

**LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS
CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES.
HOMENAJE POR EL CENTENARIO DE UNIDROIT**

Volumen 128 Biblioteca de Arbitraje del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**Los Principios UNIDROIT sobre
los Contratos Comerciales
Internacionales.
Homenaje por el Centenario
de UNIDROIT**

Sergio García Long

*Biblioteca
de Arbitraje*
VIGÉSIMO ANIVERSARIO

33^{er} ANIVERSARIO
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS
CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES.
HOMENAJE POR EL CENTENARIO DE UNIDROIT**

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Calle Las Palmeras 324, San Isidro, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

Primera edición, junio 2026
Tiraje: 400 ejemplares

Diagramación de interiores: FM Servigraf E.I.R.L.
Imprenta: FM Servigraf E.I.R.L.
Calle El Alhelí 108-B Dpto. 201, Surquillo, Lima, Perú

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o
parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2026-

ISBN: 978-612-
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Nota del editor	11
Prefacio <i>Sergio García Long</i>	13
Presentación El 30.º aniversario de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales <i>Alejandro M. Garro</i>	17
Prólogo La modernidad de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales <i>Maria Chiara Malaguti</i>	39
Treinta años de los Principios UNIDROIT: relevancia pasada, presente y futura <i>Michael Joachim Bonell</i>	45
Las cláusulas modelo para la utilización de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales como herramienta para la autonomía de las partes y en la adjudicación <i>Anna Veneziano</i>	59
Hacia un derecho internacional privado uniforme <i>José Antonio Moreno Rodríguez</i>	77

Funciones de los Principios del UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales <i>Jorge Oviedo Albán</i>	135
La influencia de los Principios UNIDROIT en las reformas legislativas regionales y nacionales. En particular, los casos de la OHADA, Francia y Bélgica <i>Marcel Fontaine</i>	185
Los Principios de UNIDROIT como mecanismo para integrar y complementar el derecho <i>Pedro Mendoza Montano</i>	209
Los Principios UNIDROIT como herramienta de gestión de riesgos <i>Eckart Brödermann</i>	225
La influencia de la CISG en el desarrollo de los Principios UNIDROIT <i>Pilar Perales Viscasillas</i>	261
Terminación de contratos a largo plazo «por motivos imperiosos» según los Principios UNIDROIT: los orígenes alemanes <i>Stefan Vogenauer</i>	295
Las reglas sobre cláusulas estándar en los Principios UNIDROIT: inadecuadas y engañosas <i>Christina Ramberg</i>	323
La renegociación en la <i>hardship</i> bajo los Principios UNIDROIT: discusiones y propuestas <i>Sergio García Long</i>	341

LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES HOMENAJE POR EL CENTENARIO DE UNIDROIT	9
Los Principios UNIDROIT y la teoría de los contratos relacionales <i>Olaf Meyer</i>	383
Los Principios UNIDROIT y los contratos de construcción FIDIC <i>Christopher Seppälä</i>	403
La aplicación de los Principios UNIDROIT en el arbitraje: una revisión tras treinta años <i>Lauro Gama</i>	417

NOTA DEL EDITOR

No cabe duda de que uno de los temas de mayor importancia en el arbitraje internacional es el relativo al *soft law*, es decir, aquellos principios o reglas que no forman parte de la normativa legal del país cuya legislación sustantiva será de aplicación al contrato, pero que las partes han decidido que constituya parte de su regulación.

Este año se cumple el primer centenario de UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) y el profesor Sergio García Long, amigo de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*, ha tenido la excelente idea de organizar y dirigir una muy sólida publicación colectiva sobre la materia que reúne a notables expertos. Hoy la presentamos como el volumen 128 de nuestra colección que, como ustedes saben, en diciembre cumple sus primeros veinte años de existencia.

Estamos muy agradecidos y nos unimos al homenaje que se rinde en este libro a tan prestigiosa institución.

Lima, mayo de 2026

Mario Castillo Freyre*
Director de la *Biblioteca de Arbitraje*

* Mario Castillo Freyre es abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre (desde 1993); Miembro de Número (2010) y vicepresidente (desde febrero de 2025) del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones Biblioteca de Arbitraje, Biblioteca de Derecho y Biblioteca de Arbitraje-Serie Digital de su Estudio. Profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú (donde dicta desde 1993). Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa (enero 2017-diciembre 2018). www.castillofreyre.com

PREFACIO

Me es grato presentar al público de jurisdicciones de habla hispana, y de Iberoamérica en general, un libro esencial para el estudio del UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) y uno de sus instrumentos internacionales más exitosos, los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (UPICC).

¿Por qué son importantes los UPICC? La respuesta sencilla es porque permite hacer recurso a reglas de derecho actuales y uniformes para los contratos comerciales; sin embargo, la respuesta es más compleja, porque la importancia de los UPICC se puede observar en diversos aspectos. Si solo partimos de lo indicado en su «Preámbulo», los UPICC pueden ser considerados como principios generales o incluso *lex mercatoria*, de manera que su aplicación podría darse sin una referencia expresa a los UPICC como la ley que gobierna el contrato. Adicionalmente, se indica que los UPICC pueden servir para interpretar y complementar otros instrumentos internacionales, como se discute usualmente en relación con la CISG, y también con el derecho doméstico, de manera que se pueda hacer recurso a los UPICC para curar deficiencias locales. Finalmente, también los UPICC pretenden servir como guía de referencia para los legisladores nacionales, lo cual ya ha ocurrido de manera muy exitosa, por ejemplo, con relación a las reglas sobre *hardship*, las cuales han sido incorporadas en diversos códigos civiles como el de Argentina, Francia, China y Bélgica, para que la parte afectada pueda solicitar una renegociación y adaptación judicial del contrato (sin perjuicio de los problemas prácticos aún existentes).

¿Por qué es importante un libro sobre los UPICC en español? El idioma universal es el inglés, y ello es particularmente útil para los grupos

de trabajo compuestos por juristas de toda Europa, encargados de escribir el derecho uniforme en material contractual y similares. Por ello, las referencias bibliográficas se publican en inglés. Latinoamérica no es ajena al uso del inglés, sin embargo, aún existe una gran parte de la población que maneja el derecho en el idioma español y así queda excluida de los trabajos de mayor calidad sobre UNIDROIT y los UPICC, que se publican en inglés.

Por lo anterior, con ocasión de los treinta años de los UPICC (1994-2024) y del Centenario de UNIDROIT (1926-2026), este libro ve la luz como parte de las actividades por el aniversario, y con la intención de reconfirmar el compromiso de UNIDROIT en difundir la uniformización del derecho privado. Por ello, este libro se presenta en el idioma español y compuesto de trabajos escritos por varios de los más importantes juristas expertos en UNIDROIT y los UPICC, para difundir sus ideas en jurisdicciones de habla hispana y así generar un efecto inclusivo.

¿Por qué es esencial el conocimiento de los UPICC? Primero, porque los UPICC son considerados como uno de los mejores marcos normativos que contiene las reglas de derecho que las partes necesitan para contratos comerciales internacionales. Tan importantes son los UPICC que pueden complementar otros contratos específicos, como los contratos internacionales de construcción bajo los modelos de la FIDIC.

Segundo, gracias al gran principio de la libertad contractual, las partes pueden definir con quién contratar y con quién no, y definir libremente el contenido del contrato mientras no se vulnere norma imperativa. Esto permite que las partes puedan pactar cualquier regla al contrato y en esta labor pueden hacer recurso a diferentes fuentes, no solo del derecho doméstico, sino del extranjero e incluso del derecho uniforme. Debido a este particular dinamismo del derecho de contratos, las partes sofisticadas pueden incluir en su contrato las reglas de derecho de los UPICC o pueden someter todo el contrato a los UPICC, lo cual suele

ocurrir debido a la buena reputación de los mismos. Lo anterior complica —ciertamente— el estudio del derecho de contratos, aunque se trata de una complicación buena, ya que ahora para conocer de contratos es necesario estudiar el derecho nacional, pero este es un primer paso, ya que el derecho comparado es importante, sobre todo para los casos de trasplantes legales, pero también es esencial el manejo del derecho uniforme, entre ellos, los UPICC.

Tercero, conocer a los UPICC como derecho uniforme es un paso clave de varios que vienen a continuación. Los UPICC han tenido tanto éxito que en muchos escenarios se han convertido en la regla supletoria para contratos específicos. Por ende, el conocimiento de los UPICC es fundamental como punto de partida para luego profundizar en otras materias. Por ejemplo, actualmente existe un Grupo de Trabajo entre el UNIDROIT y la ICC para formular reglas uniformes para los contratos internacionales de inversión. Para lograr tal objetivo, se está estudiando de manera conjunta las reglas de derecho bajo los UPICC y las cláusulas modelos de la ICC como aquellas de *force majeure* y *hardship*. En otras palabras, las reglas de derecho para los contratos internacionales de inversión estarán basados en los UPICC y cláusulas modelo ICC, por lo tanto, quien se encuentre atrasado en el estudio de los UPICC no podrá pasar al siguiente nivel.

Con todo lo dicho, es evidente que en la actualidad no es una opción conocer las reglas de derecho de los UPICC; al contrario, es condición fundamental. Por ello, este libro, escrito en español, busca fomentar el estudio del UNIDROIT y sus UPICC en jurisdicciones hispanas de la mano de los más altos especialistas en la materia.

Viena, 24 de septiembre de 2025

Sergio García Long

Corresponsal del UNIDROIT

Pontificia Universidad Católica del Perú

PRESENTACIÓN

EL 30.º ANIVERSARIO DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

El 6 y 7 de mayo de 2024, el UNIDROIT convocó a un grupo de juristas asociados con la adopción de las cuatro versiones de los Principios del UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (a los que se hace referencia como Principios del UNIDROIT, PUCCI o, simplemente, Principios). El objetivo de estas jornadas fue el celebrar el 30.º aniversario de la adopción de la primera versión de los Principios, publicada en 1994.

Bajo el título *Los 30 años de los Principios de UNIDROIT: pasado, presente y relevancia para el futuro*, el UNIDROIT publicó un volumen recopilando ensayos basados, en su gran mayoría, en las disertaciones que ocuparon ocho paneles. Los temas abordados en cada capítulo tocan temas muy variados, todos ellos relacionados a la aplicación de los Principios y su proyección futura. Es un placer y un privilegio introducir a un público hispanoparlante esta traducción al castellano de algunos de estos ensayos.

La recopilación y el cuidado de la traducción castellana de estos ensayos estuvo a cargo del profesor Sergio García Long, miembro de la prestigiosa Pontificia Universidad Católica del Perú, recientemente incorporado al plantel de «corresponsales» del UNIDROIT. Además de encargarse de la traducción de los trabajos que se publican en este volumen, García Long incorporó uno de sus trabajos dedicado a resaltar el papel de la renegociación del contrato entre los remedios que las disposiciones de los Principios del UNIDROIT en materia de *hardship* contemplan, como etapa anterior a una eventual resolución o adaptación del

contrato. Volveré sobre este tema cuando, más adelante, reseñe los aspectos que considero más relevantes de este ensayo.

La mayoría de las publicaciones relacionadas con los Principios del UNIDROIT han sido publicadas en inglés, *lingua franca* en las conferencias que se convocan para presentar y analizar temas relacionados que involucran una perspectiva comparada e internacional de los contratos comerciales. Esta publicación se suma a otras valiosas traducciones al castellano de obras relacionadas con los Principios del UNIDROIT, como la traducción al castellano de la segunda edición del *Comentario a los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Comentarios artículo por artículo*, por Eckart J. Brödermann, Tirant lo Blanch, Valencia (2024), traducción realizada por los profesores Zinser Cieslik (México) y Pedro Mendoza Montano (Guatemala), publicación comentada por García Long en la *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n.º 25, pp. 237-240 (2025).

