

## **LOS PRINCIPIOS CONTRACTUALES DE UNIDROIT: ¿MERO EJERCICIO ACADÉMICO DE JURISTAS NOTABLES?**

### **Introducción**

Nuestros días atestiguan una creciente tendencia favorable a la homogeneización de soluciones jurídicas para la problemática de las vinculaciones transfronterizas de índole mercantil, que se cristaliza a través de un complejo entramado de procesos nacionales, regionales y mundiales desarrollados tanto en la órbita pública como privada<sup>1</sup>.

Un número importante de países apunta, paulatinamente, a estandarizar cada vez más sus cuerpos normativos, para hacerlos acordes con las exigencias del comercio internacional. A nivel regional, ello resulta un imperativo inherente a los procesos de integración de países en bloques económicos y políticos, que, al menos en teoría y si se sigue el modelo europeo, se debería ir imponiendo paulatinamente a través de instrumentos vinculantes de distintas características. Y mundialmente, existen también esfuerzos de importantes organismos, tanto públicos como privados, que apuntan a reducir la incertidumbre que implica la coexistencia de regulaciones disímiles y muchas veces contradictorias. A lo cual debe sumarse el fenómeno, de las últimas décadas, del imponente desarrollo de un régimen jurídico de la contratación internacional emergente de la consolidación gradual de usos mercantiles y de precedentes, sobre todo derivados del arbitraje comercial, a los que se adhieren las partes al hacer uso de la autonomía para contratar— prevista en sus respectivos ordenamientos jurídicos locales—, y la consecuente libertad para fijar el contenido y el régimen normativo que se aplicará a sus acuerdos.

El fenómeno no se reduce al plano normativo: existen también emprendimientos que apuntan a homogeneizar técnicas interpretativas y a acercar el entendimiento de cómo se opera técnicamente en los distintos regímenes jurídicos, con lo que adquiere un notorio auge en estos tiempos la utilización de los aportes del de la disciplina conocida como derecho comparado.

Expresa David que algunos ven todo esto como una mera quimera; pero que, sin embargo, la posición quimérica es más bien de las personas que juzgan poder perpetuar en el estado actual del mundo una situación de anarquía en las relaciones internacionales del derecho. No se trata de unificar todo el derecho mundial a través de un legislador global, sino de, por distintos métodos y con gran flexibilidad, realizar progresos con apoyo del derecho comparado y sus diversas técnicas<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Destaca Bonell como característica de nuestros tiempos las múltiples iniciativas hacia la unificación o al menos armonización de leyes nacionales (Michael Joachim Bonell, *International Uniform Law in Practice – Or Where the Real Trouble Begins*, *The American Journal of Comparative Law* (38 *American Journal of Comparative Law* 865 (1990), pg. 865).

<sup>2</sup> René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, Traducción al portugués de Hermínio A. Carvalho, 4ª Edición, Editorial Martins Fontes, Sao Paulo, 2002, pgs. 11-12. Ver apreciaciones al respecto de Mireille Delmas-Marty, en *Comparative Law and the Internationalisation of Law in Europe*, en Mark Van Hoecke (Editor), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pg. 247).

En materia contractual, un organismo mundial apunta con ingenio a lo abogado por David. Tal es el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido también como Instituto de Roma o –más difundidamente– como UNIDROIT, acrónimo francés de su denominación completa

Creado bajo el auspicio de la Liga de las Naciones entre las dos guerras mundiales, en el año 1926, UNIDROIT constituye una institución intergubernamental con sede en Roma<sup>3</sup>, integrada por 59 miembros y vinculada actualmente a las Naciones Unidas a través de un acuerdo de cooperación<sup>4</sup>.

El Instituto tiene como objetivo –tal cual lo señalado recientemente por Kronke, su Secretario General– una “misión de paz”: el deseo y la tarea de estabilizar las relaciones entre naciones a través del comercio asentado en la confianza<sup>5</sup>. En concreto, la institución apunta a modernizar y, cuando fuera recomendable, homogeneizar el marco normativo del derecho del comercio internacional entre Estados y bloques económicos<sup>6</sup>. Para el efecto, UNIDROIT se concentra en el derecho privado y, solo excepcionalmente, en cuestiones de derecho público, cuando están interconectadas con aquel o la distinción no resulta clara<sup>7</sup>.

Entre otras cosas, UNIDROIT ha elaborado textos de convenciones internacionales, como la de Factoring Internacional y la de Leasing Financiero Internacional, ambas de 1998<sup>8</sup>. De hecho, el instituto ha sido fecundísimo en sus

---

<sup>3</sup> UNIDROIT está compuesto por una Secretaría, el Consejo de Gobierno y la Asamblea General. El Consejo de Gobierno tiene a su cargo la supervisión de las políticas del Instituto encaminadas al cumplimiento de sus objetivos. Está integrado por un miembro *ex officio*, Presidente del Instituto, quien es nombrado por el Gobierno Italiano, y por 25 miembros electos, que son por lo general jueces, académicos y profesionales abogados. La Asamblea General, conformada por un representante de cada país miembro, es el órgano de última instancia en la toma de decisiones del Instituto. Vota sobre cuestiones presupuestarias, aprueba el programa de trabajo cada tres años y elige al Consejo de Gobierno cada cinco años. La Secretaría es el órgano ejecutivo del Instituto, integrada por un Secretario General, quien cuenta con la asistencia de un equipo de colaboradores. El local del Instituto, en Roma, fue en su momento un obsequio de Mussolini a la Liga de Naciones (ver referencias adicionales al tema del Instituto en Peter Winship, *International Harmonization of Private Law*, en *Introduction to Transnational Legal Transactions*, Edited by Marilyn J. Raisch and Roberta I. Shaffer, Oceana Publications Inc., New York, London, Rome, 1995, pg. 164).

<sup>4</sup> UNIDROIT fue creado como órgano auxiliar de la Liga de Naciones con el propósito de asistirle en su objetivo fundamental de asegurar la paz entre sus Estados Miembros. Con posterioridad a la retirada de Italia de la Liga de Naciones, UNIDROIT fue reestablecido en 1940 por medio de un acuerdo internacional que fijó los estatutos del organismo (ver Walter Rodino, en *Contratación Internacional*, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, México, 1998, Introducción, pg. 9).

<sup>5</sup> Mensaje en el Congreso para festejar los 75 años de fundación del Instituto, llevado a cabo en Roma, el 27 y 28 de setiembre de 2002.

<sup>6</sup> Particular énfasis en los procesos regionales a este respecto fue puesto en presentaciones durante el referido Congreso de los 75 años del Instituto, que constan en el *Uniform Law Review*, NS – Vol. VIII, 2003-1/2.

<sup>7</sup> Destaca Ferrari que UNIDROIT cuenta con un mandato amplio, y esto lo distingue de otras organizaciones, pudiéndose afirmar que no hay ninguna rama del derecho privado inicialmente excluida del ámbito de competencia del instituto (Luigi Ferrari Bravo, *La contribución de UNIDROIT al proceso de unificación del derecho privado*, Frédérique Mestre y Patricia de Seume, Edición, *Los Principios de UNIDROIT: ¿Un derecho común de los contratos para las Américas?*, UNIDROIT, 1998, pg. 14).

<sup>8</sup> Ver [www.unidroit.org/english/presentation/pres.htm](http://www.unidroit.org/english/presentation/pres.htm).

más de setenta y cinco años de existencia, al generar más de setenta proyectos o “estudios” – según se los llama oficialmente–, relativos, además de los ya referidos, a la venta de mercaderías (1964), al transporte terrestre de mercaderías, a la restitución de objetos culturales robados e ilegalmente exportados (1995), amén de otros trabajos en curso relativos a reglas procedimentales transnacionales y a los mercados de valores, por citar ejemplos.

