

Comisión 9, Internacional Privado: “Lex mercatoria”

LA OBLIGACIÓN EN EL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL, UBICACIÓN EN LA *LEX MERCATORIA*

Autor: Anamaría Quintana Cepeda*

Resumen:

La “nueva” lex mercatoria entendida como el conjunto de reglas de origen supranacional que rige las transacciones comerciales a nivel internacional, se ha generado a partir de las costumbres comerciales internacionales y se ha concretado en los precedentes y algunos instrumentos internacionales, de derecho duro y blando. Dentro de la construcción de estas reglas, el derecho de las obligaciones ha jugado un papel fundamental toda vez que ha servido de instrumento para lograr el objetivo de armonización, facilitando la comunicación entre comerciantes de Estados con tradiciones jurídicas diferentes. Esta ponencia pretende presentar los cambios que en la materia ha significado este proceso de transformación del derecho internacional.

La obligación en el derecho comercial internacional, ubicación en la *lex mercatoria*.

El concepto de *Lex mercatoria* tiene origen en la edad media, surge ante la ausencia de derecho impuesto y refiere el conjunto de reglas y principios que rigen las relaciones comerciales y que se producen por las costumbres establecidas a propósito de estas transacciones¹. El papel de ésta en la actualidad se ha hecho cada vez más relevante en las relaciones comerciales internacionales, de manera que, existiendo ya ordenamientos jurídicos nacionales que establecen las reglas de comercio dentro de los límites del Estado, la falta de regulación se eleva a nivel internacional, ante la necesidad de establecer normas comunes en las negociaciones comerciales que involucren sujetos con establecimientos en diferentes Estados o contratos con prestaciones que deban ser ejecutadas en varios de éstos².

Es por esta razón, y ante las confusiones y complicaciones que genera la aplicación del Derecho Internacional Privado, que se inicia a hablar de la “nueva” *Lex mercatoria*, conformada por el derecho surgido por la *societas mercatorum*³ espontáneamente y fuera del control de los Estados.⁴ La determinación de las reglas y principios que la componen no ha sido tarea fácil, pero en esta labor los tribunales arbitrales internacionales han jugado un papel fundamental. Sin embargo frente a esto puede existir una preocupación basada en la ambigüedad de los principios realmente

* Profesora Universidad de La Sabana, Colombia.

¹ Galgano, F. (2001) *Lex mercatoria*, Il mulino, Bologna, p. 29 y ss.

² Rodríguez Fernández, M. (2012) Reconocimiento de la *lex mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional, *REVIST@ e – Mercatoria Volumen 11, Número 2*, p. 47.

³ Ver: López Ruiz, F. (2010) “El papel de la *societas mercatorum* en la creación normativa: la *lex mercatoria*”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Issue 20. pp.67-91.

⁴ Oviedo Albán, J. (2012) *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010*, Bogotá, Grupo Editorial Ibañez, p. 23.

conformados por las costumbres comerciales y la ausencia de estructuras detalladas y completas en esta regulación,⁵ lo cual constituye simultáneamente un problema y una cualidad, puesto que al no ser exhaustivamente detallado genera un grado más amplio de flexibilidad ante los cambios en la realidad del mercado.

Además de las compilaciones jurisprudenciales y los análisis inductivos de los casos de contratación internacional, es posible entender a los instrumentos internacionales supranacionales como reflejo de la *Lex mercatoria*⁶ y dentro de ellos incluir algunos de los más importantes a nivel internacional como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y los principios UNIDROIT, particularmente éste segundo dispone en el preámbulo su aplicación cuando las partes hayan acordado que el contrato se regirá por “principios generales del Derecho”, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes.

