: “Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido, entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

2.1.2.2.3 Artículo 9

El artículo 9 de la Convención es, igualmente, de mucha importancia para la aplicación y uniformidad de la Convención en relación con la *lex mercatoria*. Este Artículo establece:

Artículo 9.

- 1) Las partes quedaran obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
- 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Esta regla pone en claro que las partes no están sujeta única y exclusivamente a la Convención; por el contrario, la Convención reconoce la realidad del comercio

¹⁰⁹ María Perales. *El Contrato De Compraventa Internacional de Mercancías... Óp. cit.*, (acceso: 12/09/2012).

internacional y posibilita a las partes someterse a las prácticas y a los usos comerciales que estos pacten.

Carbonneau establece que las partes se pueden obligar mutuamente por lo usos que las mismas hayan pactado entre sí, como se mencionó antes, esto es común en casos de referencia a una norma distinta de la *lex mercatoria*:

Usages are applicable by party provision. The parties are bound by any usages to which they have agreed. The most common example is the express reference to a given Incoterm, such as FOB or CIF, or to clauses that are common in the trade of a particular commodity. When express provision is made, questions regarding the place of delivery or the passing of risk will be decided by reference to the chosen usages, rather than Convention rules.¹¹⁰

De lo anterior se desprende que las reglas de la Convención pueden ser excluidas si las partes así lo hubieren pactado. Por ejemplo, en condiciones contractuales tales como lugares de entrega, forma de entrega, formas de pago, y demás facilidades que puedan otorgar las partes, se podrá excluir la Convención.

El segundo párrafo del artículo 9 aclara el hecho de que no es contrario a la *lex mercatoria*, al respecto Carbonneau dice:

Article 9(2) provides further that the parties, unless they agree otherwise, are considered to have made trade usages impliedly applicable to their contract or to its formation. Article 9(2) is significant in that it acknowledges that rules not made by states can be imposed upon the parties. These rules, therefore, are truly legal rules. Although usages do not have unlimited legal effect, the Convention places them on a footing at least equal to party autonomy, thereby giving them a status superior to the Convention rules themselves. Under the Convention, usages constitute special rules that reflect the accepted practice in the area.¹¹¹

El debate doctrinario se vuelve muy intenso en relación a la aplicación del Artículo 9(2) ya que: si bien los usos y las prácticas comunes del derecho comercial internacional se vuelven obligatorias, no es fácil determinarlas claramente, para así justificar un

¹¹⁰ Thomas E. Carbonneau. *Lex Mercatoria and Arbitration*. *Óp. cit.*, p. 176. Traducción no oficial: “Los usos son aplicables por estipulaciones contractuales. Las partes están obligadas por cualquier uso al que han acordado. El ejemplo más común es la referencia expresa a un Incoterm, como FOB o CIF, o a cláusulas que son comunes en el comercio de una mercancía particular. Cuando existe una disposición expresa, las preguntas en relación al lugar de entrega o la transferencia del riesgo serán decididas en referencia a los términos escogidos, en vez de las reglas de la Convención.”

¹¹¹ *Ibid.* Traducción no oficial: “El artículo 9(2) dispone que más allá de las partes, a menos que pacten lo contrario, los usos serán considerados implícitamente aplicables a su contrato o a su formación. El artículo 9(2) es significativo en cuanto reconoce que las reglas que no han sido hechas por los estados pueden ser impuestas a las partes. Estas reglas, por lo tanto, son verdaderamente normas legales. A pesar de que los usos no tienen un efecto legal ilimitado, la Convención los coloca a menos igual que la autonomía de las partes, así otorgándoles un estatus superior a las reglas de la Convención en sí. Bajo la Convención, los usos constituyen reglas especiales que reflejan la práctica aceptada en el área.”

incumplimiento o cumplimiento cabal de estas. El “uso” mercantil se puede definir como: “*rules of commerce which are regularly observed by those involved in a particular industry or marketplace.*”¹¹²

Si bien estos “usos” comerciales no deberán ser interpretados de acuerdo a la legislación local¹¹³, en cierto momento pueden pasar a ser parte de la misma, considerando los avances e iniciativas legislativas.¹¹⁴

La jurisprudencia ha demostrado que las partes en contratos regidos bajo la Convención, en ocasiones consideran que existe un incumplimiento sustancial del contrato por no cumplir con los usos mercantiles adecuados, de manera que incluso las partes podrían llegar a inventar una obligación inexistente. Al respecto, Schmidt y Kessel explican esta situación:

Contrary to an occasionally supported view, Article 9(2) does not establish a normative validity of the particular trade usage. Rather, it is concerned with contract supplementation on the basis of a hypothetical intent of the parties, or respectively, with the acceptance of an implied term from which an agreement within the meaning of paragraph 1 arises. To this extent the Anglo-American conception regarding the applicability of trade usages has prevailed over that dominating on the Continent. Paragraph 2 does not establish a fictional intent of the parties, and it certainly does not concern an element of the contract independent from any party intent. Rather, this provision corresponds to the standard of contract interpretation set in Article 8(2), which protects the legitimate expectations of the parties. Thus, positive determination of an actual intent of the parties regarding the trade usage is unnecessary.¹¹⁵

La aplicabilidad de los “usos” mercantiles o las prácticas que conforman la *lex mercatoria*, no pueden ser solicitadas por las partes sin fundamento alguno; por el

¹¹² Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer. *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. *Óp. cit.*, p. 187. Traducción no oficial: “reglas del comercio que son regularmente observadas por los involucrados en una industria o Mercado particular.” Para un criterio similar *vid.* Bianca, Bonnell y Farnsworth, Art. 9, nota. 3.2; Staudinger y Magnus, Art. 9, para 7; *cfr.*, Art. 13(1) ULF.

¹¹³ *Íbid.*

¹¹⁴ *Id.*, p. 188. *Vid.*, Bianca, Bonnell y Farnsworth, Art. 9, nota. 3.2; etc.

¹¹⁵ *Íbid.* Traducción no oficial: “Al contrario que la posición generalmente aceptada, el artículo 9(2) no establece un uso particular del comercio como normativa válida. Por el contrario, se enfoca con la suplementación del contrato sobre la base de una intención hipotética de las partes, o respectivamente, con la aceptación de un término en el acuerdo del cual una definición del párrafo 1 surge. Hasta esto la concepción anglo-americana en relación a la aplicabilidad de los usos mercantiles prevalece sobre la posición dominante en el Continente. El párrafo 2 no establece una intención ficcional de las partes, y ciertamente no se enfoca en el elemento del contrato independiente a las partes. Por el contrario, esta disposición corresponde al estándar de interpretación contractual establecida en el artículo 8(2), que protege la legítima expectativa de las partes. Así, una determinación positiva de una intención de las partes en relación a un uso mercantil es innecesaria.”

contrario, esta disposición pretende el cumplimiento y la salvaguarda de la legítimas expectativas de las partes por el contrato.

Es importante considerar que, la mención en los contratos a otras normas de la *lex mercatoria*, como los Incoterms o el Uniform Commercial Code (“UCC”), así como los usos generales del comercio, refleja una intención clara de las partes. Así se crea una expectativa; y, no una opción para aplicar dichos usos a la sola discreción de cada parte, esta expectativa se ve protegida por el artículo 9.

Si bien las partes pueden en ocasiones hacer mención a la *lex mercatoria* o a alguno de sus componentes, es muy común que las partes se sometan a “los principios generales del derecho”, o “los principios del derecho comercial internacional”, entre otras nomenclaturas. Aplicando el artículo 9(2) de la Convención, el cual establece que no solo que las prácticas y los usos reconocidos en el derecho comercial internacional son de directa aplicación, sino que la referencia a ellos lleva a la aplicación de la *lex mercatoria*, de manera que un tribunal arbitral o un Juez local deberá aplicar la *lex mercatoria* en este sentido.

Fouchard, *et. al*, explican como se debe entender las nomenclaturas que utilicen las partes al referirse a la ley aplicable a su contrato.

Parties resort to a variety of expressions to convey their intention that the contract be governed by transnational rules, such as ‘general principles of international commercial law’, ‘generally-recognized legal principles’ and ‘principles common to several legal systems’. In state contracts, governing law clauses are complicated by references borrowed from public international law such as ‘international custom’, ‘international law’ and ‘general principles of law within the meaning of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice’. [...] ¹¹⁶

Fouchard, Gaillard y Goldman continúan en similar sentido al referirse a la ley aplicable a las disputas que puedan surgir de estos contratos con cláusulas de ley aplicable como las citadas anteriormente:

The parties’ freedom to have their dispute governed by ‘rules of law’ allows them to resort to any of the components of *lex mercatoria* described above. The arbitrators

¹¹⁶ Fouchard, Gaillard y Goldman. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. *Óp. cit.*, p. 805. Traducción no oficial: “Las partes acuden a una variedad de expresiones para demostrar su intención de que el contrato será gobernado por reglas transnacionales, como ‘los principios generales del derecho comercial internacional’, ‘principios legales generalmente reconocidos’ y ‘principios comunes a varios sistemas legales’. En contratos con el Estado, las cláusulas de ley aplicable son complicadas por referencias prestadas del Derecho Internacional Público, como ‘costumbre internacional’, ‘ley internacional’ y ‘principios generales de derecho dentro de la definición del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia’. [...]”

must therefore establish exactly what the parties had in mind when they used a particular expression to describe the rules of law applicable to the dispute. [...]”¹¹⁷

El resto de artículos de la Convención son de carácter sustantivo en la regulación de un contrato, lo cual si bien es importante para la aplicación de la Convención, no tienen mayor relevancia en cuanto a su interpretación y ámbito de aplicabilidad, que es lo que más interesa en este trabajo.

Del análisis de la primera parte de la Convención, se concluye que su aplicabilidad es obligatoria en el Ecuador, tanto para los jueces ordinarios como para los tribunales arbitrales, cuando sea aplicable, por ser parte integrante del ordenamiento jurídico local. El desarrollo normativo en el ámbito comercial internacional no es en vano, y el desconocimiento de nuestros jueces de dichos avances no es un motivo razonable para su falta de aplicación tanto en contratos privados como en contratos con el Estado. Este punto será analizado a profundidad en el capítulo 3 de este trabajo.

2.2 Los Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales

Los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante “UPIC” o “los Principios”) son el producto de una iniciativa académica de unificación normativa para el comercio internacional llevada a cabo por el Instituto Internacional UNIDROIT para la Unificación del Derecho Internacional Privado (en adelante el “Instituto UNIDROIT” o “el Instituto”). El Instituto UNIDROIT fue fundado en 1926 con auspicio de la Liga de las Naciones¹¹⁸, y fue restablecido en 1940 a través de un acuerdo multilateral¹¹⁹. Su sede principal es en Roma.

El Instituto fue formado con el principal objeto de “estudiar las necesidades y métodos para modernizar, armonizar y coordinar las normas comerciales, privadas y públicas entre estados y grupos de estados para formular instrumentos de normas uniformes, principios y reglas.”¹²⁰

¹¹⁷ *Id.*, p. 807. Traducción no oficial: “La libertad de las partes para gobernar una disputa por ‘normas de derecho’ les permite acudir a cualquiera de los componentes de la *lex mercatoria* descritos anteriormente. Los árbitros deberán entonces establecer exactamente lo que las partes querían cuando utilizaron una expresión en particular para describir las ‘normas de derecho’ aplicables a la disputa. [...]”

¹¹⁸ *Vid.*, <http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103284> (acceso: 29/09/2012).

¹¹⁹ Para ver el Estatuto UNIDROIT, *vid.*, <http://www.unidroit.org/mm/statute-e.pdf> (acceso: 29/09/2012).

¹²⁰ Texto original: “Its purpose is to study needs and methods for modernising, harmonising and coordinating private and in particular commercial law as between States and groups of States and to formulate uniform law instruments, principles and rules to achieve those objectives.” <http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103284> (acceso: 28/09/2012).

La idea de redactar los Principios se remonta a 1971, cuando el “UNIDROIT’s Governing Council included on the Work Programme a topic on the “progressive codification” of international trade law, with a steering committee composed of Professors David (France), Schmitthoff (England), and Popescu (Romania).”¹²¹

Posteriormente el grupo de trabajo compuesto mayormente por académicos europeos liderados por el Profesor Michael Joachim Bonell se estableció en 1980. Este grupo de trabajo tenía reuniones al menos dos veces cada año, hasta que en 1994 se publicó la primera versión¹²² de los Principios en inglés y en francés.

Los Principios fueron redactados por tres motivos principales, de acuerdo a Vogenauer¹²³; (i) la necesidad de la armonización de la ley de los contratos comerciales internacionales por el incremento de los costos de la transacción por contradicciones entre las normas locales; (ii) las divergencias de la norma doméstica que genera a una distorsión de la competencia de los negocios en estados distintos; y, (iii) la insuficiencia de la normas contractuales domésticas para regir las transacciones internacionales.

En relación al primer punto, a decir de Vogenauer, la determinación de la ley aplicable a una transacción, bajo el método de conflicto de ley en cada país, es bastante complicado para las partes, por este motivo se requiere de asesoría de un experto, lo cual es costoso y toma tiempo.

De manera que, por lo general, las contradicciones y divergencias de las normas locales de una parte, van a ser extrañas y complicadas para la otra parte, por lo que asesoría jurídica y comercial será necesaria, una vez más incrementando considerablemente los costos. Específicamente Vogenauer establece lo siguiente:

First, divergences of domestic laws potentially lead to an increase in the parties’ transaction costs. The complexity of national conflict of laws regimes can make it difficult for the parties to predict which contract law will be applicable to their transaction. The applicable law can be established by specialists, but this is often costly and time-consuming. Furthermore, national contract laws differ in their content, and sometimes substantially so. At least one of the parties to an international contract is therefore faced with law with which it is not entirely familiar. As a consequence,

¹²¹ E. Allan Farnsworth. *An International Restatement: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. Óp. cit., p. 2. (acceso 19/09/2012). Traducción no oficial: “El consejo de Gobierno de UNIDROIT incluyó en el Programa de Trabajo el tema sobre “la unificación progresiva” del derecho comercial internacional, con un comité dirigido por los profesores David (Francia), Schmitthoff (Inglaterra) y Popescu (Romania).”

¹²² Vid., <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles1994/1994fulltext-english.pdf> (acceso 20/09/2012).

¹²³ Stefan Vogenauer y Jan Kleinheisterkamp. *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Nueva York: Oxford University Press. 2009, p. 1-3.

this party normally has greater difficulties in predicting its legal position before concluding a contract, and also thereafter in the event of potential litigation. Again, costs for additional legal advice may have to be incurred and the parties' dealing may be slowed down.¹²⁴

Continua el citado autor analizando el segundo motivo para la redacción de los Principios, y establece que pueden haber divergencias que compliquen la transacción cuando el negocio que se encuentra establecido en un estado, este se vea beneficiado en una posición contractual frente a las reglas y las limitaciones que tiene la parte extranjera por ley doméstica. A continuación Vogenauer cita un ejemplo en cuanto a la prescripción de acciones por incumplimiento contractual tomado de Basedow¹²⁵.

Second, the divergences of domestic contract laws can lead to a distortion of competition between businesses established in different states. A business that is subject to a particular legal requirement under its domestic law, such as a long limitation period for claims arising out of defective performance, is disadvantaged against a business that is governed by a law with less stringency requirements, such as a shorter limitation period (...). Even if the contract law under which the second party operates allows for the contractual modification of limitation periods, this party will only be able to negotiate a shorter limitation period if it provides some compensation. Distortion of competition, as is well known, leads to inefficiencies and thus impedes overall growth.¹²⁶

En muchas ocasiones un comerciante se puede ver afectado por las restricciones a las que se debe someter de acuerdo a la legislación local de un país determinado, en contraposición a un comerciante de un país con mayor desarrollo comercial (por ejemplo los países europeos).

¹²⁴ *Id.*, p. 1. Traducción no oficial: “Primero, las divergencias de leyes domésticas llevan a un aumento en el costo de la transacción para las partes. La complejidad del régimen de conflicto de ley nacional hace difícil para las partes a predecir que norma contractual será aplicable a su transacción. La ley aplicable podrá ser determinada por especialistas, pero esto generalmente consume mucho tiempo y dinero. Además, la ley contractual de cada país difiere sustancialmente. Al menos una de las partes de un contrato internacional está enfrentada a una ley con la cual no está enteramente familiarizada. Como consecuencia, esta parte normalmente tiene mayores dificultades prediciendo su posición legal ante la celebración del contrato, y además en lo subsiguiente de una potencial litigación. Otra vez, los costos para asesoría legal adicional serán incurridos por las partes y la negociación será más demorada.”

¹²⁵ *Id.*, p. 2. Nota al Pie de Página No. 3.

¹²⁶ *Id.*, p. 2. Traducción no oficial: “Segundo, las divergencias de la ley contractual doméstica puede llevar a una distorsión de competencia entre los negocios establecidos en distintos estados. Un negocio que está sujeto a un requerimiento legal particular por su ley local, por ejemplo períodos largos de reclamos por incumplimiento de contrato, es una desventaja ante el otro negocio que tiene leyes más beneficiosas, por ejemplo períodos más cortos para estos reclamos. Incluso si bajo la ley contractual que la segunda parte opera se permite la modificación contractual de plazos contractuales, esta parte tendrá que negociar bajo un periodo más corto si se establece una compensación. La distorsión de la competencia, como se sabe, lleva a ineficiencias y por lo tanto impide el crecimiento en general.”

Finalmente, Vogenauer analiza el tercer motivo principal para la redacción de los Principios, el cual es el de mayor relevancia jurídica. Vogenauer señala que el ordenamiento local es diseñado y fue promulgado para regular contratos locales entre agentes domésticos, sean públicos o privados, por lo que la legislación local no puede regular a cabalidad las transacciones internacionales que tanto caracteriza nuestra época. En este sentido el autor citado establece lo siguiente:

Third, the inadequacy of domestic contract laws for international transactions is widely acknowledged. National contract laws are first and foremost designed for internal contracts. Only rarely do they provide specific rules for the particularities of international contracts such as the problems arising from the parties being based in different time zones or speaking different languages. They do not normally contain solutions for specific types of contracts or instruments that are commonly used in international trade, such as turnkey contracts, letters of intent, or similar. There are other deficiencies: national notice and limitation periods might be inappropriately short for international trade, domestic formal requirements might impede the desired speed of international transactions, the allocation of risk between the parties might have to be assessed differently because the distances covered and the combinations of means of transport at an international level are usually different, or similar.¹²⁷

Una vez explicados los principales motivos que llevaron a la redacción de los Principios, pasaremos a analizar el ámbito de aplicación de los Principios. Así se podrá determinar la aplicabilidad de los Principios tanto en las relaciones contractuales internacionales así como en la resolución de conflictos en el Ecuador.

2.2.1. Ámbito de Aplicación

El preámbulo del texto,¹²⁸ reza lo siguiente en cuanto al ámbito de aplicación de los UPIC.

Preámbulo: (Propósito de los Principios)

Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Estos Principios deberían aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos.

¹²⁷ *Íbid.* Traducción no oficial: “Tercero, lo inadecuado de las normas contractuales locales para las transacciones internacionales es ampliamente reconocida. Las normas contractuales domésticas son primeramente diseñadas para contratos internos. Rara vez disponen reglas específicas para las particularidades de los contratos internacionales, por ejemplo, cuando hay problemas en relación a las zonas horarias de las partes o son de distintos idiomas. Las normas no contienen soluciones para este tipo de contratos o instrumentos comúnmente utilizados en el comercio internacional, como los contratos ‘turnkey’, cartas de intención, o similares. Hay otras deficiencias: las notificaciones bajo la ley local y los periodos de prescripción pueden ser inapropiados para el comercio internacional, los requerimientos formales domésticos pueden impedir la deseada velocidad de las transacciones internacionales, el posicionamiento del riesgo entre las partes puede ser determinado de manera distinta por las distancias cubiertas y los medios de transporte en el nivel internacional, que son generalmente distintos.”

¹²⁸ *Vid.*, <http://www.unidroit.org/dynasite.cfm?dsmid=103284> (acceso: 24/09/2012).

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.

Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.¹²⁹

Sobre este artículo la doctrina ha tenido un arduo debate en relación a la aplicación e interpretación. Esto se debe a que la aplicación de los Principios como norma sustantiva dependerá en gran medida a este artículo.

Las siete posibilidades de aplicabilidad de los Principios, las cuales no son taxativas¹³⁰, se pueden dividir en dos grupos principalmente. En primer lugar, los Principios se refieren a una descripción de la ley sustantiva fuera de los UPIC, y, en segundo lugar, los Principios prescriben un modelo para legislación codificada.

Vogenauer dice lo siguiente en cuanto a la división de las posibilidades de aplicación de los Principios:

The purposes can be grouped according to types. Frequently, merely two types are distinguished: the PICC aim to be both a description (of existing law outside the PICC) and a prescription (of a codified set of rules); they are a combination of restatement and pre-statement. In reality, the latter purpose must be further divided into one of potential prescription (the PICC as a model for norm makers) and one of actual prescription (the PICC as currently applicable law).¹³¹

Esta división se hace en razón del verbo imperativo de cada uno de los propósitos. Existe una diferencia clara entre “establecen”, “deberían” y “pueden”. Por lo tanto, se considera que el primer párrafo establece a los UPIC como norma sustantiva para la regulación de contratos comerciales internacionales.

En este sentido, se ha establecido que la aplicación de los UPIC como norma

¹²⁹*Vid.*,

<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf> (acceso: 12/09/2012).

¹³⁰ *Vid.*, Comentario 8 al Preámbulo, p.7.

¹³¹ Stefan Vogenauer y Jan Kleinheisterkamp. *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. *Óp. cit.*, p. 25. Traducción no oficial: “Los propósitos pueden ser agrupados por tipos. Frecuentemente, solamente dos tipos se distinguen: los UPIC apuntan a ser tanto una descripción (de ley existente afuera de los UPIC) como una prescripción (de reglas codificadas); son una combinación de declaración y pre-declaración. En realidad, el segundo propósito debe ser dividido además en un tipo potencial prescripción (los UPIC como un modelo para legisladores) y uno de prescripción actual (los UPIC como ley aplicable).”

sustantiva debe necesariamente nacer de la voluntad de las partes, ya sea por aplicación directa del primer propósito o por aplicación de los propósitos 2, 3 o 4.

Because, in contrast to the Vienna Convention, the Principles are not legislative in nature, if the parties want them to apply they should incorporate them, either by name or generally. According to their Preamble, they are to be applied "when the parties have agreed that their contract be governed by [them or by] 'general principles of law,' the '*lex mercatoria*' or the like."¹³²

Ahora bien, la aplicación del Párrafo 1 no es en sí misma tan controversial como la aplicación del resto de propósitos establecidos en el Preámbulo¹³³. El primer propósito considera la aplicación de los Principios para la regulación de un Contrato Comercial Internacional. Sin embargo, sus comentaristas han establecido claramente que:

Notwithstanding the fact that the Principles are conceived for international commercial contracts, there is nothing to prevent private persons from agreeing to apply the Principles to a purely domestic contract. Any such agreement would however be subject to the mandatory rules of the domestic law governing the contract.¹³⁴

En relación a la aplicación directa de los UPIC como una expresión de la *lex mercatoria*, según establece el tercer propósito, los comentaristas han establecido lo siguiente:

The Principles applied as a manifestation of "general principles of law", the "*lex mercatoria*" or the like referred to in the contract.