Cabe resaltar que la labor homogeneizadora del organismo se dirige hacia soluciones sustantivas o materiales, es decir, se encamina a la búsqueda de un “derecho uniforme” y solo excepcionalmente a temas de “conflicto de leyes” según el sistema tradicional de Derecho internacional privado.

El rol del instituto no se centra solo en propuestas de reformas normativas con fines de homogeneización. UNIDROIT también aspira a cumplir un papel de preponderancia como centro de investigación y diseminación de cuestiones de derecho uniforme, tendientes a lograr también interpretaciones uniformes de instrumentos internacionales por parte de jueces, abogados y otros operadores que trabajan con ellos<sup>9</sup>. Entre sus publicaciones para dicho fin, se destaca la revista *Uniform Law Review*, de aparición periódica.

En esta contribución nos centraremos en un peculiar aporte de UNIDROIT: sus “Principios de Derecho Contractual”, recibidos en algún momento –por algún sector– como el producto de un mero ejercicio académico de juristas notables. Veremos si los más de diez años de vigencia de los principios deberían llevarnos a esta conclusión, o si, contrariamente, estamos ante una labor de gran efectividad que tuvo y tendrá enorme incidencia en el derecho mercantil internacional, indudablemente vertebrado en torno al derecho de los contratos del cual se ocupan estos principios.

### **La versión de 1994**

UNIDROIT empezó sus trabajos relativos a la llamada “parte general” de los contratos –la que trata de temas como formación, interpretación, cumplimiento e incumplimiento de éstos– luego del fracasado proyecto de unificación del derecho de las obligaciones franco-italiano de hacia mediados del siglo XX.

En el año 1969 se adoptó una resolución para llevar adelante un proyecto de unificación en la materia, y en 1971 ello se incorporó, en concreto, al programa de trabajo, a través de una comisión integrada por los profesores David, en representación de los sistemas de derecho civil; Schmitthoff por el *common law* anglosajón; y Popescu por el llamado “sistema socialista” de países dominados por la entonces Unión Soviética.

Recién en el año 1980 se conformó un grupo de trabajo con la misión de preparar los borradores de los textos, compuesto por expertos de reconocido prestigio mundial, entre los que se encontraban Bonell, Farnsworth, Landö y otros. Los capítulos fueron redactados por relatores llamados “*Rapporteurs*”, quienes discutían sus borradores con el grupo de trabajo y los circulaban a un gran número de expertos incluidos en la larga lista de corresponsales de UNIDROIT.

---

<sup>9</sup> Ferrari, obra citada, pgs. 14, 18.

Finalmente, en 1994 fueron publicados los denominados *Principios de Derecho Contractual de UNIDROIT*<sup>10</sup>, cuya concreción final guarda correspondencia con la visión que había tenido de ellos, muchos años antes, el gran comparatista francés David<sup>11</sup>.

Dicha versión se halla compuesta de un Preámbulo y 119 reglas o artículos, divididos en siete capítulos, relativos a disposiciones generales, formación, validez, interpretación, contenido, cumplimiento e incumplimiento del contrato. Las reglas (“*black letter rules*” o “*reglas resaltadas en negritas*”) están acompañadas por comentarios detallados, incluidas ejemplificaciones, que forman parte integral de los mismos.

Se efectuaron versiones integrales de los Principios UNIDROIT de 1994 en catorce idiomas (incluidos el inglés, el español, el francés, el alemán, italiano, portugués, etc.), y se han proyectado traducciones a otras lenguas.

En el año 1999 se aprobó un texto de cláusula modelo, redactado por el profesor Farnsworth, a ser utilizado por las partes que deseen someter sus acuerdos a ellos<sup>12</sup>.

## **Peculiaridades de los Principios UNIDROIT**

Los Principios UNIDROIT de 1994 no caben dentro de ninguna de las categorías tradicionales de instrumentos preparados hasta su primera aparición a nivel internacional. No son cláusulas ni modelos de acuerdos, ni se refieren a categorías de contratos en particular, sino contienen normas aplicables a la generalidad de los convenios que tengan carácter internacional y comercial. A este respecto, debe notarse que el término “internacional” recibe en los Principios UNIDROIT la interpretación más amplia posible, pues para su aplicación bastará con que exista cualquier elemento foráneo en las transacciones (domicilio, residencia, nacionalidad o intereses internacionales)<sup>13</sup>. Por otro lado, no se pretende

---

<sup>10</sup> Gran parte de la descripción que hacemos de los Principios UNIDROIT la extrajimos de la información contenida en la página web [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org), como así también de la publicación oficial “Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales”, Editado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), Roma, 1995 y 2004.

<sup>11</sup> Jorge L. Esquirol, *Rethinking the Masters of Comparative Law*, edited by Annelise Riles, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2001, pg. 233.

<sup>12</sup> Para las partes que desean regirse por los referidos principios, se sugiere la siguiente cláusula: “Este contrato estará regido por los Principios UNIDROIT (1994), con excepción de los artículos ... (“This contract shall be governed by the UNIDROIT Principles (1994) [except as to Articles ...]”). En tanto que las partes que desean prever que se aplicará además el Derecho de una jurisdicción en particular podrían utilizar la siguiente cláusula: “Este contrato estará regido por los Principios UNIDROIT (1994) (con excepción a los artículos ...), aplicándose supletoriamente de resultar necesario el Derecho de .... (“This contract shall be governed by the UNIDROIT Principles (1994) [except as to Articles ... ], supplemented when necessary by the law of [jurisdiction X]”).

<sup>13</sup> Ver el minucioso análisis a este respecto de Jorge Adame Goddard, *Hacia un Concepto Internacional de Contrato* (o la interpretación de la palabra “Contrato” en los Principios UNIDROIT), en *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, México, 1998, pgs. 15 y siguientes. Ha hecho aplicación de esto la Corte Suprema de Venezuela, en un fallo de 1997. La cláusula compromisoria de un contrato entre dos empresas locales fue declarada válida en base a la Convención de Nueva York 1958 y la Convención Interamericana de

introducir una distinción entre el derecho civil y el comercial – que existe en algunos países del *sistema* de derecho civil–, sino meramente dejar excluidas las relaciones de consumo<sup>14</sup>.

Tradicionalmente, los esfuerzos por unificar el derecho mercantil internacional se habían canalizado fundamentalmente a través de instrumentos vinculantes, como los tratados internacionales, pero dificultades en cuanto a ratificaciones, amén de otros inconvenientes, han demostrado que en muchos supuestos éstos no son instrumentos aptos para una adecuada homogeneización, como tampoco lo son las leyes uniformes y las leyes modelo.

De allí la necesidad sentida de recurrir a *medios no-legislativos* para el efecto. De hecho, tal fenómeno venía produciéndose de alguna forma a través del desarrollo del derecho consuetudinario internacional; por ejemplo, con la utilización masiva de cláusulas modelos o contratos redactados por círculos económicos en base a prácticas del comercio y relativas a específicos tipos de transacciones o aspectos particulares de ellas.

Pero existían voces que abogaban por ir más allá y elaborar algo así como un *Restatement* de los principios del derecho de contratos. Los *Restatements*, fruto del esfuerzo del *American Law Institute (ALI)*, organizan, resumen y reformulan (*to restate* en inglés) en reglas análogas a las de los Códigos Civiles las tendencias jurisprudenciales preponderantes en distintas áreas del derecho norteamericano<sup>15</sup>.