La conferencia inaugural al celebrarse los primeros treinta años de los Principios del UNIDROIT estuvo a cargo del profesor M. Joachim Bonell. Además de ser quien más ha escrito acerca de los Principios (entre muchas otras publicaciones puede consultarse *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts*, Ardsley-on-Hudson, 3.^a ed. (2005), Bonell es la figura más destacada entre el grupo de expertos encargado de redactar los PUCI, habiendo presidido —con extraordinaria habilidad— todos los grupos de trabajo que elaboraron las sucesivas ediciones de los Principios en 2004, 2010 y 2016. En esta presentación inicial, el profesor Bonell reseñó los avances más significativos relacionados con la aplicación y desarrollo de los Principios durante los últimos diez años.

A continuación, la profesora Anna Veneziano, secretaria general adjunta del UNIDROIT y profesora de la Universidad de Teramo, examinó las cláusulas modelo oficialmente sugeridas por el UNIDROIT, publicadas en el año 2013, para el buen uso de los Principios

<<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses/>>. Este artículo, como otros que también han sido traducidos por el profesor García Long al castellano, fue originalmente publicado en dos volúmenes, publicado para celebrar los setenta años del profesor Bonell (*Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in Honour of Michael Joachim Bonell to Celebrate his 70th Birthday*, Roma, UNIDROIT, 2016). La profesora Veneziano señaló, al igual que Bonell y otros autores de esta compilación de ensayos, la importancia que tiene para la futura aplicación de los Principios la adopción en el año 2015 de los Principios sobre la Elección de la Ley Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales (Principios de La Haya sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales o, simplemente, Principios de La Haya). Este concepto de «normas jurídicas» —adoptado por Paraguay y Uruguay— propicia cautelosamente eliminar la distinción entre el ámbito de aplicación de los Principios en los procedimientos arbitrales y judiciales. El artículo 3 de los Principios de La Haya apunta a eliminar la distinción entre la fuerza vinculante del derecho positivo (*hard law*) y las «normas jurídicas» o «reglas de derecho» no estatales (*soft law* o «derecho indicativo»), habilitando al juez a aplicar las normas jurídicas no estatales en la medida en que satisfacen los requisitos básicos de *neutralidad y equilibrio* que se atribuyen a las normas sancionadas por un órgano legislativo del Estado.

La contribución del profesor José Antonio Moreno Rodríguez en este volumen, postulando la conveniencia de un «derecho internacional privado uniforme», busca obtener «soluciones transnacionales sustantivas» en lugar de limitarse a identificar cuál es el derecho nacional aplicable a contratos transfronterizos. Tanto la CISG («derecho vinculante») como los PUCCI («derecho indicativo») brindan esta posibilidad y el profesor Moreno Rodríguez destaca la variedad de instrumentos de *soft law*, con alcance regional, como los Principios del Derecho Contractual Europeo (PECL) (1995-1999) y el Proyecto (europeo) del Marco Común de Referencia (DCFR) (2008), destinados a armonizar el derecho privado europeo. Pero el profesor Moreno Rodríguez nos invita a ir más allá de Europa, enfocando su atención en regiones periféricas como

América Latina, que también han hecho esfuerzos incipientes para armonizar su derecho contractual con la adopción de Principios de Derecho Contractual Latinoamericano (PLACL) <<http://pldc.uexternado.edu.com>>; el continente africano mediante la Organización para la Armonización del Derecho de los Negocios en África (Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires), más conocida como OHADA, luego extendida a países del Caribe bajo las siglas OHADAC <<http://www.ohadac.com>>.

Al igual que otros autores en este volumen, el profesor Moreno Rodríguez nos recuerda el aporte significativo de los Principios de La Haya adoptados en el año 2015, cuyo preámbulo exhorta tanto a los tribunales arbitrales como a los jueces a recurrir a los Principios del UNIDROIT no solamente para «interpretar y complementar» el derecho privado local (nacional), sino también para «desarrollar» con creatividad las normas de derecho internacional privado. Dado que el derecho local no ha sido diseñado ni es el más apropiado para regular operaciones transfronterizas, Moreno Rodríguez vislumbra un futuro no muy lejano en el que, con base en un concepto amplio de «normas jurídicas» como el adoptado en el artículo 3 de los Principios de La Haya, no solamente los tribunales arbitrales sino también los jueces recurran al derecho no estatal (*soft law*) para *resolver* —no solo «interpretar y complementar»— cuestiones que surjan en operaciones transfronterizas regidas por instrumentos de derecho uniforme como la CISG y por el derecho local/nacional.

Otro de los temas abordados en este volumen explora y analiza el impacto que ha tenido la CISG en los Principios del UNIDROIT y, a su vez, el impacto que han tenido los Principios de Derecho Europeo en materia de contratos (PECL) en la formulación de los Principios del UNIDROIT. La profesora Pilar Perales Viscasillas destaca la estrecha asociación entre estos instrumentos de derecho uniforme, teniendo en cuenta que algunos de los delegados que trabajaron en la elaboración del texto de la CISG también formaron parte del grupo de trabajo encargado de redactar la primera versión de los Principios y que 5 de los 17

miembros que elaboraron los PUCCI integraron también el grupo de estudio que elaboró los PECL (profesores Ulrich Drobnig, Arthur Hartkamp, Dennis Tallon, y Joachim Bonell). Rastreando las fuentes que los redactores de los Principios tomaron en consideración, la profesora Pilar Perales señala que el grupo de expertos acordó que los comentarios a los Principios no hicieran sino una discreta referencia genérica a los ordenamientos jurídicos nacionales con impacto directo en la formulación de los Principios. Su reseña histórica resalta la relevancia que tuvieron fuentes indirectas, incluyendo la obra maestra de Ernst Rabel en materia de derecho comparado de la compraventa publicada a fines de la década de 1920 (*Das Recht des Warenkaufs*), fuente de inspiración de los dos convenios de La Haya de 1964 sobre compraventa internacional que precedieron la adopción de la CISG (esto es, el convenio sobre formación del contrato (ULFC) y el destinado a regular los derechos y acciones de las partes (ULIS). Tampoco escapa a la atención de la profesora Perales la relevancia que tuvo el UNIDROIT en la gestación de la CISG, recordando los estudios de derecho comparado en materia de contratos que emprendieron a comienzos de la década de los setenta los profesores René David (Aix-en-Marseille), Tudor Popescu (Universidad de Bucarest) y Clive Schmitthoff (Kent University del Reino Unido).

Al indagar sobre la historia legislativa de los Principios del UNIDROIT, la profesora Perales se detiene en algunas disposiciones de los Principios que revelan el rol influyente que jugó la CISG. En algunos casos, los Principios siguen la misma fórmula normativa (por ejemplo, el artículo 7.1.7 PUCCI que regula la «fuerza mayor», replicando el artículo 79 CISG. En otras ocasiones, quizás las más frecuentes, los Principios del UNIDROIT van más allá que la CISG, regulando las cuestiones de validez del contrato, expresamente excluidas en el artículo 4 (a) CISG, en el capítulo 3 PUICC, desarrollando y expandiendo en el capítulo 4 PUCCI los criterios de interpretación del contrato esbozados en el artículo 8 CISG; y elaborando disposiciones más específicas acerca los derechos y acciones de las partes en el caso de incumplimiento del con-

trato, superando la fórmula de compromiso del artículo 28 CISG, afirmando el derecho a reclamar el cumplimiento específico y sus excepciones (capítulo 7, segunda sección de los Principios) y desarrollando con mayor detalle el alcance del resarcimiento por los daños y perjuicios (capítulo 7, sección 4 PUCCI).

Este estudio nos lleva a coincidir con la profesora Perales en cuanto a que uno se encuentra con «más similitudes que diferencias» entre la CISG y los Principios del UNIDROIT, al menos en aquellos temas en el que ambos instrumentos contemplan la misma situación. Aun teniendo en cuenta los agregados y cambios introducidos en las ediciones de los Principios posteriores a 1994, la autora concluye en que ambos instrumentos (CISG y PUCCI) mantienen una coherencia dogmática en lo que se refiere a la formación del contrato y los derechos y obligaciones de las partes. Los ejemplos que apoyan esta afirmación abundan, incluyendo aquellos principios que se refieren a la libertad para contratar, el papel relevante de los usos y costumbres, la libertad de forma y de prueba, el principio de recepción aplicables a la oferta y la aceptación, la posibilidad de otorgar un plazo adicional para el cumplimiento a fin de habilitar la resolución del contrato (*Nachfrist*), la previsibilidad de los daños, la reparación integral, obligación de atenuar el daño, la referencia al precio corriente, etc. Un buen número de reglas diseñadas para la compraventa internacional de mercaderías pueden extender su aplicación a todo tipo de contratos comerciales internacionales, como es el caso de principios clásicos que consagran la autonomía de la voluntad (art. 1.1 PUCCI y art. 1 CISG); libertad de forma (art. 1.2 PUCCI y art. 11 CISG); interpretación e integración de un instrumento de derecho uniforme (art. 1.6 PUCCI y art. 7 CISG), etc. Quizás sea esta la mayor contribución del texto vienes adoptado en 1980 al texto de los Principios del UNIDROIT adoptado en 1994.

Dada la multitud de propósitos que inspiran la adopción de los Principios del UNIDROIT no debería sorprender que los profesores Pedro

Mendoza Montano (Guatemala) y Jorge Oviedo Albán (Colombia) desarrollen perspectivas diversas acerca de las funciones que pueden cumplir los Principios del UNIDROIT. El profesor Mendoza Montano examina de cerca la posibilidad de recurrir a los Principios del UNIDROIT con el fin de «complementar» o «suplementar» la CISG, tema sobre el cual han proliferado opiniones dispares y bien fundadas. Según el profesor Mendoza la legitimidad de recurrir a los Principios para colmar lagunas en la CISG debe analizarse caso por caso, verificando en primer lugar si la laguna en cuestión, como nos enseña el art. 7 (2) CISG, se refiere a un tema que se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la CISG. También es necesario verificar, nos enseña el profesor Mendoza, si la norma jurídica de los Principios a la que se pretende recurrir para «complementar» a la CISG constituye uno de aquellos principios en los que se basa la CISG. Y si de lo que se trata es recurrir a los Principios a fin de interpretar o complementar el derecho local (doméstico), el estudio del profesor Mendoza examina diversos casos en los cuales esta función de los Principios se encuentra plenamente justificada cada vez que el derecho local es incapaz de prever problemas que suelen presentarse en la formación o ejecución de contratos transfronterizos. Haciendo referencia a laudos cuyos hechos relevantes destaca en su análisis, el profesor Mendoza destaca en qué circunstancias corresponde imponer responsabilidad por haber interrumpido de mala fe una negociación precontractual (art. 2.1.15[2] PUCCI), permitir la resolución de un contrato cuando el incumplimiento reviste la característica de «esencial» (art. 7.3.1 PUCCI). Independientemente de la solución «progresista» que aportan los Principios, el autor llama nuestra atención respecto de la necesidad de abstenerse de extender la aplicación de los Principios en aquellos casos en los que la disputa ha sido sometida expresamente al derecho local.

El análisis del profesor Jorge Oviedo Albán acerca de las diversas funciones de los Principios del UNIDROIT comienza recordando el objetivo que justificó la creación del UNIDROIT y la CNUDMI (UNCITRAL): «[...] promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional» (Resolución 2205 (XXI) de la

Asamblea General de la ONU, diciembre 1965). Este objetivo común, expresa el profesor Oviedo Albán, justifica plenamente adoptar una noción amplia y flexible acerca de la «internacionalidad» del contrato, sin limitarse a constatar si tiene contactos con más de un país sino preguntándose si el negocio jurídico «afecta los intereses del comercio internacional».