Sumado a lo anterior, en este camino por la determinación de principios comunes aplicables al comercio internacional, se han concretado iniciativas como los Principios del Derecho Contractual Europeo (PECL), y se han realizado esfuerzos similares en el ámbito Latinoamericano, dentro de los cuales se destaca el proyecto de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC), que es una iniciativa de académicos, con reconocido prestigio, que cuenta con equipos de investigadores de Argentina, Uruguay, Colombia y Chile. Con esta labor se busca detectar mediante un trabajo analítico y crítico, los principios comunes en materia de contratación, reconociendo que esto necesariamente implica estudiar las diferencias y consensos a nivel legal, jurisprudencial y doctrinal entre los países participantes. Para esta finalidad ya se cuenta con informes de Derecho nacional de los Estados de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Paraguay, Uruguay y Venezuela, lo cual constituye la base para la redacción de tales principios.

De esta manera, dentro del denominado nuevo Derecho de la contratación⁷ tanto en las iniciativas internacionales como en las comunitarias se ha buscado la armonización del mercado interior, con la finalidad de facilitar la celebración de negocios entre partes en diferentes Estados y atenuar la incertidumbre que se crea en los contratantes ante la posibilidad de tener que regirse por un Derecho que desconocen o que resulta

⁵ Esta preocupación se hace más angustiante para los estudiosos provenientes de países de tradición jurídica Romano-Germánica, toda vez que el sistema de fuentes imperante en estos países, se basa principalmente en la ley, y se estructura de manera previa de forma que puedan preverse todas las posibles circunstancias que ocurrirán. Frente a esta se han planteado varias críticas, algunas de ellas se pueden encontrar en: Calvo Caravaca, A.L. Y Carrascosa González, J., (2006) “Los contratos internacionales y el mito de la ‘nueva lex mercatoria’”, en Estudios sobre Contratación Internacional. Colex Madrid. Grande, S. (2008) La *lex mercatoria* en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional, *Díkaion*, Núm. 17, pp. 199-244. Cadena Afanador, W.R. (2002) El resurgimiento de la *lex mercatoria* ¿Realidad en construcción o elucubración académica?, *Temas socio-jurídicos* No. 43, Vol 20 No. 43 pp.47-65.

⁶ Al respecto Oviedo Albán, J. (2012) *Op cit*, p. 24. Establece que los criterios positivos que permiten establecer que estas normas hacen parte de la *lex mercatoria* se basan en tres postulados “a) existe un nuevo legislador transnacional, conformado por la misma sociedad internacional de comerciantes; b) Se trata de una *lex mercatoria* que goza de plenitud, en el sentido de no necesitar de los derechos estatales; c) Está compuesta por: principios generales del derecho de los contratos internacionales, usos y practicas uniformes derivados y observados en la práctica comercial internacional”.

⁷ La investigación en torno al nuevo derecho de la contratación ha sido adelantada con ocasión a un artículo de investigación enviado para publicación a la Universidad de Los Andes de Colombia.

beneficioso a una sola parte. Finalidad que resulta reflejo de la *lex mercatoria*,⁸ la cual ha facilitado que se diluyan las diferencias entre las tradiciones jurídicas de occidente, haciendo que los comerciantes puedan hablar un lenguaje común y que tengan la posibilidad de sacar de los límites nacionales los conflictos que se generen en los contratos transnacionales.

En torno a las obligaciones el denominado nuevo Derecho de la contratación surge con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, alrededor del Derecho uniforme y atendiendo las necesidades del comercio internacional, impuestas por la globalización; en este instrumento internacional se regula la compraventa internacional de mercaderías y se establecen reglas que responden a las circunstancias de este tipo de contratación masiva de nivel internacional; este modelo posteriormente se desarrolla en los principios UNIDROIT, los Principios del Derecho Contractual Europeo (PECL), la Directiva de Consumo 1999/44, el Marco Común de Referencia (MCR) y la Propuesta de Normativa Común de Compraventa Europea (CESL)⁹. Dentro de sus principales aportes se encuentran: el concepto unitario de cumplimiento y un único sistema de remedios.