Los Principios UNIDROIT van en esa dirección y han tenido el mérito de fusionar en un solo texto soluciones aceptables de los dos sistemas jurídicos imperantes en el mundo: el derecho civil o *civil law* y el *common law*. Este último, de carácter marcadamente jurisprudencial o casuístico, ya había sido objeto de monumentales labores de sistematización<sup>16</sup>. Ello ocurría en tanto que en el derecho civil había experimentado un proceso hasta si se quiere inverso, en que los tribunales han desarrollado y suplido los Códigos y las leyes –en muchos casos vetustos– “en diálogo con la doctrina”, según la feliz expresión de Lando<sup>17</sup>.

---

Arbitraje Comercial de 1975, tratados que en principio solo se aplican cuando los contratos son internacionales. Pese a que ambas partes eran venezolanas, la Corte declaró la "internacionalidad" del contrato y por ende, la aplicación de ambas Convenciones, por el hecho de que una de las empresas era subsidiaria de una compañía americana, justificando su fallo, entre otras razones, en el comentario 1 del preámbulo de los Principios UNIDROIT, que establece que la calidad de "internacional" del contrato debe ser interpretada en el sentido más amplio posible (ver en [www.unilex.info](http://www.unilex.info)).

<sup>14</sup> Michael Joachin Bonell, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Nature, Purposes and First Experiences in Practice*, [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org), pg. 7. Los Principios Europeos de Derecho Contractual, referidos más adelante, no hacen esta distinción.

<sup>15</sup> Si bien en principio los *Restatements* tienen un mero valor persuasivo, influyen decisivamente en el derecho norteamericano, a tal punto que para el año 1989 ya se los había citado más de cien mil veces (*American Law Institute, Annual Report* (1989)).

<sup>16</sup> Ello ha ocurrido en los Estados Unidos, a través de los ya aludidos *Restatements*. En materia contractual el segundo *Restatement* ha sido concluido bajo la labor encomendada al profesor de Columbia E. Allan Farnsworth, quien trabajó sobre el primero, elaborado por el profesor de Harvard Samuel Williston, reconociéndose una influencia en ambos trabajos del profesor de Yale, Arthur L. Corbin (una brillante reseña al respecto puede verse en Grant Gilmore, *The Death of Contract*, Ohio State University Press, Columbus, Ohio, 1974).

<sup>17</sup> “*In a dialogue with the writers*”. Ver Ole Landö, *Principles of European Contract Law*, The E.U.-Japan Legal Dialogue (Contracts) Symposium, Kyoto, Japan, November 21-22, 1996, sponsored by

## Metodología

En general, las reglas de los Principios UNIDROIT se encuentran redactadas más al estilo de Códigos europeos que en el de los *statutes* del *common law*<sup>18</sup>. Debe tenerse en cuenta, tal cual lo resalta Landö, que los tribunales ingleses han mostrado una actitud hostil hacia las reglas legislativas –o *statutes*– y les han dado una interpretación restrictiva, razón por la cual al redactarlas, el legislador allí elige un lenguaje detallado y repetitivo, casi pedante, para prevenir que los jueces eludan por la vía interpretativa sus disposiciones<sup>19</sup>.

Tetley explica que las diferencias obedecen a la peculiar función de los *statutes* del *common law*, en que una ley necesita ser concisa, porque solo cubre la parte específica del derecho jurisprudencial que se reforma, pero no necesita ser precisa, porque los tribunales restringen las reglas a los supuestos específicos que ella abarca. En tanto que en el derecho civil los preceptos no necesitan ser explicados –con detalladas definiciones y una enumeración larga de aplicaciones específicas y excepciones–, porque no se leen restrictivamente, debido a la generalidad con que se pretende que sean interpretados, salvo las excepciones; pero necesitan estar concisas, si el Código apunta a ser exhaustivo<sup>20</sup>.

El énfasis en los detalles, característico de las leyes o *statutes* del *common law* puede –desde la óptica de Farnsworth– deberse a una variedad de factores: la frecuente complejidad de las materias (debido a que la regulación está dirigida a una sociedad pluralista, con una muy desarrollada economía y un complejo sistema de organización federal); el deseo del legislador de ser bien específico por miedo a una interpretación restrictiva de los tribunales; y el bajo nivel de abstracción en el cual el abogado del *common law* opera, además de las presiones normalmente existentes dentro del proceso de elaboración, que por lo general restringen el alcance de la normativa<sup>21</sup>.

Debe resaltarse, sin embargo, que en el reciente caso *Pepper v Hart* (1993) la Cámara de los Lores admitió en principio tomar en cuenta la historia legislativa del *statute*, lo que determina un cambio del enfoque de interpretación restrictiva imperante hasta entonces<sup>22</sup>.

## Flexibilidad

---

The European Commission and The Japan Foundation, organized by The Kyoto Comparative Law Center, en: [www.kclc.or.jp/english/sympo/EUDialogue/lando.htm](http://www.kclc.or.jp/english/sympo/EUDialogue/lando.htm), pg. 2.

<sup>18</sup> Michael Joachin Bonell, The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Nature, Purposes and First Experiences in Practice, [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org), pg. 6.

<sup>19</sup> Ole Landö, The Common Core of European Private Law and the Principles of European Contract Law, 21 Hastings Int'l and Comp. L. Rev. 809.

<sup>20</sup> William Tetley, Mixed jurisdictions: *common law vs civil law* (codified and uncoded), (Part I), en [www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1999-3.htm](http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1999-3.htm), pg. 16.

<sup>21</sup> E. Allan Farnsworth, An Introduction to the Legal System of the United States, Third Edition, Oceana Publications, New York, 1996, pg. 73.

<sup>22</sup> Jan M. Smits, The Europeanisation of National Legal Systems, en Mark Van Hoecke (Editor), Epistemology and Methodology of Comparative Law, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, pg. 233.

Los Principios UNIDROIT consagran la libertad contractual o de vincularse o no por dicha vía y, en su caso, determinar el contenido de lo pactado, a lo cual deberán sujetarse ulteriormente los contratantes según la regla *pacta sunt servanda* (los acuerdos deben ser cumplidos), conforme al cual las partes también pueden si así lo concuerdan, modificar o terminar el acuerdo arribado<sup>23</sup>. Gran parte de la normativa de los Principios es dispositiva o supletoria, lo que significa que puede ser dejada de lado por voluntad de las partes, salvo determinadas reglas contrarias a conductas desleales o abusivas<sup>24</sup>.

También existe una amplia apertura hacia la aplicación de los usos y costumbres<sup>25</sup>, lo que ayuda a que sean lo suficientemente flexibles para adecuarse a los acontecimientos tecnológicos y económicos que afectan la práctica internacional.

Lo propio ocurre con las fórmulas amplias previstas en los Principios UNIDROIT, como las relativas a la buena fe y la lealtad comercial, que apuntan a asegurar un trato justo y equitativo en las transacciones<sup>26</sup>.

En la nomenclatura de teóricos del Derecho, estas fórmulas amplias o normas abiertas serían en puridad “principios”, en tanto que las demás normas jurídicas de detalle serían “reglas”, correspondiendo a aquellos una prelación sobre éstas en los casos concretos en que su aplicación rígida genere situaciones injustas o “no razonables”<sup>27</sup>.