Parties to international commercial contracts who cannot agree on the choice of a particular domestic law as the law applicable to their contract sometimes provide that it shall be governed by the "general principles of law", by the "usages and customs of international trade", by the *lex mercatoria*, etc.

Hitherto, such reference by the parties to not better identified principles and rules of a supranational or transnational character has been criticized, among other grounds, because of the extreme vagueness of such concepts. In order to avoid, or at least to reduce considerably, the uncertainty accompanying the use of such rather vague

¹³² E. Allan Farnsworth. *An International Restatement: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. *Óp. cit.*, p. 3. Traducción no oficial: "Ya que, en contraste a la Convención de Viena, los Principios no son legislativos en naturaleza, si las partes quieren aplicarlos deberán incorporarlos, ya sea por nombre o generalmente. De acuerdo al preámbulo, se aplicarán 'cuando las partes han acordado que su contrato sea gobernado por [ellos o por] 'principios generales de derecho', la '*lex mercatoria*' o similar."

¹³³ *Vid.*, Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. *Óp. cit.*, p. 29 y ss.

¹³⁴ Comentarios oficiales a los Principios. p. 2 y ss. en <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> (acceso: 14/09/2012). Traducción no oficial: "A pesar del hecho que los principios son concebidos para los contratos internacionales, no hay nada que prevenga a partes privadas en acordar la aplicación de los Principios a contrato puramente doméstico. Un acuerdo así deberá estar sujeto a las reglas imperativas de la ley local que gobierna el contrato."

concepts, it might be advisable, in order to determine their content, to have recourse to a systematic and well-defined set of rules such as the Principles.¹³⁵

Como lo establece el comentario oficial a los UPIC, la elección de las partes de regular su contrato por la *lex mercatoria* ha sido muy criticada, considerando la indeterminación del concepto. Sin embargo, como se ha mencionado con anterioridad, no se trata de la aplicación una serie de reglas sistematizadas en forma de ley; sino de la aplicación de un método para regular una transacción sea internacional o local.

En varios tribunales arbitrales se ha aceptado el uso de la *lex mercatoria*. Incluso se ha aceptado que los Principios así como la Convención, son una expresión de la misma.

Así lo ha dicho un tribunal arbitral en el arbitraje CCI No. 13012 del 2004¹³⁶, en el que un contrato entre una compañía francesa y una compañía americana, que no contenía una sobre la ley aplicable, las partes desearon que su derecho local fuera la ley aplicable para los méritos de la disputa. No obstante, el tribunal consideró que la ley aplicable sería la *lex mercatoria*, y específicamente los Principios, como una expresión de la misma.

Whereas in situations where the parties did not select the material law governing their agreement, arbitrators have frequently filled up this lacuna by a recourse to the general principles of law or *Lex mercatoria*; (...) Whereas several ICC cases have considered that the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts ('UNIDROIT Principles') are the best approach to apprehend the general principles of law;¹³⁷

En este sentido se pronuncia Vogenauer al decir que los Principios son una expresión de la *lex mercatoria* y así ayudan a la determinación de las reglas

¹³⁵ Comentarios oficiales a los Principios. p. 3 y ss. en <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> (acceso: 14/09/2012). Traducción no oficial: "Los Principios aplicados como una manifestación de los 'principios generales de derecho', la 'lex mercatoria' o similar referidos en el contrato.

Las partes de contratos comerciales internacionales que no acuerden en una opción de una ley local particular como la ley aplicable a su contrato, en ocasiones establecen que será gobernado por los 'principios generales de derecho', por 'los usos y costumbres del comercio internacional', por la *lex mercatoria*, etc.

Ahí, tal referencia por las partes a no identificar mejor los principios y reglas transnacionales y supranacionales ha sido criticada, entre otros motivos, por la ambigüedad extrema de tales conceptos. Para evitar, o al menos reducir considerablemente, la incertidumbre que acompaña el uso de tales conceptos realmente ambiguos, puede ser recomendable, para determinar su contenido, recurrir a un set de reglas sistemáticas y bien definidas como los Principios."

¹³⁶ Véase también, Caso CCI No. 9474 2001 (París); Caso CCI No. 7110 1999 (París); Caso CCI No. 8264 1999 (París). Disponibles en www.unilex.info (acceso: 30/09/2012).

¹³⁷ Traducción no oficial: "Considerando que las situaciones en las que las partes no han seleccionado la ley sustantiva que gobierna su acuerdo, los árbitros frecuentemente han llenado esta laguna al recurrir a los principios generales de derecho o la *lex mercatoria*; [...] Considerando que varios casos de la ICC, han considerado que los Principios Unidroit para los Contratos Comerciales Internacionales son el mayor acercamiento para comprender los principios generales de derecho."

transnacionales a ser aplicables cuando la cláusula de Ley Aplicable de un contrato se refiere a la *lex mercatoria*.

Since the choice of the '*lex mercatoria*' or of the 'general principles' by the parties does not amount to a choice of a particular rules, the application of the PICC to the parties' relationship may be justified as an expression or evidence of transnational law.¹³⁸

Es importante recalcar que los Principios ayudan tanto a la interpretación de otros instrumentos internacionales que de igual manera informan la *lex mercatoria*, como la Convención CCIM, los Principios Europeos para los Contratos Internacionales, o los Incoterms, como a la interpretación de las normas locales.

Considerando su aplicación en el derecho comercial internacional, la interpretación de la doctrina y el mismo texto de los Principios, su aplicación asiste a la mejor interpretación de la *lex mercatoria* y de las reglas domésticas.

2.2.1.2. Artículo 1.9 (Usos y Prácticas)

El artículo 1.9 de los Principios merece un análisis específico considerando su semejanza al Artículo 9 de la Convención en cuanto a la aplicabilidad de los usos y prácticas internacionales.

Este artículo, similar a lo dispuesto en el Artículo 9 de la Convención CCIM, establece que los usos y las prácticas de los agentes del comercio internacional serán de obligatorio cumplimiento para las partes.

El artículo 1.9 establece lo siguiente:

Artículo 1.9 (Usos y prácticas)

(1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

(2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.

Esta disposición se asemeja en gran medida al Artículo 9(1) y 9(2) de la Convención en cuanto al carácter vinculante de los usos del comercio internacional. Al igual que en esta, existe un problema de interpretación, ya que los "usos" no tienen en sí una definición como para considerarlos individualizados.

¹³⁸ Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. *Óp. cit.*, p. 88 y ss. Traducción no oficial: "Como la elección de la '*lex mercatoria*' o los '*principios generales*' por las partes no llega a ser una elección de ley particular, la aplicación de los UPIC a la relación de las partes puede ser justificada como una expresión o evidencia de ley transnacional."

Los comentaristas a la Convención consideran, como se mencionó anteriormente, que los usos vinculantes del comercio internacional crean una legítima expectativa entre las partes que deberá ser respetada por las mismas. Por otro lado, los comentaristas de los Principios consideran que los *travaux préparatoires* no llevan de ningún manera a la misma interpretación. Por el contrario, Vogenauer, considera lo siguiente:

According to Art. 1.9(2), usages that are not agreed by the parties are only binding on them if they meet three requirements. First, the usage in question must be regularly observed in international trade by parties in the particular trade. Second, it must be widely known to such parties. Third, the application of the usage may not be unreasonable in the particular case.¹³⁹

Para explicar lo anterior de mejor manera, el referido autor explica que los contratos en los que se hace una referencia a otra norma sin especificarla, por ejemplo cuando se utilicen términos especificados en los Incoterms o los UCP 600, las partes no se están refiriendo a los usos comerciales de carácter vinculante, sino únicamente cuando dichos usos cumplan con las características que se establecen anteriormente. Es decir, se debe determinar si cierto uso o práctica del comercio internacional cumple con los requisitos establecidos en el artículo 1.9(2) en función de su definición en dichos instrumentos para así considerarlo vinculante para las partes.

De dichos requisitos, se debe enfatizar el primero, el cual se refiere a la observancia en el comercio internacional. Esta “observancia” debe ser puramente internacional, es decir debe ser de carácter global. Esto se debe a que las partes no deben considerar los usos y las prácticas domésticas y regionales, ya que no siempre pueden adaptarse adecuadamente a un contrato de características internacionales¹⁴⁰. Adicionalmente, la observancia al comercio internacional debe ser estrictamente comercial¹⁴¹. Esta limitación se debe a la costumbre de los comerciantes que llevan negocios a cabo en su región, los cuáles generalmente ejecutan ciertas operaciones con comerciantes de la región en similar manera, por ejemplo, la exhibición de bienes o transacciones de bolsa.

Sin embargo, estas prácticas y estos usos no pueden ser razonablemente aplicadas

¹³⁹ Stefan Vogenauer and Jan Kleinheisterkamp, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. *Óp. cit.*, p. 196. Traducción no oficial: “De acuerdo al artículo 1.9(2), los usos que no se hayan acordado por las partes son solamente vinculantes si cumplen con tres criterios. Primero, el uso en cuestión debe ser regularmente observado en el comercio internacional por partes de un comercio en particular. Segundo, debe ser ampliamente conocido a tales partes. Tercero, la aplicación del uso no puede ser irracional en el caso particular.”

¹⁴⁰ *Id.*, p. 197.

¹⁴¹ *Ibid.*

para un comerciante de otra región o a una transacción de distinta naturaleza.

Considerando que, si las partes cumplen con todos los requisitos del Artículo 1.9(2), deberán aplicar los usos o prácticas que se hayan determinado.

Es necesario recalcar la definición de la *lex mercatoria*, por la cual la se establece que la *lex mercatoria* es la codificación e implementación de los usos y prácticas del comercio internacional en un sistema normativo dinámico e intangible cuyas fuentes, la legislación local e internacional, el desarrollo jurisprudencial y los principios del derecho, actualizan la misma junto con el desarrollo comercial.

Los usos y prácticas a los que se refiere el Artículo 1.9(2) de los Principios se refieren mayormente a las prácticas reguladas por la *lex mercatoria* que puedan ser aplicables a una transacción específica, y así la vuelve vinculante.

En similar sentido se pronunció un tribunal arbitral CCI en el Caso No. 10335 (2000)¹⁴², en el cual un contrato regido por legislación doméstica de un país determinado hacía referencia a los Principios para demostrar que la solución corresponde al derecho moderno.

Utilizando la definición de la *lex mercatoria* proporcionada por Goldman, se podrá considerar que los Principios en gran medida es una codificación de la *lex mercatoria* en cuanto a las bases para la regulación de las transacciones internacionales. Por lo tanto, y considerando la apertura que establece el preámbulo para la aplicación de los Principios, es apropiado aplicar los Principios para la regulación de contratos internacionales. Ya sea de manera directa como ley sustantiva al contrato, cuando las partes no hayan determinado una ley aplicable en su contrato, o incluso como un cuerpo que ayude a la complementación e interpretación de la ley aplicable que determinen las partes.

2.2.1.3. Interpretación y Complementación a otras Normas

De acuerdo a lo anterior, es relevante analizar el sexto y séptimo propósito de los Principios establecidos en el Preámbulo, los cuales establecen la aplicabilidad de los Principios para interpretar y complementar normas locales o domésticas. Estos dos propósitos establecen que los Principios podrán ser aplicados para la interpretación y la complementación de i) normas internacionales y ii) regulación doméstica.

En cuanto a la interpretación de instrumentos internacionales, el texto del

¹⁴² Vid., <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13621> (acceso: 17/09/2012).

preámbulo establece que, “[e]stos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme”¹⁴³.

5. Los Principios como medio para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Todo instrumento internacional de derecho uniforme puede plantear interrogantes respecto al significado preciso de cada una de sus disposiciones y pueden presentar lagunas.

Por lo general el derecho uniforme internacional las ha ido interpretado, y complementado, sobre la base de principios y criterios de derecho nacional, ya sea el derecho del foro o aquél que, conforme a las reglas pertinentes de derecho internacional privado, debe ser aplicado en la ausencia de derecho uniforme internacional.

En los últimos años tanto los tribunales judiciales como de arbitraje han dejado paulatinamente de lado esta aproximación “conflictual”, tratando de interpretar y complementar el derecho uniforme internacional en base a criterios y principios autónomos e internacionalmente uniformados. Esta aproximación es la que ha sido sancionada de manera expresa por las convenciones más recientes (véase, por ejemplo, el Art. 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG)), que parten de la base de que el derecho uniforme internacional, aún luego de incorporarse al derecho interno de un país, sólo se integra a éste de manera formal, sin perder, desde un punto de vista sustantivo, su carácter original de un cuerpo jurídico que se ha desarrollado de manera autónoma a nivel internacional, aspirando a ser aplicado de manera uniforme en todo el mundo.

Estos principios y criterios, desarrollados de manera autónoma con la finalidad de interpretar y complementar instrumentos de derecho uniforme internacional, deben ser descubiertos por jueces y árbitros en cada caso en particular y en base a un estudio comparado de las diversas soluciones aportadas por los diversos ordenamientos jurídicos. En este sentido, los Principios podrían facilitar esta tarea de manera considerable.¹⁴⁴

De acuerdo al mismo texto del preámbulo y al comentario oficial citado, el cual se explica por sí mismo, es recomendable la utilización de los Principios para complementar y evitar lagunas en la interpretación de disposiciones de cuerpos internacionales tales como la Convención o los PECL, entre otros. Al aplicar los Principios en este sentido, se pretende evitar las disparidades y lagunas que quedan en la interpretación de las normas internacionales las cuales en ocasiones pueden ser complementadas por el ordenamiento local.

Por otro lado, los Principios pueden ser utilizados para la interpretación de la legislación nacional.

¹⁴³ Preámbulo, Principios Unidroit para los Contratos Internacionales.

¹⁴⁴ Comentarios oficiales a los Principios. p. 35 y ss. en <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>. (acceso: 30/09/2012).

6. Los Principios como medio para interpretar y complementar el derecho nacional. También puede recurrirse a los Principios para interpretar o complementar el derecho nacional. Jueces y árbitros suelen enfrentar dudas respecto de la solución adecuada a ser adoptada bajo un derecho nacional en particular, ya sea porque existen diferentes alternativas o porque pareciera no aplicarse ninguna. Es aconsejable recurrir a los Principios como fuente de inspiración especialmente en aquellos casos en que la controversia se relaciona con un contrato comercial internacional. De esta manera el derecho nacional en cuestión será interpretado y complementado de conformidad con estándares internacionalmente aceptados y/o las necesidades específicas inherentes a las relaciones comerciales transfronterizas.¹⁴⁵

Este propósito del preámbulo del texto de los Principios es la más clara expresión de la aplicación de la *lex mercatoria* en la legislación local cuando se trate o no de un contrato internacional. El texto considera que los jueces y árbitros locales podrán utilizar los Principios (ampliamente reconocidos como parte de la *lex mercatoria*) para esclarecer e interpretar normas de los ordenamientos jurídicos domésticos que por lo general son desactualizados y no cumplen con las exigencias del comercio internacional.

Es por esto que la aplicación de los Principios en este sentido permite a las autoridades judiciales locales alcanzar los estándares del comercio internacional para solucionar controversias a las cuales el ordenamiento local no satisfacen.

Una vez analizadas los cuerpos normativos de mayor importancia y que comprenden de mayor manera la *lex mercatoria*, procederemos a analizar otras normas que no tienen un carácter de similar importancia como la Convención o los Principios pero que de igual integran la *lex mercatoria*.

2.3. Otras normas de la *lex mercatoria*.

Más allá de los dos cuerpos analizados, la CCIM y los Principios, que a nuestro parecer son los cuerpos de mayor uso que conforman la *lex mercatoria*, existen otras normas o compilaciones de reglas que también conforman la *lex mercatoria* y que tienen mayor influencia dependiendo de las características de la transacción.

Por ejemplo, los muy utilizados Incoterms elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, contienen una serie de normas y estándares en cuanto a la operatividad misma de ciertas transacciones.

¹⁴⁵ Comentarios oficiales a los Principios. p. 36 en <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>. (acceso: 30/09/2012).

Por otro lado, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (“PECL”) establecen de manera similar a la Convención CCIM o a los Principios, una serie de reglas sustantivas que regirán el comercio a nivel regional en Europa.

Varios instrumentos internacionales además de la Convención, los Principios y los Incoterms, conforman la *lex mercatoria*, ya sean dentro de un país (UCC en Estados Unidos), regionales (PECL), o globales. Es por esto que a continuación se hará un breve análisis del ámbito de aplicación y la interpretación que se puede dar a las normas regionales que conforman la *lex mercatoria*.

2.3.1. Incoterms

La redacción de los Incoterms se debe a los esfuerzos de la CCI para regular ciertos estándares para la entrega, transporte y manejo de las mercancías que son objeto de una transacción internacional.

2.3.1.1 Introducción y reseña histórica

En 1936 la CCI creó los Incoterms para establecer una serie de reglas para la interpretación de los usos y las prácticas de mayor uso en el comercio internacional. Desde ese entonces los expertos de la CCI han reformado los Incoterms varias veces¹⁴⁶ para mantenerse actualizados con las necesidades y exigencias de los comerciantes. Los Incoterms derivan de “International Commercial Terms”.

El concepto de los Incoterms nació en 1921 en la Cámara de Comercio Internacional, el primer set de reglas fue redactado y terminado en 1936. El más claro antecedente de los Incoterms fue la redacción de las seis reglas principales: FOB¹⁴⁷, FAS¹⁴⁸, FOT¹⁴⁹, FOR¹⁵⁰, Free Delivered, CIF¹⁵¹ y C&F¹⁵², las cuales fueron elaboradas por la Comisión de Términos de Comercio y los Comités Nacionales de la CCI.

Actualmente, los Incoterms (2010) se componen por 11 términos que contienen las reglas en relación a los costos, la responsabilidad de entrega, de transporte y el riesgo de las mercancías en el comercio internacional. Esta última versión fue emitida el 26 de

¹⁴⁶ Las revisiones y actualizaciones a los Incoterms se realizaron en 1945, 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 y 2010.

¹⁴⁷ Free On Board.

¹⁴⁸ Free Alongside Ship.

¹⁴⁹ Free on Truck.

¹⁵⁰ Free on Rail.

¹⁵¹ Cost, Insurance & Freight.

¹⁵² Cost & Freight.

septiembre del 2010 y entró en vigor el 1 de enero del 2011. Los Incoterms se dividen en dos grupos, las cláusulas para cualquier medio o medios de transporte, y las cláusulas para el transporte marítimo o por vías navegables, como se puede ver a continuación.

- Reglas para cualquier medio o medios de transporte
 - EXW - EX WORKS
 - FCA - FREE CARRIER
 - CPT - CARRIAGE PAID TO
 - CIP - CARRIAGE AND INSURANCE PAID TO
 - DAT - DELIVERED AT TERMINAL
 - DAP - DELIVERED AT PLACE
 - DDP - DELIVERED DUTY PLACE

- Reglas para transporte marítimo y vías navegables interiores
 - FAS FREE ALONGSIDE SHIP
 - FOB FREE ON BOARD
 - CFR COST AND FREIGHT
 - CIF COST INSURANCE AND FREIGHT

De manera que, los comerciantes pueden establecer términos para la entrega, manejo, riesgo y costo de las mercancías objeto de una transacción de manera unificada sin importar su nacionalidad. Estos términos son utilizados en el comercio internacional, junto con la CCIM y los Principios Unidroit, considerando que en sí una de las cláusulas no consiste en un contrato, sino que debe ir acompañada de normas sustantivas.

Con la división expuesta, los términos para las transacciones internacionales de venta de mercadería se ven unificados, siempre y cuando los comerciantes hagan referencia a ellos.

2.3.1.2. Naturaleza y aplicación

Los Incoterms no pueden ser considerados como una convención o un tratado, como sí lo es la CCIM, sino como una serie de reglas recopiladas en un solo documento que se revisa y se actualiza en función del desarrollo del comercio internacional. En

palabras de Tovar Gil, “Uno de los ejemplos más representativos y difundidos de los cuerpos de normas que integran la *lex mercatoria* son los INCOTERMS.”¹⁵³

De lo anterior podemos colegir que los Incoterms son otra de las más claras expresiones de la *lex mercatoria*, principalmente por su aplicabilidad independiente a la nacionalidad de los comerciantes, así como por su carácter uniforme y homogéneo.

Además, como se ha mencionado anteriormente, en ocasiones los comerciantes establecen términos de los Incoterms en sus contratos sin especificar los mismos, de manera que la aplicabilidad de los Incoterms es complementaria, incluso en relación a la interpretación uniforme de contratos del comercio internacional. En palabras del Presidente de la CCI, Rajat Gupta, “antes de que la CCI desarrollara las reglas Incoterms, los diferentes términos eran interpretados de varias maneras dependiendo del país, frecuentemente suscitando disputas y procesos de litigio”.¹⁵⁴

A pesar de su espíritu conciliador y unificador, siempre existirán disputas en relación a la interpretación y aplicación de reglas del comercio internacional. En este sentido, la Cámara de Comercio Internacional de México ha dicho que:

El Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (Vol.21/1 y 21/ 2) contiene extractos de 23 laudos arbitrales que muestran la importancia que pueden llegar a jugar los Incoterms en la resolución de disputas. El Boletín muestra también cómo varias reglas Incoterms han sido utilizadas y aplicadas en diferentes casos y disputas contractuales. Asimismo, según el reporte, han resultado ser útiles para determinar la ley aplicable. En conjunto, las reglas Incoterms® dirimen y esclarecen disputas ya iniciadas y previenen muchas otras por lo que su uso es altamente recomendable.¹⁵⁵

Existe amplia jurisprudencia, judicial y arbitral, tanto local como extranjera, en la que se menciona, y se aplica, las reglas de los Incoterms, tanto para la resolución de un conflicto como para la mejor interpretación e implementación de los contratos.

Dichos términos se refieren a las cláusulas que especifican el estándar de responsabilidad y regulación que se dará a las mercancías que se sometan a estos, en cada una de las transacciones del comercio internacional. Por medio de las reglas Incoterms, las condiciones de entrega, riesgo, costo, transporte y seguro de las mercancías que se adquieran por medio de un contrato de compraventa de mercancías,

¹⁵³ María del Carmen Tovar Gil. “Aplicación de la Lex Mercatoria Internacional por los Árbitros”. *Lima Arbitration* No. 2. (2007), p. 108. En http://www.limaarbitration.net/LAR2/maria_del_carmen_tovar_gil.pdf (acceso: 20/09/2012).

¹⁵⁴ Vid., <http://www.iccmex.mx/incoterms.php> (acceso: 21/09/2012).

¹⁵⁵ Vid., <http://www.iccmex.mx/incoterms.php> (acceso: 30/06/2012).

quedarán claras para los comerciantes, independientemente de su nacionalidad, sistema jurídico u orden público.

En este sentido es importante recalcar que los Incoterms en sí mismos no constituyen una fuente de derecho autónoma e independiente, sino como una expresión de la *lex mercatoria*, deben ser complementados por un texto que nace de un contrato regido por una serie de reglas específicas, ya sean convenciones como la CCIM, los Principios, o una legislación doméstica determinada.

Los Incoterms son de directa aplicabilidad en los contratos comerciales. Esta es una de las formas en las que la legislación local comercial se ve íntimamente relacionada a la *lex mercatoria*.

2.3.2. Principios Europeos de los Contratos

Los Principios Europeos de los Contratos (“PECL”) son una serie de reglas recopiladas por la Comisión Europea del Derecho de Contratos (“CECL”).