Analizando el tema del campo de aplicación de los Principios, y regresando a la cuestión acerca del reconocimiento de la «autonomía material» que habilita la aplicación de los Principios en el proceso judicial, por oposición a la «autonomía conflictual» que legitima escoger la aplicación de los Principios en el arbitraje internacional, el profesor Oviedo nos recuerda que dicha distinción se desvanece a la luz de instrumentos internacionales que persiguen legitimar la aplicación del «derecho indicativo» (*soft law*), siempre y cuando se trate de normas jurídicas neutrales y equilibradas. Nos recuerda que bajo la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Convención de México de 1994), que ha entrado en vigor al haber sido ratificada por dos Estados (México y Venezuela), un tribunal judicial se encuentra facultado a tomar en consideración a los «principios generales del derecho comercial internacional» cuando tiene que precisar el derecho aplicable a un contrato comercial internacional (art. 10, Convención de México).

El profesor Oviedo Albán hace referencia a una serie de laudos a los que se refiere UNILEX en los cuales los tribunales arbitrales no han dudado en aplicar los Principios por ser las normas más idóneas para resolver disputas que las partes decidieron someter a reglas jurídicas que no se encuentren identificadas con ordenamientos jurídicos de una de las partes. Este es el caso de contratos a los cuales las partes habían decidido someter, por ejemplo, a «las leyes o reglas de justicia natural» (Laudo CCI 7110 de 1995), al «derecho internacional» (Laudo CCI 12111 de 2003), o a «los principios de la *lex mercatoria*» (laudo de la Corte Internacional de Arbitraje asociada a la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, 5 de noviembre de 2002, <<http://unilex.info>>).

En otra ocasión, sin embargo, un tribunal arbitral rechazó la posibilidad de aplicar la llamada *lex mercatoria*, optando por aplicar el derecho local al que conducen las normas de derecho internacional privado, expresando que los Principios del UNIDROIT «no constituyen un cuerpo normativo en sí mismo que pueda considerarse como una ley supranacional aplicable que reemplace a la ley nacional» (laudo CCI 9491, con sede en Lugano, septiembre de 1998). En otras ocasiones, quizás las más frecuentes, el tribunal arbitral optó por aplicar los Principios del UNIDROIT en ausencia de una elección expresa del derecho aplicable. La justificación a la que recurrió el tribunal se fundamentó en la reticencia de ambas partes a aceptar la aplicación del derecho local de la contraparte (Laudo CCI 7375 de 1996). Las razones que llevaron en otra ocasión a un tribunal arbitral a aplicar los Principios del UNIDROIT fue que sus normas «constituyen los usos observados en el tráfico internacional» (tribunal *ad hoc*, Buenos Aires, 10 de diciembre 1997, <<http://unilex.info>>). Siguiendo la misma línea argumental, en otra disputa en que las partes se abstuvieron de escoger el derecho aplicable, el tribunal arbitral decidió aplicar los Principios porque «constituyen el componente central de las reglas y principios reguladores de las obligaciones contractuales internacionales» (tribunal *ad hoc*, San José de Costa Rica, 30 de abril de 2001, <<http://unilex.info>>).

Al referirse a la función que cumplen los Principios del UNIDROIT para «complementar» o «suplementar» el derecho nacional, el profesor Oviedo Albán hace referencia específica a varios laudos arbitrales en los cuales los Principios fueron invocados para resolver cuestiones que no son materia de regulación específica en el derecho nacional. Entre aquellas disposiciones que vale la pena recordar como específicamente orientadas a resolver cuestiones que se presentan en contratos transfronterizos, y a las cuales laudos arbitrales han recurrido para colmar lagunas del derecho local, vale la pena recordar la determinación de la tasa (o tipo) de interés moratorio cuando se trata de demora en el pago de una relación comercial internacional (art. 7.4.9 PUCCI) (Laudo CCI 8769 de 1996) y la determinación de la tasa de cambio para el pago en moneda

extranjera (art. 6.1.9 (3) PUCCI) (Laudo CCI 8240 de 1995). El profesor Oviedo Albán también hace referencia a sentencias en las cuales la Corte Suprema de Colombia encontró necesario o conveniente recurrir a los Principios del UNIDROIT, por lo general con el fin de corroborar o reafirmar la solución a la cual el tribunal había o hubiera arribado independientemente de la aplicación de los Principios UNIDROIT.

Otras contribuciones que enriquecen esta colección de ensayos, ahora disponibles en castellano, hacen referencia a aspectos muy puntuales de los Principios del UNIDROIT. Este es el caso del estudio emprendido por el profesor Stefan Vogenauer, autor del comentario en idioma inglés más nutrido sobre los Principios del UNIDROIT (*Commentary on the Unidroit Principles on International Commercial Contracts*, Oxford University Press, 3.^a ed., 2025). En su carácter de investigador del Instituto Max-Planck de Frankfurt, especializado en aspectos relacionados con la historia del derecho, el ensayo del profesor Vogenauer publicado en este volumen en idioma español se refiere a la regulación alemana en materia de contratos «a largo plazo» o «de larga duración». Más específicamente, este ensayo se refiere a la posibilidad de resolver unilateral y prematuramente un contrato de larga duración por «razones imperiosas». El tema adquirió relevancia para el grupo de trabajo encargado de incorporar problemas propios de los contratos a largo plazo en la última edición de los Principios del UNIDROIT.

El profesor Vogenauer rastrea minuciosamente en este estudio la dogmática alemana detrás del artículo 314 del Código Civil alemán (*BGB*), ponderando las circunstancias excepcionales que podrían justificar la resolución prematura del contrato y qué tipo de remedios son los más apropiados cuando no resulta posible ni justo continuar con la ejecución de un contrato de larga duración. El tema fue objeto de detenido análisis durante la 95.^a sesión del Consejo de Gobierno del UNIDROIT, que además de la dogmática alemana detrás del art. 314 *BGB*, también examinó varios estudios de derecho comparado sobre el tema, incluyendo un enjundioso memorándum del profesor François Dessemontet

de la Universidad de Fribourg. A pesar de que el Consejo de Gobierno decidió que no era ni necesario ni conveniente incorporar una regla similar al artículo 314 *BGB* en los Principios del UNIDROIT, el estudio del profesor Vogenauer permite reflexionar acerca de las circunstancias excepcionales que pueden justificar la resolución unilateral de este tipo de contratos y cuáles son los remedios disponibles para ambas partes, más allá de la terminación del contrato.

Un tema estrechamente relacionado con los problemas que presentan los contratos de larga duración es aquel que involucran los contratos «relacionales», tema que aborda el profesor Olaf Meyer en un capítulo de este volumen. A diferencia del arquetipo del contrato sencillo, de ejecución instantánea o «discreta» (*one-stop deal*), el contrato «relacional» involucra una complejidad en su ejecución que no puede ser enteramente prevista al celebrarse el contrato. Se trata de contratos que si bien pueden incluir una compraventa internacional de bienes muebles, las prestaciones incluyen muchas veces la prestación de servicios que suelen prolongarse en el tiempo, como la construcción de una planta, autopista, aeropuerto, etc.

El éxito del negocio en un contrato típicamente «relacional» reposa en una estructura flexible e idónea para solucionar eventuales conflictos mediante una renegociación. El profesor Meyer enfoca aquellas disposiciones de los Principios del UNIDROIT que pueden ser de utilidad desde la perspectiva del abogado que persigue mantener viva la relación comercial, insistiendo en la fuerza vinculante del contrato. La flexibilidad que ofrecen los Principios del UNIDROIT suelen ajustarse, precisamente, a las características de los llamados contratos «relacionales». Este es el caso, por ejemplo, de una disposición que habilita el perfeccionamiento de un contrato con términos que fueron dejados deliberadamente abiertos (art. 2.1.14 PUCCI), o la que contempla una cláusula de integración a fin de impedir que una parte recurra a pruebas extrínsecas al contrato para desvirtuar lo allí acordado (art. 2.1.17 PUCCI), o permitir al juez o árbitro tener en cuenta cualquiera de las circunstancias

enumeradas en el artículo 4.3 PUCCI para determinar cuál fue o cuál sería la intención de las partes. Esta perspectiva de todo contrato como un «proyecto común» (art. 5.1.3 PUCCI) es la que habilita a los Principios del UNIDROIT a brindar soluciones mejor ajustadas a la complejidad que presentan contratos relacionales.

Los contratos de construcción suelen presentar un caso paradigmático de un contrato relacional que podría regirse por los Principios del UNIDROIT aplicable a los contratos comerciales internacionales. Este es el tema del artículo de Christopher Seppälä incluido en este volumen. Estos contratos suelen regirse por modelos de contratos publicados por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores, una federación internacional de asociaciones nacionales integradas por ingenieros consultores de todo el mundo y más conocida por sus siglas en francés (FIDIC). Seppälä, reconocido experto en contratos de construcción, destaca que tanto los términos «tipo» o «estándares» de los contratos FIDIC como las reglas y principios enunciados en los PUCCI apuntan a repartir equilibradamente los riesgos que corren el contratista y el empleador/propietario de la obra al embarcarse en la ejecución de un contrato de construcción.

Es poco probable que los Principios sean escogidos como «derecho primario» aplicable al contrato, porque en la mayoría de las licitaciones públicas internacionales el empleador o propietario de la obra suele ser el Estado o una entidad pública; sin embargo, las «condiciones generales» o términos estándar de contratación que rige una obra de ingeniería civil (conocido como el Libro Rojo de la FIDIC), y que suele superar las cien páginas, podría ser interpretado y complementado con los PUCCI. Para este fin, podría ser de gran utilidad recurrir a la distinción entre obligaciones «de mejores esfuerzos» y «de resultado» (arts. 5.1.4 y 5.1.5 PUCCI), identificar la «esencialidad» del incumplimiento que permita su resolución (art. 7.3.1 PUCCI), o la determinación de la tasa o tipo de interés a ser utilizado para computar el interés moratorio (art. 7.4.9

PUCCI), o el que cabe aplicar al monto de los daños y perjuicios deven-gados por el incumplimiento (art. 7.4.10 PUCI). La eventual sujeción de los contratos de construcción internacionales a los Principios del UNIDROIT deviene más interesante al indagar en los formularios FIDIC qué tipo de solución es aportada a incidentes que no son específicos a los contratos de construcción. Un oportuno apéndice a ese ensayo hace referencia a aquellas reglas y principios que podrían construir progresivamente los cimientos de una *lex mercatoria* de la construcción (*lex constructionis*) (publicados por el profesor Donald Charrett en 2021).

Otro de los ensayos temáticos incorporados a esta colección de artículos, cuya autoría pertenece al profesor Sergio García Long, enfoca el aporte innovador de los Principios del UNIDROIT al introducir «el deber de renegociar» los términos del contrato cuando se encuentran reunidas las cuatro condiciones que deben verificar la cláusula *hardship*. Mientras que la postura tradicional del derecho doméstico suele confrontar a la parte afectada con la disyuntiva de pedir la resolución (v. gr., art. 1467 C.C. italiano) o la adaptación del contrato (art. 1440 CC peruano), sujeto a una propuesta de la contraparte en favor de la adaptación o resolución del contrato, el profesor García Long destaca las ventajas que ofrece el *framing* que ofrece el art. 6.2.3 PUCI. En lugar de confrontar a las partes con la necesidad de recurrir a un tribunal, al imponer el «deber de renegociación» los Principios del UNIDROIT rechaza la posición originalmente adversarial que suelen presentar los remedios que ofrece el derecho local/nacional, alineando los intereses de las partes y predisponiéndolos para llegar a una transacción.