De allí que, en el ámbito de la interpretación, argumentar mediante principios consiste en apelar a una norma –expresa o implícita– de la que se asume su “superioridad” respecto de la disposición a interpretar para adecuar a aquélla el significado de ésta<sup>28</sup>. Por ejemplo, el principio de la conservación o favor hacia la validez del acto se aplica en caso de que una interpretación restrictiva conduzca a su

---

<sup>23</sup> Artículos 1.1, 1.3.

<sup>24</sup> Si bien en principio las normas de los Principios UNIDROIT no tienen carácter imperativo –es decir, pueden ser dejadas de lado por las partes–, algunas revisten necesariamente ese carácter, como las relativas a la buena fe y la lealtad negocial (Artículo 1.7).

<sup>25</sup> Ver *Selections for Contracts*, Compiled by E. Allan Farnsworth and William F. Young, Foundation Press, New York, 1998, pg. 157.

<sup>26</sup> Según el comentario e) al artículo 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, buena fe implica honradez y lealtad, que son conceptos subjetivos. La lealtad en las transacciones significa rectitud o integridad en el obrar, que se traduce en un elemento objetivo. El comentario 2 al artículo 1.7 de los Principios de UNIDROIT de 2004 señala como típico ejemplo de comportamiento contrario al principio de buena fe y lealtad comercial, lo que en algunos sistemas se conoce como abuso del derecho, caracterizado como un comportamiento malicioso que ocurre, por ejemplo, cuando una parte ejerce un derecho meramente para dañar a la otra, o a otro propósito para el cual fue conferido, o cuando el ejercicio de un derecho es desproporcionado al resultado originalmente pretendido. La nueva norma del artículo 1.8 de los mismos principios habla de “inconsistent behaviour” o comportamiento inconsistente, en el sentido que una parte no puede obrar contrariamente al entendimiento que ha causado a la otra que razonablemente actuó en confianza, sufriendo un detrimento.

<sup>27</sup> La jerarquía de normas puede ser formal, derivada de competencias (por ejemplo la Constitución prevalece sobre la ley) o substancial, cuando una norma, como un principio, tiene prelación sobre otra en caso de conflicto (Ver Luis Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª Edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1993).

<sup>28</sup> Se habla así de la superioridad axiológica de los mismos.

invalidez; el de la irretroactividad en caso de que la interpretación lleve a una interpretación retroactiva, etcétera<sup>29</sup>.

Pero el término “principios” se encuentra utilizado en distintos contextos y con diferentes connotaciones, sobre las cuales no existe, en absoluto, consenso en doctrina. Evidentemente, los redactores de los Principios UNIDROIT han querido inmunizarlos de posibles connotaciones semánticas que los aproximarán a los sistemas preponderantes en el mundo del *civil* y del *common law*. Así, no lo refirieron como Código o *Code*, que denota sanción legislativa o análoga, ni con Ley o *Law*, ni con *Restatement*. Al utilizar la palabra “principios” hubo, pues, un evidente aprovechamiento de la vaguedad del término<sup>30</sup>.

Lo propio ha ocurrido con los Principios de Derecho Contractual Europeo del año 2000, inspirados en UNIDROIT, sobre los cuales se ha dicho que no son principios en la acepción de “principios generales del derecho”, “como proposiciones que enuncian, sin referencia a supuestos de hecho concretos, juicios de valor o directrices jurídicas de carácter tan abstracto que necesitan *a posteriori* un proceso de concreción”. En UNIDROIT y en los principios europeos en él inspirados estamos más bien ante normas de características generales opuestas a normas concretas o casuísticas. Muchas fórmulas que se utilizan son “abiertas” (como las referidas a la buena fe), lo cual ha sido característico ya de la codificación europea a lo largo del siglo XX<sup>31</sup>.

## Fuentes

Los Principios UNIDROIT de 1994 han sido bienvenidos como “un significativo paso hacia la globalización del pensamiento jurídico”<sup>32</sup>, y como un “puente” del derecho civil con el *common law*<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Ricardo Guastini, *Distinguiendo*, Editorial Gedisa S.A., Barcelona, 1999, pg. 164. Un magistral recuento del debate doctrinal suscitado en Estados Unidos, a partir sobre todo de la obra de Pound en las primeras décadas de este siglo, puede encontrarse en Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1995 – Reprinted 2001, pgs. 215-217, 220, 222-223, 294-295).

<sup>30</sup> Cuidadosamente analizada por Guastini, quien identifica tantas acepciones que incluso, en algunas, los principios no serían normas prescriptivas, o resultarían ineficaces como reglas jurídicas, como ocurre por ejemplo con los principios programáticos de la Constitución, que pasan a ser así expresiones de deseos que orientan la actividad del legislador (Guastini, obra citada, pg. 143). Se arguye también que los principios solo entran a tallar en casos dudosos o difíciles, en tanto que las normas en la generalidad. Algunos encuentran aquí una puerta para el iusnaturalismo, al afirmar que no se llega a los principios con criterios de validez o reconocimiento propio del derecho positivo, sino con criterios morales. Otros refieren que los principios son una categoría particular dentro del género normas (entendidas como enunciados dirigidos a guiar el comportamiento). Guastini no comparte del todo los diversos criterios, renunciando a dirimir la cuestión de un modo definitivo (Idem, pgs. 147-148). Esos criterios son, por ejemplo: a) la formulación de los principios en lenguaje vago o indeterminado; b) su contenido normativo general, o su estructura lógica no reducible a una fórmula en que la consecuencia normativa está vinculada al hecho condicionante; c) su funcionamiento en la interpretación o razonamiento jurídico, pues no admiten interpretación literal y orientan la interpretación de las demás normas de detalle (Idem, pgs. 144-146).

<sup>31</sup> Luis Díez-Picazo, E. Roca Trías y A.M. Morales, obra citada, pg. 79.

<sup>32</sup> J.M. Perillo, en Bonell, obra citada, Nota 1.

Se evita en ellos el empleo de terminologías peculiares a regímenes nacionales o referencias puntuales a éstos<sup>34</sup>, y en sus comentarios al pie, solo existen alusiones explícitas a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Se pretende reflejar así conceptos encontrados en al menos la mayoría de los sistemas jurídicos, y se comprenden soluciones que fueron percibidas –por quienes trabajaron en la elaboración de los Principios– como las más adecuadas para las transacciones comerciales internacionales, aun cuando no hayan sido recibidas en algunas jurisdicciones<sup>35</sup>.

Relata Bonell –quien ha estado activamente envuelto en la elaboración de los principios– que, ante regulaciones distintas en derecho comparado, se eligieron las que mejor se adecuaban a los requerimientos del comercio internacional, dejándose de lado cualquier criterio aritmético que se limitara a atender qué solución había sido seguida en cada caso por un mayor número de países<sup>36</sup>. Si bien entre los redactores han existido tradicionalistas e innovadores, es muy difícil decir quiénes han triunfado, a pesar de que existen diversas normas de carácter más bien revolucionario –al menos con respecto a varios derechos nacionales– para atender las necesidades del comercio internacional y las condiciones económicas y políticas de la actualidad, como, por ejemplo, las relativas a la conservación en caso de duda con respecto a la eficacia del contrato; a las negociaciones precontractuales; a la noción de “escritura”; y a los distintos modos de pago<sup>37</sup>.