En los primeros años de la década de los setentas, la CECL inició esta recopilación de normas a raíz de una iniciativa del Parlamento Europeo. Se pretendía lograr una unificación de las normas del derecho internacional contractual a nivel comunitario (europeo).

2.3.2.1. Introducción y Breve Reseña Histórica

De manera similar a los UPIC, los PECL fueron diseñados para la unificación de reglas relativas al comercio transfronterizo; sin embargo, estos fueron redactados para la regulación específica del comercio moderno de Europa. Ya que, en palabras de la profesora Riedl, el comercio europeo es más atractivo para los comerciantes siempre y cuando estos no deban incurrir en gastos extraordinarios por someterse a legislación foránea y muchas veces desconocida, debido a la estabilidad de sus sistemas.

This geographic/economic paradox stems from the fact that differences between the legal systems of the Member States give rise to transaction costs for businessmen. From this geographic/economic point of view, trading under the laws of one country seems more attractive than exporting goods under foreign and usually less familiar laws - even if the frontier might be near at hand.¹⁵⁶

¹⁵⁶ *Íbid.* Traducción no oficial: “Esta paradoja geográfica/económica nace del hecho que las diferencias entre sistemas legales de Estados Miembros alzan los costos transaccionales para los negociantes. Desde este punto de vista geográfico/económico, el comercio bajo las leyes un país parece menos atractiva que exportar viene bajo una ley extranjera y generalmente menos familiar – incluso si la frontera está cerca.”

Riedl considera que la unificación de normas que se llevaba a cabo en esa época por la CNUDMI o por instituciones como el Instituto Unidroit no abastecían a las necesidades de los mercados europeos por una cuestión fáctica de carácter geográfico y económico. Es decir, para un productor de pasta de Milán, es un hecho que Palermo está más cerca que Múnich¹⁵⁷. De manera que los comerciantes se sienten más cómodos al someter su transacción a legislación local. Es por esto que los PECL en similar sentido a los UPIC pretenden unificar las normas del comercio para que los comerciantes de distintas nacionalidades se puedan someter a un mismo régimen de regulación.

2.3.2.2. Aplicación e interpretación

A pesar de su similitud con los UPIC, los PECL son distintos primordialmente en la determinación del ámbito de aplicación. Por ejemplo, los UPIC son principalmente aplicables para contratos internacionales comerciales, mientras que los PECL son aplicables en transacciones domésticas, e incluso para aquellas transacciones entre comerciantes y consumidores en Europa¹⁵⁸.

De igual manera la aplicabilidad universal de los UPIC es contraria a la aplicabilidad regional de los PECL. Sin embargo, además de estas diferencias, casi dos tercios de los 185 artículos de los UPIC tienen un artículo similar en los PECL.

En cuanto a la aplicación de los PECL, el Artículo 1:101(3)(a) de los PECL corresponde al preámbulo de los UPIC al establecer lo siguiente:

- (3) También podrán aplicarse cuando las partes:
 - (a) Hayan convenido que su contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la “lex mercatoria” o hayan utilizado expresiones similares.

Como se mencionó anteriormente, en similar sentido a los UPIC, los PECL establecen una referencia expresa a la *lex mercatoria* en cuanto a su aplicación. Ahora bien, Bonell, plantea un debate interesante en cuanto al conflicto de aplicación entre estas dos normas debido a su similitud, sobretodo cuando la aplicabilidad se basa en la

¹⁵⁷ *Íbid.*

¹⁵⁸ Michael Joachim Bonell. *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Two Similar though not identical Instruments Compared*. Citado en Antonioli y Veneziano. *Principles of European Contract Law and Italian Law: A Commentary*. La Haya: Kluwer Law International. 2005, p. 21.

falta de ley aplicable escogida por las partes, o la referencia a los principios generales del derecho o a la *lex mercatoria*. Específicamente Bonell dice lo siguiente:

In view of their different scope of application, in actual practice the Unidroit Principles and the European Principles have never overlapped so far but have played equally important, though not interchangeable, roles. Nor is there any reason for this change, even if one or both of them were to become a binding instrument in the future. Indeed, the day on which the European Principles become a part of the envisaged European Civil Code, there will still be a need for the Unidroit Principles – whether in the present form or as a binding instrument – as the rules governing international commercial contracts, especially, but necessarily exclusively, those entered into outside Europe or involving non-Europeans.¹⁵⁹

De lo anterior podemos colegir que, si bien ambas compilaciones de normas se redactaron con propósitos similares y sus normas de aplicación son parecidas, en la práctica, su aplicación no causa confusión, principalmente por su alcance geográfico.

2.3.2.2.1. Artículo 1:105: Usos y Prácticas

Para los efectos de este trabajo es necesario analizar la disposición en relación a los usos y las prácticas generalmente aceptadas en el comercio y en las transacciones que regulan los PECL.

En este sentido, el Artículo 1:105 establece lo siguiente:

Artículo 1:105: Usos y prácticas

(1) Las partes quedan sujetas a los usos que hayan aceptado y a las prácticas entre ellas establecidas.

(2) Quedan asimismo sujetas a todo uso que cualquier persona en la misma situación consideraría generalmente aplicable, salvo aquellos casos en los que su aplicación no fuera razonable.

La disposición del primer párrafo se asemeja mucho al Artículo 9(1) de la CCIM así como al artículo 1.9(1) de los Principios Unidroit. Esta se refiere al carácter vinculante de los usos y las prácticas que las partes hayan aceptado y establecido entre ellas.

Sin embargo los PECL no contienen una provisión que establezca la obligación de acatar las prácticas y los usos del comercio internacional. Por el contrario, se establece

¹⁵⁹ *Id.*, p. 26. Traducción no oficial: “En vista del distinto rango de aplicación, en la práctica actual de los Principios Unidroit y los Principios Europeos no han superpuesto hasta hoy, pero han jugado un papel igual de importante, a través de papeles no intercambiables. Tampoco hay razón para que esto cambie, ni siquiera si uno o ambos de ellos fueran convertidos en un instrumento vinculante en el futuro. En efecto, el día que los Principios Europeos se conviertan en parte del previsto Código Civil Europeo, habrá todavía una necesidad para los Principios Unidroit – ya sea en esta forma o como un instrumento vinculante – como las reglas que gobiernan los contratos comerciales internacionales, especialmente pero no exclusivamente, los que se celebran fuera de Europa o que involucran a estados no Europeos.”

la aplicabilidad obligatoria de los usos mercantiles bajo un criterio de razonabilidad y no del comercio internacional. Los comentaristas de los PECL consideran que no existe tal disposición por el carácter primordialmente regional de los PECL¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Carlsen. Anja: “Remarks on the manner in which the PECL may be used to interpret or supplement Article 9 CISG”. Tomado de: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp9.html#19> (acceso: 2/10/2012).

Capítulo III. LA *LEX MERCATORIA* EN EL ECUADOR

Una vez estudiadas las teorías, el origen y la naturaleza de la *lex mercatoria*, así como los principales cuerpos normativos que la conforman, analizaremos su aplicabilidad en el Ecuador. Este análisis se hará en dos facetas, la primera (3.1) como un orden jurídico intangible o como un método para la regulación sustantiva de los contratos, internacionales o locales, y, la segunda (3.2), como una herramienta que ayude a los jueces y árbitros locales a dirimir un conflicto que tenga elementos comerciales internacionales.

3.1. Aplicabilidad de la *lex mercatoria* en el Ecuador en transacciones

Al aplicar la *lex mercatoria*, no existe la incertumbre para los comerciantes en cuanto a la aplicación de una norma foránea que no conocen, de manera que se sentirán más seguros de aplicar la misma. En este sentido el profesor ecuatoriano Ernesto Salcedo Verduga, considera lo siguiente:

La aplicación de los usos y costumbres en los negocios internacionales de comercio, permiten afirmar a los tratadistas que ya no existen leyes de Ecuador, o de España, o de los Estados Unidos, que rigen las relaciones mercantiles entre personas o empresas de países diferentes, sino que habría un conjunto de normas y principios de aceptación general a los que las partes se someten expresa o tácitamente.¹⁶¹

El régimen de regulación de las transacciones internacionales bajo la *lex mercatoria*, se hace de manera indistinta a la legislación local, sin embargo se debe analizar la aplicación de la *lex mercatoria* como un régimen de regulación contractual en el Ecuador. Para este efecto se analizará las normas del ordenamiento jurídico local que por su naturaleza o por su contenido, deben ser consideradas como parte integrante de la *lex mercatoria*. El análisis debe ser dividido en dos secciones ya que para entender de mejor manera las disposiciones y reglas, deberá analizarse las normas promulgadas por el órgano legislativo local por separado de las convenciones o instrumentos internacionales que de acuerdo a la Constitución¹⁶² forman parte de nuestro

¹⁶¹ Ernesto Salcedo. “El Uso Mercantil Y Su Aplicabilidad En El Arbitraje. La Lex Mercatoria.” *Revista Servilex Perú*, (2002). http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/uso_mercantil.html. (acceso: 02/10/2012).

¹⁶² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 425. “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.”

ordenamiento jurídico una vez que han sido ratificadas y publicadas en el Registro Oficial.

3.1.1. Convenciones

Como se ha mencionado en el capítulo II de este trabajo, existe un debate doctrinario y conceptual en relación a la composición de la *lex mercatoria* por normas caracterizadas como “*hard law*”, como son las convenciones internacionales reconocidas por los estados como parte del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, y según la posición abrazada por el autor, de acuerdo a las teorías de Carbonneau, Fouchard, Gaillard y Goldman, las normas de derecho internacional privado junto con la jurisprudencia y los usos y prácticas del derecho comercial internacional conforman la *lex mercatoria*¹⁶³. Es decir, las normas que son reconocidas como tal por los Estados, en virtud de la Convención de Viena sobre los Tratados, forman parte de la *lex mercatoria* ya sea como parte del derecho internacional uniforme o como parte de la *lex mercatoria* por aplicación indirecta¹⁶⁴.

En similar sentido a los académicos mencionados, Salcedo Verduga dice en relación a la *lex mercatoria*:

Este cuerpo normativo no sólo está constituido por los usos y costumbres, sino además, por las convenciones y las leyes uniformes internacionales, así como, por las normas sustantivas contenidas en los ordenamientos nacionales que resulten aplicables al caso concreto.¹⁶⁵

De acuerdo a lo señalado por Salcedo Verduga, es necesario analizar la aplicación de las convenciones e instrumentos internacionales como parte de la *lex mercatoria* en el Ecuador, ya sea por ser expresamente reconocidas por el Estado, como es el caso de la Convención; o, al ser consideradas como parte de la *lex mercatoria* para la regulación de las transacciones comerciales internacionales.

3.1.1.1. Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías

Así, la Convención puede ser aplicada para regular las transacciones comerciales con un componente internacional, ya sea por aplicación directa de acuerdo a lo

¹⁶³ *Vid.*, nota al pie No. 56, 57 y ss. de este documento.

¹⁶⁴ *Vid.*, caso “Norsolor”.

¹⁶⁵ Ernesto Salcedo. *El Uso Mercantil Y Su Aplicabilidad En El Arbitraje. La Lex Mercatoria. Óp. cit.* (acceso: 15/10/2012).

dispuesto en el capítulo primero de la misma, o por aplicación indirecta por ser una compilación de los usos y las costumbres de las transacciones internacionales. Es decir, se puede aplicar la Convención por dos vías, la primera por ser parte del ordenamiento jurídico local y la segunda por ser una expresión de la *lex mercatoria*.

3.1.1.1.1 Aplicación directa de la Convención

De acuerdo a lo anterior, la primera vía de aplicación de la Convención se fundamenta en el reconocimiento y ratificación por el estado Ecuatoriano. La convención fue publicada por primera vez en el R.O. No. 882 de 28 de Noviembre de 1991, y posteriormente, su última codificación fue publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 153 de 25 de noviembre de 2005. Ahora bien, para aplicar la Convención bajo este supuesto, se deben cumplir con los requisitos establecidos en el Capítulo I de la Convención, caso contrario su aplicación podrá darse solamente como “*soft law*”.

De acuerdo al proceso normativo ecuatoriano y a las disposiciones internas para el reconocimiento y homologación de instrumentos internacionales, los Tratados que sean publicados en el Registro Oficial¹⁶⁶, pasarán a formar parte del ordenamiento jurídico y tendrán la jerarquía normativa que les corresponda de acuerdo al Artículo 422 y 425 de la Constitución.

Es extraño que a pesar de ser de obligatorio cumplimiento, la Convención en el Ecuador sea aplicada muy rara vez. Hasta donde llega el conocimiento del autor, hay muy pocos contratos de compraventa internacional de mercaderías que se encuentran regulados bajo las disposiciones de la Convención. Esto se debe mayormente al desconocimiento de la misma por parte de los comerciantes en esta región y de los jueces al momento de resolver un conflicto¹⁶⁷.

El ordenamiento ecuatoriano en el ámbito internacional privado, sea comercial o no, se rige principalmente por las disposiciones del Código Sánchez de Bustamante¹⁶⁸, el cual fue expedido en 1928. Este tratado no ha tenido mucha aceptación en los países

¹⁶⁶ Código Civil del Ecuador. Artículo 5. “La ley no obliga sino en virtud de su promulgación por el Presidente de la República. La promulgación de las leyes y decretos deberá hacerse en el Registro Oficial, y la fecha de promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho registro.”

¹⁶⁷ *Vid.*, sección 3.2.1 de este trabajo.

¹⁶⁸ El Código Sánchez de Bustamante fue publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 153 el 25 de noviembre de 2005.

latinoamericanos ni en EEUU, ya que sus normas son anticuadas e ineficientes para regular los enormes avances del comercio internacional.

3.1.1.1.2 Aplicación de la Convención como *lex mercatoria*

La segunda vía de aplicación de la Convención, si la consideramos como una expresión de la *lex mercatoria*, se da por ser la aplicabilidad de la *lex mercatoria* a las transacciones comerciales. Por ejemplo, en el caso de un contrato entre un ecuatoriano y un comerciante de un país no signatario a la Convención, en el cual han escogido como ley aplicable al contrato “los principios generales de derecho”, se podría sin duda interpretar que la Convención es aplicable por ser considerada una compilación de dichos principios.

Esta vía de aplicación se puede dar especialmente cuando los comerciantes sean nacionales de países no contratantes, o, cuando la transacción no se pueda enmarcar dentro de las disposiciones del Capítulo I de la Convención.

En ciertos casos¹⁶⁹, los tribunales arbitrales han considerado que la Convención es aplicable ya que se entiende como una referencia a las disposiciones de la legislación doméstica aplicable. Es decir, que la Convención contiene y regula las transacciones internacionales bajo los mismos principios y mantiene el mismo o un mayor estándar de protección para dichas transacciones. Esta aplicación será factible siempre y cuando la Convención no sea directamente aplicable de acuerdo a lo señalado en el acápite anterior.

De lo anterior se puede entender que la Convención es aplicable en el Ecuador, no solo por haber sido reconocida por el Estado para así formar parte del ordenamiento jurídico, sino también por ser uno de los instrumentos que mejor abarca los usos y prácticas de la *lex mercatoria*.

Upon entry into force of the CISG Contracting State are bound by public international law to apply its provisions within the anticipated sphere of the Convention. State courts within Contracting States therefore do not apply CISG as foreign law or international law but as unified State Law.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Ver Nota al Pie No. 81 de este documento.

¹⁷⁰ Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer. *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. *Óp. cit.*, p. 19. Traducción no oficial: “Desde la entrada en vigencia de la CCIM el Estado Contratante está obligado por el Derecho Internacional Público en aplicar sus disposiciones dentro de la esfera de la Convención. Las cortes del Estado Contratante no aplican la Convención como una norma internacionales sino como una norma local uniforme.”

3.1.1.2. Instrumentos de Cooperación Comercial

El Estado ha celebrado y ratificado varios instrumentos de cooperación comercial o económica con otros países y con Organizaciones no Gubernamentales o asociaciones privadas. Por ejemplo, el estado Ecuatoriano ha suscrito varios acuerdos de cooperación comercial y económica como el Tratado de Cooperación y Amistad con el Reino de España, el cual fue publicado en R.O. No. 447 el 21 de octubre de 2004.

Sin embargo, los acuerdos para la cooperación económica y comercial, como normas de Derecho Internacional Público, generalmente no contienen normas sustantivas para regulación de los contratos o de las transacciones internacionales, más allá de los compromisos generales de los Estados.

A pesar de lo anterior, ciertas normas de derecho internacional público establecen estándares que se consideran como prácticas generalmente aceptadas en el comercio internacional. Por ejemplo, existen otras convenciones de carácter comercial que contienen disposiciones vinculantes que hacen referencia a la *lex mercatoria*. Por ejemplo la Convención Sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito¹⁷¹, establece lo siguiente:

Art. 13. Determinación de los Derechos y Obligaciones:

[...]

2. Al interpretar los términos de la promesa y para resolver cuestiones que no estén reguladas ni en las cláusulas de la promesa ni en las disposiciones de la presente Convención, habrán de tenerse en cuenta las reglas y usos internacionales generalmente aceptados en la práctica de las garantías independientes o de las cartas de crédito contingente.

La Convención sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito establece que se deben tener en cuenta las reglas y los usos internacionales “generalmente aceptados”, de manera que los usos internacionales serán obligatorios en la interpretación de la promesa para las cartas de crédito y las garantías independientes.

3.1.1.3. Convenciones de carácter procesal

La Convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), o las Reglas de Arbitraje redactadas por la CNUDMI, son normas de Derecho Internacional Público que pueden ser reconocidas y adoptadas por

¹⁷¹ La Convención sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito fue publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 153 el 25 de noviembre de 2005.

los Estados, las cuales contienen disposiciones que se refieren a los usos o las prácticas reconocidas en el comercio internacional.

Es el caso de la Convención CIADI de 1965 que contiene una disposición que obliga a los tribunales arbitrales a aplicar normas del derecho internacional¹⁷², siempre que los Estados hayan suscrito dicha conención. En este sentido el profesor Lando establece lo siguiente:

The World Bank Convention of 18 March 1965, which provides for the settlement of investment disputes between States and nationals of other States, provides in Article 42 that, in the absence of a choice of law by the parties, the arbitral tribunal shall, inter alia, resort to such rules of international law as may be applicable. Rules of public international law may also be applied to disputes between private enterprises.¹⁷³

Si bien el texto no hace una referencia expresa a los usos y prácticas generalmente aceptados en el comercio internacional, los tribunales arbitrales han utilizado laudos arbitrales y las convenciones internacionales que forman de la *lex mercatoria*, de manera que un árbitro podrá motivar su resolución en base a una norma o una lógica que haya establecido otro tribunal arbitral o una convención internacional que no sea estrictamente aplicable a la controversia.

Por ejemplo, la Ley Modelo de Arbitraje redactada por la CNUDMI contiene una disposición¹⁷⁴ que se refiere a los usos mercantiles como parte de los elementos que deberá tomar en cuenta el Tribunal Arbitral al momento de decidir sobre los méritos de la disputa.

Estas normas de carácter procesal que son ampliamente utilizadas en el arbitraje internacional alrededor del mundo, contienen disposiciones que se refieren a la *lex mercatoria* al establecer la obligatoriedad de los usos y prácticas mercantiles para la decisión de los tribunales arbitrales. Esto denota una mayor aceptación a la *lex*

¹⁷² Convención CIADI. Artículo 42. “(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.”

¹⁷³ Ole Lando. *The Law Applicable to the Merits of the Dispute*. (1991) p. 129. Obtenido de <http://www.trans-lex.org/114900> (acceso: 03/10/2012). Traducción no oficial: “La Convención del Banco Mundial del 18 de marzo de 1965, que dispone para la solución de controversias relacionados a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, establece en el artículo 42 que, en ausencia una cláusula de ley aplicable por las partes, el tribunal arbitral deberá, inter alia, recurrir a tales reglas del derecho internacional que éste considere aplicable. Reglas del derecho internacional público también pueden ser aplicables a las disputas entre empresas privadas.”

¹⁷⁴ Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI. Artículo 28. “Normas aplicables al fondo del litigio [...] 4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.”

mercatoria ya que la disposición del artículo 28 era de obligatorio cumplimiento mientras la convención CIADI estaba en plena vigencia en el Ecuador.

3.1.2. Normativa Local, costumbre y *lex mercatoria*

Ciertas normas del ordenamiento local contienen referencias expresas a la *lex mercatoria* en cuanto a la aplicación obligatoria y vinculante de los usos y prácticas internacionales en ciertos casos.

Por ejemplo, la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero establece que los bancos podrán realizar operaciones de acuerdo con los usos y las normas internacionales¹⁷⁵.

En similar sentido, en la industria hidrocarburífera se establece una obligación para el cálculo del índice de viscosidad del crudo “API” se hará de acuerdo a la práctica internacional¹⁷⁶. Se establece que los usos internacionales serán los indicadores para determinar el índice de gravedad antedicho.

Los usos y prácticas aceptados en el derecho internacional son de obligatorio cumplimiento, considerando que las normas que contienen dichas disposiciones son parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Sin embargo, las normas internacionales consideradas como una expresión de la *lex mercatoria* contienen principios que son compatibles con las normas del ordenamiento local que rigen el comercio en el Ecuador. Por lo tanto es procedente analizar las disposiciones domésticas que regulan en el comercio en el país.

3.1.2.1. Código de Comercio

El Código de Comercio contiene varias disposiciones que regulan el comercio en el Ecuador, sin embargo, es claro que esta regulación no es suficiente para cubrir las exigencias y las demandas del desarrollo del comercio local, peor aún las necesidades

¹⁷⁵ Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Artículo 51. “Los bancos podrán efectuar las siguientes operaciones en moneda nacional o extranjera, o en unidades de cuenta establecidas en la Ley: [...]

c) Asumir obligaciones por cuenta de terceros a través de aceptaciones, endosos o avales de títulos de crédito, así como del otorgamiento de garantías, fianzas y cartas de crédito internas y externas, o cualquier otro documento, de acuerdo con las normas y usos internacionales; [...].”

¹⁷⁶ El Decreto Supremo No. 1078 que fue publicado el 28 de octubre de 1974, establece lo siguiente: “Art. 1. A partir de la presente fecha se calculará el grado API del petróleo que se exporte en base del grado API seco, para lo cual la Dirección General de Hidrocarburos elaborará las tablas correspondientes de acuerdo al uso internacional.”

del comercio internacional. Por esta razón, el Código de Comercio contiene en general los principios que la *lex mercatoria* implementa en el comercio internacional.

A pesar de que autores simpatizantes de la *lex mercatoria* como el profesor Olé Lando, considera que “no es posible proveer una lista exhaustiva de todos los elementos de la *lex mercatoria*¹⁷⁷”, en términos generales se puede señalar los siguientes principios que se aplican al comercio internacional y que se encuentran en las normas locales:

- Las prestaciones contractuales deben ser equilibradas.
- Interpretación de buena fe de los convenios.
- Presunción, a falta de acción, de renuncia a las sanciones contractuales.
- Deber de cooperación de las partes.
- Exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses.
- Reglas de interpretación de los contratos, tales como la buena fe, la verdadera intención de las partes, normas del efecto útil, regla *in claris non fit interpretatio*.