Esto requiere, expresa el profesor García Long, que la renegociación sea percibida, para ambas partes, como una obligación de «mejores esfuerzos». Pero ¿cuál es el contenido de esta obligación de renegociar el contrato? Recurriendo a los Principios Translex, García Long hace referencia a 18 estándares de conducta que el profesor Klaus Peter Berger detalla en el comentario 3 al artículo IV.6.7 Principios Translex, do-

tando a la obligación de renegociar de buena fe de un contenido sustantivo. El ensayo del profesor García Long también orienta a las partes a incorporar otros términos a su cláusula *hardship* con la finalidad de restablecer el equilibrio contractual colapsado por la excesiva onerosidad sobreviniente.

La profesora Christina Ramberg, por su parte, plantea la necesidad —o al menos la conveniencia— de separar las cuestiones relacionadas con la formación del contrato de aquellas otras cuestiones que se refieren al contenido, eficacia o validez de dichas cláusulas tipo. La ventaja de tener presente esta distinción, según la profesora Ramberg, se pone de manifiesto al tener que decidir si las cláusulas «predispuestas» («cláusulas estándar» o «cláusulas tipo») *vinculan* a las partes (tema del que se ocupa el capítulo 2 de los PUCCI) y, por otro lado, habiéndose confirmado que son vinculantes, determinar si, en razón de su contenido, dichas cláusulas son válidas o eficaces, es decir, si las partes deben cumplir con dichas cláusulas estándar.

Al criticar esta falla estructural de los Principios, la profesora Ramberg propone una mejor solución a un eventual conflicto entre las condiciones estándar y aquellas que han sido libremente negociadas (art. 2.1.21 PUCCI). También presenta el caso paradigmático de la «batalla de formularios», que tiene lugar cuando las partes han comenzado a llevar adelante la ejecución de un contrato luego de haber intercambiado cláusulas estándar cuyos términos eran diferentes (art. 2.1.22 PUCCI). Habiendo las partes consentido en celebrar un contrato y encontrándose vinculadas por dichas cláusulas, la profesora Ramberg propone recurrir a las normas relacionadas con la interpretación del contrato (capítulo 4 de los Principios) para determinar en qué casos las cláusulas libremente negociadas prevalecen sobre las estándar (arts. 4.1 y 4.2 PUCCI), cuáles son los términos del contrato que son «sustancialmente comunes en cuanto al fondo» y cuáles son las reglas locales/nacionales que deben aplicarse para determinar aquellas cuestiones en las cuales no se han puesto de acuerdo en cuanto al fondo (arts. 4.1 y 4.8 PUCCI).

El profesor Lauro Gama Jr. saca buen provecho de su experiencia como abogado, árbitro, académico y miembro de la Corte Internacional de Arbitraje Comercial Internacional (CCI), aportando datos empíricos actualizados que demuestran el poco uso de los Principios del UNIDROIT como «derecho primario» escogido por las partes. Siguiendo de cerca la información actualizada proporcionada por UNILEX, el profesor carioca destaca que de las 580 causas en las que se hizo referencia a los Principios del UNIDROIT durante los últimos treinta años, según los datos de UNILEX, en la mayoría de los casos los PUCCI no fueron escogidos como derecho primario aplicable el contrato, sino que fueron utilizados para complementar el derecho nacional o la CISG. Estas estadísticas acerca del poco uso de los Principios se corroboran recurriendo a otra base de datos (Jus Mundi). Según Jus Mundi, de los 5327 laudos aprobados por la CCI en los últimos diez años, los Principios del UNIDROIT solo fueron aplicados o invocados en 23 causas. Estas cifras decepcionantes también indican que quienes recurren a la aplicación de los Principios del UNIDROIT en forma indirecta no han sido los tribunales arbitrales, como ocurría durante los primeros 5 años de vida de los Principios (1994-2004), sino que la mayoría han sido los jueces quienes durante los últimos veinte años (2005-2024) han citado o hecho referencia a los Principios del UNIDROIT.

Dado el juicio positivamente crítico acerca de los Principios del UNIDROIT, prácticamente unánime por parte de la comunidad académica en cuanto a la calidad intrínseca de las reglas y principios adoptados, cabe preguntarse si el poco uso de los Principios responde a que no regulan contratos en particular como lo hacen —por vía legislativa o jurisprudencial— algunos ordenamientos jurídicos; o bien al hecho de los Principios de permanecer en la categoría de «derecho indicativo» (*soft law*), intrínsecamente no vinculante; o bien a la consabida falta de familiaridad y confianza acerca de los Principios del UNIDROIT por parte de los profesionales del derecho en general. A pesar de estas cifras, el profesor Lauro Gama Jr. concluye que las perspectivas de los Principios siguen siendo prometedoras, confianza que no se basa en «una simple

cuestión de fe», sino que encuentra su fundamento en las valiosas soluciones que los Principios del UNIDROIT aportan a las disputas contractuales internacionales.

Pasando ahora a la contribución de Marcel Fontaine, profesor emérito de la Universidad de Lovaina, su trayectoria en el campo de la armonización del derecho de los contratos mercantiles internacionales es tan vasta como las regiones geográficas con las cuales la tarea del profesor Fontaine ha estado relacionada. Comenzando con los esfuerzos de armonización en la Unión Europea y los estudios de derecho contractual comparado tempranamente impulsados por el profesor danés Ole Lando (Principios Lando), seguidos por la adopción de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL) y el Anteproyecto de Marco Común de Referencia (DCFR). Allende las fronteras de Europa, el profesor belga también hace referencia a los Principios Asiáticos del Derecho de los Contratos (PACL), un emprendimiento todavía inconcluso, inicialmente elaborado por expertos de un grupo limitado de países (China, Hong Kong, Japón, Corea del Sur y Singapur) al que se unieron con posterioridad juristas de la India, Indonesia, Vietnam y Tailandia. Dentro de nuestra región, el profesor Fontaine hace referencia a los esfuerzos de un grupo de juristas latinoamericanos, liderados por jóvenes juristas chilenos, colombianos y de otros países de América Latina inspirados por las enseñanzas del profesor parisino Christian Larroumet y el profesor madrileño Antonio Manuel González Moreno, que desembocaron con la redacción de unos Principios Latinoamericanos sobre Derecho de los Contratos (PLACL). Los 123 artículos de este instrumento reproducen buena parte de la CISG y los PUCCI, aunque también se apartan de estos modelos en aspectos puntuales, ya sea consagrando específicamente el principio de la buena fe (art. 7 PLACL) como pasando por alto el principio *venire contra factum proprio* (art. 8 PUCCI) y el deber de cooperación de las partes (art. 5.1.3 PUCCI). Los PLACL también retienen la «causa» de la obligación como un elemento esencial

de toda promesa contractual (arts. 9 y 39 PLACL), concepto abandonado, como señaló con anterioridad, tanto por la CISG como los PUCI, PECL, DCFR y los PLACL.

Pero la contribución quizás más significativa del profesor Fontaine a la armonización del derecho contractual se encuentra imborrablemente asociada con el continente africano. Durante muchos años, el profesor Fontaine supervisó los trabajos destinados a aprovechar del modelo que ofrecen los Principios de UNIDROIT para los esfuerzos de unificación que emprendieron los países africanos asociados con la OHADA. Creada en 1993, la OHADA logró aprobar varios textos de derecho uniforme relacionados con aspectos diversos del derecho mercantil. Este esfuerzo de unificación logró ser complementado con la creación de un supranacional encargado de imprimir una interpretación uniforme a los instrumentos adoptados por la OHADA (Tribunal General de Justicia y Arbitraje, más conocido por sus siglas en inglés CCJA, por Common Court of Justice and Arbitration). En 2001, la OHADA aprobó la iniciativa de crear una Ley Uniforme sobre Derecho de los Contratos inspirada en los Principios del UNIDROIT, recayendo en el profesor Fontaine la presidencia del grupo de trabajo al que se le encomendó en el año 2003 el encargo de supervisar el grupo de trabajo destinado a elaborar dicha ley uniforme en materia de contratos. En el ensayo incorporado a este volumen, el profesor Fontaine presenta un detallado informe acerca del periodo de consultas promovido con no menos de cien profesionales de los países miembros de la OHADA. El anteproyecto de Ley sobre Derecho de los Contratos, finalmente aprobado por una comisión integrada con nueve representantes de los Estados parte de la OHADA, fue presentado a la Secretaría General de la OHADA en febrero de 2005.

El anteproyecto presentado para la aprobación de la OHADA seguía, en líneas generales, las reglas y principios de los Principios del UNIDROIT, pero se presentaron contra este anteproyecto objeciones de índole muy variada, que el profesor Fontaine examina en detalle en

el ensayo incorporado a este volumen. La ausencia de referencias al derecho consuetudinario fue una de las críticas más severas, como así también el hecho de que el anteproyecto se apartaba de la aproximación clásica del derecho francés a los temas de responsabilidad contractual, con el cual la mayoría de los países miembros de la OHADA estaban acostumbrados. En el año 2010, el consejo de ministros de la OHADA decidió posponer este proyecto de armonización y unificación del derecho contractual. Poco tiempo después, en el año 2013, la Conferencia de Jefes de Estados africanos, al suspender la consideración del anteproyecto de Ley sobre Derecho de Contratos, también decidió elaborar y adoptar una legislación especial enfocada en contratos mercantiles en particular, tradicionalmente excluidos de los códigos civil y comercial decimonónicos (esto es, se promovió la adopción de leyes especiales en materia de *factoring*, *leasing*, *franchising*, etc.). Hasta el día de hoy, la OHADA no ha decidido reanudar la consideración del proyecto de adoptar una ley uniforme sobre el derecho de los contratos.

Pactar una cláusula arbitral junto y seleccionar los Principios del UNIDROIT como derecho aplicable al contrato constituye «una importante herramienta de gestión de riesgos para los contratos transfronterizos». Este es el enfoque de Eckart Brödermann a los Principios del UNIDROIT, cuyo aporte a este volumen combina su perspectiva académica como profesor de la Universidad de Hamburgo y su visión e interés profesional como abogado especializado en adquisición y fusión de sociedades y operaciones transfronterizas. Habiendo integrado el grupo de trabajo que elaboró la versión de los Principios de 2010 y 2016, Brödermann es autor de un comentario, artículo por artículo, de los Principios del UNIDROIT, cuya segunda edición ha sido traducida al castellano por Christian F. Zinser y Pedro Mendoza Montano (Eckart Brödermann, *Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales, Comentario artículo por artículo*, Tirant lo Blanch e Ilustre Colegio Nacional de Abogados de México, 2025).

En el ensayo que integra este volumen sobre «Los Principios del UNIDROIT como herramienta de gestión de negocios», el profesor Brödermann nos recuerda que, en la actualidad, el estándar de «diligencia debida» exigible a un «empresario prudente» que celebra un contrato internacional destinado a adquirir o vender una empresa extranjera incluye su obligación de reducir el riesgo empresarial. El riesgo involucrado en toda operación transfronteriza incluye no solo el riesgo comercial y económico, sino también el riesgo jurídico, que puede ser significativamente mitigado celebrando un acuerdo de arbitraje y seleccionando los Principios del UNIDROIT como derecho aplicable al contrato («Si los Principios UNIDROIT pueden reducir los riesgos, podría ser negligente ignorar esa posibilidad»). Aprovechando su vasta experiencia profesional desde su despacho Brödermann Jahn RA GmbH, el autor examina más de una docena de contratos relacionados con áreas del comercio y la industria muy dispares. En cada una de estas operaciones, Brödermann nos explica las razones por las cuales la opción de incorporar los Principios del UNIDROIT comporta una «contratación global simplificada», aportando el mejor consejo que podría haber prestado a su cliente.