De las codificaciones y compilaciones nacionales, se reconocen como fuente preponderante el *Uniform Commercial Code* y el *Restatement (Second) of Contracts* americano; el Código Civil de Algeria de 1975; y los entonces proyectos de Códigos Civiles de Holanda y de Québec que entraron en vigencia en 1992 y 1994, respectivamente. En el ámbito internacional, ha sido tenida particularmente en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Así también, se han tenido presentes instrumentos no legislativos preparados por cuerpos profesionales y asociaciones, como las Cláusulas Modelo de Fuerza Mayor de la Cámara de Comercio Internacional, las Condiciones Generales para el Suministro y Puesta en Lugar de Planta y Maquinaria de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas, las normas FIDIC (Condiciones de Contrato de Obras de Ingeniería Civil o para Obras Eléctricas o Mecánicas) y el formulario

---

<sup>33</sup> Por ejemplo, el derecho inglés no admite la buena fe como principio general ni cláusulas penales (solo admite la imposición de penalidades bajo ciertos presupuestos) (Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Comisión on European Contract Law, Edited by Ole Lando and Hugh Beale, Kluwer Law International, 2000, introduction, pg. xxiii).

<sup>34</sup> Redfern y Hunter resaltan particularmente el carácter neutral de los principios, sin que tengan inclinaciones hacia un sistema determinado en oposición a otro (Alan Redfern y Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Third Edition, Sweet & Maxwell, London, 1999, 2-66).

<sup>35</sup> Las XVI Jornadas Argentinas de Derecho Civil (1997) consideraron que “en los contratos internacionales resultan aplicables, como criterios de interpretación, los Principios de UNIDROIT sobre contratación internacional” (Claudia R. Brizzio, en la obra *Contratación Contemporánea*, dirigida por Atilio Aníbal Alterini, José Luis De los Mozos y Carlos Alberto Soto, Palestra Editores, Lima y Editorial Temis S.A., Bogota, pg. 98).

<sup>36</sup> Bonell, obra citada, pg. 4.

<sup>37</sup> Bonell, obra citada, pg. 5.

UNIDO (Formulario Modelo de *Turnkey Lump Sum Contract* para la Construcción de Plantas Fertilizadoras). Asimismo, han sido consideradas la Guía Legal UNCITRAL para la Transferencia Electrónica de Fondos (1986) y la Ley Modelo UNCITRAL para Transferencia Internacional de Créditos, como así también las Guías UNCITRAL para la Redacción de Contratos Internacionales para la Construcción de Obras Industriales (1988) y la *International Countertrade Transactions* (1993), además de los trabajos de la Comisión de Landö que culminaron en los análogos Principios de Derecho Contractual Europeo de 2000<sup>38</sup>.

## **Rol de los Principios UNIDROIT**

A pesar de que solo tienen de buenas a primeras un valor persuasivo, se ha pretendido –y se ha logrado con notable éxito– que los Principios UNIDROIT jueguen un rol fundamental en diversos contextos<sup>39</sup>.

Los legisladores pueden encontrar en ellos fuente de inspiración para reformas en materia contractual. De hecho, los Principios UNIDROIT han influenciado Códigos como los de Holanda (1992), Quebec (1992) y la Federación Rusa (1994). Asimismo, han sido particularmente tenidos en cuenta en las tareas de revisión del *Uniform Commercial Code* norteamericano, del Derecho de Obligaciones en Alemania y en Estonia, del Derecho de Contratos en la República de China y de 14 países miembros de la Organización Africana, como así también en el Proyecto de Código Civil Argentino de 1998.

Asimismo, sujetos pertenecientes a diferentes regímenes jurídicos o que hablan distintos idiomas pueden utilizar los Principios UNIDROIT como guía para la redacción de sus contratos<sup>40</sup>, recurriéndose a un cuerpo normativo neutral<sup>41</sup> (algo así como una “lingua franca”, conforme lo caracteriza Bonell)<sup>42</sup>.

Se ha pretendido también que los Principios UNIDROIT tuvieran una importante aceptación casuística, sobre todo en precedentes arbitrales. Y en efecto, hacia mediados de 2005 se tenía conocimiento de que habían sido citados en al menos 94 casos, 73 de los cuales son arbitrales y 21 judiciales, lo que indica que su relevancia no ha quedado reducida al arbitraje. Así aparece en UNILEX, base de

---

<sup>38</sup> Bonell, obra citada, pg. 5.

<sup>39</sup> Ello se encuentra expresado en el mismo Preámbulo, ampliado en la versión de 2004 para incluirse otras aplicaciones, referidas en el texto arriba.

<sup>40</sup> Un estudio publicado en el año 2001 en base a un relevé efectuado por el Centre of Transnational Law (CENTRAL) de la Universidad de Münster confirma que los Principios de UNIDROIT son ampliamente utilizados por abogados internacionales y árbitros, tanto en lo relativo a terminología como al contenido en sí de los acuerdos que se inspiran en ellos, e incluso con respecto al “check list” de las cuestiones que deben estar previstas en los contratos (Hilmar Raeschke-Kessler, *The UNIDROIT Principles in Contemporary Contract Practice – Special Supplement 2002*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, pg. 99).

<sup>41</sup> Esto presenta particular utilidad en materia de arbitraje, razón por la cual se recomienda referenciar los principios en los acuerdos arbitrales (Klaus Peter Berger, “International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 46 Am. Comp. L. J. 129, pg. 2).

<sup>42</sup> Michael Joachin Bonell, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Nature, Purposes and First Experiences in Practice*, [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org), pg.11.

datos producto de un proyecto de investigación entre UNIDROIT, el Consejo Italiano de Investigación y la Universidad de Roma I “La Sapienza”<sup>43</sup>.

Muchas soluciones de los procesos arbitrales surgen “*ad hoc*” para el caso específico, particularmente cuando quienes los resuelven son llamados a decidir como “amigables componedores”<sup>44</sup>. Debe considerarse que el arbitraje de equidad o de “amigables componedores” deriva de la tradición del sistema de derecho civil en el cual se admite, si las partes así lo han acordado, que el árbitro decida, según su leal entender antes que conforme reglas jurídicas de algún sistema en particular, lo justo y razonable según las circunstancias. Pues bien, los Principios UNIDROIT ahora dan al árbitro –como muy bien lo afirma Weintraub– una guía confiable de cómo actuar en estos casos<sup>45</sup>. De hecho, todos los siete capítulos de los Principios UNIDROIT de 1994 han sido citados en precedentes arbitrales, principalmente los del capítulo séptimo relativo al no cumplimiento. Son muy utilizadas las reglas 1.7 (buena fe), 4.1 a 4.5 (interpretación), 5.3 (cooperación) y 6.2.1 a 6.2.3 (*hardship* o excesiva onerosidad sobreviniente)<sup>46</sup>.

Los Principios UNIDROIT están destinados a aplicarse no solo en la esfera arbitral, sino también por tribunales ordinarios, a cuyo respecto existen precedentes en Holanda y Australia, por ejemplo. Así también, un pronunciamiento de la Corte Distrital del Sur de California los reconoció ante el cuestionamiento de la decisión de un tribunal arbitral que los había aplicado, lo cual había motivado que se atacara judicialmente la ejecución del acuerdo bajo el artículo V(1)(c) de la Convención de Nueva York sobre ejecución de laudos arbitrales, pedido que fue finalmente desestimado<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Ver base de datos [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

<sup>44</sup> Hace notar Siqueiros que en estos supuestos de arbitraje de equidad “...el tribunal no está vinculado a ningún ordenamiento legal específico, si bien tendrá que conceder a ambas partes igualdad en la presentación de sus pruebas, defensas y alegaciones, en el marco del debido proceso legal. Sin embargo, el árbitro, en este supuesto, deberá informarse de las estipulaciones del contrato, conocer de la intención de las partes e interpretar o suplementar los textos ambiguos. En esta misión, que realiza en su fuero interno para discernir lo que es bueno y equitativo, los *Principios* y sus reglas generales subyacentes pueden ser de gran utilidad. Así, por ejemplo, el amigable componedor deberá cerciorarse que las partes han actuado con buena fe y lealtad negocial (*fair dealing*) en el marco del comercio internacional, deberes estos últimos que no pueden excluirse ni restringirse en el curso de su actuación mercantil. Los *Principios* le dan un carácter imperativo a estos conceptos” (José Luis Siqueiros, Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, en Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, México, 1998, pg. 227).