Los principios anteriores se encuentran a grandes rasgos en el texto del Código de Comercio y el Código Civil, sin embargo, el desarrollo en la interpretación y la misma aplicación de estos principios es la importancia de la *lex mercatoria*. Por ejemplo, varios Códigos de Comercio de países latinoamericanos, tienen mayor desarrollo que nuestro Código de Comercio local que data de 1960, y así, estos cuerpos normativos aplican normas de mayor desarrollo como lo son las normas de la *lex mercatoria* para abastecer las necesidades de los comerciantes.

De manera que no basta con reformas a la legislación local para abastecer las necesidades del comercio actual. Así, en aplicación de la *lex mercatoria*, se podría llegar a aplicar una disposición de un código de comercio foráneo para interpretar y aplicar de mejor manera una norma local.

A pesar de lo anterior nuestra norma no hace esta referencia ni tiene esta apertura para el desarrollo de las normas. El Artículo 4 del Código de Comercio local establece lo siguiente en relación a la interpretación:

Art. 4. Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad, y reiterados por más de diez años.

¹⁷⁷ Ole Lando. *The Lex Mercatoria International Commercial Arbitration*. Óp. cit., p. 167.

Si bien la intención del legislador es correcta, establece unos requisitos inadecuados para considerar a una práctica como un costumbre mercantil. En primer lugar con esta disposición se excluye expresamente las prácticas y los usos del comercio internacional, ya que existe una limitación a los hechos dentro del Ecuador. Por otro lado, se establece que un uso o práctica debe ser reiterada por más de diez años para ser considerada como costumbre. Esta disposición es contraria al mismo comercio local e internacional, no cabe duda que las prácticas de hace 10 años no son las mismas de hoy en día, por lo tanto considerar que las prácticas deban ser reiteradas por más de diez años para ser costumbre es una clara manifestación que mantiene excluido al desarrollo del comercio.

Por lo anterior consideramos que es necesario implementar una reforma a la legislación para lograr una aplicación de la *lex mercatoria*. Así las disposiciones del ya mencionado Artículo 4 y el Artículo 5¹⁷⁸ de dicho Código deberán contener una referencia a la *lex mercatoria*, en este sentido se plantea la posibilidad de utilizar la *lex mercatoria* como una fuente de interpretación y regulación para los contratos en el Ecuador.

3.1.2.2. Código Civil

De acuerdo con lo anterior, el Artículo 5 del Código de Comercio establece que el Código Civil regulará todo aquello que no se encuentra regulado por el Código de Comercio. Así, el Código Civil establece la regulación para los contratos en el Libro IV. Sin embargo el Código Civil no contiene normas para la regulación de transacciones con un componente internacional.

Por otro lado, la remisión del Código Civil a la *lex mercatoria* es casi nula, el Artículo 2¹⁷⁹ establece que la costumbre no es “derecho” sino cuando la ley se remite a ella. Esta disposición es poco clara, ya que al referirse a “derecho” no se puede entender si la intención del legislador era establecer que la costumbre no es vinculante o si no se trata de una fuente de derecho.

Adicionalmente, el Título XIII del Libro IV del Código Civil establece las reglas para la interpretación de los contratos. En los siete artículos de este título no se menciona en ningún momento la posibilidad de aplicar una norma distinta a las de este

¹⁷⁸ Código Civil del Ecuador. Artículo 5. En los casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil.

¹⁷⁹ Código Civil del Ecuador. Artículo 2. La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.

Código, ni un uso o práctica generalmente aceptada. De manera que no existe una referencia a la *lex mercatoria* como fuente para la interpretación de cláusulas contractuales, ni para la regulación de los contratos.

A pesar de que el estado Ecuatoriano ha suscrito la Convención, la falta de aplicación de la misma y la falta de desarrollo normativo, excluyen al Ecuador del desarrollo en el comercio internacional. Tanto es así que muchas transacciones se celebran fuera del Ecuador, a pesar de que los efectos y la ejecución del contrato vaya a ser dentro del Estado. Este es el caso de muchos contratos de adquisiciones corporativas o compraventas de acciones.

Por lo tanto es recomendable una reforma normativa al sistema que regula el comercio local e internacional para que los comerciantes puedan mantener sus actividades económicas en el país.

3.2. Aplicabilidad de la *lex mercatoria* en Conflictos en el Ecuador

La importancia de la *lex mercatoria* ha sido señalada en cuanto a la regulación de los contratos y a su aplicación “teórica” para establecer reglas en los contratos internacionales o locales. Sin embargo, es necesario estudiar si la *lex mercatoria* ha sido aplicada por las cortes o por los tribunales arbitrales cuando se presenta un conflicto en relación a los contratos de carácter comercial que se regulan o que deberían ser regulados por la *lex mercatoria*. En este sentido Tovar Gil establece que:

Sin restar importancia de la existencia de la *Lex mercatoria* debe indicarse que, el extremo de sostener su existencia como un orden jurídico autónomo, es materia de múltiples opiniones y discrepancias y la relación de éste orden, con el orden interno de los estados no es ni mucho menos un tema que tenga una respuesta definitiva. En realidad el valor que podamos atribuir a la *Lex mercatoria*, tendrá mucho que ver con la posibilidad de aplicación de la misma en caso de conflicto. No dudamos de la importancia de la aplicación pacífica de la *Lex mercatoria* como regulación aceptada por las partes. Pero donde se pone a prueba su valor como derecho, es cuando existe un conflicto que es preciso resolver.¹⁸⁰

Es decir que, si bien los contratos y las transacciones del comercio internacional están o deben estar reguladas por la *lex mercatoria*, es imprescindible analizar su aplicabilidad en las cortes o autoridades que resolverán un conflicto.

¹⁸⁰ María del Carmen Tovar Gil. *Aplicación de la Lex Mercatoria Internacional por los Árbitros*. Óp. cit., p. 109. (acceso: 10/10/2012).

Dado el mismo carácter del arbitraje local en el Ecuador, el acceso a la jurisprudencia arbitral es bastante limitado, por lo que el autor no emite un criterio al respecto.

3.2.1. Aplicabilidad en cortes locales

A pesar de que varias cortes han motivado sus decisiones en base a la costumbre, existen contadas resoluciones que han sido motivadas argumentando la *lex mercatoria* o los usos y prácticas mercantiles aceptadas en el comercio internacional.

De los resultados de esta investigación solamente existe una sentencia en la que se reconoce la aplicación directa de la Convención que ha sido publicada en la Gaceta Judicial. La Resolución Tribunal Constitucional No. 1195 que fue publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 21 el 28 de febrero del 2008, dice lo siguiente en cuanto al fundamento de derecho de la resolución:

Considera que con tales actuaciones se han violado expresas normas constitucionales contenidas en los artículos 23 numeral 18; 119; y, 161 de la Constitución de la República; Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento; Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías Art. 25 y 35.

Más allá de esta resolución no existe mayor desarrollo en cuanto a la *lex mercatoria* o las normas que la componen en los tribunales ecuatorianos. Las demás normas de la *lex mercatoria* como los Principios Unidroit o los Incoterms no han sido expresamente reconocidas por los tribunales del Ecuador para motivar una resolución judicial.

3.2.2. Aplicabilidad en arbitraje local

La aplicabilidad de la *lex mercatoria* por tribunales arbitrales merece una análisis más extenso considerando la misma naturaleza contractual del arbitraje. Sin embargo es necesario notar que dado el carácter generalmente confidencial de los procesos arbitrales, la investigación de la jurisprudencia arbitral local es bastante complicada.

En relación a la aplicación de la *lex mercatoria* en un conflicto arbitral es necesario diferenciar dos situaciones, la primera cuando las partes no han determinado una ley aplicable al fondo de la controversia; y, la segunda cuando las partes han sometido la controversia a un sistema jurídico determinado.

La primera alternativa presenta un escenario más favorable para la aplicación de la *lex mercatoria* siempre y cuando el tribunal arbitral tenga la apertura para aplicar las normas de sustancia que consideren justas, como lo han hecho varios tribunales que han

sido citados a lo largo de este trabajo. Es decir, si las partes no han escogido una ley aplicable al fondo y el tribunal o árbitro están facultados para tomar esta decisión, la *lex mercatoria* es y debería ser la primera y mejor opción para resolver la controversia.

Distinto es el caso de los conflictos que se sometan a un tribunal arbitral en el cual el árbitro o el tribunal arbitral, por elección de las partes, deberá resolver bajo las normas de un sistema jurídico determinado; la aplicabilidad de la *lex mercatoria* como un orden jurídico intangible se ve bastante limitada.

El caso será distinto si las partes han elegido como derecho aplicable un derecho nacional determinado. El rol de la *Lex Mercatoria*, si bien no desaparece en este supuesto, varía notablemente. Si las partes han pactado expresamente un derecho nacional como aplicable, el árbitro tendrá en cuenta los usos del comercio internacional, pero no podrá dejar de lado la libre elección de las partes de un derecho nacional determinado. Esto no significa, desde luego, descartar la aplicación de la *Lex Mercatoria*, pero sí que, su aplicación tendrá cabida en la medida y con el peso que le asigne como fuente de derecho el derecho nacional elegido como aplicable.¹⁸¹

En este sentido, la aplicación de la *lex mercatoria* tiene puntos débiles, sobretodo cuando las facultades de las autoridades que vayan a resolver el conflicto se ven limitadas por las reglas adjetivas que han elegido las partes, o por el mismo convenio arbitral. Adicionalmente es necesario considerar que la ejecución forzosa de los laudos arbitrales en el Ecuador se hará por medio de los jueces ordinarios.

No obstante, el juez no podrá negar la ejecución del laudo por cuestiones de fondo ya que el laudo tiene efecto de sentencia ejecutoriada¹⁸². Por otra parte, las partes podrán intentar la acción de nulidad si se ha violado el debido proceso¹⁸³. Ya que el juez

¹⁸¹ *Id.*, p. 115.

¹⁸² Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. Artículo 32. “Ejecutoriada el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato.

Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada.

Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo.”

¹⁸³ Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. Artículo 31. “Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:

a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;

b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;

c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;

no podrá revisar cuestiones de fondo del laudo, es nuestro criterio que el tribunal arbitral podrá aplicar la *lex mercatoria* siempre y cuando las partes no hayan pactado expresamente lo contrario.

A diferencia del arbitraje local, el arbitraje internacional da mayor cabida a la *lex mercatoria*, es por esto que la gran mayoría del desarrollo de la misma se da en los laudos arbitrales de la CCI.

Si el uso y las costumbres constituyen fuente de aplicabilidad para sustentar y demostrar el derecho de los comerciantes en el arbitraje interno, el pujante desarrollo del arbitraje internacional permite que actualmente se apliquen usos, terminologías y costumbres establecidos por los comerciantes respecto a la materia, condiciones y formas de sus transacciones en el comercio mundial, a punto tal que han logrado suplantar a las leyes nacionales de los diversos países del orbe.¹⁸⁴

Por todo lo anterior consideramos que las cortes locales y los tribunales arbitrales locales deben adoptar la *lex mercatoria* para poder dar abasto a las exigencias del desarrollo del comercio internacional y local. De esta manera el Ecuador, se puede volver más atractivo para realizar negocios y transacciones internacionales en el Ecuador, ya que los agentes del comercio no se van a ver en una desventaja con los comerciantes locales.

d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,
e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.”

¹⁸⁴ Ernesto Salcedo. *El Uso Mercantil Y Su Aplicabilidad En El Arbitraje. La Lex Mercatoria. Óp. cit.* (acceso: 12/10/2012).

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De la investigación realizada se pudo concluir que la *lex mercatoria* es la pieza fundamental que demuestra el desarrollo y crecimiento del comercio internacional alrededor del mundo. A pesar de sus varias acepciones, la aproximación amplia de la *lex mercatoria* incluye como fuentes principales de la misma, no solo a los usos y las prácticas del comercio internacional, pero también a las convenciones internacionales, las normas unificadas, la legislación local y el desarrollo jurisprudencial ya sea arbitral o jurisdiccional. De acuerdo a lo anterior la Convención y los Principios Unidroit son las principales expresiones de la *lex mercatoria*.

La Convención, la cual está vigente en el Ecuador, debería ser aplicable en el Ecuador bajo la Constitución. Esta vía de aplicación será válida siempre que se cumplan los requisitos que establece la Convención para su aplicación directa. Por otro lado, en el caso que no se llegare a cumplir estos requisitos o en el caso que una de las partes no sea nacional de un Estado signatario de la Convención, se podrá aplicar la Convención como una expresión de la *lex mercatoria*.

Los Principios Unidroit, por su parte, no son en sí un instrumento internacional de carácter vinculante, sin embargo la jurisprudencia arbitral y la doctrina los ha considerado aplicables, ya sea bajo estipulaciones contractuales o como fuente de interpretación y complementación a otras normas. En similar forma las referencias a otras normas como los Incoterms o los PECL no son estrictamente obligatorias y solamente se convierten en vinculantes por estipulación de las partes o decisiones judiciales o arbitrales.

La legislación local para la interpretación de los contratos en el Ecuador no basta para abastecer la complejidad de las transacciones que ocurren hoy en día. Por lo tanto se debería interpretar los contratos en el Ecuador bajo las normas de la *lex mercatoria*, incluyendo pero no limitado a los Principios Unidroit y la Convención CCIM.

Por lo anterior el uso de la *lex mercatoria* en el Ecuador es necesaria y deberá implementarse en el ordenamiento positivo lo antes posible para complementar las disposiciones legales locales. Para este efecto se deberá reformar el Código Civil y el Código de Comercio para la implementación de la *lex mercatoria* como fuente de interpretación de los contratos así como una fuente para suplementar la ley.

Los jueces ordinarios así como los tribunales arbitrales podrán utilizar la *lex mercatoria* en este sentido para esclarecer dudas en cuanto a la aplicación de normas, sobretodo cuando existe en el conflicto un componente internacional.

Si se logra este avance normativo, el Ecuador no será tan “hostil” para realizar negocios y se podrá proteger a los comerciantes locales y extranjeros. De esta manera se podrá brindar una mayor protección a los operadores del comercio.

Se considera recomendable realizar una reforma legislativa de acuerdo a lo siguiente:

Código de Comercio:

Reformar los artículos 4 y 5.

“Artículo 4. Los usos y las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, y pueden ser fuente de derecho previo acuerdo de las partes. Se considera un uso o costumbre mercantil cuando los hechos que los constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en el comercio.”

“Artículo 5. En los casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil y de la *lex mercatoria*.”

Código Civil:

Agregar artículo 1583.

“Artículo 1583. En caso de obscuridad de la norma y falta de una clara determinación de la intención de las partes, el contrato deberá ser interpretado conforme a la costumbre, los usos del comercio internacional y la *lex mercatoria*.”

Con las reformas normativas señaladas, la ley hará una referencia expresa a la *lex mercatoria*, para poder aplicar la misma de manera incuestionable de acuerdo a cada caso. Ciertas legislaciones extranjeras, ya sea en sistemas de código, como la legislación francesa; o, en el sistema anglosajón como la legislación comercial de varios estados de EEUU, contienen una disposición similar de remisión a la *lex mercatoria*.

Así, en caso de lagunas en la ley, o falta de estipulación contractual por las partes, se podrá acudir al desarrollo del comercio internacional y sobretodo a la costumbre internacional para interpretar y ejecutar acuerdos comerciales. Adicionalmente, el juez o árbitro tendrá una nueva fuente de derecho sustantivo para la resolución de conflictos de la materia.

Al formar parte de la vanguardia legal en materia comercial, el Ecuador será cada vez más atractivo para realizar negocios.

V. BIBLIOGRAFIA

- BADDACK, Frank. *Lex Mercatoria: Scope and Application of the Law Merchant in Arbitration*. Cape Town: University of Western Cape, 2005.
- BERGER, Klaus Peter. "International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts" No. 46. *American Journal of Comparative Law* (1998).
- BERGER, Klaus Peter. *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. La Haya, Kluwer Law International, 1999.
- BERMAN, Harold J. y KAUFMAN, Colin. "The Law of International Transactions (Lex Mercatoria)". *Harvard International Law Journal* No. 19. (1978).
- BONELL, Michael Joachim. *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Two Similar though not identical Instruments Compared*. La Haya: Kluwer Law International, 2005.
- BONELL, Michael Joachim y LIGUORI, Fabio. *The U.N. Convention on the International Sale of Goods: A Critical Analysis of Current International Case Law*. Parte. I. (1997) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/libo1.html>
- Boletín Informativo de Baker McKenzie. "Evolution instead of Revolution: What's Changed? Incoterms 2010"
http://www.bakermckenzie.com/files/Publication/0fa94370-a0ab-4018-bd63-238808172384/Presentation/PublicationAttachment/b2ad898b-5b07-47cc-bd7e-6616431d8ddb/NL_Incoterms2010_ENG.pdf
- BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Vol. 2. La Haya: Kluwer Law International. 2009.
- BORTOLETTI, Laurent. "International Commercial Agency Agreements and ICC Arbitration." *ICC International Court of Arbitration Bulletin* Vol. 12 No. 1. (2001).
- CARBONNEAU, Thomas E. *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*. Nueva York: Juris Publishing, 1998.
- Comentarios oficiales a los Principios Unidroit.
<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>
- CRAIG, W. Laurence, PARK, William W.F. y PAULSSON, Jan. *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ra Ed., Nueva York, 2000.
- CREMADES, Bernardo M. y PLEHN, Steven L. "The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions". *Boston University International Law Journal*, (1984).

- DEALUME, Georges R. "Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: The Myth of the Lex Mercatoria." *Tulane Law Review* No. 63, (1989).
- DRAETTA, Ugo, LAKE, Ralph B. y NANDA, Ved P. *Breach and Adaptation of International Contracts – An Introduction to Lex Mercatoria*. London: Butterworth Legal Publishers, 1992.
- FARNSWORTH, E. Allan. "An International Restatement: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts". *Universidad de Baltimore Law Review* No. 26, (1997). http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth2.html#*
- FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Editado por Emmanuel Gaillard y John Savage. La Haya, 1999.
- GAILLARD, Emmanuel. "Trente ans de lex mercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit." *Journal du Droit International*, París, (1995).
- GOLDMAN, Berthold. "Frontières du Droit et Lex Mercatoria. Le droit subjectif en question". *Archives de Philosophie du Droit*, (1964).
- GOLDMAN, Berthold. "Lex Mercatoria" *Forum Internationale* 3. Kluwer, (1983).
- GOLDMAN, Berthold. "The applicable law: general principles of law – the lex mercatoria." *Contemporary Problems in International Arbitration*, (1987).
- GOLDŠTAJN, Aleksander. "The New Law Merchant". *Journal of Business Law*, (1961).
- HIGHET, Keith. "The Enigma of the Lex Mercatoria". *Tulane Law Review* No. 34, (1989).
- LANDO, Ole. "The lex mercatoria in International Commercial Arbitration". *ICLQ* No. 34, (1985).
- LANDO, Ole. "The Law Applicable to the Merits of the Dispute". *Essays on International Commercial Arbitration*. Londres, (1991).
- LEW, Julian D.M. *Applicable Law in International Commercial Arbitration*. New York: 1978.
- MUSTILL, Michael J. "The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years". *Arbitration International* No. 4, (1988).

- PERALES, María. *El Contrato De Compraventa Internacional de Mercancías: (Convención De Viena De 1980)*. (2001). <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>
- PRYLES, Michael. "Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration." *International Arbitration Report*, (2003).
- REDFERN, Alan y HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 3ra Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1999.
- RIEDL, Kristina. "The Work of the Lando-Commission from an Alternative Viewpoint". *Kluwer: European Review of Private Law*, (2000).
- RIVKIN, David W. "Enforceability of Arbitral Awards Based on Lex Mercatoria". *Arbitration International*, (1993).
- SALCEDO Verduga, Ernesto. "El Uso Mercantil Y Su Aplicabilidad En El Arbitraje. La Lex Mercatoria." *Revista de Servilex Perú*. (2002). http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/uso_mercantil.html.
- SCHLECHTRIEM, Peter y SCHWENZER, Ingeborg. *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Third Edition. Editado por Ingeborg Schwenger. Nueva York: Oxford University Press, 2010.
- SCHMITTHOFF, Clive. *The law of International Trade. Commercial Law in a Changing Economic Culture*. 2da. Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1981.
- STEIN, Úrsula. *Lex Mercatoria: Realität und Theorie*. Frankfurt: Klostermann, 1995.
- TOVAR GIL, María del Carmen. "Aplicación de la Lex Mercatoria Internacional por los Árbitros". *Lima Arbitration* No. 2, (2007). http://www.limaarbitration.net/LAR2/maria_del_carmen_tovar_gil.pdf
- TRAKMAN, Leon E. "The evolution of The Law Merchant: Our Commercial Heritage" (Part II), *Journal of Maritime Law and Commerce*, (1981).
- VOGENAUER, Stefan y KLEINHEISTERKAMP, Jan. *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Nueva York: Oxford University Press, 2009.
- WINSHIP, Peter. *The Scope of the Viena Convention on Internacional Sales Contracts*. Pace Law CISG. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/winship5.html>

ANEXO I. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS

Preámbulo

Los Estados Partes en la presente Convención,

Teniendo en cuenta los amplios objetivos de las resoluciones aprobadas en el sexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional,

Considerando que el desarrollo del comercio internacional sobre la base de la igualdad y del beneficio mutuo constituye un importante elemento para el fomento de las relaciones amistosas entre los Estados,

Estimando que la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuiría a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promovería el desarrollo del comercio internacional,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I: AMBITO DE APLICACION Y DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO 1: AMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1

1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:

- a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o
- b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.

2) No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

3) A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.

Artículo 2

La presente Convención no se aplicará a las compraventas:

- a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso;
- b) en subastas;
- c) judiciales;
- d) de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero;
- e) de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves;
- g) de electricidad.

Artículo 3

1) Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa

manufactura o producción.

2) La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

Artículo 4

La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular:

a) a la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso;

b) a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.

Artículo 5

La presente Convención no se aplicará a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías.

Artículo 6

Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos.

CAPÍTULO II: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 7

1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Artículo 8

1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.

2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido, entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

Artículo 9

1) Las partes quedaran obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y

regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Artículo 10

A los efectos de la presente Convención: a) si una de las partes tiene más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración; b) si una de las partes no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su residencia habitual.

Artículo 11

El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio incluso por testigos.

Artículo 12

No se aplicará ninguna disposición del artículo 11, del artículo 29 ni de la Parte 11 de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención se haga por un procedimiento que no sea por escrito, en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 96 de la presente Convención. Las partes no podrán establecer excepciones a este artículo ni modificar sus efectos.

Artículo 13

A los efectos de la presente Convención, la expresión "por escrito" comprende el telegrama y el télex.

PARTE II: FORMACIÓN DEL CONTRATO

Artículo 14

1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos.

2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.

Artículo 15

1) La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario.

2) La oferta, aun cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

Artículo 16

1) La oferta podrá ser revocada hasta que se perfeccione el contrato si la revocación llega al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación.

2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse: a) si indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable; o

b) si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en esa oferta.

Artículo 17

La oferta, aun cuando sea irrevocable, quedará extinguida cuando su rechazo llegue al

oferente.