Se ha sostenido, y con razón, que uno de los principales obstáculos que se interponen a un uso más extendido de los Principios del UNIDROIT es su escasa difusión en los medios profesionales y su falta de incorporación a los programas de estudio de la carrera de derecho, ya sea en el curso básico de obligaciones y contratos, o en el tratamiento que se les otorga a los contratos comerciales en el primer curso de derecho mercantil. Por esta razón es que en las escuelas de derecho de varios países de América Latina este vacío en la formación de los primeros años de la carrera suele suplirse por los profesores de derecho internacional privado, quienes al final de la carrera de abogacía hacen referencia a los Principios del UNIDROIT como alternativa a la selección del derecho aplicable a aquellos contratos con puntos de contacto significativos con más de un país.

Más allá de la difusión de los Principios del UNIDROIT en el aula, el aporte más significativo al estudio de los Principios durante los últimos años ha sido su incorporación a la célebre competencia académica que reúne a más de 300 equipos de facultades de derecho de todo el mundo. La oportunidad que brinda la Willem C. Vis Moot Competition de integrar el estudio de la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) con los Principios del UNIDROIT, que suele figurar como el derecho contractual de Danubia, Mediterráneo y Ecuatoriana, es una excelente ocasión para calibrar la relevancia de los Principios del UNIDROIT.

Anticipándose a conmemorar el primer siglo de vida del UNIDROIT, a celebrarse en una conferencia convocada para julio de 2026, la publicación de este volumen de ensayos sobre diversos aspectos de los Principios coincide con la reciente convocatoria del profesor Sergio García Long a una reunión virtual semanal para examinar diversos aspectos de los Principios del UNIDROIT. Las cuatro sesiones semanales, cada una de las cuales incluyendo cuatro presentaciones, fueron convocadas por la Universidad Andina del Cusco (UAC) para los Martes del UNIDROIT durante las últimas semanas de noviembre y la primera semana de diciembre de 2025, a las cuales puede accederse libremente en los siguientes sitios:

1ª sesión: <<https://www.youtube.com/watch?v=BhTsCU5jAds>> (Pilar Perales Viscasillas, Stefan Vogenauer, Sergio García Long y Giuditta Cordero Moss).

2ª sesión: <<https://www.youtube.com/watch?v=kRDEkZK84l0>> (Alejandro Garro, Christina Ramberg, Pedro Mendoza y Maria Chiara Malaguti).

3ª sesión: <<https://www.youtube.com/watch?v=xc8Dld1wZlIg>> (Eckart Brödermann, Lauro Gama, Olaf Meyer y Edgardo Muñoz).

4ª sesión:

<<https://www.youtube.com/watch?v=m2Wwk5oQO1Y>>

(José Antonio Moreno, Jorge Oviedo Albán, Anna Veneziano, María Ignacia Vial).

Coincidiendo también con la publicación de esta obra, la Facultad de Derecho de la UAC ha organizado el primer Moot de Arbitraje Peruano (Moot UPICC de Arbitraje Comercial 2026). La audiencia eliminatoria para esta competencia ha sido programada para junio del 2026 (www.mootperu.org). A diferencia de la competencia Willem C. Vis, cuyo centro de atención es la CISG, en este MOOT peruano el derecho sustantivo aplicable a los contratos son los Principios del UNIDROIT, complementados por el derecho peruano para regir aquellas materias no reguladas por los PUCCI.

Enhorabuena al profesor Sergio García Long y sus estudiantes de la UAC por estas iniciativas, que constituyen un aporte significativo en favor de una mejor difusión, comprensión y uso de los Principios del UNIDROIT.

Buenos Aires, 8 de diciembre de 2025

Alejandro M. Garro

PRÓLOGO

LA MODERNIDAD DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

El año 2026 marca el centenario del UNIDROIT. Esta ocasión representa una oportunidad no solo para celebrar cien años de actividad ininterrumpida del Instituto (ni siquiera durante la Segunda Guerra Mundial) y hacer un balance de sus logros, sino también para repensar el papel y los métodos de unificación jurídica del UNIDROIT en el contexto de la gobernanza internacional contemporánea y comprender lo que la historia nos puede enseñar para construir en el futuro de la unificación jurídica.

En este contexto, los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (UPICC) se encuentran entre los instrumentos más interesantes y que merecen mayor consideración. En 2024, hemos celebrado treinta años desde su adopción y en esa ocasión académicos y expertos de todo el mundo se reunieron una vez más para debatir de manera sistemática y exhaustivamente sus premisas, así como su aplicación en diversas jurisdicciones y en decisiones tanto judiciales como arbitrales, y así registrar los avances más recientes.

Los escritos de este volumen representan algunos de los análisis más lúcidos de los Principios, y abordan numerosos aspectos, tanto generales como específicos de uno o más Principios. También abordan su recepción en diferentes sistemas jurídicos y sectores comerciales. El hecho de que todos ellos hayan sido traducidos al español es excepcional, ya que contribuye a su conocimiento y difusión, y por ende, a su uso práctico por jueces, árbitros y abogados de América Latina. Por lo tanto, no solo debemos estar inmensamente agradecidos a Sergio Alonso García Long

por la traducción de estos escritos, sino que ahora debemos comprometernos a debatir su contenido y funciones. Esto garantizará que el debate sea cada vez más exhaustivo y preciso. Esto nos ayudará a reflexionar sobre las diferencias y similitudes en los enfoques doctrinales, así como en las decisiones de jueces y árbitros, ayudándonos así a comprender su aplicación y desarrollos interpretativos. Esto facilitará el diálogo entre sistemas jurídicos y, por otro lado, aportará mayor estabilidad y seguridad al comercio internacional mediante una comprensión plena de las soluciones jurídicas compartidas.

De hecho, los países de la región siempre han figurado entre los usuarios más informados y eficaces de los Principios, lo que demuestra la gran atención de América Latina al derecho transnacional y su apertura al debate y al diálogo; sin embargo, esto nunca es suficiente, especialmente hoy en día, cuando muchos de los fundamentos de la gobernanza del comercio internacional están siendo cuestionados.

Esta búsqueda de diálogo y soluciones compartidas, que los UPICC nos ayudan a lograr e implementar concretamente, es aún más necesaria hoy en día. Como las normas interestatales se encuentran actualmente en debate, son precisamente las relaciones entre particulares y las normas que ellos establecen para sus transacciones comerciales las que garantizan la estabilidad y ofrecen soluciones que no son parciales, sino que representan las más adecuadas para satisfacer las necesidades específicas del comercio internacional.

Hay algo fundamental en los Principios: estos son el resultado del trabajo de grandes académicos y expertos que se reunieron y debatieron, con sinceridad y buena fe, qué principios podrían abordar mejor las necesidades de los mercados y el comercio. Compararon las legislaciones nacionales, buscaron identificar las soluciones que ofrecen los diferentes sistemas jurídicos a problemas similares, analizaron la compatibilidad de estas diferencias y, por lo tanto, ofrecieron soluciones libres de sesgos

derivados de un sistema jurídico u otro. Sobre todo, no buscaron imponer soluciones idénticas a todas las situaciones, sino proporcionar principios generales y señalar el camino hacia soluciones que pudieran adaptarse al contexto jurídico específico.

Obviamente, hubo muchos debates y muchas posiciones divergentes. Sabemos que incluso hoy en día a veces escuchamos críticas de que un Principio determinado favorece las reconstrucciones teóricas específicas de un sistema sobre otro; sin embargo, lo que se ha alcanzado es un logro decisivo, generado por el diálogo entre diferentes conceptos jurídicos, y que representa un instrumento genuinamente internacional. Estos Principios se han probado e incorporado a los contratos en forma de cláusulas, o se han referenciado en la interpretación contractual, o se han implementado en sistemas jurídicos individuales, aplicándolos así a la realidad y poniendo a prueba su resiliencia. Finalmente, los Principios se han utilizado como herramienta para interpretar las leyes nacionales: de esta manera, la interpretación del derecho nacional está abierta a las demandas internacionales, ya que el derecho interno se interpreta a la luz de los principios internacionales.

Más allá del contenido específico de cada Principio, para lo cual solo puedo remitirme a las diversas contribuciones de este volumen y a los trabajos de estudiosos del derecho privado y comercial que saben mucho más que yo sobre estos temas, me gustaría subrayar el valor de los Principios por el método que llevó a su composición, por una parte, y por su lenta «percolación» en nuestros sistemas jurídicos, así como en nuestros contratos, algunas veces *más allá* de los sistemas jurídicos internos, por otra.

De esta manera se logra una unificación del derecho que se genera desde abajo, por el uso y por la continua (re)aceptación como reglas comúnmente aceptadas y generalmente reconocidas.

Este enfoque no solo produce una unificación del derecho que no tiene nada que ver con la armonización verticalista, basada en una estandarización que elimina diferencias y especificidades, sino que también garantiza la flexibilidad que permite la adaptación a los cambios que acompañan a dicha transformación. Si las necesidades cambian, si el sentimiento común se transforma, si ocurren reveses inesperados, el derecho de los Principios puede acompañar el cambio, en parte registrándolo y en parte apoyándolo, o incluso anticipándolo.

Se habla de un derecho laxo, y somos todos conscientes de las críticas que se le han hecho al *soft law*. Su contenido sería demasiado general y su sancionabilidad demasiado blanda; sin embargo, esta ofrece un enfoque de unificación que permite la adaptación y no niega las diferencias, sino que enfatiza su compatibilidad con principios fundacionales compartidos.

Además, este derecho también puede incorporar valores de solidaridad y sostenibilidad, que suelen ser parte del derecho público más que del derecho privado. Permítanme concluir este breve prefacio mencionando los nuevos principios en los que estamos trabajando, a saber, principios complementarios a los UPICC que pueden abordar las especificidades de los contratos de inversión. Se trata de contratos a largo plazo donde las partes (una entidad estatal/el Estado y un inversor privado) comparten objetivos comunes de cooperación y desarrollo en el territorio del Estado. En el debate actual, estos objetivos incluyen el respeto por el medio ambiente, la protección contra los riesgos del cambio climático y la protección de los derechos de las minorías, lo que impone nuevas obligaciones y derechos tanto al Estado como al inversor extranjero. Los nuevos principios buscan equilibrar estos intereses opuestos, hacerlos complementarios y facilitar su adopción en un espíritu de colaboración. Una vez más, en un momento en que se están reconsiderando los fundamentos de las normas comerciales interestatales, el derecho contractual puede ofrecer soluciones adaptativas y flexibles al derecho internacional de las inversiones.

Espero que los próximos treinta años de los UPICC y los próximos cien años del UNIDROIT sigan transmitiendo este mensaje, este «estilo» de compartir y de adaptabilidad, junto con la eficiencia y la estabilidad de las relaciones comerciales transnacionales que estas reglas pretenden garantizar.

Prof. María Chiara Malaguti
Presidenta emérita del UNIDROIT

TREINTA AÑOS DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT: RELEVANCIA PASADA, PRESENTE Y FUTURA*

*Michael Joachim Bonell***

Es un gran honor haber sido invitado a intervenir hoy aquí, en la Conferencia Conmemorativa de los primeros treinta años de los Principios UNIDROIT.

Dividiré mi presentación en tres partes: tras recordar los acontecimientos más relevantes relacionados con los Principios UNIDROIT durante la última década, me centraré en el uso de los Principios en la práctica internacional de los contratos y la resolución de controversias, y concluiré con algunas sugerencias sobre cómo mejorar la recopilación de decisiones relacionadas con los Principios dictadas en todo el mundo, promoviendo así aún más su aplicación en la práctica.

En primer lugar, la evolución de los Principios UNIDROIT en su conjunto durante los últimos diez años.

La novedad más importante fue, sin duda, la adopción en 2016 de una nueva edición de los Principios UNIDROIT. Esta edición, la cuarta, no pretende ser una revisión de las ediciones anteriores. Su principal

* Traducción a cargo del profesor Sergio García Long, corresponsal del UNIDROIT, y reproducido con el amable permiso del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado - UNIDROIT y del autor. Publicado originalmente como Michael Joachim BONELL. «Thirty Years of the UNIDROIT Principles – Past, Present and Future Relevance». En *Thirty Years of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Past, Present and Future Relevance. Acts of the Conference to celebrate the 30th Anniversary of the adoption of the UNIDROIT Principles (Rome, 6-7 May 2024)*, Roma, UNIDROIT 2025, pp. 3-14.