<sup>45</sup> Russell J. Weintraub, *Lex Mercatoria and The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, en *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Transnational Publishers Inc., New York, 2001, pg. 142.

<sup>46</sup> Mayer, obra citada, pgs. 106-107. Grigera Naón hace hincapié en que no debe exagerarse el nivel de difusión de los Principios de UNIDROIT: en el año 2000 tuvieron entrada 541 casos en la Cámara de Comercio Internacional: el 77 por ciento tenían expresa estipulación de ley aplicable, dentro de cuyo porcentaje a su vez un 75 por ciento de los casos se referían a una ley nacional. Solo el 2 por ciento de los 541 casos aludían a “principios internacionales”, incluidos los de UNIDROIT (Grigera Naón, obra citada, pg. 149).

<sup>47</sup> Ver Julian D. M. Lew, *The UNIDROIT Principles as lex Contractus Chosen by the Parties and Without an Explicit Choice-of-Law Clause: The Perspective of Counsel – Special Supplement 2002*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, pg. 69.

## Usos y costumbres internacionales, principios generales del comercio y *lex mercatoria*

Los Principios UNIDROIT se hallan concebidos también para ser utilizados cuando los jueces o árbitros son llamados a juzgar de acuerdo a indefinidos “usos o costumbres internacionales” o “principios generales del comercio internacional”.

En la base de datos UNILEX aparecen hacia mediados de 2005 doce casos que aluden a los Principios UNIDROIT de 1994 como expresión de “principios generales del Derecho”; y ocho los consideran aplicables cuando las partes se remiten a usos relevantes del comercio<sup>48</sup>.

En marzo de 2004, en un arbitraje *ad hoc* para dirimir cuestiones surgidas a propósito de un contrato regido por la ley francesa, ambas partes y el propio Tribunal, invocaron los Principios UNIDROIT en apoyo de las soluciones previstas por el derecho francés, en tanto principios generales de la contratación comercial internacional<sup>49</sup>.

Los redactores de los Principios pretendieron también que fueran aplicables cuando las partes hicieran referencia a la *lex mercatoria*, cuyo contenido muchas veces ha sido considerado enigmático<sup>50</sup>. Y de hecho, dos resoluciones recogidos en

---

<sup>48</sup> En febrero de 1999, en el caso No. 9414, Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI), se pidió al Tribunal Arbitral que aplicara “Estándares Generales (*General Standards*) y Reglas de Contratación Internacional”. El Tribunal ha recurrido a la Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías, por abarcar principios universales aplicables a contratos internacionales, así como a Principios UNIDROIT y a principios de Derecho Contractual Europeo. Ello como “documentos recientes que expresan los estándares generales y las reglas de Derecho comercial.” En marzo de 1998, en el caso No. 9117 de la CCI, se trató un contrato de compraventa regido por la Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías. Se falló allí que los asuntos que no entraran dentro de la órbita reguladora de la referida convención se rigen por la ley del domicilio, que en este caso era la ley rusa. Se admitió también la aplicación de Principios UNIDROIT, ya que –se dice– reflejan un consenso prácticamente universal en la mayoría de los aspectos básicos del derecho contractual. En junio de 1996, en el caso No. 5835 de la CCI, se trató un contrato que presenta un vacío en cuanto a la mención de la ley aplicable. El Tribunal Arbitral ha aplicado la ley del domicilio (en este caso, Derecho kuwaití), conjuntamente con principios generalmente aplicables al comercio internacional, haciéndose referencia a provisiones establecidas en los Principios UNIDROIT. En abril de 1999, en un caso ante Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, ante la falta de mención en el contrato de la ley aplicable, se hizo referencia a los Principios UNIDROIT como una de las fuentes relevantes. En marzo de 2000, en el caso No. 10114 de la CCI, se resolvió la aplicación de los Principios UNIDROIT como una expresión de prácticas internacionales. En julio de 2000, en el caso No. 9797 de la CCI, el Tribunal fue requerido a decidir de acuerdo a los términos del contrato “tomando en cuenta principios generales de equidad”, en cuyo caso el tribunal hizo referencia a los Principios UNIDROIT como una fuente confiable de derecho comercial internacional. En diciembre de 1997, en un Arbitraje *Ad Hoc*, en Nueva York, se ha recurrido a principios generales de la ley contractual internacional así como a las reglas aplicables a la esencia de la disputa, haciéndose referencia a Principios UNIDROIT. En diciembre de 1997, en un Arbitraje *Ad Hoc* en Buenos Aires, el Tribunal fue autorizado por las partes a aplicar Principios UNIDROIT como usos del comercio internacional.

<sup>49</sup> Ver en [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

<sup>50</sup> Ver al respecto artículo de José A. Moreno Rodríguez, Nueva Lex Mercatoria: Fantasma creado por profesores de La Sorbona?, en Foro de Derecho Mercantil, Revista Internacional, No. 1, Editorial Legis, Bogotá, 1993. Craig, Park y Paulsson expresan que los principios pueden resultar no como salvadores de la *lex mercatoria*, sino como su competidor, puesto que no están tomando un derecho

la base de datos de UNILEX relacionan los Principios UNIDROIT con la “*lex mercatoria*”<sup>51</sup>.

Farnsworth, en su análisis de diversos precedentes arbitrales, concluye que en ellos los árbitros realmente consideran los Principios UNIDROIT como expresión de los principios generales del derecho mercantil internacional o de la *lex mercatoria* si así se quiere llamarlos. En el boletín de la Asociación Suiza de Arbitraje aparece un estudio en el cual se concluye que los prácticos frecuentemente tienden a evitar el término *lex mercatoria* y prefieren referirse a los Principios UNIDROIT. En los Estados Unidos, la expresión *lex mercatoria* tiende a conjurar imágenes de extrañas concepciones del *civil law*, lo cual explica por qué en países del *common law* en general, y los Estados Unidos en particular, la gente se siente más cómoda teniendo a su disposición Principios como los de UNIDROIT. A diferencia de la *lex mercatoria*, refiere Farnsworth, uno puede asir los Principios UNIDROIT en sus manos<sup>52</sup>, por así decirlo.

### **Interpretación e integración**

Los Principios UNIDROIT pueden proveer a tribunales judiciales y arbitrales criterios para interpretar y complementar instrumentos internacionales existentes, como por ejemplo la Convención Internacional sobre Compraventa Internacional de Mercaderías u otras que se refieran a materias específicas de orden contractual.

Bonell cita diversos casos arbitrales en que ello ha ocurrido en la práctica, y señala que los árbitros suelen hacerlo sin preocuparse en general por justificaciones teóricas, o si lo hacen, dan razones que se acercan a una petición de principio (como que los Principios UNIDROIT en un todo representan principios generales

---

común de transacciones internacionales emergente de prácticas y de fallos, sino están basándose en lo que es, en efecto, una codificación fija que contiene ella misma lagunas y que puede tener dificultad en evolucionar. O tal vez puedan ser aceptados, al menos parcialmente, como el estado de la *lex mercatoria* al año 1994 (W. Laurence Craig, William W. Park, Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce, Arbitration, Third Ed.*, Oceana Publications, 2000, pg. 633 ).