Es de destacar dentro de sus principales contribuciones está el lograr superar las disparidades de las tradiciones o los sistemas jurídicos de occidente, conciliando figuras del *Common Law* y del Derecho Civil Continental o Romano-Germánico, para solucionar de forma eficiente las principales problemáticas que enfrenta la responsabilidad contractual, logrando así influir en la comunidad internacional al punto de alcanzar los ordenamientos jurídicos internos¹⁰.

De esta forma, el concepto de incumplimiento del contrato que acogen los instrumentos de unificación internacional toman el *breach of contract* del Derecho contractual inglés que establece un único sistema de remedios, el cual es simple y completo “frente a la tortuosa doctrina del incumplimiento en muchos sistemas romano-germánicos, que dividen su dogmática en categorías irritantes”¹¹, y se alimenta de elementos del Derecho continental o Romano-Germánico al adicionar el cumplimiento específico a los remedios principales del Derecho contractual inglés como son la resolución del contrato y la indemnización de daños o perjuicios.¹²

Así se establece como parámetro para determinar el efectivo cumplimiento, la noción de exigencia de conformidad, de manera que se modifica el concepto de objeto como cosa y como prestación, en consecuencia la “cosa” pasa del bien real al bien ideal, y la prestación en adelante consiste en entregar aquello conforme a lo pactado en el contrato y nada más que eso. Por consiguiente el cumplimiento no se agota con la simple entrega de un bien, como ocurre en la mayoría de las regulaciones de origen Romano-Germánico como las latinoamericanas, sino que constituye una garantía de resultado,

⁸ Valpuesta Gastaminza, E. (2013). La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la unión europea, lastrado por la protección al consumidor. Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 5, N° 1, pp. 200.

⁹ Zimmermann, R. (2009). The Present State of European Private Law. The American Journal of Comparative Law, Vol. 57, No.2, pp. 479-512.

¹⁰ Bonell, M. (2008) The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law. The American Journal of Comparative Law. Vol. 56, No. 1, p. 5.

¹¹ Sánchez Lorenzo, S. (2013). El Derecho contractual Inglés. En Derecho contractual comparado, una perspectiva europea y transnacional. Ed. Sánchez Lorenzo, S. Pamplona: Civitas, p. 185.

¹² Marsal Guillamet, J. Lauroba Lacasa, E. (2003), Mecanismos de protección e caso de incumplimiento contractual. Cumplimiento específico e indemnización por daños y perjuicios. En Bases de un Derecho contractual europeo. Ed. Espiau Espiau y Vaquer Aloy. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 460.

que implica el perfecto estado del bien conforme a lo pactado y la transferencia de la propiedad, de lo contrario la sola entrega no genera ningún efecto¹³.

De modo, que si el bien no cumple con las exigencias establecidas, dentro de estas, la utilidad estipulada, ofrecida o estándar según el caso¹⁴, presenta otras características, posee defectos o existe dudas respecto de Derechos de terceros, se configura una situación de incumplimiento y en consecuencia existe la posibilidad para el acreedor de la obligación, es decir el comprador, de acudir a los remedios por incumplimiento, sin tener que sufrir otro proceso judicial. Lo cual implica necesariamente abandonar la figura de saneamientos por evicción y por vicios ocultos, estableciendo el incumplimiento como categoría única y de forma no fraccionada¹⁵.

Esta conformidad que se pretende que sienta el comprador con la cosa entregada, es la constatación de que el bien cumple con el propósito para el cual fue contratado, siempre que haya sido exteriorizado y lo haya conocido el vendedor, en caso contrario, en el que no se haya pactado o comunicado el propósito, el bien que se recibe debe tener las condiciones estándar de uno de la misma especie en el mercado. El asunto delicado se presenta cuando el bien no cumple con tales condiciones, de manera que se entrega uno pero éste por defectos o por sus características de fabricación no tiene la capacidad de cumplir el propósito establecido, para la presente situación, la mayoría de legislaciones nacionales responderían aduciendo que la obligación principal del contrato se ha cumplido, la de dar, pero surgiría una obligación natural de saneamiento por vicios y tendría el comprador que acudir ante el juez para solicitar los remedios especiales para estas situaciones, que por cierto poseen términos de prescripción más cortos que los de los remedios generales de incumplimiento.