** Profesor emérito de Derecho Comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma I «La Sapienza» y consultor del UNIDROIT.

objetivo es tener especialmente en cuenta las características y necesidades especiales de los contratos a largo plazo.

Con este fin, los artículos de la edición de 2010 solo se modificaron de forma marginal: solo se modificaron seis de ellos, a saber: el preámbulo y los artículos 1.11, 2.1.14, 5.1.7, 5.1.8 y 7.3.7.

La mayoría de las modificaciones se realizaron en los «Comentarios» (25 en total), tal y como se indica en la «Introducción». Los nuevos comentarios, considerados parte integrante de los Principios, no se limitan a explicar las normas escritas, sino que también contienen cláusulas estándar pertinentes extraídas de la práctica real de los contratos a largo plazo, que las partes pueden desear incluir en su contrato. Un ejemplo típico es el comentario 3 al artículo 4.3 («Circunstancias relevantes»), que establece:

El comportamiento de las partes con posterioridad a la celebración del contrato puede servir para determinar su intención. Este puede ser el caso especialmente en el contexto de contratos de larga duración que [...] tienen un carácter «evolutivo», es decir, que pueden requerir adaptaciones en el curso de su ejecución [...]. Con el fin de evitar cualquier duda sobre los efectos de los actos posteriores en el contenido del contrato, las partes podrían considerar la adopción de mecanismos especiales para eventuales [...] ajustes del contrato durante su ejecución. Por ejemplo, podrían contemplar que una parte emita «órdenes de modificación» para la aceptación de la otra [...] o establecer órganos especiales compuestos por representantes de ambas partes [...] (los denominados «comités de gestión contractual», «órganos de auditoría» o «similares»), encargados de inspeccionar el cumplimiento de ambas partes y quizás también sugerir ajustes al contrato para adecuarlo a las circunstancias [...].

En 2021, al respaldar formalmente la nueva edición de los Principios, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) felicitó al UNIDROIT «por haber contribuido

una vez más a la facilitación del comercio internacional mediante la elaboración de normas generales para los contratos comerciales internacionales» y recomendó por unanimidad «el uso de los Principios UNIDROIT [...] según proceda, para los fines previstos».

Otro acontecimiento que, aunque solo afecta indirectamente a los Principios UNIDROIT, merece ser mencionado aquí fue la adopción, en 2015, por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable en los contratos comerciales internacionales. En la primera parte del artículo 3, estos Principios establecen que las partes de un contrato internacional pueden elegir como ley aplicable a su contrato no solo una ley nacional concreta, sino también «normas jurídicas que sean generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas [...]». El Comentario Oficial menciona los Principios UNIDROIT como ejemplo de tales normas jurídicas que pueden ser elegidas como ley aplicable.

Hasta ahora, solo dos países han promulgado legislación que implementa el artículo 3 de los Principios de La Haya, es decir, Paraguay y Uruguay, lo que resulta aún más notable si se tiene en cuenta que estos dos países, al igual que la mayoría de los Estados latinoamericanos, hasta ahora ni siquiera habían admitido la tradicional autonomía de las partes en los contratos internacionales.

En cualquier caso, si las leyes de Paraguay y Uruguay son los primeros y, hasta ahora, únicos ejemplos de reconocimiento legislativo del derecho de las partes a seleccionar normas jurídicas no estatales como ley aplicable a su contrato también en los procedimientos judiciales, en otros países se han producido recientemente algunas decisiones judiciales significativas que admiten que los instrumentos de *soft law*, como los convenios internacionales que aún no han entrado en vigor o los Principios UNIDROIT, pueden aplicarse como *lex contractus*.

Para empezar, en 2005, la Corte Suprema suiza, al revocar una decisión del *Handelsgericht St. Gallen* que había validado una cláusula de elección de ley a favor de las Reglas de la FIFA, sostuvo que se podía adoptar una solución diferente con respecto a los Principios UNIDROIT en particular, que, en sus propias palabras, representan «un conjunto de principios y normas generales elaborados por académicos independientes y comparables a los sistemas jurídicos nacionales en cuanto a equilibrio intrínseco, exhaustividad y reconocimiento general».

Sin embargo, existen sentencias judiciales que han aplicado instrumentos de *soft law*, como los Principios UNIDROIT, como normas jurídicas que rigen el fondo del litigio, incluso en ausencia de una elección expresa por parte de las partes.

Este es el caso de las decisiones de la Cour de Cassation belga de 2009 y de la Cour de Cassation francesa de 2015 que, en relación con los contratos de compraventa internacional, aplicaron junto con la CISG también los Principios UNIDROIT, definiéndolos como «un código de contratos internacionales que contiene principios generales que rigen el derecho mercantil internacional».

Aún más explícitas en cuanto al posible papel de los Principios UNIDROIT como normas jurídicas aplicables al fondo del litigio son dos resoluciones brasileñas dictadas en 2017 por la Corte de Apelaciones de Rio Grande do Sul.

El primer caso se refería a un contrato entre una empresa multinacional danesa y una empresa brasileña para la entrega de mercancías en Hong Kong. El contrato, celebrado en Dinamarca, no mencionaba la ley aplicable. En su decisión, la Corte señaló que, según el derecho internacional privado brasileño vigente, la ley aplicable sería la danesa, como ley del lugar de celebración del contrato; sin embargo, la Corte sostuvo que, siempre que, como en el caso que nos ocupa, el contrato

fuera «pluriconectado», la regla tradicional *lex loci celebrationis* debía descartarse en favor de un enfoque más flexible, y decidió aplicar la CISG, que en el momento de la celebración del contrato aún no estaba en vigor en Brasil, y los Principios UNIDROIT como expresión de la «nueva *lex mercatoria*».

El segundo caso se refería a un contrato de venta entre una empresa venezolana y una empresa brasileña, cuyo precio estaba expresado en dólares estadounidenses. Dado que la normativa cambiaria venezolana solo permitía el pago en dólares estadounidenses una vez que las mercancías hubieran sido entregadas en el lugar de destino en Venezuela, para que la venta fuera posible, el comprador anticipó el precio al vendedor a través de un banco estadounidense y luego pagó una segunda vez tras la llegada de las mercancías a Venezuela. Cuando el vendedor se negó a restituir el primer pago, alegando su ilegalidad por haber sido realizado en violación de la normativa cambiaria venezolana, el comprador interpuso una demanda y la Corte, al determinar la ley aplicable al fondo del litigio, decidió nuevamente no tener en cuenta el lugar de celebración del contrato como factor de conexión. En aplicación de la «regla de la relación más significativa», la Corte basó su decisión en la CISG y, en lo que respecta a las cuestiones que quedaban fuera del ámbito de aplicación de la Convención —como era claramente el caso de la supuesta ilegalidad del primer pago y la reclamación de restitución—, en los Principios UNIDROIT.

Pasando ahora a la segunda parte de mi presentación, relativa al uso real de los Principios UNIDROIT en la práctica contractual internacional y en la resolución de controversias, es evidente que no se dispone de datos precisos, y las únicas fuentes de información suficientemente representativas, aunque necesariamente incompletas, son las sentencias judiciales y los laudos arbitrales dictados en todo el mundo y que se refieren de una u otra manera a los Principios UNIDROIT.

La recopilación más completa de estas decisiones es UNILEX, una base de datos de libre acceso sobre jurisprudencia internacional y bibliografía relativa a los Principios UNIDROIT y la CISG, creada a mediados de los años noventa por un equipo de jóvenes investigadores de la Universidad de Roma I «La Sapienza» coordinado por mí, y cuyos editores jefes son ahora mis colegas Eleonora Finazzi-Agrò y Roberta Peleggi. Ellas están aquí hoy y merecen nuestro mayor agradecimiento por el excelente trabajo que están realizando en esta función.

Hasta la fecha, UNILEX contiene 580 decisiones relacionadas con los Principios, en comparación con las 387 decisiones que teníamos en 2014.

En 32 de los casos notificados, las partes eligieron expresamente los Principios UNIDROIT, ya sea en su contrato o, más a menudo, tras el inicio del procedimiento arbitral, a veces por sugerencia del propio tribunal arbitral.

Esto no debería sorprender. De hecho, una vez que surge una controversia, las partes saben cuáles son las cuestiones en juego y, por lo tanto, están en mejores condiciones para apreciar las ventajas de elegir los Principios, o disposiciones concretas de los mismos, como normas jurídicas aplicables al fondo de su controversia en lugar de una ley nacional concreta.

En 63 casos, los Principios fueron aplicados *ex officio* por los tribunales arbitrales, y esto:

- Ya sea porque las partes, al no poder ponerse de acuerdo sobre la aplicación de una ley nacional concreta, habían estipulado que su contrato se regiría por, y/o su controversia se resolvería de conformidad con, principios y normas no especificados, tales como la *lex mercatoria*, los «principios generales del derecho contractual internacional», los «principios generales de equidad», etc.,

y el tribunal arbitral consideró que los Principios UNIDROIT constituían una expresión particularmente autorizada de dichos principios y normas.

- O porque el contrato no se pronunciaba sobre la ley aplicable, y el tribunal arbitral aplicó los Principios sin dar ninguna razón ni basarse en el párrafo 4 del preámbulo, o, por ejemplo, en el artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2021.
- Por último, porque la cláusula de elección de la ley aplicable era manifiestamente incompleta o inválida (por ejemplo, «derecho internacional», «principios jurídicos anglosajones», «derecho europeo»).

En las demás decisiones recogidas en UNILEX —entre las que se incluyen, *nota bene*, no solo laudos arbitrales, sino también resoluciones judiciales—, los Principios UNIDROIT se utilizaron como medio para interpretar y/o complementar la legislación nacional o la legislación internacional uniforme que regulaba el contrato.

Es cierto que, con bastante frecuencia, la referencia a los Principios UNIDROIT no tuvo un impacto directo en la decisión sobre el fondo de la controversia en cuestión, y las disposiciones individuales de los Principios se citaron esencialmente para demostrar que la solución proporcionada por la legislación nacional aplicable era conforme con las normas y reglas internacionalmente aceptadas, lo que, por cierto, a menudo puede ser importante para inducir a la parte perdedora a aceptar un veredicto adverso.

Sin embargo, en varios casos, las cortes y los tribunales arbitrales recurrieron a los Principios UNIDROIT para respaldar la adopción de una de las varias soluciones posibles en virtud de la legislación nacional aplicable, o para colmar una verdadera laguna en esta última.

E incluso hay decisiones —incluidas decisiones de cortes nacionales de segunda y última instancia— que se refieren a los Principios UNIDROIT como fuente de inspiración para revisar abiertamente la legislación vigente de su país.

Así, por ejemplo, las cortes de Australia y, aunque en menor medida, las de Inglaterra y Nueva Zelanda se han referido en varias ocasiones a los Principios como fuente de inspiración en su intento de afirmar también a nivel nacional la relevancia de la buena fe en la formación y el cumplimiento de los contratos, o de admitir el recurso a pruebas extrínsecas para la interpretación de los contratos escritos.

Más recientemente, la Corte de Apelaciones de Quebec, que es la corte judicial más alta de la provincia canadiense de Quebec, en un caso de supuesta excesiva onerosidad debido a un aumento considerable de los precios en el mercado del petróleo, tras recordar que la doctrina de la excesiva onerosidad o *imprévision* no era tradicionalmente aceptada en Canadá, citó los artículos 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3 de los Principios UNIDROIT, señalando que «representan una síntesis del derecho comparado sobre el tema que podría iluminar a la Corte sobre la orientación adecuada de la jurisprudencia en un sistema de derecho civil como el de Quebec».