<sup>51</sup> En enero de 1999, en el caso 9875 de la CCI, ante el silencio de las partes sobre la ley aplicable, se resolvió la aplicación de la *lex mercatoria* bajo el art. 17 de las reglas CCI, y se hizo referencia a los Principios UNIDROIT como una de las fuentes posibles de la referida *lex mercatoria*. En un caso reciente de 2002, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa entendió en un contrato entre una compañía rusa y otra alemana que contenía una cláusula estipulando que toda disputa sería resuelta de acuerdo a los principios generales de la *lex mercatoria*. Por un acuerdo posterior se pactó que el contrato estaría sujeto a la vez a la legislación de Alemania y de la Federación Rusa. El tribunal arbitral interpretó que la referencia a ambos sistemas legales equivalía a la ausencia de elección de derecho. Finalmente, el tribunal decidió que sería suficiente aplicar los principios generales del derecho, y decidió aplicar los Principios UNIDROIT como expresión de ellos (ver en [www.unilex.info](http://www.unilex.info)).

<sup>52</sup> Edgar Allan Farnsworth, *The Role of the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration (2): a US Perspective on their Aims and Application – Special Supplement 2002*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, pg. 22. Refiere Mayer que los Principios de UNIDROIT son aún escasamente utilizados por las partes en sus contratos y por tribunales, y que su suceso dependerá en gran parte de los árbitros que lo consideren como verdadera *lex mercatoria* (Mayer, obra citada, pg. 105).

subyacentes a instrumentos relevantes de leyes uniformes, o expresan un consenso mundial en la mayoría de las cuestiones básicas del derecho contractual)<sup>53</sup>.

La aplicación práctica tampoco se limita al ámbito arbitral. En un reciente fallo del 2002, en un pleito en que era aplicable la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, la Corte de Apelaciones de Hertongenbosch (Holanda) tuvo que determinar la validez de unas condiciones generales de venta que no habían sido comunicadas al comprador antes del envío de los bienes. Para hacerlo, y a falta de disposición específica en la normativa aplicable, recurrió a los Principios UNIDROIT<sup>54</sup>.

En la base de datos de UNILEX se puede apreciar que en treinta y nueve casos se ha entendido que los Principios UNIDROIT interpretan y suplementan el derecho doméstico aplicable; doce opinan lo propio como suplemento de la Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías y tres de otros instrumentos internacionales; en tanto que siete hacen referencia a otros instrumentos similares como los Principios del Derecho Contractual Europeo<sup>55</sup>.

### **Sustituto o complemento de “derechos nacionales”**

Ha sido también pretensión de quienes concibieron los Principios UNIDROIT que las partes recurran directamente a ellos, prefiriendo así reglas completas y sistemáticas que cuentan con aceptación internacional, antes que acudir a un derecho nacional.

Hay que decir, sin embargo, que expertos de talla, como Raeschke-Kessler, no sugieren una remisión directa a dichos Principios, sino a lo sumo complementaria, salvo que la transacción esté muy bien y detalladamente estructurada. Ello en atención a que los Principios UNIDROIT aún son incompletos, y no se encuentran desarrollados casuística ni doctrinariamente, como lo están los derechos locales en cuestiones también trascendentes dentro del comercio exterior, como responsabilidad civil, enriquecimiento injusto, etcétera<sup>56</sup>.

Para evitar inconvenientes, se ha sugerido combinar la elección de los Principios UNIDROIT con la opción de un derecho nacional que cubra estas cuestiones complementarias. Pero también puede ocurrir a la inversa: que el derecho local sea complementado por los referidos principios, o contrastado con ellos.

Así por ejemplo, en el caso de la Cámara de Comercio Internacional No. 8540 se decidió que el derecho de Nueva York resultaba aplicable, pero que las

---

<sup>53</sup> Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles as a Means of Interpreting and Supplementing International Uniform Law – Special Supplement 2002*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, pg. 37.

<sup>54</sup> Ver en [www.unilex.info](http://www.unilex.info). Se encuentra también allí un laudo arbitral del año 2000, dentro del marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Un inversionista y el Gobierno del país sede de las inversiones sometieron las disputas derivadas del cumplimiento del contrato al arbitraje del CIADI. Luego de haber comenzado el proceso arbitral, las partes negociaron un arreglo, cuyo anexo sobre los "Principios de Interpretación e Implementación del Acuerdo" que era transcripción casi exacta de varios artículos de los Principios UNIDROIT. Ello ha sido homologado por el tribunal arbitral.

<sup>55</sup> Ver en [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

<sup>56</sup> Raeschke-Kessler, obra citada, pg. 100.

soluciones resultantes, para ser aceptables, deberían compararse con aquellas derivadas de los principios generales del derecho internacional, expresados en fuente confiable en los Principios UNIDROIT<sup>57</sup>.

Esto constituye un reaseguro para las partes, especialmente cuando ellas no han elegido qué derecho les será aplicable. En este sentido, en el caso No. 8908 de la Cámara de Comercio Internacional se decidió la aplicación del Código Civil Italiano y sus artículos relativos a interpretación y buena fe, señalándose expresamente en el fallo su concordancia con los artículos 1.7, y 4.1 a 4.8 de los Principios UNIDROIT<sup>58</sup>.

También resulta razonable que tribunales y árbitros recurran espontáneamente a los Principios UNIDROIT como sustituto de la ley aplicable en situaciones en que resulta imposible o extremadamente difícil establecer su contenido.

Con mayor razón, ello debería ocurrir en ausencia de derecho elegido por las partes<sup>59</sup>, a cuyo respecto, ha dicho Lalive, es razonable asumir que los Principios UNIDROIT fueron implícitamente seleccionados por las partes como *lex contractus* en ausencia de una referencia explícita<sup>60</sup>, antes que recurrirse al impredecible mecanismo de conflicto de leyes del Derecho internacional privado<sup>61</sup>.

Diez decisiones que aparecen en la base de datos de UNILEX hacia mediados de 2005 los entienden aplicables cuando las partes se remiten a la regla de derecho (o “*rule of law*”) que los árbitros entiendan pertinente<sup>62</sup>.

La tácita o ausencia de elección debe distinguirse de *negative choice*. La experiencia práctica demuestra que, en muchos casos, las partes han, de hecho, acordado excluir la aplicación de un sistema nacional o hasta de un tercer país netural, al no concordar con una alternativa satisfactoria o fórmula positiva, lo cual

---

<sup>57</sup> Horacio Grigera Naón, Closing Remarks – Special Supplement 2002, ICC International Court of Arbitration Bulletin, pg. 149.

<sup>58</sup> Pierre Mayer, The Role of the UNIDROIT Principles in ICC Arbitration Practice – Special Supplement 2002, ICC International Court of Arbitration Bulletin, pg. 107. Ello adquiere particular importancia en cuestión de *negative choice*, es decir, cuando las partes no han elegido adrede su ley aplicable. En el caso No. 7375 de la Cámara de Comercio Internacional, el tribunal arbitral tenía ante sí una situación de *negative choice*. Las reglas de conflicto según el derecho internacional privado del país de cada una de las partes daban distinta solución para el tema de prescripción, lo mismo que regla de conflicto del foro del tribunal, que tampoco coincidía con aquellas. La elección de una u otra regla hubiera determinado, pues, que una parte ganara y otra perdiera en base a una elección abstracta y en cierta forma arbitraria y parcial. El tribunal, preocupado con la neutralidad, decidió la aplicación de principios generales y eligió los Principios UNIDROIT (Grigera, obra citada, pg. 151).