Artículo 18

- 1) Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá aceptación. El silencio o la inacción, por si solos, no constituirán aceptación.
- 2) La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente. La aceptación no surtirá efecto si la indicación de asentimiento no llega al oferente dentro del plazo que éste haya fijado o, si no se ha fijado plazo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de las circunstancias de la transacción y, en particular, de la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. La aceptación de las ofertas verbales tendrá que ser inmediata a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.
- 3) No obstante, si, en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surtirá efecto en el momento en que se ejecute ese acto, siempre que esa ejecución tenga lugar dentro del plazo establecido en el párrafo precedente.

Artículo 19

- 1) La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta.
- 2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido. De no hacerlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.
- 3) Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta.

Artículo 20

- 1) El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta comenzará a correr desde el momento en que el telegrama sea entregado para su expedición o desde la fecha de la carta o, si no se hubiere indicado ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario.
- 2) Los días feriados oficiales o no laborables no se excluirán del cómputo del plazo de aceptación. Sin embargo, si la comunicación de aceptación no pudiere ser entregada en la dirección del oferente el día del vencimiento del plazo, por ser ese día feriado oficial o no laborable en el lugar del establecimiento del oferente, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente.

Artículo 21

- 1) La aceptación tardía surtirá, sin embargo, efecto como aceptación si el oferente, sin demora, informa verbalmente de ello al destinatario o le envía una comunicación en tal sentido.
- 2) Si la carta o cualquier otra comunicación por escrito que contenga una aceptación

tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado al oferente en el plazo debido, la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación a menos que, sin demora, el oferente informe verbalmente al destinatario que considera su oferta caducada o le envíe una comunicación en tal sentido.

Artículo 22

La aceptación podrá ser retirada si su retiro llega al oferente antes que la aceptación haya surtido efecto o en ese momento.

Artículo 23

El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención.

Artículo 24

A los efectos de esta Parte de la presente Convención, la oferta, la declaración de aceptación o cualquier otra manifestación de intención "llega" al destinatario cuando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual.

PARTE III: COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS

CAPÍTULO 1: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 25

El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que ha incumplido no haya previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

Artículo 26

La declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se comunica a la otra parte.

Artículo 27

Salvo disposición expresa en contrario de esta Parte de la presente Convención, si una de las partes hace cualquier notificación, petición u otra comunicación conforme a dicha Parte y por medios adecuados a las circunstancias, las demoras o los errores que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que no llegue a su destino no privarán a esa parte del derecho a invocar tal comunicación.

Artículo 28

Si, conforme a lo dispuesto en la presente Convención, una parte tiene el derecho a exigir de la otra el cumplimiento de una obligación, el tribunal no estará obligado a ordenar el cumplimiento específico a menos que lo hiciere, en virtud de su propio derecho, respecto de contratos de compraventa similares no regidos por la presente Convención.

Artículo 29

- 1) El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes.
- 2) Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos.

CAPITULO II: OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

Artículo 30

El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con aquéllas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

SECCIÓN I. ENTREGA DE LAS MERCADERÍAS Y DE LOS DOCUMENTOS

Artículo 31

Si el vendedor no estuviere obligado a entregar las mercaderías en otro lugar determinado, su obligación de entrega consistirá: a) cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías, en ponerlas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador;

b) cuando, en los casos no comprendidos en el apartado precedente, el contrato verse sobre mercaderías ciertas o sobre mercaderías no identificadas que hayan de extraerse de una masa determinada o que deban ser manufacturadas o producidas y cuando, en el momento de la celebración del contrato, las partes sepan que las mercaderías se encuentran o deben ser manufacturadas o producidas en un lugar determinado, en ponerlas a disposición del comprador en ese lugar;

c) en los demás casos, en poner las mercaderías a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato.

Artículo 32

1) Si el vendedor, conforme al contrato o a la presente Convención, pusiere las mercaderías en poder de un porteador y éstas no estuvieren claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición o de otro modo, el vendedor deberá enviar al comprador un aviso de expedición en el que se especifiquen las mercaderías.

2) El vendedor, si estuviere obligado a disponer el transporte de las mercaderías, deberá concertar los contratos necesarios para que éste se efectúe hasta el lugar señalado por los medios de transporte adecuados a las circunstancias y en las condiciones usuales para tal transporte.

3) El vendedor, si no estuviere obligado a contratar un seguro de transporte, deberá proporcionar al comprador, a petición de éste, toda la información de que disponga que sea necesaria para contratar ese seguro.

Artículo 33

El vendedor deberá entregar las mercaderías:

a) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse una fecha, en esa fecha; o

b) cuando, con arreglo al contrato, se haya fijado o pueda determinarse un plazo, en cualquier momento dentro de ese plazo, a menos que de las circunstancias resulte que corresponde al comprador elegir la fecha; o c) en cualquier otro caso, dentro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato.

Artículo 34

El vendedor, si estuviere obligado a entregar documentos relacionados con las mercaderías, deberá entregarlos en el momento, en el lugar y en la forma fijados por el contrato. En caso de entrega anticipada de documentos, el vendedor podrá, hasta el momento fijado para la entrega, subsanar cualquier falta de conformidad de los

documentos, si el ejercicio de ese derecho no ocasiona al comprador inconvenientes ni gastos excesivos. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

SECCIÓN II. CONFORMIDAD DE LAS MERCADERÍAS Y PRETENSIONES DE TERCEROS

Artículo 35

1) El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato.

2) Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos:

a) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo;

b) que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor;

c) que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador;

d) que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas.

3) El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato.

Artículo 36

1) El vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento.

2) El vendedor también será responsable de toda falta de conformidad ocurrida después del momento indicado en el párrafo precedente y que sea imputable al incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, incluido el incumplimiento de cualquier garantía de que, durante determinado periodo, las mercaderías seguirán siendo aptas para su uso ordinario o para un uso especial o conservarán las cualidades y características especificadas.

Artículo 37

En caso de entrega anticipada, el vendedor podrá, hasta la fecha fijada para la entrega de las mercaderías, bien entregar la parte o cantidad que falte de las mercaderías o entregar otras mercaderías en sustitución de las entregadas que no sean conformes, bien subsanar cualquier falta de conformidad de las mercaderías entregadas, siempre que el ejercicio de ese derecho no ocasione al comprador inconvenientes ni gastos excesivos. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

Artículo 38

1) El comprador deberá examinar o hacer examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias.

2) Si el contrato implica el transporte de las mercaderías, el examen podrá aplazarse hasta que éstas hayan llegado a su destino.

3) Si el comprador cambia en tránsito el destino de las mercaderías o las reexpide sin haber tenido una oportunidad razonable de examinarlas y si en el momento de la celebración del contrato el vendedor tenía o debía haber tenido conocimiento de la posibilidad de tal cambio de destino o reexpedición, el examen podrá aplazarse hasta que las mercaderías hayan llegado a su nuevo destino.

Artículo 39

1) El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto.

2) En todo caso, el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor en un plazo máximo de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un período de garantía contractual.

Artículo 40

El vendedor no podrá invocar las disposiciones de los Artículos 38 y 39 si la falta de conformidad se refiere a hechos que conocía o no podía ignorar y que no haya revelado al comprador.

Artículo 41

El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones. No obstante, si tales derechos o pretensiones se basan en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual, la obligación del vendedor se regirá por el artículo 42.

Artículo 42

1) El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual que conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato, siempre que los derechos o pretensiones se basen en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual:

a) en virtud de la ley del Estado en que hayan de revenderse o utilizarse las mercaderías, si las partes hubieren previsto o en el momento de la celebración del contrato que las mercaderías se revenderían o utilizarían en ese Estado; o

b) en cualquier otro caso, en virtud de la ley del Estado en que el comprador tenga su establecimiento.

2) La obligación del vendedor en virtud del párrafo precedente no se extenderá a los casos en que:

a) en el momento de la celebración del contrato, el comprador conociera o no hubiera podido ignorar la existencia del derecho o de la pretensión; o

b) el derecho o la pretensión resulten de haberse ajustado el vendedor a fórmulas, diseños y dibujos técnicos o a otras especificaciones análogas proporcionados por el comprador.

Artículo 43

1) El comprador perderá el derecho a invocar las disposiciones del artículo 41 o del artículo 42 si no comunica al vendedor la existencia del derecho o la pretensión del tercero, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de ella.

2) El vendedor no tendrá derecho a invocar las disposiciones del párrafo precedente si

conocía el derecho o la pretensión del tercero y su naturaleza.

Artículo 44

No obstante lo dispuesto en el párrafo 1) del artículo 39 y en el párrafo 1) del artículo 43, el comprador podrá rebajar el precio conforme al artículo 50 o exigir la indemnización de los daños y perjuicios, excepto el lucro cesante, si puede aducir una excusa razonable por haber omitido la comunicación requerida.

SECCIÓN III. DERECHOS Y ACCIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EL VENDEDOR

Artículo 45

1) Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá:

- a) ejercer los derechos establecidos en los artículos 46 a 52;
 - b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77.
- 2) El comprador no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho.
- 3) Cuando el comprador ejercite una acción por incumplimiento del contrato, el juez o el árbitro no podrán conceder al vendedor ningún plazo de gracia.

Artículo 46

1) El comprador podrá exigir del vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia.

2) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquéllas sólo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.

3) Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias. La petición de que se reparen las mercaderías deberá formularse al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento.

Artículo 47

1) El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.

2) El comprador, a menos que haya recibido la comunicación del vendedor de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el comprador no perderá por ello el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento .

Artículo 48

1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49, el vendedor podrá, incluso después de la fecha de entrega, subsanar a su propia costa todo incumplimiento de sus obligaciones, si puede hacerlo sin una demora excesiva y sin causar al comprador inconvenientes excesivos o incertidumbre en cuanto al reembolso por el vendedor de los gastos anticipados por el comprador. No obstante, el comprador conservará el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

2) Si el vendedor pide al comprador que le haga saber si acepta el cumplimiento y el comprador no atiende la petición en un plazo razonable, el vendedor podrá cumplir sus

obligaciones en el plazo indicado en su petición. El comprador no podrá, antes del vencimiento de ese plazo, ejercitar ningún derecho o acción incompatible con el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.

3) Cuando el vendedor comunique que cumplirá sus obligaciones en un plazo determinado, se presumirá que pide al comprador que le haga saber su decisión conforme al párrafo precedente.

4) La petición o comunicación hecha por el vendedor conforme al párrafo 2) o al párrafo 3) de este artículo no surtirá efecto a menos que sea recibida por el comprador.

Artículo 49

1) El comprador podrá declarar resuelto el contrato:

a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o

b) en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado.

2) No obstante, en los casos en que el vendedor haya entregado las mercaderías, el comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace:

a) en caso de entrega tardía, dentro de un plazo razonable después de que haya tenido conocimiento de que se ha efectuado la entrega;

b) en caso de incumplimiento distinto de la entrega tardía, dentro de un plazo razonable:

i) después de que haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento;

ii) después del vencimiento del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47, o después de que el vendedor haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario; o iii) después del vencimiento del plazo suplementario indicado por el vendedor conforme al párrafo 2) del artículo 48, o después de que el comprador haya declarado que no aceptará el cumplimiento.

Artículo 50

Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato. Sin embargo, el comprador no podrá rebajar el precio si el vendedor subsana cualquier incumplimiento de sus obligaciones conforme al artículo 37 o al artículo 48 o si el comprador se niega a aceptar el cumplimiento por el vendedor conforme a esos artículos.

Artículo 51

1) Si el vendedor sólo entrega una parte de las mercaderías o si sólo una parte de las mercaderías entregadas es conforme al contrato, se aplicarán los artículos 46 a 50 respecto de la parte que falte o que no sea conforme.

2) El comprador podrá declarar la resolución del contrato en su totalidad sólo si la entrega parcial o no conforme al contrato constituye un incumplimiento esencial de éste.

Artículo 52

1) Si el vendedor entrega las mercaderías antes de la fecha fijada, el comprador podrá aceptar o rehusar su recepción.

2) Si el vendedor entrega una cantidad de mercaderías mayor que la expresada en el contrato, el comprador podrá aceptar o rehusar el recibo de la cantidad excedente. Si el comprador acepta la recepción de la totalidad o de parte de la cantidad excedente,

deberá pagarla al precio del contrato.

CAPÍTULO III: OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

Artículo 53

El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

SECCIÓN I. PAGO DEL PRECIO

Artículo 54

La obligación del comprador de pagar el precio comprende la de adoptar las medidas y cumplir los requisitos fijados por el contrato o por las leyes o los reglamentos pertinentes para que sea posible el pago.

Artículo 55

Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate.

Artículo 56

Cuando al precio se señale en función del peso de las mercaderías, será el peso neto, en caso de duda, el que determine dicho precio.

Artículo 57

1) El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro lugar determinado, deberá pagarlo al vendedor:

- a) en el establecimiento del vendedor; o
- b) si el pago debe hacerse contra entrega de las mercaderías o de documentos, en el lugar en que se efectúe la entrega.

2) El vendedor deberá soportar todo aumento de los gastos relativos al pago ocasionado por un cambio de su establecimiento acaecido después de la celebración del contrato.

Artículo 58

1) El comprador, si no estuviere obligado a pagar el precio en otro momento determinado, deberá pagarlo cuando el vendedor ponga a su disposición las mercaderías o los correspondientes documentos representativos conforme al contrato y a la presente Convención. El vendedor podrá hacer del pago una condición para la entrega de las mercaderías o los documentos.

2) Si el contrato implica el transporte de las mercaderías, el vendedor podrá expedirlas estableciendo que las mercaderías o los correspondientes documentos representativos no se pondrán en poder del comprador más que contra el pago del precio.

3) El comprador no estará obligado a pagar el precio mientras no haya tenido la posibilidad de examinar las mercaderías, a menos que las modalidades de entrega o de pago pactadas por las partes sean incompatibles con esa posibilidad.

Artículo 59

El comprador deberá pagar el precio en la fecha fijada o que pueda determinarse con arreglo al contrato y a la presente Convención, sin necesidad de requerimiento ni de ninguna otra formalidad por parte del vendedor.

SECCIÓN II. RECEPCIÓN

Artículo 60

La obligación del comprador de proceder a la recepción consiste:

- a) en realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega; y
- b) en hacerse cargo de las mercaderías.

SECCIÓN III. DERECHOS Y ACCIONES EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EL COMPRADOR

Artículo 61

1) Si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el vendedor podrá:

- a) ejercer los derechos establecidos en los artículos 62 a 65;
 - b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77.
- 2) El vendedor no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho.
- 3) Cuando el vendedor ejercite una acción por incumplimiento del contrato, el juez o el árbitro no podrán conceder al comprador ningún plazo de gracia.

Artículo 62

El vendedor podrá exigir del comprador que pague el precio, que reciba las mercaderías o que cumpla las demás obligaciones que le incumban, a menos que el vendedor haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia.

Artículo 63

- 1) El vendedor podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el comprador de las obligaciones que le incumban.
- 2) El vendedor, a menos que haya recibido comunicación del comprador de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el vendedor no perderá por ello el derecho que pueda tener a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento.

Artículo 64

1) El vendedor podrá declarar resuelto el contrato:

- a) si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o
 - b) si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1) del artículo 63, o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado.
- 2) No obstante, en los casos en que el comprador haya pagado el precio, el vendedor perderá el derecho a declarar resuelto el contrato si no lo hace:
- a) en caso de cumplimiento tardío por el comprador, antes de que el vendedor tenga conocimiento de que se ha efectuado el cumplimiento; o
 - b) en caso de incumplimiento distinto del cumplimiento tardío por el comprador, dentro de un plazo razonable:
 - i) después que el vendedor haya tenido o debiera haber tenido conocimiento del incumplimiento; o
 - ii) después del vencimiento del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1) del artículo 63, o después de que el comprador haya declarado que no cumplirá sus obligaciones dentro de ese plazo suplementario.

Artículo 65

1) Si conforme al contrato correspondiere al comprador especificar la forma, las dimensiones u otras características de las mercaderías y el comprador no hiciere tal especificación en la fecha convenida o en un plazo razonable después de haber recibido un requerimiento del vendedor, éste podrá, sin perjuicio de cualesquiera otros derechos que le correspondan, hacer la especificación él mismo de acuerdo con las necesidades del comprador que le sean conocidas.

2) El vendedor, si hiciere la especificación él mismo, deberá informar de sus detalles al comprador y fijar un plazo razonable para que éste pueda hacer una especificación diferente. Si, después de recibir esa comunicación, el comprador no hiciere uso de esta posibilidad dentro del plazo así fijado, la especificación hecha por el vendedor tendrá fuerza vinculante.

CAPITULO IV: TRANSMISIÓN DEL RIESGO

Artículo 66

La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor.

Artículo 67

1) Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa. Cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar. El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos representativos de las mercaderías no afectará a la transmisión del riesgo.

2) Sin embargo, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo.

Artículo 68

El riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato. No obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte. Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor.

Artículo 69

1) En los casos no comprendidos en los artículos 67 y 68, el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción.

2) No obstante, si el comprador estuviere obligado a hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto de un establecimiento del vendedor, el riesgo se transmitirá cuando

deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar.

3) Si el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, no se considerará que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén claramente identificadas a los efectos del contrato.

Artículo 70

Si el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los artículos 67, 68 y 69 no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento.

CAPÍTULO V: DISPOSICIONES COMUNES A LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR Y DEL COMPRADOR

SECCIÓN I. INCUMPLIMIENTO PREVISIBLE Y CONTRATOS CON ENTREGAS SUCESIVAS

Artículo 71

1) Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de:

- a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia, o
- b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato.

2) El vendedor, si ya hubiere expedido las mercaderías antes de que resulten evidentes los motivos a que se refiere el párrafo precedente, podrá oponerse a que las mercaderías se pongan en poder del comprador, aun cuando éste sea tenedor de un documento que le permita obtenerlas. Este párrafo concierne sólo a los derechos respectivos del comprador y del vendedor sobre las mercaderías.

3) La parte que difiera el cumplimiento de lo que le incumbe, antes o después de la expedición de las mercaderías, deberá comunicarlo inmediatamente a la otra parte y deberá proceder al cumplimiento si esa otra parte da seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

Artículo 72

1) Si antes de la fecha de cumplimiento fuere patente que una de las partes incurrirá en incumplimiento esencial del contrato, la otra parte podrá declararlo resuelto.

2) Si hubiere tiempo para ello, la parte que tuviere la intención de declarar resuelto el contrato deberá comunicarlo con antelación razonable a la otra parte para que ésta pueda dar seguridades suficientes de que cumplirá sus obligaciones.

3) Los requisitos del párrafo precedente no se aplicarán si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones.

Artículo 73

1) En los contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías, si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega.

2) Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas da a la otra parte fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas, esa otra parte podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga dentro

de un plazo razonable.

3) El comprador que declare resuelto el contrato respecto de cualquier entrega podrá, al mismo tiempo, declararlo resuelto respecto de entregas ya efectuadas o de futuras entregas si, por razón de su interdependencia, tales entregas no pudieren destinarse al uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato.

SECCIÓN II. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Artículo 74

La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.

Artículo 75

Si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74.

Artículo 76

1) Si se resuelve el contrato y existe un precio corriente de las mercaderías, la parte que exija la indemnización podrá obtener, si no ha procedido a una compra de reemplazo o a una venta de reemplazo conforme al artículo 75, la diferencia entre el precio señalado en el contrato y el precio corriente en el momento de la resolución, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74. No obstante, si la parte que exija la indemnización ha resuelto el contrato después de haberse hecho cargo de las mercaderías, se aplicará el precio corriente en el momento en que se haya hecho cargo de ellas en vez del precio corriente en el momento de la resolución.

2) A los efectos del párrafo precedente, el precio corriente es el del lugar en que debiera haberse efectuado la entrega de las mercaderías o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio en otra plaza que pueda razonablemente sustituir ese lugar, habida cuenta de las diferencias de costo del transporte de las mercaderías.

Artículo 77

La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida.

SECCIÓN III. INTERESES

Artículo 78

Si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra parte tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, sin perjuicio de toda acción de indemnización de los daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74.

SECCIÓN IV. EXONERACIÓN

Artículo 79

1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.

2) Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte sólo quedará exonerada de responsabilidad:

a) si está exonerada conforme al párrafo precedente, y

b) si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de ese párrafo.

3) La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.

4) La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte que no haya cumplido tuviera o debiera haber tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.

5) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención.

Artículo 80

Una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquella.

SECCION V. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

Artículo 81

1) La resolución del contrato liberará a las dos partes de sus obligaciones, salvo la indemnización de daños y perjuicios que pueda ser debida. La resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución.

2) La parte que haya cumplido total o parcialmente el contrato podrá reclamar de la otra parte la restitución de lo que haya suministrado o pagado conforme al contrato. Si las dos partes están obligadas a restituir, la restitución deberá realizarse simultáneamente.

Artículo 82

1) El comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas cuando le sea imposible restituir estas en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que las hubiera recibido.

2) El párrafo precedente no se aplicará:

a) si la imposibilidad de restituir las mercaderías o de restituirlas en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que el comprador las hubiera recibido no fuere imputable a un acto u omisión de este;

b) si las mercaderías o una parte de ellas hubieren perecido o se hubieren deteriorado como consecuencia del examen prescrito en el artículo 38; o

c) si el comprador, antes de que descubriera o debiera haber descubierto la falta de conformidad, hubiere vendido las mercaderías o una parte de ellas en el curso normal de sus negocios o las hubiere consumido o transformado conforme a un uso normal.

Artículo 83

El comprador que haya perdido el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir del vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas, conforme al artículo 82, conservará todos los demás derechos y acciones que le correspondan conforme al contrato y a la Presente Convención. Artículo 84

1) El vendedor, si estuviere obligado a restituir el precio, deberá abonar también los intereses correspondientes, a partir de la fecha en que se haya efectuado el pago.

2) El comprador deberá abonar al vendedor el importe de todos los beneficios que haya obtenido de las mercaderías o de una parte de ellas:

a) cuando deba restituir las mercaderías o una parte de ellas; o

b) cuando le sea imposible restituir la totalidad o una parte de las mercaderías o restituir la totalidad o una parte de las mercaderías en un estado sustancialmente idéntico a aquel en que las hubiera recibido, pero haya declarado resuelto el contrato o haya exigido del vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas.

SECCION VI. CONSERVACIÓN DE LAS MERCADERÍAS

Artículo 85

Si el comprador se demora en el recepción de las mercaderías o, cuando el pago del precio y la entrega de las mercaderías deban hacerse simultáneamente, no paga el precio, el vendedor, si está en posesión de las mercaderías o tiene de otro modo poder de disposición sobre ellas, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El vendedor tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del comprador el reembolso de los gastos razonables que haya realizado.

Artículo 86

1) El comprador, si ha recibido las mercaderías y tiene la intención de ejercer cualquier derecho a rechazarlas que le corresponda conforme al contrato o a la presente Convención, deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para su conservación. El comprador tendrá derecho a retener las mercaderías hasta que haya obtenido del vendedor el reembolso de los gastos razonables que haya realizado.

2) Si las mercaderías expedidas al comprador han sido puestas a disposición de este en el lugar de destino y el comprador ejerce el derecho a rechazarlas, deberá tomar posesión de ellas por cuenta del vendedor, siempre que ello pueda hacerse sin pago del precio y sin inconvenientes ni gastos excesivos. Esta disposición no se aplicará cuando el vendedor o una persona facultada para hacerse cargo de las mercaderías por cuenta de aquel que este presente en el lugar de destino. Si el comprador toma posesión de las mercaderías conforme a este párrafo, sus derechos y obligaciones se regirán por el párrafo precedente .