En definitiva, teniendo en cuenta que los Principios UNIDROIT son un instrumento no vinculante que solo se aplica si las partes lo acuerdan o si las cortes o los tribunales arbitrales lo invocan por su valor persuasivo, creo que no es exagerado calificarlos de auténtico «éxito».

Incluso, las pocas opiniones críticas expresadas no cuestionan en general sus cualidades intrínsecas, sino que discuten su ámbito de aplicación material y territorial.

- En particular, se afirma que los Principios UNIDROIT se aplican principalmente, si no exclusivamente, a los contratos de

compraventa y, por lo tanto, en última instancia, no son más que un duplicado de la CISG;

- Que las partes contratantes o las cortes y/o tribunales arbitrales solo se refieren a los Principios de forma esporádica y en determinadas zonas geográficas, mientras que en el resto del mundo son prácticamente desconocidos;
- Por último, que el uso de los Principios como medio para interpretar y complementar la *lex contractus* se limita a los casos en que la ley que rige el contrato es la ley de sistemas jurídicos menos desarrollados o de los denominados países en transición, mientras que dicho uso es casi irrelevante en los casos en que la ley aplicable es la de un sistema jurídico muy desarrollado, por no hablar del derecho internacional.

Bueno, las nuevas funciones de búsqueda de UNILEX «por tipo de contrato», «por nacionalidad de las partes» y «por legislación nacional aplicable» muestran a simple vista que estas afirmaciones son manifiestamente infundadas.

Así, las decisiones recopiladas en UNILEX que se refieren de una u otra manera a los Principios conciernen a nada menos que 48 tipos diferentes de contratos, entre los que se incluyen contratos de agencia, garantías bancarias, acuerdos de concesión, contratos de consultoría, contratos de construcción, acuerdos de distribución, contratos de suministro de gas, contratos de seguro, acuerdos de empresa conjunta, contratos de arrendamiento, acuerdos de licencia, acuerdos de préstamo, contratos de venta, contratos de satélite, acuerdos de liquidación, acuerdos de compra de acciones, contratos de servicios, contratos estatales, contratos de servicios de telecomunicaciones y contratos de transporte.

Es cierto que un tercio de las decisiones se refieren a contratos de compraventa, pero, lo que es más significativo, el número total de decisiones relativas a contratos a largo plazo es aún mayor.

En cuanto a la nacionalidad de las partes en los litigios, participaron personas físicas o jurídicas de 92 Estados de los cinco continentes, desde Argelia hasta las Indias Occidentales, entre los que se encuentran, por citar solo los países más representados, Argentina (14 casos), Australia (16 casos), Austria (9 casos), Bélgica (5 casos), Bielorrusia (7 casos), Brasil (9 casos), Canadá (10 casos), China (33 casos), Francia (35 casos), Alemania (21 casos), Hong Kong (3 casos), India (8 casos), Irán (10 casos), Italia (37 casos), Japón (16 casos), Lituania (16 casos), México (4 casos), Nueva Zelanda (5 casos), Países Bajos (21 casos), Paraguay (18 casos), Polonia (10 casos), Rusia (95 casos), España (38 casos), Suecia (8 casos), Suiza (20 casos), Turquía (8), Reino Unido (3 casos), Estados Unidos (38 casos) y Uruguay (3 casos).

Además, en las controversias relativas a los denominados contratos estatales, las partes implicadas eran, por un lado, inversores privados extranjeros de países como Estados Unidos (9 casos), Reino Unido (4 casos), Francia (2 casos), Italia, Países Bajos, Kuwait, Suecia y Grecia (1 caso cada uno); y, por otro lado, los gobiernos (o agencias gubernamentales) de los países anfitriones, como Irán (5 casos), Argentina (2 casos) y la República Checa, la República Democrática del Congo, Ecuador, Georgia, Kirguistán, Lituania, Libia, México, Turquía y Ucrania (1 caso cada uno).

Además, en algunos casos también participaron organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas como tales o uno de sus organismos especializados, como la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO).

Por otra parte, el uso de los Principios UNIDROIT como «derecho de referencia global», o como una especie de *ius commune* moderno, dista

mucho de limitarse a los casos en que el derecho interno que rige el contrato es el de un sistema jurídico menos desarrollado. En la práctica, son igualmente numerosos, si no más, los casos en los que la ley nacional en cuestión es la de sistemas jurídicos muy desarrollados, como las leyes de Argentina (8 casos), Australia (14 casos), Brasil (4 casos), Inglaterra (16 casos), Francia (10 casos), Alemania (6 casos), Italia (21 casos), Lituania (16 casos), Países Bajos (7 casos), Nueva Zelanda (5 casos), Paraguay (18 casos), Quebec (1 caso), España (27 casos), Suecia (5 casos), Suiza (11 casos) y el estado de Nueva York (1 caso).

No solo eso, sino que, como se ha mencionado anteriormente, los Principios UNIDROIT no se invocaron únicamente para respaldar las soluciones ya alcanzadas en virtud del derecho interno aplicable, sino también como fuente de inspiración para revisar la legislación vigente en sus países.

Por último, en 15 casos se hizo referencia a los Principios UNIDROIT para interpretar el derecho internacional, concretamente el derecho internacional general por sí solo, el derecho internacional en relación con una legislación nacional concreta, el derecho internacional en relación con los TBI, el derecho internacional en relación con el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (1 caso) y el derecho internacional en relación con la Declaración de 1981 sobre la solución de reclamaciones por la que se establece el Tribunal de Reclamaciones entre Irán y Estados Unidos (1 caso).

En conjunto, sin duda, se trata de una imagen bastante reveladora del alcance material y territorial de la aplicación de los Principios UNIDROIT en la práctica; sin embargo, por muy informativos que sean los datos contenidos en UNILEX siguen representando solo una parte de la relevancia real de los Principios en la práctica de los contratos internacionales y la resolución de controversias, y ello por múltiples razones.

Permítanme señalar las principales dificultades a las que nos enfrentamos en la recopilación de las decisiones pertinentes y formular algunas sugerencias sobre cómo mejorar esta situación.

Para empezar, a diferencia de, por ejemplo, CLOUT —la base de datos de la CNUDMI sobre la CISG y otros instrumentos de derecho uniforme adoptados por la Comisión—, que cuenta con una red de corresponsales nacionales designados por los Estados que son partes en los instrumentos adoptados por la CNUDMI, UNILEX es básicamente una iniciativa privada que a lo largo de los años ha tenido que depender principalmente, si no exclusivamente, del trabajo voluntario de jóvenes investigadores de la Universidad de Roma I o de becarios que visitan UNIDROIT durante un breve periodo de tiempo, lo que limita inevitablemente la recopilación de decisiones judiciales y laudos arbitrales pertinentes dictados en todo el mundo.

Además, incluso en los casos en que era posible acceder a la jurisprudencia de países importantes como la Federación de Rusia, la República Popular China, Japón o Brasil, las barreras lingüísticas impedían con frecuencia una comprensión correcta y una síntesis adecuada del texto original de las decisiones.

Estas dificultades podrían evitarse si UNIDROIT, al igual que la CNUDMI, decidiera pedir a sus Estados miembros que nombraran, directamente o a través de los miembros del Consejo de Administración, corresponsales nacionales encargados de transmitir la jurisprudencia pertinente de sus respectivos países a los redactores jefe competentes de la base de datos UNILEX, junto con un resumen sucinto de la misma en inglés.

A este respecto, ya existen ejemplos notables, como los de los profesores Alexander Komarov y José Antonio Moreno Rodríguez (miembros actual y anterior del Consejo de Gobierno del UNIDROIT), que a lo largo de los años han presentado, ya sea personalmente o a través de

sus jóvenes becarios de investigación, decisiones relevantes sobre los Principios de UNIDROIT dictadas en sus países.

Por último, dado que la mayoría de las decisiones que se refieren de una u otra manera a los Principios UNIDROIT son laudos arbitrales que, en la mayoría de los casos, siguen siendo confidenciales, no se puede sino lamentar la reticencia de la mayoría de los centros de arbitraje internacionales a publicar extractos anónimos o a proporcionar otra información básica sobre los laudos más significativos que administran.

Basta mencionar que de los cientos de laudos dictados cada año bajo la supervisión de la Corte de Arbitraje de la CCI, en 2014 se publicaron extractos —obviamente cuidadosamente anonimizados— de no más de 18 en 2014, 37 en 2015, 32 en 2016, 0 en 2017 y 10 en 2018. Solo cabe esperar que en un futuro próximo sea posible encontrar formas de cooperación más estrecha entre UNIDROIT y/o UNILEX y los distintos centros de arbitraje con el fin de compartir, en la mayor medida posible, la relevancia de los Principios UNIDROIT en la práctica del arbitraje con la comunidad jurídica internacional.

Un paso significativo en esta dirección sería que los centros de arbitraje —sobre todo la Corte de Arbitraje de la CCI, que es, con diferencia, la institución de arbitraje más importante del mundo— estuvieran dispuestos a responder a cuestionarios del tipo de los propuestos recientemente para UNILEX por Francesca Mazza, la secretaria general del Instituto Alemán de Arbitraje, y que, como ella misma señala, «pueden responderse con total seguridad sin violar posibles obligaciones de confidencialidad [ya que] la información que se recopila a través del cuestionario es abstracta y no revela nada sobre las partes, sus disputas o reclamaciones».

Otro posible modelo de cooperación de este tipo podría ser la iniciativa recientemente adoptada por los comités pertinentes de la Inter-

national Bar Association (IBA) de crear un «grupo de trabajo» compuesto, por el momento, por 42 profesionales especializados, abogados, asesores jurídicos de empresas, árbitros, profesores y antiguos jueces de 25 países, a los que se les ha pedido que informen sobre su propia experiencia profesional con los Principios UNIDROIT. Los miembros de este grupo, coordinado por Willem Calkoen, miembro de alto rango de la IBA, proporcionaron, en sus respectivos informes nacionales, un gran número de resúmenes de sentencias judiciales y laudos arbitrales en los que se habían aplicado los Principios UNIDROIT como normas jurídicas que regían el contrato o se habían utilizado como medio para interpretar y complementar la legislación nacional aplicable; sin embargo, a pesar de sus esfuerzos, la mayoría de las decisiones presentadas ya figuraban en UNILEX, por lo que, al final, su nueva aportación fue bastante limitada.

**LAS CLÁUSULAS MODELO PARA LA UTILIZACIÓN
DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT
SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES
INTERNACIONALES COMO HERRAMIENTA PARA LA
AUTONOMÍA DE LAS PARTES Y EN LA ADJUDICACIÓN***

Anna Veneziano^{**}

INTRODUCCIÓN

Tuve el gran privilegio de conocer a Joachim Bonell por primera vez hace casi treinta años, cuando asistía a sus clases en la Universidad de Roma, La Sapienza. Aquellas memorables clases son las responsables de mi temprana fascinación por el derecho comparado y, en particular, por el derecho uniforme, que le llevó a convertirse en mi *Doktorvater*. También dio lugar, con el tiempo, a lo que ahora me atrevo a llamar una amistad basada en la admiración y el afecto por mi parte. Es, por tanto, con gran emoción que participo en los ensayos en su honor. Espero que sepa disculpar mi decisión de abordar brevemente una de las novedades

* Traducción a cargo del profesor Sergio García Long, corresponsal del UNIDROIT, y reproducido con el amable permiso del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado - UNIDROIT y de la autora. Publicado originalmente como Anna VENEZIANO. «The Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts as a Tool for Party Autonomy and in Adjudication». En *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, Vol. 2, Roma, UNIDROIT 2016, pp. 1687-1696.