De igual manera, el proceso de unificación ha generado un cambio en el lenguaje, toda vez que se habla del incumplimiento del contrato y ya no del incumplimiento de las obligaciones, terminología que tenía su origen en el derecho Romano y particularmente la generación de obligaciones mediante *stipulatio*. Igualmente se ha entendido que el incumplimiento del contrato se configura siempre que no se satisfaga el interés del acreedor.

Como resultado de lo anterior se eliminaron los sistemas o acciones especiales y se reunieron todas las consecuencias del incumplimiento en un solo sistema articulado de remedios compuesto por: i) La pretensión de cumplimiento o ejecución coactiva; ii) La suspensión de cumplimiento de las obligaciones de la parte incumplida; iii) La resolución en casos especiales de incumplimiento esencial; iv) La reducción del precio, y en todo caso v) La indemnización de daños, la cual por si sola es también un remedio autónomo¹⁶.

Los avances puntuales en el sistema unificado en lo referente a los Derechos o remedios del acreedor en caso de incumplimiento son principalmente cinco:

1. Incorpora la posibilidad de cumplimiento de la obligación *in natura* la cual no es reconocida en los sistemas de origen anglosajón, pero se matiza exigiendo que

¹³ Oviedo Albán, J. (2014). La protección del comprador por falta de conformidad material en la compraventa internacional de mercaderías. Revista de Derecho Privado, p. 224.

¹⁴ Álvarez Vega, M. (2003). Régimen jurídico de la prestación defectuosa. Significación del principio de falta de conformidad en Derecho europeo. En Bases de un Derecho contractual europeo. Ed. Espiau Espiau y Vaquer Aloy. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 328.

¹⁵ Morales Moreno, A. (2006), La modernización del Derecho de obligaciones, Pamplona, Civitas, p. 29.

¹⁶ Vidal Olivares, A. (2009). La noción de incumplimiento esencial en el "código civil". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXII, p. 452.

exista una razón económicamente viable, dando la posibilidad al deudor de oponerse a esta pretensión. De manera que no se realiza en estos casos un análisis objetivo, puesto que se debe estudiar solo bajo las circunstancias específicas de cada uno para establecer la razonabilidad de usar el remedio o determinar si por el contrario resulta más gravoso y genera una ventaja injustificada¹⁷.

2. Amplía el ámbito de medidas de ejecución o cumplimiento, incorporando la posibilidad de reparación, sustitución o equivalente pecuniario¹⁸.
3. Limita la posibilidad de resolución solo para aquellos incumplimientos que tengan la cualidad de ser graves, esenciales o serios, de manera que no es posible su utilización de forma indiscriminada, puesto que no todo incumplimiento o falta de conformidad genera la posibilidad de resolver el contrato, sino solo aquellos que afecten lo más sustancial del contrato. De manera que se ha entendido que el uso de este remedio en caso de un incumplimiento no esencial puede constituir un abuso del Derecho.¹⁹ Sin embargo esta posibilidad no se restringe a los cumplimientos definitivos, en la clasificación clásica del Derecho de tradición romano-germánica sino que se amplía, de manera que como queda establecido para los incumplimientos defectuosos o tardíos, en la medida en que posean la cualidad de ser graves²⁰.
4. Facilita el acceso a la resolución por cuanto permite la vía judicial, solicitando la declaración del juez, pero se aparta del modelo de resolución exclusivamente por esta vía, permitiendo acudir también a aquella que produce efectos por vías extrajudiciales, es decir directamente por declaración de la parte incumplida mediante la notificación del acreedor al deudor²¹.
5. Limita la indemnización de perjuicios, a solo aquellos daños que se generen dentro de la esfera de control del deudor, excluyendo todos los que no se han podido prever o los que habiéndose podido prever no se han podido evitar²².