Artículo 87

La parte que esté obligada adoptar medidas para la conservación de las mercaderías podrá depositarlas en los almacenes de un tercero a expensas de la otra parte, siempre que los gastos resultantes no sean excesivos.

Artículo 88

1) La parte que esté obligada a conservar las mercaderías conforme a los artículos 85 u

86 podrá venderlas por cualquier medio apropiado si la otra parte se ha demorado excesivamente en tomar posesión de ellas, en aceptar su devolución o en pagar el precio o los gastos de su conservación, siempre que comunique con antelación razonable a esa otra parte su intención de vender.

2) Si las mercaderías están expuestas a deterioro rápido, o si su conservación entraña gastos excesivos, la parte que esté obligada a conservarlas conforme a los artículos 85 u 86 deberá adoptar medidas razonables para venderlas. En la medida de lo posible deberá comunicar a la otra parte su intención de vender.

3) La parte que venda las mercaderías tendrá derecho a retener del producto de la venta una suma igual a los gastos razonables de su conservación y venta. Esa parte deberá abonar el saldo a la otra parte.

PARTE IV: DISPOSICIONES FINALES

Artículo 89

El Secretario General de las Naciones Unidas queda designado depositario de la presente Convención.

Artículo 90

La presente Convención no prevalecerá sobre ningún acuerdo internacional ya celebrado o que se celebre que contenga disposiciones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención, siempre que las partes tengan sus establecimientos en Estados partes en ese acuerdo.

Artículo 91

1) La presente Convención estará abierta a la firma en la sesión de clausura de la Conferencia sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y permanecerá abierta a la firma de todos los Estados en la Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, hasta el 30 de septiembre de 1981.

2) La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados signatarios . 3) La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados que no sean Estados signatarios desde la fecha en que quede abierta a la firma.

4) Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación y adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 92

1) Todo Estado Contratante podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión que no quedará obligado por la Parte II de la presente Convención o que no quedará obligado por la Parte III de la presente Convención.

2) Todo Estado Contratante que haga una declaración conforme al párrafo precedente respecto de la Parte II o de la Parte III de la presente Convención no será considerado Estado Contratante a los efectos del párrafo 1) del artículo I de la presente Convención respecto de las materias que se rijan por la Parte a la que se aplique la declaración .

Artículo 93

1) Todo Estado Contratante integrado por dos o más unidades territoriales en las que, con arreglo a su constitución, sean aplicables distintos sistemas jurídicos en relación con las materias objeto de la presente Convención podrá declarar en el momento de la firma, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión que la presente Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o sólo a una o varias de ellas y podrá modificar en cualquier momento se declaración mediante otra declaración .

2) Esas declaraciones serán notificadas al depositario y en ellas se hará constar

expresamente a qué unidades territoriales se aplica la Convención.

3) Si, en virtud de una declaración hecha conforme a este artículo, la presente Convención se aplica a una o varias de las unidades territoriales de un Estado Contratante, pero no a todas ellas, y si el establecimiento de una de las partes está situado en ese Estado, se considerará que, a los efectos de la presente Convención, ese establecimiento no está en un Estado Contratante, a menos que se encuentre en una unidad territorial a la que se aplique la Convención.

4) Si el Estado Contratante no hace ninguna declaración conforme el párrafo 1) de este artículo, la Convención se aplicará a todas las unidades territoriales de ese Estado.

Artículo 94

1) Dos o más Estados Contratantes que, en las materias que se rigen por la presente Convención, tengan normas jurídicas idénticas o similares podrán declarar, en cualquier momento, que la Convención no se aplicará a los contratos de compraventa ni a su formación cuando las partes tengan sus establecimientos en esos Estados. Tales declaraciones podrán hacerse conjuntamente o mediante declaraciones unilaterales recíprocas.

2) Todo Estado Contratante que, en las materias que se rigen por la presente Convención, tenga normas jurídicas idénticas o similares a las de uno o varios Estados no contratantes podrá declarar, en cualquier momento, que la Convención no se aplicará a los contratos de compraventa ni a su formación cuando las partes tengan sus establecimientos en esos Estados.

3) Si un Estado respecto del cual se haya hecho una declaración conforme al párrafo precedente llega a ser ulteriormente Estado Contratante, la declaración surtirá los efectos de una declaración hecha con arreglo al párrafo 1) desde la fecha en que la Convención entre en vigor respecto del nuevo Estado Contratante, siempre que el nuevo Estado Contratante suscriba esa declaración o haga una declaración unilateral de carácter recíproco .

Artículo 95

Todo Estado podrá declarar en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no quedará obligado por el apartado b) del párrafo 1) del artículo 1 de la presente Convención .

Artículo 96

El Estado Contratante cuya legislación exija que los contratos de compraventa se celebren o se prueben por escrito podrá hacer en cualquier momento una declaración conforme al artículo 12 en el sentido de que cualquier disposición del artículo 11, del artículo 29 o de la Parte II de la presente Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo acuerdo del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito no se aplicará en el caso de que cualquiera de las partes tenga su establecimiento en ese Estado.

Artículo 97

1) Las declaraciones hechas conforme a la presente Convención en el momento de la firma estarán sujetas a confirmación cuando se proceda a la ratificación, la aceptación o la aprobación.

2) Las declaraciones y las confirmaciones de declaraciones se harán constar por escrito y se notificarán formalmente al depositario.

3) Toda declaración surtirá efecto en el momento de la entrada en vigor de la presente Convención respecto del Estado de que se trate. No obstante, toda declaración de la que

el depositario reciba notificación formal después de tal entrada en vigor surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que haya sido recibida por el depositario. Las declaraciones unilaterales recíprocas hechas conforme al artículo 94 surtirán efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que el depositario haya recibido la última declaración.

4) Todo Estado que haga una declaración conforme a la presente Convención podrá retirarla en cualquier momento mediante notificación formal hecha por escrito al depositario. Este retiro surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de seis meses contados desde la fecha en que el depositario haya recibido la notificación.

5) El retiro de una declaración hecha conforme al artículo 94 hará ineficaz, a partir de la fecha en que surta efecto el retiro, cualquier declaración de carácter recíproca hecha por otro Estado conforme a ese artículo.

Artículo 98

No se podrán hacer más reservas que las expresamente autorizadas por la presente Convención.

Artículo 99

1) La presente Convención entrará en vigor, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6) de este artículo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, incluido todo instrumento que contenga una declaración hecha conforme al artículo 92.

2) Cuando un Estado ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, después de haber sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la Convención, salvo la Parte excluida, entrará en vigor respecto de ese Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 6) de este artículo, el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

3) Todo Estado que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, y que sea parte en la Convención relativa a una Ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías hecha en La Haya el 1 de julio de 1964 (Convención de La Haya sobre la formación, de 1964) o en la Convención relativa a una Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías hecha en La Haya el 1 de julio de 1964 (Convención de La Haya sobre la venta, de 1964), o en ambas Convenciones, deberá denunciar al mismo tiempo, según el caso, la Convención de La Haya sobre la venta, de 1964, la Convención de La Haya sobre la formación, de 1964, o ambas Convenciones, mediante notificación al efecto al Gobierno de los Países Bajos.

4) Todo Estado parte en la Convención de La Haya sobre la venta, de 1964, que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, y que declare o haya declarado conforme al artículo 92 que no quedará obligado por la Parte II de la presente Convención denunciará en el momento de la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión la Convención de La Haya sobre la venta, de 1964, mediante notificación al efecto al Gobierno de los Países Bajos.

5) Todo Estado parte en la Convención de La Haya sobre la formación, de 1964, que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención, o se adhiera a ella, y que declare o

haya declarado conforme al artículo 92 que no quedará obligado por la Parte III de la presente Convención denunciará en el momento de la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión la Convención de La Haya sobre la formación, de 1964, mediante notificación al efecto al Gobierno de los Países Bajos.

6) A los efectos de este artículo, las ratificaciones, aceptaciones, aprobaciones y adhesiones formuladas respecto de la presente Convención por Estados partes en la Convención de La Haya sobre la formación, de 1964, o en la Convención de La Haya sobre la venta, de 1964, no surtirán efecto hasta que las denuncias que esos Estados deban hacer, en su caso, respecto de estas dos últimas Convenciones hayan surtido a su vez efecto. El depositario de la presente Convención consultará con el Gobierno de los Países Bajos, como depositario de las Convenciones de 1964, a fin de lograr la necesaria coordinación a este respecto.

Artículo 100

1) La presente Convención se aplicará a la formación del contrato sólo cuando la propuesta de celebración del contrato se haga en la fecha de entrada en vigor de la Convención respecto de los Estados Contratantes a que se refiere el apartado a) del párrafo 1) del artículo 1 o respecto del Estado Contratante a que se refiere el apartado b) del párrafo 1) del artículo 1, o después de esa fecha.

2) La presente Convención se aplicará sólo a los contratos celebrados en la fecha de entrada en vigor de la presente Convención respecto de los Estados Contratantes a que se refiere el apartado a) del párrafo 1) del artículo 1 o respecto del Estado Contratante a que se refiere el apartado b) del párrafo 1) del artículo 1, o después de esa fecha.

Artículo 101

1) Todo Estado Contratante podrá denunciar la presente Convención, o su Parte II o su Parte III, mediante notificación formal hecha por escrito al depositario.

2) La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de doce meses contados desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario. Cuando en la notificación se establezca un plazo más largo para que la denuncia surta efecto, la denuncia surtirá efecto a la expiración de ese plazo, contado desde la fecha en que la notificación haya sido recibida por el depositario.

HECHA en Viena, el día once de abril de mil novecientos ochenta, en un solo original, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado la presente Convención.

ANEXO II. PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS

INTERNACIONALES COMERCIALES (Versión 2010 en Inglés)

UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS 2010

PREAMBLE (Purpose of the Principles)

These Principles set forth general rules for international commercial contracts. They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them.(*). They may be applied when the parties have agreed that their contract be

governed by general principles of law, the *lex mercatoria* or the like. They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract. They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments. They may be used to interpret or supplement domestic law. They may serve as a model for national and international legislators.

(*) Parties wishing to provide that their agreement be governed by the Principles might use the following words, adding any desired exceptions or modifications: “This contract shall be governed by the UNIDROIT Principles (2010) [except as to Articles ...]”. Parties wishing to provide in addition for the application of the law of a particular jurisdiction might use the following words: “This contract shall be governed by the UNIDROIT Principles (2010) [except as to Articles...], supplemented when necessary by the law of [jurisdiction X]”.

CHAPTER 1 — GENERAL PROVISIONS

ARTICLE 1.1 (Freedom of contract)

The parties are free to enter into a contract and to determine its content.

ARTICLE 1.2 (No form required)

Nothing in these Principles requires a contract, statement or any other act to be made in or evidenced by a particular form. It may be proved by any means, including witnesses.

ARTICLE 1.3 (Binding character of contract)

A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles.

ARTICLE 1.4 (Mandatory rules)

Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law.

ARTICLE 1.5 (Exclusion or modification by the parties)

The parties may exclude the application of these Principles or derogate from or vary the effect of any of their provisions, except as otherwise provided in the Principles.

ARTICLE 1.6 (Interpretation and supplementation of the Principles)

(1) In the interpretation of these Principles, regard is to be had to their international character and to their purposes including the need to promote uniformity in their application.

(2) Issues within the scope of these Principles but not expressly settled by them are as far as possible to be settled in accordance with their underlying general principles.

ARTICLE 1.7 (Good faith and fair dealing)

(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.

(2) The parties may not exclude or limit this duty.

ARTICLE 1.8 (Inconsistent behavior)

A party cannot act inconsistently with an understanding it has caused the other party to have and upon which that other party reasonably has acted in reliance to its detriment.

ARTICLE 1.9 (Usages and practices)

(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

(2) The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the

application of such a usage would be unreasonable.

ARTICLE 1.10 (Notice)

(1) Where notice is required it may be given by any means appropriate to the circumstances.

(2) A notice is effective when it reaches the person to whom it is given.

(3) For the purpose of paragraph (2) a notice “reaches” a person when given to that person orally or delivered at that person’s place of business or mailing address.

(4) For the purpose of this Article “notice” includes a declaration, demand, request or any other communication of intention.

ARTICLE 1.11 (Definitions)

In these Principles

– “court” includes an arbitral tribunal;

– where a party has more than one place of business the relevant “place of business” is that which has the closest relationship to the contract and its performance, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before or at the conclusion of the contract;

– “obligor” refers to the party who is to perform an obligation and “obligee” refers to the party who is entitled to performance of that obligation.

– “writing” means any mode of communication that preserves a record of the information contained therein and is capable of being reproduced in tangible form.

ARTICLE 1.12 (Computation of time set by parties)

(1) Official holidays or non-business days occurring during a period set by parties for an act to be performed are included in calculating the period.

(2) However, if the last day of the period is an official holiday or a non-business day at the place of business of the party to perform the act, the period is extended until the first business day which follows, unless the circumstances indicate otherwise.

(3) The relevant time zone is that of the place of business of the party setting the time, unless the circumstances indicate otherwise.

CHAPTER 2 — FORMATION AND AUTHORITY OF AGENTS

SECTION 1: FORMATION

ARTICLE 2.1.1 (Manner of formation)

A contract may be concluded either by the acceptance of an offer or by conduct of the parties that is sufficient to show agreement.

ARTICLE 2.1.2 (Definition of offer)

A proposal for concluding a contract constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance.

ARTICLE 2.1.3 (Withdrawal of offer)

(1) An offer becomes effective when it reaches the offeree.

(2) An offer, even if it is irrevocable, may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeree before or at the same time as the offer.

ARTICLE 2.1.4 (Revocation of offer)

(1) Until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before it has dispatched an acceptance.

(2) However, an offer cannot be revoked

(a) if it indicates, whether by stating a fixed time for acceptance or otherwise, that it is irrevocable; or

(b) if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.

ARTICLE 2.1.5 (Rejection of offer)

An offer is terminated when a rejection reaches the offeror.

ARTICLE 2.1.6 (Mode of acceptance)

(1) A statement made by or other conduct of the offeree indicating assent to an offer is an acceptance. Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance.

(2) An acceptance of an offer becomes effective when the indication of assent reaches the offeror.

(3) However, if, by virtue of the offer or as a result of practices which the parties have established between themselves or of usage, the offeree may indicate assent by performing an act without notice to the offeror, the acceptance is effective when the act is performed.

ARTICLE 2.1.7 (Time of acceptance)

An offer must be accepted within the time the offeror has fixed or, if no time is fixed, within a reasonable time having regard to the circumstances, including the rapidity of the means of communication employed by the offeror. An oral offer must be accepted immediately unless the circumstances indicate otherwise.

ARTICLE 2.1.8 (Acceptance within a fixed period of time)

A period of acceptance fixed by the offeror begins to run from the time that the offer is dispatched. A time indicated in the offer is deemed to be the time of dispatch unless the circumstances indicate otherwise.

ARTICLE 2.1.9 (Late acceptance. Delay in transmission)

(1) A late acceptance is nevertheless effective as an acceptance if without undue delay the offeror so informs the offeree or gives notice to that effect.

(2) If a communication containing a late acceptance shows that it has been sent in such circumstances that if its transmission had been normal it would have reached the offeror in due time, the late acceptance is effective as an acceptance unless, without undue delay, the offeror informs the offeree that it considers the offer as having lapsed.

ARTICLE 2.1.10 (Withdrawal of acceptance) An acceptance may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeror before or at the same time as the acceptance would have become effective.

ARTICLE 2.1.11 (Modified acceptance)

(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.

(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects to the discrepancy. If the offeror does not object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

ARTICLE 2.1.12 (Writings in confirmation)

If a writing which is sent within a reasonable time after the conclusion of the contract and which purports to be a confirmation of the contract contains additional or different terms, such terms become part of the contract, unless they materially alter the contract or the recipient, without undue delay, objects to the discrepancy.

ARTICLE 2.1.13 (Conclusion of contract dependent on agreement on specific matters or in a particular form)

Where in the course of negotiations one of the parties insists that the contract is not concluded until there is agreement on specific matters or in a particular form, no contract is concluded before agreement is reached on those matters or in that form.

ARTICLE 2.1.14 (Contract with terms deliberately left open)

(1) If the parties intend to conclude a contract, the fact that they intentionally leave a term to be agreed upon in further negotiations or to be determined by a third person does not prevent a contract from coming into existence.

(2) The existence of the contract is not affected by the fact that subsequently

(a) the parties reach no agreement on the term; or

(b) the third person does not determine the term, provided that there is an alternative means of rendering the term definite that is reasonable in the circumstances, having regard to the intention of the parties.

ARTICLE 2.1.15 (Negotiations in bad faith)

(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.

(3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.

ARTICLE 2.1.16 (Duty of confidentiality)

Where information is given as confidential by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or to use it improperly for its own purposes, whether or not a contract is subsequently concluded. Where appropriate, the remedy for breach of that duty may include compensation based on the benefit received by the other party.

ARTICLE 2.1.17 (Merger clauses)

A contract in writing which contains a clause indicating that the writing completely embodies the terms on which the parties have agreed cannot be contradicted or supplemented by evidence of prior statements or agreements. However, such statements or agreements may be used to interpret the writing.

ARTICLE 2.1.18 (Modification in a particular form)

A contract in writing which contains a clause requiring any modification or termination by agreement to be in a particular form may not be otherwise modified or terminated. However, a party may be precluded by its conduct from asserting such a clause to the extent that the other party has reasonably acted in reliance on that conduct.

ARTICLE 2.1.19 (Contracting under standard terms)

(1) Where one party or both parties use standard terms in concluding a contract, the general rules on formation apply, subject to Articles 2.1.20 - 2.1.22.

(2) Standard terms are provisions which are prepared in advance for general and repeated use by one party and which are actually used without negotiation with the other party.

ARTICLE 2.1.20 (Surprising terms)

(1) No term contained in standard terms which is of such a character that the other party could not reasonably have expected it, is effective unless it has been expressly accepted by that party.

(2) In determining whether a term is of such a character regard shall be had to its content, language and presentation.

ARTICLE 2.1.21 (Conflict between standard terms and non-standard terms)

In case of conflict between a standard term and a term which is not a standard term the

latter prevails.

ARTICLE 2.1.22 (Battle of forms)

Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later and without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract.

SECTION 2: AUTHORITY OF AGENTS

ARTICLE 2.2.1 (Scope of the Section)

(1) This Section governs the authority of a person (“the agent”) to affect the legal relations of another person (“the principal”) by or with respect to a contract with a third party, whether the agent acts in its own name or in that of the principal.

(2) It governs only the relations between the principal or the agent on the one hand, and the third party on the other.

(3) It does not govern an agent’s authority conferred by law or the authority of an agent appointed by a public or judicial authority.

ARTICLE 2.2.2 (Establishment and scope of the authority of the agent)

(1) The principal’s grant of authority to an agent may be express or implied.

(2) The agent has authority to perform all acts necessary in the circumstances to achieve the purposes for which the authority was granted.

ARTICLE 2.2.3 (Agency disclosed)

(1) Where an agent acts within the scope of its authority and the third party knew or ought to have known that the agent was acting as an agent, the acts of the agent shall directly affect the legal relations between the principal and the third party and no legal relation is created between the agent and the third party.

(2) However, the acts of the agent shall affect only the relations between the agent and the third party, where the agent with the consent of the principal undertakes to become the party to the contract.

ARTICLE 2.2.4 (Agency undisclosed)

(1) Where an agent acts within the scope of its authority and the third party neither knew nor ought to have known that the agent was acting as an agent, the acts of the agent shall affect only the relations between the agent and the third party.

(2) However, where such an agent, when contracting with the third party on behalf of a business, represents itself to be the owner of that business, the third party, upon discovery of the real owner of the business, may exercise also against the latter the rights it has against the agent.

ARTICLE 2.2.5 (Agent acting without or exceeding its authority)

(1) Where an agent acts without authority or exceeds its authority, its acts do not affect the legal relations between the principal and the third party.

(2) However, where the principal causes the third party reasonably to believe that the agent has authority to act on behalf of the principal and that the agent is acting within the scope of that authority, the principal may not invoke against the third party the lack of authority of the agent.

ARTICLE 2.2.6 (Liability of agent acting without or exceeding its authority)

(1) An agent that acts without authority or exceeds its authority is, failing ratification by the principal, liable for damages that will place the third party in the same position as if the agent had acted with authority and not exceeded its authority.

(2) However, the agent is not liable if the third party knew or ought to have known that the agent had no authority or was exceeding its authority.

ARTICLE 2.2.7 (Conflict of interests)

(1) If a contract concluded by an agent involves the agent in a conflict of interests with the principal of which the third party knew or ought to have known, the principal may avoid the contract. The right to avoid is subject to Articles 3.2.9 and 3.2.11 to 3.2.15.

(2) However, the principal may not avoid the contract (a) if the principal had consented to, or knew or ought to have known of, the agent's involvement in the conflict of interests; or (b) if the agent had disclosed the conflict of interests to the principal and the latter had not objected within a reasonable time.

ARTICLE 2.2.8 (Sub-agency)

An agent has implied authority to appoint a sub-agent to perform acts which it is not reasonable to expect the agent to perform itself. The rules of this Section apply to the sub-agency.

ARTICLE 2.2.9 (Ratification)

(1) An act by an agent that acts without authority or exceeds its authority may be ratified by the principal. On ratification the act produces the same effects as if it had initially been carried out with authority.

(2) The third party may by notice to the principal specify a reasonable period of time for ratification. If the principal does not ratify within that period of time it can no longer do so.

(3) If, at the time of the agent's act, the third party neither knew nor ought to have known of the lack of authority, it may, at any time before ratification, by notice to the principal indicate its refusal to become bound by a ratification.

ARTICLE 2.2.10 (Termination of authority)

(1) Termination of authority is not effective in relation to the third party unless the third party knew or ought to have known of it.

(2) Notwithstanding the termination of its authority, an agent remains authorized to perform the acts that are necessary to prevent harm to the principal's interests.

CHAPTER 3 — VALIDITY

SECTION 1: GENERAL PROVISIONS

ARTICLE 3.1.1 (Matters not covered)

This Chapter does not deal with lack of capacity.

ARTICLE 3.1.2 (Validity of mere agreement)

A contract is concluded, modified or terminated by the mere agreement of the parties, without any further requirement.

ARTICLE 3.1.3 (Initial impossibility)

(1) The mere fact that at the time of the conclusion of the contract the performance of the obligation assumed was impossible does not affect the validity of the contract.

(2) The mere fact that at the time of the conclusion of the contract a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates does not affect the validity of the contract.

ARTICLE 3.1.4 (Mandatory character of the provisions)

The provisions on fraud, threat, gross disparity and illegality contained in this Chapter are mandatory.

SECTION 2: GROUNDS FOR AVOIDANCE**ARTICLE 3.2.1 (Definition of mistake)**

Mistake is an erroneous assumption relating to facts or to law existing when the contract was concluded.

ARTICLE 3.2.2 (Relevant mistake)

(1) A party may only avoid the contract for mistake if, when the contract was concluded, the mistake was of such importance that a reasonable person in the same situation as the party in error would only have concluded the contract on materially different terms or would not have concluded it at all if the true state of affairs had been known, and (a) the other party made the same mistake, or caused the mistake, or knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to reasonable commercial standards of fair dealing to leave the mistaken party in error; or (b) the other party had not at the time of avoidance reasonably acted in reliance on the contract.