<sup>59</sup> Berger, obra citada, pg. 4.

<sup>60</sup> Pierre Lalive, The UNIDROIT Principles as Lex Contractus, With or Without an Explicit or Tacit Choice of Law: An Arbitrator’s Perspective, Special Supplement 2002, ICC International Court of Arbitration Bulletin, pg. 81.

<sup>61</sup> En un reciente fallo del año 2002, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para determinar la competencia de acuerdo a la Convención de Bruselas de 1968, en un litigio sobre responsabilidad por rompimiento de mala fe de las negociaciones pre-contractuales, calificó al caso como “responsabilidad extracontractual”, fundando su resolución en el art. 2.15 (2) de los Principios UNIDROIT (Ver [www.unilex.info](http://www.unilex.info)).

<sup>62</sup> Ver en [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

deja a los árbitros con la peligrosa tarea de elegir la *lex contractus*. Allí también – destaca Lalive– sería importante recurrir a los Principios UNIDROIT<sup>63</sup>.

A comienzos de del año 2003, en un caso en que dos cláusulas de un mismo contrato eran aparentemente contradictorias, ya que una determinaba la aplicación de la ley inglesa, y la otra la de la ley suiza, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Lausanne sugirió a ambas partes la elección de los Principios UNIDROIT como norma aplicable. Las partes estuvieron de acuerdo, considerando el hecho de que ello no impediría la eventual aplicación de cualquiera de las dos leyes señaladas.

Otra interesante aplicación de los Principios UNIDROIT es la que ha hecho la Corte Federal de Australia, en un reciente fallo de 2003, de la que surge que ellos pueden aplicarse complementariamente al derecho doméstico. La Corte afirmó en este caso que, pese a que no hay disposición que imponga la obligación de actuar de buena fe en la legislación australiana, diversos sistemas normativos, entre ellos los Principios UNIDROIT, sí la contienen, por lo que puede considerarla como implícita en todo contrato<sup>64</sup>.

## Advertencia

Pese a su gran aceptación, Kronke advierte con respecto a los “usos y abusos” que en la práctica se ha hecho de los Principios UNIDROIT, puesto que en muchos casos han sido aplicados sin mérito o justificación, lo cual poco favor les hace. La manera de evitar la recurrencia de la anomalía es, según dicho prestigioso jurista, una mejor comprensión de sus verdaderos roles y de las circunstancias en que pueden ser aplicados<sup>65</sup>.

Por otro lado, una autoridad mundial de peso como Vagts, profesor de Harvard y prominente árbitro internacional, ha recibido con muy tímido entusiasmo los Principios UNIDROIT, entendiendo que tienen una utilidad limitada, pues si bien son ciertamente superiores a las elusivas reglas de la *lex mercatoria*, resultan muy generales y flexibles para guiar a los árbitros en decidir las cuestiones específicas que normalmente se someten a su consideración. Serán más útiles cuando las partes y los árbitros provengan de jurisdicciones del *civil law*<sup>66</sup>.

## La versión de 2004

---

<sup>63</sup> Pierre Lalive, obra citada pgs. 81-82. Glenn, sin embargo, expone como opinión mayoritaria que en las disputas ante tribunales nacionales el principio de la libertad contractual permite la elección de ley estatal pero no de la ley no estatal, lo cual haría que la elección de los Principios de UNIDROIT por las partes sea rechazada por tribunales estatales (H. Patrick Glenn, *An International Private Law of Contract*, en *International Conflict of Laws for the Third Millenium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Transnational Publishers Inc., New York, 2001, pg. 61).

<sup>64</sup> Ver en [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

<sup>65</sup> Herbert Kronke, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts – Special Supplement 2002*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Introduction, pg. 8.

<sup>66</sup> Detlev F. Vagts, *Arbitration and the UNIDROIT Principles*, en *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, México, 1998, pgs. 276-277.

Tres años luego de su publicación en 1994, UNIDROIT reasumió la tarea que había dejado pendiente, de monitorear el uso que se hacía de los Principios y reconsiderarlos en algún momento futuro. Para elaborar la nueva edición, que aparece en el año 2004, participaron no solo algunos miembros de la anterior, sino también, por primera vez, representantes de organizaciones internacionales y centros arbitrales o asociaciones que asistieron a los Grupos de Trabajo como observadores<sup>67</sup>, en nombre de la Corte Internacional de Arbitraje, la Cámara de Comercio Internacional, UNCITRAL, la Asociación Suiza de Arbitraje y la Cámara de Arbitraje Nacional e Internacional de Milán.

Sin embargo, la nueva edición no apunta a erigirse en revisión de la anterior, que ha demostrado gran aceptación en la práctica y no ha demostrado dificultades significativas en su aplicación<sup>68</sup>.

El objetivo principal ha sido adicionar nuevos temas de interés de la comunidad jurídica y comercial internacional. En este sentido, cinco capítulos relativos a representación, estipulación a favor de terceros, compensación, cesión de derechos, transmisión de obligaciones, cesión de contratos y prescripción<sup>69</sup>. La nueva edición tiene 185 artículos, 65 más que la anterior<sup>70</sup>.

Dos párrafos fueron agregados al preámbulo, para resaltar que los Principios UNIDROIT se aplican si las partes no han elegido derecho aplicable a su contrato (párrafo 4) y para interpretar o complementar la ley doméstica (párrafo 6). Ello –está visto– ya había sido desde luego consagrado en la práctica.

## **Conclusión**

Los hechos dieron la razón a David y otros grandes juristas aglutinados en torno a UNIDROIT. Los Principios UNIDROIT han influenciado significativos cambios normativos en distintos lugares del planeta; están efectivamente contribuyendo a un mejor entendimiento de juristas y doctrinarios sobre problemas contractuales del derecho mercantil internacional; son citados por jueces y árbitros a lo ancho del orbe; se encuentran incorporados en la práctica contractual como derecho aplicable... y podríamos seguir. En fin, ignorarlos o no comprender adecuadamente su contenido resulta, hoy por hoy, inadmisibles para quienes se encuentran envueltos en el quehacer jurídico del comercio internacional. Si esta

---

<sup>67</sup> UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, publicados por el International Institute for the Unification of Private Law, Roma, 2004, pg. vii.

<sup>68</sup> Solo una regla substancial “en negritas” fue corregida: el anterior Artículo 2.8(2) que ahora es el Artículo 1.12. Los demás cambios afectan a los comentarios (comentario 3 al artículo 1.3, comentarios 1 y 2 al artículo 1.7, comentario 2 al artículo 2.15 –ahora artículo 2.1.15) y comentario 2 al artículo 6.2.2. También fueron corregidas algunas reglas para adaptar los principios a la práctica de la contratación electrónica (UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, vii).

<sup>69</sup> Asimismo, dos artículos fueron agregados relativos a comportamiento inconsistente (artículo 1.8), y renuncia o remisión (artículo 5.1.9).

<sup>70</sup> Temas como la compensación, la cesión de derechos y obligaciones y la prescripción muchas veces van más allá del derecho de contratos, pero en este caso están destinados a aplicarse en el contexto de la contratación comercial internacional (Michael Joachim Bonell, UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law, en *Uniform Law Review*, NS – Vol. IX, 2004 – 1, después de nota 88 y después de nota 94).

contribución logra que más de un lector se interese ahora por saber el contenido de los distintos capítulos de ambas versiones de los Principios UNIDROIT, la misma habrá logrado ampliamente su objetivo.