En suma, este sistema establece la autonomía de cada uno de los remedios, en la medida en que como se indicó, la exoneración de responsabilidad en la pretensión indemnizatoria no limita la posibilidad del acreedor de acudir los demás remedios y puntalmente a la pretensión de cumplimiento, de forma que el deudor incumplidor del contrato puede no estar obligado a indemnizar perjuicios pero continuar estándolo en lo que se refiere al cumplimiento y viceversa, como en los casos de: la pérdida del bien antes de la entrega no imputable al deudor, en el cual se deberá remplazar, pero sin lugar a indemnización por ocasionarse los perjuicios por fuera de su ámbito de control o el caso de la imposibilidad imputable al deudor, la cual no le permitirá cumplir *in natura* –en estricto sentido– pero generará que se deban pagar perjuicios.

Frente a este sencillo y eficiente sistema para solucionar los problemas derivados del incumplimiento se encuentra el clásico de los ordenamientos de tradición Romano - Germánica, comprendido en gran parte de los códigos civiles europeos continentales y

¹⁷ Sánchez Lorenzo, S. (2013). *Op cit*, p. 186.

¹⁸ Esteban de la Rosa, G., Gómez Valenzuela, E. (2013). La acción de cumplimiento específico en la contratación internacional. En Derecho contractual comparado, una perspectiva europea y transnacional. Ed. Sánchez Lorenzo, S. Pamplona: Civitas, p. 1642.

¹⁹ Palazón Garrido, M. (2013). La indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato. En Derecho contractual comparado, una perspectiva europea y transnacional. Ed. Sánchez Lorenzo, S. Pamplona: Civitas, p. 1551.

²⁰ Vidal Olivares, A. (2009). *Op cit*, p. 239.

²¹ Palazón Garrido, M. (2013). *Op cit*, p. 1566.

²² *Ibíd*em, p. 1674.

latinoamericanos y el cual no refiere el concepto de obligación sinalagmática o bilateral sino unilateral, que según cual sea la situación posibilita al acreedor a acudir a los regímenes generales o los regímenes especiales. En torno a esta situación, uno de los mayores peligros de estas legislaciones con carácter fragmentario es que fomentan la discrecionalidad judicial por no tener conceptos claros y precisos, y necesitar que el juez determine que situaciones posibilitan uno u otro régimen²³.

Con estos conceptos, que han sido acogidos por varios instrumentos de derecho comercial internacional y tenidos en cuenta en juicio, se ha generado que se armonicen los sistemas jurídicos facilitando así la comunicación para la negociación y celebración de contratos, permitiendo que las partes se sientan satisfechas en mayor medida y con menor riesgo de incertidumbre, construyendo principios comunes al mercado lo que conforma la *lex mercatoria*.

Latinoamérica no ha sido indiferente a esto, como se señaló, ha iniciado proyectos para la modernización de los ordenamientos jurídicos y la consolidación del derecho comunitario, en todo caso la mayoría de sus países participan en la convención que le dio origen al proceso de unificación y modernización de las obligaciones, al ser ratificada por Estados como Argentina, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, Honduras, México, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay, quedando pendientes algunos como Bolivia, Guatemala, Panamá y Venezuela, este último aunque la firmó en septiembre de 1981 nunca la ratificó. Y cuando participan como agentes en el comercio internacional entran en el ámbito de aplicación de la *lex mercatoria*, siendo necesario de esta forma conocer los avances que en la materia se han presentado dentro de ésta.

²³ De la Maza Gazmuri, I. (2012). El régimen de los cumplimientos defectuosos en la compraventa. Revista Chilena de Derecho, vol. 39 N° 3, pp. 637.