(2) However, a party may not avoid the contract if (a) it was grossly negligent in committing the mistake; or (b) the mistake relates to a matter in regard to which the risk of mistake was assumed or, having regard to the circumstances, should be borne by the mistaken party.

ARTICLE 3.2.3 (Error in expression or transmission)

An error occurring in the expression or transmission of a declaration is considered to be a mistake of the person from whom the declaration emanated.

ARTICLE 3.2.4 (Remedies for non-performance)

A party is not entitled to avoid the contract on the ground of mistake if the circumstances on which that party relies afford, or could have afforded, a remedy for non-performance.

ARTICLE 3.2.5 (Fraud)

A party may avoid the contract when it has been led to conclude the contract by the other party's fraudulent representation, including language or practices, or fraudulent non-disclosure of circumstances which, according to reasonable commercial standards of fair dealing, the latter party should have disclosed.

ARTICLE 3.2.6 (Threat)

A party may avoid the contract when it has been led to conclude the contract by the other party's unjustified threat which, having regard to the circumstances, is so imminent and serious as to leave the first party no reasonable alternative. In particular, a threat is unjustified if the act or omission with which a party has been threatened is wrongful in itself, or it is wrongful to use it as a means to obtain the conclusion of the contract.

ARTICLE 3.2.7 (Gross disparity)

(1) A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and (b) the nature and purpose of the contract.

(2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing.

(3) A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has reasonably acted in

reliance on it. Article 3.2.10(2) applies accordingly.

ARTICLE 3.2.8 (Third persons)

(1) Where fraud, threat, gross disparity or a party's mistake is imputable to, or is known or ought to be known by, a third person for whose acts the other party is responsible, the contract may be avoided under the same conditions as if the behavior or knowledge had been that of the party itself.

(2) Where fraud, threat or gross disparity is imputable to a third person for whose acts the other party is not responsible, the contract may be avoided if that party knew or ought to have known of the fraud, threat or disparity, or has not at the time of avoidance reasonably acted in reliance on the contract.

ARTICLE 3.2.9 (Confirmation)

If the party entitled to avoid the contract expressly or impliedly confirms the contract after the period of time for giving notice of avoidance has begun to run, avoidance of the contract is excluded.

ARTICLE 3.2.10 (Loss of right to avoid)

(1) If a party is entitled to avoid the contract for mistake but the other party declares itself willing to perform or performs the contract as it was understood by the party entitled to avoidance, the contract is considered to have been concluded as the latter party understood it. The other party must make such a declaration or render such performance promptly after having been informed of the manner in which the party entitled to avoidance had understood the contract and before that party has reasonably acted in reliance on a notice of avoidance.

(2) After such a declaration or performance the right to avoidance is lost and any earlier notice of avoidance is ineffective.

ARTICLE 3.2.11 (Notice of avoidance)

The right of a party to avoid the contract is exercised by notice to the other party.

ARTICLE 3.2.12 (Time limits)

(1) Notice of avoidance shall be given within a reasonable time, having regard to the circumstances, after the avoiding party knew or could not have been unaware of the relevant facts or became capable of acting freely.

(2) Where an individual term of the contract may be avoided by a party under Article 3.2.7, the period of time for giving notice of avoidance begins to run when that term is asserted by the other party.

ARTICLE 3.2.13 (Partial avoidance)

Where a ground of avoidance affects only individual terms of the contract, the effect of avoidance is limited to those terms unless, having regard to the circumstances, it is unreasonable to uphold the remaining contract.

ARTICLE 3.2.14 (Retroactive effect of avoidance)

Avoidance takes effect retroactively.

ARTICLE 3.2.15 (Restitution)

(1) On avoidance either party may claim restitution of whatever it has supplied under the contract, or the part of it avoided, provided that the party concurrently makes restitution of whatever it has received under the contract, or the part of it avoided.

(2) If restitution in kind is not possible or appropriate, an allowance has to be made in money whenever reasonable.

(3) The recipient of the performance does not have to make an allowance in money if the impossibility to make restitution in kind is attributable to the other party.

(4) Compensation may be claimed for expenses reasonably required to preserve or

maintain the performance received.

ARTICLE 3.2.16 (Damages)

Irrespective of whether or not the contract has been avoided, the party who knew or ought to have known of the ground for avoidance is liable for damages so as to put the other party in the same position in which it would have been if it had not concluded the contract.

ARTICLE 3.2.17 (Unilateral declarations)

The provisions of this Chapter apply with appropriate adaptations to any communication of intention addressed by one party to the other.

SECTION 3: ILLEGALITY

ARTICLE 3.3.1 (Contracts infringing mandatory rules)

(1) Where a contract infringes a mandatory rule, whether of national, international or supranational origin, applicable under Article 1.4 of these Principles, the effects of that infringement upon the contract are the effects, if any, expressly prescribed by that mandatory rule.

(2) Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement upon a contract, the parties have the right to exercise such remedies under the contract as in the circumstances are reasonable.

(3) In determining what is reasonable regard is to be had in particular to: (a) the purpose of the rule which has been infringed; (b) the category of persons for whose protection the rule exists; (c) any sanction that may be imposed under the rule infringed; (d) the seriousness of the infringement; (e) whether one or both parties knew or ought to have known of the infringement; (f) whether the performance of the contract necessitates the infringement; and (g) the parties' reasonable expectations.

ARTICLE 3.3.2 (Restitution)

(1) Where there has been performance under a contract infringing a mandatory rule under Article 3.3.1, restitution may be granted where this would be reasonable in the circumstances.

(2) In determining what is reasonable, regard is to be had, with the appropriate adaptations, to the criteria referred to in Article 3.3.1(3).

(3) If restitution is granted, the rules set out in Article 3.2.15 apply with appropriate adaptations.

CHAPTER 4 — INTERPRETATION

ARTICLE 4.1 (Intention of the parties)

(1) A contract shall be interpreted according to the common intention of the parties.

(2) If such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances.

ARTICLE 4.2 (Interpretation of statements and other conduct)

(1) The statements and other conduct of a party shall be interpreted according to that party's intention if the other party knew or could not have been unaware of that intention.

(2) If the preceding paragraph is not applicable, such statements and other conduct shall be interpreted according to the meaning that a reasonable person of the same kind as the other party would give to it in the same circumstances.

ARTICLE 4.3 (Relevant circumstances)

In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including (a) preliminary negotiations between the parties; (b) practices which the parties have established between themselves; (c) the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract; (d) the nature and purpose of the contract; (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the trade concerned; (f) usages.

ARTICLE 4.4 (Reference to contract or statement as a whole)

Terms and expressions shall be interpreted in the light of the whole contract or statement in which they appear.

ARTICLE 4.5 (All terms to be given effect)

Contract terms shall be interpreted so as to give effect to all the terms rather than to deprive some of them of effect.

ARTICLE 4.6 (Contra proferentem rule)

If contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred.

ARTICLE 4.7 (Linguistic discrepancies)

Where a contract is drawn up in two or more language versions which are equally authoritative there is, in case of discrepancy between the versions, a preference for the interpretation according to a version in which the contract was originally drawn up.

ARTICLE 4.8 (Supplying an omitted term)

(1) Where the parties to a contract have not agreed with respect to a term which is important for a determination of their rights and duties, a term which is appropriate in the circumstances shall be supplied.

(2) In determining what is an appropriate term regard shall be had, among other factors, to (a) the intention of the parties; (b) the nature and purpose of the contract; (c) good faith and fair dealing; (d) reasonableness.

CHAPTER 5 — CONTENT AND THIRD PARTY RIGHTS

SECTION 1: CONTENT

ARTICLE 5.1.1 (Express and implied obligations)

The contractual obligations of the parties may be express or implied.

ARTICLE 5.1.2 (Implied obligations)

Implied obligations stem from (a) the nature and purpose of the contract; (b) practices established between the parties and usages; (c) good faith and fair dealing; (d) reasonableness.

ARTICLE 5.1.3 (Co-operation between the parties)

Each party shall cooperate with the other party when such co-operation may reasonably be expected for the performance of that party's obligations.

ARTICLE 5.1.4 (Duty to achieve a specific result. Duty of best efforts)

(1) To the extent that an obligation of a party involves a duty to achieve a specific result, that party is bound to achieve that result. (2) To the extent that an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity, that party is bound to make such efforts as would be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances.

ARTICLE 5.1.5 (Determination of kind of duty involved)

In determining the extent to which an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity or a duty to achieve a specific result, regard shall be had, among other factors, to (a) the way in which the obligation is expressed in the contract; (b) the contractual price and other terms of the contract; (c) the degree of

risk normally involved in achieving the expected result; (d) the ability of the other party to influence the performance of the obligation.

ARTICLE 5.1.6 (Determination of quality of performance)

Where the quality of performance is neither fixed by, nor determinable from, the contract a party is bound to render a performance of a quality that is reasonable and not less than average in the circumstances.

ARTICLE 5.1.7 (Price determination)

(1) Where a contract does not fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such performance in comparable circumstances in the trade concerned or, if no such price is available, to a reasonable price. (2) Where the price is to be determined by one party and that determination is manifestly unreasonable, a reasonable price shall be substituted notwithstanding any contract term to the contrary. (3) Where the price is to be fixed by a third person, and that person cannot or will not do so, the price shall be a reasonable price. (4) Where the price is to be fixed by reference to factors which do not exist or have ceased to exist or to be accessible, the nearest equivalent factor shall be treated as a substitute.

ARTICLE 5.1.8 (Contract for an indefinite period)

A contract for an indefinite period may be ended by either party by giving notice a reasonable time in advance.

ARTICLE 5.1.9 (Release by agreement)

(1) An obligee may release its right by agreement with the obligor. (2) An offer to release a right gratuitously shall be deemed accepted if the obligor does not reject the offer without delay after having become aware of it.

SECTION 2: THIRD PARTY RIGHTS

ARTICLE 5.2.1 (Contracts in favor of third parties)

(1) The parties (the “promisor” and the “promisee”) may confer by express or implied agreement a right on a third party (the “beneficiary”). (2) The existence and content of the beneficiary’s right against the promisor are determined by the agreement of the parties and are subject to any conditions or other limitations under the agreement.

ARTICLE 5.2.2 (Third party identifiable)

The beneficiary must be identifiable with adequate certainty by the contract but need not be in existence at the time the contract is made.

ARTICLE 5.2.3 (Exclusion and limitation clauses)

The conferment of rights in the beneficiary includes the right to invoke a clause in the contract which excludes or limits the liability of the beneficiary.

ARTICLE 5.2.4 (Defenses)

The promisor may assert against the beneficiary all defenses, which the promisor could assert against the promisee.

ARTICLE 5.2.5 (Revocation)

The parties may modify or revoke the rights conferred by the contract on the beneficiary until the beneficiary has accepted them or reasonably acted in reliance on them.

ARTICLE 5.2.6 (Renunciation)

The beneficiary may renounce a right conferred on it.

SECTION 3: CONDITIONS

ARTICLE 5.3.1 (Types of condition)

A contract or a contractual obligation may be made conditional upon the occurrence of

a future uncertain event, so that the contract or the contractual obligation only takes effect if the event occurs (suspensive condition) or comes to an end if the event occurs (resolutive condition).

ARTICLE 5.3.2 (Effect of conditions)

Unless the parties otherwise agree : (a) the relevant contract or contractual obligation takes effect upon fulfilment of a suspensive condition; (b) the relevant contract or contractual obligation comes to an end upon fulfilment of a resolutive condition.

ARTICLE 5.3.3 (Interference with conditions)

(1) If fulfilment of a condition is prevented by a party, contrary to the duty of good faith and fair dealing or the duty of co-operation, that party may not rely on the non-fulfilment of the condition. (2) If fulfilment of a condition is brought about by a party, contrary to the duty of good faith and fair dealing or the duty of co-operation, that party may not rely on the fulfilment of the condition.

ARTICLE 5.3.4 (Duty to preserve rights)

Pending fulfilment of a condition, a party may not, contrary to the duty to act in accordance with good faith and fair dealing, act so as to prejudice the other party's rights in case of fulfilment of the condition.

ARTICLE 5.3.5 (Restitution in case of fulfilment of a resolutive condition)

(1) On fulfilment of a resolutive condition, the rules on restitution set out in Articles 7.3.6 and 7.3.7 apply with appropriate adaptations. (2) If the parties have agreed that the resolutive condition is to operate retroactively, the rules on restitution set out in Article 3.2.15 apply with appropriate adaptations.

CHAPTER 6 — PERFORMANCE

SECTION 1: PERFORMANCE IN GENERAL

ARTICLE 6.1.1 (Time of performance)

A party must perform its obligations: (a) if a time is fixed by or determinable from the contract, at that time; (b) if a period of time is fixed by or determinable from the contract, at any time within that period unless circumstances indicate that the other party is to choose a time; (c) in any other case, within a reasonable time after the conclusion of the contract.

ARTICLE 6.1.2 (Performance at one time or in instalments)

In cases under Article 6.1.1(b) or (c), a party must perform its obligations at one time if that performance can be rendered at one time and the circumstances do not indicate otherwise.

ARTICLE 6.1.3 (Partial performance)

(1) The obligee may reject an offer to perform in part at the time performance is due, whether or not such offer is coupled with an assurance as to the balance of the performance, unless the obligee has no legitimate interest in so doing. (2) Additional expenses caused to the obligee by partial performance are to be borne by the obligor without prejudice to any other remedy.

ARTICLE 6.1.4 (Order of performance)

(1) To the extent that the performances of the parties can be rendered simultaneously, the parties are bound to render them simultaneously unless the circumstances indicate otherwise. (2) To the extent that the performance of only one party requires a period of time, that party is bound to render its performance first, unless the circumstances indicate otherwise.

ARTICLE 6.1.5 (Earlier performance)

(1) The obligee may reject an earlier performance unless it has no legitimate interest in so doing. (2) Acceptance by a party of an earlier performance does not affect the time for the performance of its own obligations if that time has been fixed irrespective of the performance of the other party's obligations. (3) Additional expenses caused to the obligee by earlier performance are to be borne by the obligor, without prejudice to any other remedy.

ARTICLE 6.1.6 (Place of performance)

(1) If the place of performance is neither fixed by, nor determinable from, the contract, a party is to perform: (a) a monetary obligation, at the obligee's place of business; (b) any other obligation, at its own place of business. (2) A party must bear any increase in the expenses incidental to performance which is caused by a change in its place of business subsequent to the conclusion of the contract.

ARTICLE 6.1.7 (Payment by cheque or other instrument)

(1) Payment may be made in any form used in the ordinary course of business at the place for payment. (2) However, an obligee who accepts, either by virtue of paragraph (1) or voluntarily, a cheque, any other order to pay or a promise to pay, is presumed to do so only on condition that it will be honoured.

ARTICLE 6.1.8 (Payment by funds transfer)

(1) Unless the obligee has indicated a particular account, payment may be made by a transfer to any of the financial institutions in which the obligee has made it known that it has an account. (2) In case of payment by a transfer the obligation of the obligor is discharged when the transfer to the obligee's financial institution becomes effective.

ARTICLE 6.1.9 (Currency of payment)

(1) If a monetary obligation is expressed in a currency other than that of the place for payment, it may be paid by the obligor in the currency of the place for payment unless (a) that currency is not freely convertible; or (b) the parties have agreed that payment should be made only in the currency in which the monetary obligation is expressed. (2) If it is impossible for the obligor to make payment in the currency in which the monetary obligation is expressed, the obligee may require payment in the currency of the place for payment, even in the case referred to in paragraph (1)(b). (3) Payment in the currency of the place for payment is to be made according to the applicable rate of exchange prevailing there when payment is due. (4) However, if the obligor has not paid at the time when payment is due, the obligee may require payment according to the applicable rate of exchange prevailing either when payment is due or at the time of actual payment.

ARTICLE 6.1.10 (Currency not expressed)

Where a monetary obligation is not expressed in a particular currency, payment must be made in the currency of the place where payment is to be made.

ARTICLE 6.1.11 (Costs of performance)

Each party shall bear the costs of performance of its obligations.

ARTICLE 6.1.12 (Imputation of payments)

(1) An obligor owing several monetary obligations to the same obligee may specify at the time of payment the debt to which it intends the payment to be applied. However, the payment discharges first any expenses, then interest due and finally the principal. (2) If the obligor makes no such specification, the obligee may, within a reasonable time after payment, declare to the obligor the obligation to which it imputes the payment, provided that the obligation is due and undisputed. (3) In the absence of imputation under paragraphs (1) or (2), payment is imputed to that obligation which satisfies one of

the following criteria in the order indicated: (a) an obligation which is due or which is the first to fall due; (b) the obligation for which the obligee has least security; (c) the obligation which is the most burdensome for the obligor; (d) the obligation which has arisen first. If none of the preceding criteria applies, payment is imputed to all the obligations proportionally.

ARTICLE 6.1.13 (Imputation of non-monetary obligations)

Article 6.1.12 applies with appropriate adaptations to the imputation of performance of non-monetary obligations.

ARTICLE 6.1.14 (Application for public permission)

Where the law of a State requires a public permission affecting the validity of the contract or its performance and neither that law nor the circumstances indicate otherwise (a) if only one party has its place of business in that State, that party shall take the measures necessary to obtain the permission; (b) in any other case the party whose performance requires permission shall take the necessary measures.

ARTICLE 6.1.15 (Procedure in applying for permission)

(1) The party required to take the measures necessary to obtain the permission shall do so without undue delay and shall bear any expenses incurred. (2) That party shall whenever appropriate give the other party notice of the grant or refusal of such permission without undue delay.

ARTICLE 6.1.16 (Permission neither granted nor refused)

(1) If, notwithstanding the fact that the party responsible has taken all measures required, permission is neither granted nor refused within an agreed period or, where no period has been agreed, within a reasonable time from the conclusion of the contract, either party is entitled to terminate the contract. (2) Where the permission affects some terms only, paragraph (1) does not apply if, having regard to the circumstances, it is reasonable to uphold the remaining contract even if the permission is refused.

ARTICLE 6.1.17 (Permission refused)

(1) The refusal of a permission affecting the validity of the contract renders the contract void. If the refusal affects the validity of some terms only, only such terms are void if, having regard to the circumstances, it is reasonable to uphold the remaining contract. (2) Where the refusal of a permission renders the performance of the contract impossible in whole or in part, the rules on non-performance apply.

SECTION 2: HARDSHIP

ARTICLE 6.2.1 (Contract to be observed)

Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.

ARTICLE 6.2.2 (Definition of hardship)

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

ARTICLE 6.2.3 (Effects of hardship)

(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations.

The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. (4) If the court finds hardship it may, if reasonable, (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

CHAPTER 7 — NON-PERFORMANCE

SECTION 1: NON-PERFORMANCE IN GENERAL

ARTICLE 7.1.1 (Non-performance defined)

Non-performance is failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance.

ARTICLE 7.1.2 (Interference by the other party)

A party may not rely on the non-performance of the other party to the extent that such non-performance was caused by the first party's act or omission or by another event for which the first party bears the risk.

ARTICLE 7.1.3 (Withholding performance)

(1) Where the parties are to perform simultaneously, either party may withhold performance until the other party tenders its performance. (2) Where the parties are to perform consecutively, the party that is to perform later may withhold its performance until the first party has performed.

ARTICLE 7.1.4 (Cure by non-performing party)

(1) The non-performing party may, at its own expense, cure any non-performance, provided that (a) without undue delay, it gives notice indicating the proposed manner and timing of the cure; (b) cure is appropriate in the circumstances; (c) the aggrieved party has no legitimate interest in refusing cure; and (d) cure is effected promptly. (2) The right to cure is not precluded by notice of termination. (3) Upon effective notice of cure, rights of the aggrieved party that are inconsistent with the non-performing party's performance are suspended until the time for cure has expired. (4) The aggrieved party may withhold performance pending cure. (5) Notwithstanding cure, the aggrieved party retains the right to claim damages for delay as well as for any harm caused or not prevented by the cure.

ARTICLE 7.1.5 (Additional period for performance)

(1) In a case of non-performance the aggrieved party may by notice to the other party allow an additional period of time for performance. (2) During the additional period the aggrieved party may withhold performance of its own reciprocal obligations and may claim damages but may not resort to any other remedy. If it receives notice from the other party that the latter will not perform within that period, or if upon expiry of that period due performance has not been made, the aggrieved party may resort to any of the remedies that may be available under this Chapter. (3) Where in a case of delay in performance which is not fundamental the aggrieved party has given notice allowing an additional period of time of reasonable length, it may terminate the contract at the end of that period. If the additional period allowed is not of reasonable length it shall be extended to a reasonable length. The aggrieved party may in its notice provide that if the other party fails to perform within the period allowed by the notice the contract shall automatically terminate. (4) Paragraph (3) does not apply where the obligation which has not been performed is only a minor part of the contractual obligation of the non-performing party.

ARTICLE 7.1.6 (Exemption clauses)

A clause which limits or excludes one party's liability for non-performance or which permits one party to render performance substantially different from what the other party reasonably expected may not be invoked if it would be grossly unfair to do so, having regard to the purpose of the contract.

ARTICLE 7.1.7 (Force majeure)

(1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences. (2) When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract. (3) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non-receipt. (4) Nothing in this Article prevents a party from exercising a right to terminate the contract or to withhold performance or request interest on money due.

SECTION 2: RIGHT TO PERFORMANCE**ARTICLE 7.2.1 (Performance of monetary obligation)**

Where a party who is obliged to pay money does not do so, the other party may require payment.

ARTICLE 7.2.2 (Performance of non-monetary obligation)

Where a party who owes an obligation other than one to pay money does not perform, the other party may require performance, unless (a) performance is impossible in law or in fact; (b) performance or, where relevant, enforcement is unreasonably burdensome or expensive; (c) the party entitled to performance may reasonably obtain performance from another source; (d) performance is of an exclusively personal character; or (e) the party entitled to performance does not require performance within a reasonable time after it has, or ought to have, become aware of the non-performance.

ARTICLE 7.2.3 (Repair and replacement of defective performance)

The right to performance includes in appropriate cases the right to require repair, replacement, or other cure of defective performance. The provisions of Articles 7.2.1 and 7.2.2 apply accordingly.

ARTICLE 7.2.4 (Judicial penalty)

(1) Where the court orders a party to perform, it may also direct that this party pay a penalty if it does not comply with the order. (2) The penalty shall be paid to the aggrieved party unless mandatory provisions of the law of the forum provide otherwise. Payment of the penalty to the aggrieved party does not exclude any claim for damages.

ARTICLE 7.2.5 (Change of remedy)

(1) An aggrieved party who has required performance of a non-monetary obligation and who has not received performance within a period fixed or otherwise within a reasonable period of time may invoke any other remedy. (2) Where the decision of a court for performance of a non-monetary obligation cannot be enforced, the aggrieved party may invoke any other remedy.

SECTION 3: TERMINATION**ARTICLE 7.3.1 (Right to terminate the contract)**

(1) A party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance. (2) In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental non-performance regard shall be had, in particular, to whether (a) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen such result; (b) strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract; (c) the non-performance is intentional or reckless; (d) the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance; (e) the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated. (3) In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract if the other party fails to perform before the time allowed it under Article 7.1.5 has expired.

ARTICLE 7.3.2 (Notice of termination)

(1) The right of a party to terminate the contract is exercised by notice to the other party. (2) If performance has been offered late or otherwise does not conform to the contract the aggrieved party will lose its right to terminate the contract unless it gives notice to the other party within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the offer or of the non-conforming performance.

ARTICLE 7.3.3 (Anticipatory non-performance)

Where prior to the date for performance by one of the parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by that party, the other party may terminate the contract.

ARTICLE 7.3.4 (Adequate assurance of due performance)

A party who reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party may demand adequate assurance of due performance and may meanwhile withhold its own performance. Where this assurance is not provided within a reasonable time the party demanding it may terminate the contract.

ARTICLE 7.3.5 (Effects of termination in general)

(1) Termination of the contract releases both parties from their obligation to effect and to receive future performance. (2) Termination does not preclude a claim for damages for non-performance. (3) Termination does not affect any provision in the contract for the settlement of disputes or any other term of the contract which is to operate even after termination.

ARTICLE 7.3.6 (Restitution with respect to contracts to be performed at one time)

(1) On termination of a contract to be performed at one time either party may claim restitution of whatever it has supplied under the contract, provided that such party concurrently makes restitution of whatever it has received under the contract. (2) If restitution in kind is not possible or appropriate, an allowance has to be made in money whenever reasonable. (3) The recipient of the performance does not have to make an allowance in money if the impossibility to make restitution in kind is attributable to the other party. (4) Compensation may be claimed for expenses reasonably required to preserve or maintain the performance received.

ARTICLE 7.3.7 (Restitution with respect to contracts to be performed over a period of time)

(1) On termination of a contract to be performed over a period of time restitution can only be claimed for the period after termination has taken effect, provided the contract is divisible. (2) As far as restitution has to be made, the provisions of Article 7.3.6 apply.

SECTION 4: DAMAGES

ARTICLE 7.4.1 (Right to damages)

Any non-performance gives the aggrieved party a right to damages either exclusively or in conjunction with any other remedies except where the non-performance is excused under these Principles.

ARTICLE 7.4.2 (Full compensation)

(1) The aggrieved party is entitled to full compensation for harm sustained as a result of the non-performance. Such harm includes both any loss which it suffered and any gain of which it was deprived, taking into account any gain to the aggrieved party resulting from its avoidance of cost or harm. (2) Such harm may be non-pecuniary and includes, for instance, physical suffering or emotional distress.

ARTICLE 7.4.3 (Certainty of harm)

(1) Compensation is due only for harm, including future harm, that is established with a reasonable degree of certainty. (2) Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence. (3) Where the amount of damages cannot be established with a sufficient degree of certainty, the assessment is at the discretion of the court.

ARTICLE 7.4.4 (Foreseeability of harm)

The non-performing party is liable only for harm which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being likely to result from its non-performance.

ARTICLE 7.4.5 (Proof of harm in case of replacement transaction)

Where the aggrieved party has terminated the contract and has made a replacement transaction within a reasonable time and in a reasonable manner it may recover the difference between the contract price and the price of the replacement transaction as well as damages for any further harm.

ARTICLE 7.4.6 (Proof of harm by current price)

(1) Where the aggrieved party has terminated the contract and has not made a replacement transaction but there is a current price for the performance contracted for, it may recover the difference between the contract price and the price current at the time the contract is terminated as well as damages for any further harm. (2) Current price is the price generally charged for goods delivered or services rendered in comparable circumstances at the place where the contract should have been performed or, if there is no current price at that place, the current price at such other place that appears reasonable to take as a reference.

ARTICLE 7.4.7 (Harm due in part to aggrieved party)

Where the harm is due in part to an act or omission of the aggrieved party or to another event for which that party bears the risk, the amount of damages shall be reduced to the extent that these factors have contributed to the harm, having regard to the conduct of each of the parties.

ARTICLE 7.4.8 (Mitigation of harm)

(1) The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party's taking reasonable steps. (2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm.

ARTICLE 7.4.9 (Interest for failure to pay money)

(1) If a party does not pay a sum of money when it falls due the aggrieved party is entitled to interest upon that sum from the time when payment is due to the time of

payment whether or not the non-payment is excused. (2) The rate of interest shall be the average bank short-term lending rate to prime borrowers prevailing for the currency of payment at the place for payment, or where no such rate exists at that place, then the same rate in the State of the currency of payment. In the absence of such a rate at either place the rate of interest shall be the appropriate rate fixed by the law of the State of the currency of payment. (3) The aggrieved party is entitled to additional damages if the non-payment caused it a greater harm.

ARTICLE 7.4.10 (Interest on damages)

Unless otherwise agreed, interest on damages for non-performance of non-monetary obligations accrues as from the time of non-performance.

ARTICLE 7.4.11 (Manner of monetary redress)

(1) Damages are to be paid in a lump sum. However, they may be payable in instalments where the nature of the harm makes this appropriate. (2) Damages to be paid in instalments may be indexed.

ARTICLE 7.4.12 (Currency in which to assess damages)

Damages are to be assessed either in the currency in which the monetary obligation was expressed or in the currency in which the harm was suffered, whichever is more appropriate.

ARTICLE 7.4.13 (Agreed payment for non-performance)

(1) Where the contract provides that a party who does not perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party is entitled to that sum irrespective of its actual harm. (2) However, notwithstanding any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the harm resulting from the non-performance and to the other circumstances.

CHAPTER 8 — SET-OFF

ARTICLE 8.1 (Conditions of set-off)

(1) Where two parties owe each other money or other performances of the same kind, either of them (“the first party”) may set off its obligation against that of its obligee (“the other party”) if at the time of set-off, (a) the first party is entitled to perform its obligation; (b) the other party’s obligation is ascertained as to its existence and amount and performance is due. (2) If the obligations of both parties arise from the same contract, the first party may also set off its obligation against an obligation of the other party which is not ascertained as to its existence or to its amount.

ARTICLE 8.2 (Foreign currency set-off)

Where the obligations are to pay money in different currencies, the right of set-off may be exercised, provided that both currencies are freely convertible and the parties have not agreed that the first party shall pay only in a specified currency.

ARTICLE 8.3 (Set-off by notice)

The right of set-off is exercised by notice to the other party.

ARTICLE 8.4 (Content of notice)

(1) The notice must specify the obligations to which it relates. (2) If the notice does not specify the obligation against which set-off is exercised, the other party may, within a reasonable time, declare to the first party the obligation to which set-off relates. If no such declaration is made, the set-off will relate to all the obligations proportionally.

ARTICLE 8.5 (Effect of set-off)

(1) Set-off discharges the obligations. (2) If obligations differ in amount, set-off

discharges the obligations up to the amount of the lesser obligation. (3) Set-off takes effect as from the time of notice.

CHAPTER 9 — ASSIGNMENT OF RIGHTS, TRANSFER OF OBLIGATIONS, ASSIGNMENT OF CONTRACTS

SECTION 1: ASSIGNMENT OF RIGHTS

ARTICLE 9.1.1 (Definitions)

“Assignment of a right” means the transfer by agreement from one person (the “assignor”) to another person (the “assignee”), including transfer by way of security, of the assignor’s right to payment of a monetary sum or other performance from a third person (“the obligor”).

ARTICLE 9.1.2 (Exclusions)

This Section does not apply to transfers made under the special rules governing the transfers: (a) of instruments such as negotiable instruments, documents of title or financial instruments, or (b) of rights in the course of transferring a business.

ARTICLE 9.1.3 (Assignability of non-monetary rights)

A right to non-monetary performance may be assigned only if the assignment does not render the obligation significantly more burdensome.

ARTICLE 9.1.4 (Partial assignment)

(1) A right to the payment of a monetary sum may be assigned partially. (2) A right to other performance may be assigned partially only if it is divisible, and the assignment does not render the obligation significantly more burdensome.

ARTICLE 9.1.5 (Future rights)

A future right is deemed to be transferred at the time of the agreement, provided the right, when it comes into existence, can be identified as the right to which the assignment relates.

ARTICLE 9.1.6 (Rights assigned without individual specification)

A number of rights may be assigned without individual specification, provided such rights can be identified as rights to which the assignment relates at the time of the assignment or when they come into existence.

ARTICLE 9.1.7 (Agreement between assignor and assignee sufficient)

(1) A right is assigned by mere agreement between the assignor and the assignee, without notice to the obligor. (2) The consent of the obligor is not required unless the obligation in the circumstances is of an essentially personal character.

ARTICLE 9.1.8 (Obligor’s additional costs)

The obligor has a right to be compensated by the assignor or the assignee for any additional costs caused by the assignment.

ARTICLE 9.1.9 (Non-assignment clauses)

(1) The assignment of a right to the payment of a monetary sum is effective notwithstanding an agreement between the assignor and the obligor limiting or prohibiting such an assignment. However, the assignor may be liable to the obligor for breach of contract. (2) The assignment of a right to other performance is ineffective if it is contrary to an agreement between the assignor and the obligor limiting or prohibiting the assignment. Nevertheless, the assignment is effective if the assignee, at the time of the assignment, neither knew nor ought to have known of the agreement. The assignor may then be liable to the obligor for breach of contract.

ARTICLE 9.1.10 (Notice to the obligor)

(1) Until the obligor receives a notice of the assignment from either the assignor or the

assignee, it is discharged by paying the assignor. (2) After the obligor receives such a notice, it is discharged only by paying the assignee.

ARTICLE 9.1.11 (Successive assignments)

If the same right has been assigned by the same assignor to two or more successive assignees, the obligor is discharged by paying according to the order in which the notices were received.

ARTICLE 9.1.12 (Adequate proof of assignment)

(1) If notice of the assignment is given by the assignee, the obligor may request the assignee to provide within a reasonable time adequate proof that the assignment has been made. (2) Until adequate proof is provided, the obligor may withhold payment. (3) Unless adequate proof is provided, notice is not effective. (4) Adequate proof includes, but is not limited to, any writing emanating from the assignor and indicating that the assignment has taken place.

ARTICLE 9.1.13 (Defences and rights of set-off)

(1) The obligor may assert against the assignee all defences that the obligor could assert against the assignor. (2) The obligor may exercise against the assignee any right of set-off available to the obligor against the assignor up to the time notice of assignment was received.

ARTICLE 9.1.14 (Rights related to the right assigned)

The assignment of a right transfers to the assignee: (a) all the assignor's rights to payment or other performance under the contract in respect of the right assigned, and (b) all rights securing performance of the right assigned.

ARTICLE 9.1.15 (Undertakings of the assignor)

The assignor undertakes towards the assignee, except as otherwise disclosed to the assignee, that: (a) the assigned right exists at the time of the assignment, unless the right is a future right; (b) the assignor is entitled to assign the right; (c) the right has not been previously assigned to another assignee, and it is free from any right or claim from a third party; (d) the obligor does not have any defences; (e) neither the obligor nor the assignor has given notice of set-off concerning the assigned right and will not give any such notice; (f) the assignor will reimburse the assignee for any payment received from the obligor before notice of the assignment was given.

SECTION 2: TRANSFER OF OBLIGATIONS

ARTICLE 9.2.1 (Modes of transfer)

An obligation to pay money or render other performance may be transferred from one person (the "original obligor") to another person (the "new obligor") either (a) by an agreement between the original obligor and the new obligor subject to Article 9.2.3, or (b) by an agreement between the obligee and the new obligor, by which the new obligor assumes the obligation.

ARTICLE 9.2.2 (Exclusion)

This Section does not apply to transfers of obligations made under the special rules governing transfers of obligations in the course of transferring a business.

ARTICLE 9.2.3 (Requirement of obligee's consent to transfer)

The transfer of an obligation by an agreement between the original obligor and the new obligor requires the consent of the obligee.

ARTICLE 9.2.4 (Advance consent of obligee)

(1) The obligee may give its consent in advance. (2) If the obligee has given its consent in advance, the transfer of the obligation becomes effective when a notice of the transfer is given to the obligee or when the obligee acknowledges it.

ARTICLE 9.2.5 (Discharge of original obligor)

(1) The obligee may discharge the original obligor. (2) The obligee may also retain the original obligor as an obligor in case the new obligor does not perform properly. (3) Otherwise the original obligor and the new obligor are jointly and severally liable.

ARTICLE 9.2.6 (Third party performance)

(1) Without the obligee's consent, the obligor may contract with another person that this person will perform the obligation in place of the obligor, unless the obligation in the circumstances has an essentially personal character. (2) The obligee retains its claim against the obligor.

ARTICLE 9.2.7 (Defences and rights of set-off)

(1) The new obligor may assert against the obligee all defences which the original obligor could assert against the obligee. (2) The new obligor may not exercise against the obligee any right of set-off available to the original obligor against the obligee.

ARTICLE 9.2.8 (Rights related to the obligation transferred)

(1) The obligee may assert against the new obligor all its rights to payment or other performance under the contract in respect of the obligation transferred. (2) If the original obligor is discharged under Article 9.2.5(1), a security granted by any person other than the new obligor for the performance of the obligation is discharged, unless that other person agrees that it should continue to be available to the obligee.

(3) Discharge of the original obligor also extends to any security of the original obligor given to the obligee for the performance of the obligation, unless the security is over an asset which is transferred as part of a transaction between the original obligor and the new obligor.

SECTION 3: ASSIGNMENT OF CONTRACTS

ARTICLE 9.3.1 (Definitions)

"Assignment of a contract" means the transfer by agreement from one person (the "assignor") to another person (the "assignee") of the assignor's rights and obligations arising out of a contract with another person (the "other party").

ARTICLE 9.3.2 (Exclusion)

This Section does not apply to the assignment of contracts made under the special rules governing transfers of contracts in the course of transferring a business.

ARTICLE 9.3.3 (Requirement of consent of the other party)

The assignment of a contract requires the consent of the other party.

ARTICLE 9.3.4 (Advance consent of the other party)

(1) The other party may give its consent in advance. (2) If the other party has given its consent in advance, the assignment of the contract becomes effective when a notice of the assignment is given to the other party or when the other party acknowledges it.

ARTICLE 9.3.5 (Discharge of the assignor)

(1) The other party may discharge the assignor. (2) The other party may also retain the assignor as an obligor in case the assignee does not perform properly. (3) Otherwise the assignor and the assignee are jointly and severally liable.

ARTICLE 9.3.6 (Defences and rights of set-off)

(1) To the extent that the assignment of a contract involves an assignment of rights, Article 9.1.13 applies accordingly. (2) To the extent that the assignment of a contract involves a transfer of obligations, Article 9.2.7 applies accordingly.

ARTICLE 9.3.7 (Rights transferred with the contract)

(1) To the extent that the assignment of a contract involves an assignment of rights, Article 9.1.14 applies accordingly. (2) To the extent that the assignment of a contract

involves a transfer of obligations, Article 9.2.8 applies accordingly.

CHAPTER 10 — LIMITATION PERIODS

ARTICLE 10.1 (Scope of the Chapter)

(1) The exercise of rights governed by the Principles is barred by the expiration of a period of time, referred to as “limitation period”, according to the rules of this Chapter.

(2) This Chapter does not govern the time within which one party is required under the Principles, as a condition for the acquisition or exercise of its right, to give notice to the other party or to perform any act other than the institution of legal proceedings.

ARTICLE 10.2 (Limitation periods)

(1) The general limitation period is three years beginning on the day after the day the obligee knows or ought to know the facts as a result of which the obligee’s right can be exercised. (2) In any event, the maximum limitation period is ten years beginning on the day after the day the right can be exercised.

ARTICLE 10.3 (Modification of limitation periods by the parties)

(1) The parties may modify the limitation periods. (2) However they may not (a) shorten the general limitation period to less than one year; (b) shorten the maximum limitation period to less than four years; (c) extend the maximum limitation period to more than fifteen years.

ARTICLE 10.4 (New limitation period by acknowledgement)

(1) Where the obligor before the expiration of the general limitation period acknowledges the right of the obligee, a new general limitation period begins on the day after the day of the acknowledgement. (2) The maximum limitation period does not begin to run again, but may be exceeded by the beginning of a new general limitation period under Article 10.2(1).

ARTICLE 10.5 (Suspension by judicial proceedings)

(1) The running of the limitation period is suspended (a) when the obligee performs any act, by commencing judicial proceedings or in judicial proceedings already instituted, that is recognised by the law of the court as asserting the obligee’s right against the obligor; (b) in the case of the obligor’s insolvency when the obligee has asserted its rights in the insolvency proceedings; or (c) in the case of proceedings for dissolution of the entity which is the obligor when the obligee has asserted its rights in the dissolution proceedings. (2) Suspension lasts until a final decision has been issued or until the proceedings have been otherwise terminated.

ARTICLE 10.6 (Suspension by arbitral proceedings)

(1) The running of the limitation period is suspended when the obligee performs any act, by commencing arbitral proceedings or in arbitral proceedings already instituted, that is recognised by the law of the arbitral tribunal as asserting the obligee’s right against the obligor. In the absence of regulations for arbitral proceedings or provisions determining the exact date of the commencement of arbitral proceedings, the proceedings are deemed to commence on the date on which a request that the right in dispute should be adjudicated reaches the obligor. (2) Suspension lasts until a binding decision has been issued or until the proceedings have been otherwise terminated.

ARTICLE 10.7 (Alternative dispute resolution)

The provisions of Articles 10.5 and 10.6 apply with appropriate modifications to other proceedings whereby the parties request a third person to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute.

ARTICLE 10.8 (Suspension in case of force majeure, death or incapacity)

(1) Where the obligee has been prevented by an impediment that is beyond its control and that it could neither avoid nor overcome, from causing a limitation period to cease to run under the preceding Articles, the general limitation period is suspended so as not to expire before one year after the relevant impediment has ceased to exist. (2) Where the impediment consists of the incapacity or death of the obligee or obligor, suspension ceases when a representative for the incapacitated or deceased party or its estate has been appointed or a successor has inherited the respective party's position. The additional one-year period under paragraph (1) applies accordingly.

ARTICLE 10.9 (Effects of expiration of limitation period)

(1) The expiration of the limitation period does not extinguish the right. (2) For the expiration of the limitation period to have effect, the obligor must assert it as a defence. (3) A right may still be relied on as a defence even though the expiration of the limitation period for that right has been asserted.

ARTICLE 10.10 (Right of set-off)

The obligee may exercise the right of set-off until the obligor has asserted the expiration of the limitation period.

ARTICLE 10.11 (Restitution)

Where there has been performance in order to discharge an obligation, there is no right of restitution merely because the limitation period has expired.

CHAPTER 11 — PLURALITY OF OBLIGORS AND OF OBLIGEEES

SECTION 1: PLURALITY OF OBLIGORS

ARTICLE 11.1.1 (Definitions)

When several obligors are bound by the same obligation towards an obligee: (a) the obligations are joint and several when each obligor is bound for the whole obligation; (b) the obligations are separate when each obligor is bound only for its share.

ARTICLE 11.1.2 (Presumption of joint and several obligations)

When several obligors are bound by the same obligation towards an obligee, they are presumed to be jointly and severally bound, unless the circumstances indicate otherwise.

ARTICLE 11.1.3 (Obligee's rights against joint and several obligors)

When obligors are jointly and severally bound, the obligee may require performance from any one of them, until full performance has been received.

ARTICLE 11.1.4 (Availability of defences and rights of set-off)

A joint and several obligor against whom a claim is made by the obligee may assert all the defences and rights of set-off that are personal to it or that are common to all the co-obligors, but may not assert defences or rights of set-off that are personal to one or several of the other co-obligors.

ARTICLE 11.1.5 (Effect of performance or set-off)

Performance or set-off by a joint and several obligor or set-off by the obligee against one joint and several obligor discharges the other obligors in relation to the obligee to the extent of the performance or set-off.

ARTICLE 11.1.6 (Effect of release or settlement)

(1) Release of one joint and several obligor, or settlement with one joint and several obligor, discharges all the other obligors for the share of the released or settling obligor, unless the circumstances indicate otherwise. (2) When the other obligors are discharged for the share of the released obligor, they no longer have a contributory claim against the released obligor under Article 11.1.10.

ARTICLE 11.1.7 (Effect of expiration or suspension of limitation period)

(1) Expiration of the limitation period of the obligee's rights against one joint and several obligor does not affect: (a) the obligations to the obligee of the other joint and several obligors; or (b) the rights of recourse between the joint and several obligors under Article 11.1.10. (2) If the obligee initiates proceedings under Articles 10.5, 10.6 or 10.7 against one joint and several obligor, the running of the limitation period is also suspended against the other joint and several obligors.

ARTICLE 11.1.8 (Effect of judgment)

(1) A decision by a court as to the liability to the obligee of one joint and several obligor does not affect: (a) the obligations to the obligee of the other joint and several obligors; or (b) the rights of recourse between the joint and several obligors under Article 11.1.10. (2) However, the other joint and several obligors may rely on such a decision, except if it was based on grounds personal to the obligor concerned. In such a case, the rights of recourse between the joint and several obligors under Article 11.1.10 are affected accordingly.

ARTICLE 11.1.9 (Apportionment among joint and several obligors)

As among themselves, joint and several obligors are bound in equal shares, unless the circumstances indicate otherwise.

ARTICLE 11.1.10 (Extent of contributory claim)

A joint and several obligor who has performed more than its share may claim the excess from any of the other obligors to the extent of each obligor's unperformed share.

ARTICLE 11.1.11 (Rights of the obligee)

(1) A joint and several obligor to whom Article 11.1.10 applies may also exercise the rights of the obligee, including all rights securing their performance, to recover the excess from all or any of the other obligors to the extent of each obligor's unperformed share. (2) An obligee who has not received full performance retains its rights against the co-obligors to the extent of the unperformed part, with precedence over co-obligors exercising contributory claims.

ARTICLE 11.1.12 (Defences in contributory claims)

A joint and several obligor against whom a claim is made by the co-obligor who has performed the obligation : (a) may raise any common defences and rights of set-off that were available to be asserted by the co-obligor against the obligee ; (b) may assert defences which are personal to itself ; (c) may not assert defences and rights of set-off which are personal to one or several of the other co-obligors.

ARTICLE 11.1.13 (Inability to recover)

If a joint and several obligor who has performed more than that obligor's share is unable, despite all reasonable efforts, to recover contribution from another joint and e share of the others, including the one who has performed, is increased proportionally.

SECTION 2: PLURALITY OF OBLIGEES

ARTICLE 11.2.1 (Definitions)

When several obligees can claim performance of the same obligation from an obligor: (a) the claims are separate when each obligee can only claim its share; (b) the claims are joint and several when each obligee can claim the whole performance; (c) the claims are joint when all obligees have to claim performance together.

ARTICLE 11.2.2 (Effects of joint and several claims)

Full performance of an obligation in favour of one of the joint and several obligees discharges the obligor towards the other obligees.

ARTICLE 11.2.3 (Availability of defences against joint and several obligees)

(1) The obligor may assert against any of the joint and several obligees all the defences

and rights of set-off that are personal to its relationship to that obligee or that it can assert against all the co-obligees, but may not assert defences and rights of set-off that are personal to its relationship to one or several of the other co-obligees. (2) The provisions of Articles 11.1.5, 11.1.6, 11.1.7 and 11.1.8 apply, with appropriate adaptations, to joint and several claims.

ARTICLE 11.2.4 (Allocation between joint and several obligees)

(1) As among themselves, joint and several obligees are entitled to equal shares, unless the circumstances indicate otherwise. (2) An obligee who has received more than its share must transfer the excess to the other obligees to the extent of their respective shares.