** Secretaria general adjunta, UNIDROIT. Profesora de Derecho de la Universidad de Teramo. Profesora de Derecho (a tiempo parcial) de la Universidad de Ámsterdam.

en relación con los Principios del UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales,¹ a saber, las Cláusulas Modelo para su utilización en la práctica.² En la siguiente contribución ofreceré, en primer lugar, una visión general de las razones por las que se redactaron las Cláusulas Tipo, así como de su finalidad y contenido, para referirme después a algunas de las cuestiones concretas que se han debatido recientemente en relación con ellas.

1. POR QUÉ LAS CLÁUSULAS MODELO PARA EL USO DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

En su 91.^a Sesión de mayo de 2012, el Consejo de Gobierno del UNIDROIT, a propuesta de Don Wallace Jr. decidió crear un grupo de trabajo restringido para la preparación de Cláusulas Tipo para el uso por las partes de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.³ Michael Joachim Bonell fue nombrado relator del proyecto.

¹ Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, 2010, UNIDROIT, Roma, 2010 (en lo sucesivo también Principios UNIDROIT o UPICC).

² Cláusulas tipo para uso de las partes de los Principios del UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, adoptadas por el Consejo de Gobierno del UNIDROIT en su 92.^a Sesión de mayo de 2013 (y disponibles tanto en forma de folleto en la Secretaría de UNIDROIT como electrónicamente en su página web: para la versión en inglés, véase <http://www.unidroit.org/english/principles/modelclauses2013/modelclauses-2013.pdf>. Las Cláusulas Tipo también están disponibles en francés y en una traducción no oficial al español.

³ Los miembros del grupo de trabajo fueron los siguientes: Don Wallace (presidente), Klaus Peter Berger, Michael Joachim Bonell (relator), Neil B. Cohen, Yves Derains, Lauro Gama Jr., Toby Landau, Alexander Komarov y William W. Park. A la primera sesión del grupo de trabajo asistieron varios observadores que participaron activamente en el debate: Fabio Bortolotti, Eckart Brödermann, Andrea Carlevaris, Simon Manner (en representación de Francesca Mazza) y Geneviève Saumier.

Como se señala también en la introducción a las Cláusulas Tipo, los Principios UNIDROIT han obtenido un importante reconocimiento internacional desde su primera publicación en 1994.⁴ No solo han sido ampliamente citados y debatidos por los académicos⁵ y aplicados en la enseñanza del Derecho o con otros fines educativos,⁶ sino que se han utilizado en la práctica de diversas maneras, incluso por referencia en un número cada vez mayor de resoluciones judiciales y laudos arbitrales dictados en todo el mundo.⁷ Esto representa un éxito indudable, dada su naturaleza de *soft law* y la necesidad de que los usuarios sean plenamente conscientes de su existencia y de las ventajas potenciales relacionadas con su uso.

Sin embargo, es cierto que la primera y principal forma de utilizar los Principios UNIDROIT, al menos según su «Preámbulo» y las intenciones originales de sus redactores, es decir, como herramienta directa para la autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales, ha resultado ser más la excepción que la regla. De hecho, el número de casos publicados en los que los Principios UNIDROIT fueron expresamente elegidos por las partes como reglas de derecho que

⁴ Cláusulas tipo, *op. cit.*, «Introducción», p. 1.

⁵ Basta mencionar aquí el Comentario a los Principios, de más de 1500 páginas, ahora en su segunda edición (la primera editada por S. Vogenauer y J. Kleinheisterkamp, se publicó en 2009): S. VOGENAUER (ed.). *Commentary to the UNIDROIT Principles of International Contracts (UPICC)*. 2.^a ed., Oxford University Press, 2015, en el que se encuentran abundantes referencias bibliográficas (Apéndice II) y los comentarios del propio Joachim Bonell, cf. M.J. BONELL. *An International Restatement of Contract Law*. 3.^a ed., Transnational Publishers, Ardsley, 2005 y M. J. BONELL. «The UNIDROIT Principles 2010: An International Restatement of Contract Law». En *Diritto del commercio internazionale*, 2011, p. 881 y ss.

⁶ Un ejemplo digno de mención, entre otros, es el uso de los Principios en las competiciones de Arbitraje MOOT: el MOOT Anual de Arbitraje Comercial Internacional Willem C. Vis a menudo hace referencia a los Principios UNIDROIT; la Competición de Negociación Intercolegial fundada en 2002 parte del supuesto de que la ley aplicable son los Principios UNIDROIT, véase T. MORISHITA. «The challenge of Intercollegiate Negotiation Competition – A unique moot competition of arbitration and negotiation in Japan». En *The Japan Commercial Arbitration Association Newsletter*, Vol. 26, 2011, p. 3 y ss.

⁷ Las decisiones arbitrales y judiciales accesibles en aplicación de los Principios UNIDROIT pueden buscarse en la base de datos UNILEX: <http://www.unilex.info>. Las referencias a la jurisprudencia en lo que sigue serán a la página correspondiente en UNILEX.

rigen el contrato es reducido⁸ si se compara con otros casos más numerosos de su aplicación práctica en la jurisprudencia.⁹

Según los redactores de las Cláusulas Tipo, un mejor conocimiento tanto de los Principios UNIDROIT como de la variedad de formas en que pueden utilizarse ventajosamente en la práctica fomentaría las cláusulas expresas de elección de ley a su favor. Se supone que, en la mayoría de los casos, la razón por la que las partes (o sus asesores jurídicos) evitan optar por los Principios no es necesariamente el resultado de una evaluación negativa de su contenido sustantivo.¹⁰ En muchos casos, las partes pueden simplemente desconocer su existencia o tener un conocimiento imperfecto de su importancia. En otras situaciones, es muy posible que exista una decisión consciente de no utilizarlos debido a las incertidumbres percibidas debido, *entre otras cosas*, a la relativa falta de precedentes en comparación con el derecho interno establecido y a posibles problemas relativos a su relación con las disposiciones imperativas del derecho (nacional) aplicable.¹¹ Por otra parte, cabe señalar que varias

⁸ Este número puede ser superior si se tienen en cuenta los laudos arbitrales amparados por la confidencialidad y los contratos que hacen referencia a los Principios del UNIDROIT que no son objeto de litigio; sin embargo, cabría pensar que tales limitaciones se aplicarían a todos los casos en los que se aplican los Principios UNIDROIT, independientemente de las partes que se remitan a ellos, por lo que el impacto proporcionalmente menor sobre la elección directa de las partes no cambiaría significativamente.

⁹ Para una revisión razonada de la jurisprudencia hasta 2011 véase E. Finazzi AGRÓ. «The Impact of the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution in Figures». En *Uniform Law Review*, 2011, p. 719 y ss.

¹⁰ Para una visión valiosa de las razones por las que las partes eligen un derecho nacional específico, basada en datos empíricos sobre cláusulas de elección de derecho en contratos comerciales internacionales, véase G. CUNIBERTI. «The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws». En *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 34, 2014, p. 455 y ss.; en relación con la elección de ley y de foro en Europa véase S. VOGENAUER. «Regulatory Competition Through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence». En *European Review of Private Law*, Vol. 21, 2013, p. 13 y ss.

¹¹ Véase G. B. BORN. *International Arbitration: Law and Practice*. Wolters Kluwer, 2012, p. 255.

decisiones adoptaron la postura contraria y consideraron que los Principios del UNIDROIT estaban suficientemente establecidos para garantizar la seguridad en su aplicación.¹²

La autoridad de los textos no legislativos como los Principios UNIDROIT no puede sino derivarse del «respeto, la confianza de quienes los utilizan en la práctica jurídica cotidiana».¹³ La idea que subyace a las Cláusulas Tipo es, por tanto, proporcionar a las partes (y a los adjudicadores) ejemplos claros de las diferentes formas en que pueden utilizarse los Principios UNIDROIT, así como de sus ventajas y posibles deficiencias, de modo que se pueda elegir con mayor conocimiento de causa.

2. LAS OPCIONES OFRECIDAS A LAS PARTES Y A LOS ADJUDICADORES: UNA VISIÓN GENERAL

Un primer elemento que salta a la vista al observar la estructura del documento que presenta las Cláusulas Tipo es que están redactadas tanto como una herramienta para la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos comerciales internacionales y como una herramienta para los adjudicadores. Cada tipo de Cláusula Modelo¹⁴ existe en dos versiones: como cláusula que puede incluirse directamente en el contrato y como cláusula que puede pactarse después de que haya surgido una controversia (y antes o después del inicio de un procedimiento judicial o arbitral). Esta distinción se hace explícitamente porque refleja la forma

¹² Véanse, entre otras, Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, Ginebra, 28 de julio de 2000, núm. 9797 (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=668>); Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, 2004, núm. 13012 (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1409>). Para decisiones judiciales referidas al arbitraje véase United States District Court, S.D. California, 7 de diciembre de 2008, 98-1165-B (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=652>).

¹³ K. P. BERGER. «The UNIDROIT Model Clauses». En *Uniform Law Review*, Vol. 19, 2014, p. 519 y ss., en p. 521, citando expresamente también a N. JANSEN. *The Making of Legal Authority*. Oxford University Press, 2010, p. 138.

¹⁴ Con la única excepción del n.º 2, Cláusula Modelo que incorpora los Principios UNIDROIT como términos del contrato. Véase *infra*, nota 32 y texto que la acompaña.

en que los Principios se han aplicado en la práctica;¹⁵ sin embargo, también subraya el papel fundamental de los asesores de las partes y, especialmente, de los árbitros a la hora de presentar opciones viables a las partes en caso de estancamiento o de dificultades para definir la ley aplicable durante un litigio, o cuando las normas de conflicto de leyes por defecto llevarían a un resultado que, en opinión del árbitro, no es coherente con las mejores prácticas en materia de contratos comerciales internacionales. En otras palabras, subraya el papel de los Principios UNIDROIT como herramienta no solo para las partes, sino también para los árbitros que deseen llegar a una solución satisfactoria de un litigio. Otro ejemplo de la influencia que podrían ejercer los Principios UNIDROIT tras una controversia surgida es la referencia a los mismos en el contexto de los intentos de conciliación. Existen casos prácticos en los que los Principios se utilizaron como guía para redactar una propuesta de acuerdo conciliatorio.¹⁶ Aunque tal referencia no puede, por supuesto, implicar una verdadera elección de ley por las partes,¹⁷ demuestra que los Principios UNIDROIT pueden utilizarse ventajosamente cuando ya ha surgido una controversia.

Las Cláusulas Tipo se basan en la variedad de usos potenciales de los Principios UNIDROIT expuestos en su «Preámbulo» y, lo que es más importante, ya encontrados en la jurisprudencia que los aplica. Permiten a las partes anticipar en su contrato las diferentes formas en que podrían aplicarse en la práctica, eligiendo la más adecuada a sus necesidades y aprovechando plenamente la flexibilidad que ofrecen los Principios. Los efectos, posibles inconvenientes y ventajas de cada Cláusula Tipo se explican en el comentario que sigue al texto en letra negra.

¹⁵ M. J. BONELL. «Model Clauses for the use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts». En *Uniform Law Review*, Vol. 18, 2013, p. 473 y ss., en p. 475. Para un ejemplo de un caso en el que las partes acordaron la aplicación de los Principios UNIDROIT durante un litigio arbitral, véase tribunal arbitral de la Cámara de Comercio e Industria de Lausana, 17 de mayo de 2002 <<http://www.unilex.info/case.cfm?id=861>>.

¹⁶ Por ejemplo, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), 20 de marzo de 2000, ARB(AF)/98/1 <<http://www.unilex.info/case.cfm?id=962>>; véase también M. J. BONELL. «An International Restatement», *op. cit.*, p. 273.

¹⁷ M. J. BONELL. «Model Clauses», *op. cit.*, p. 480.

Un primer grupo de cláusulas («Cláusulas tipo por las que se eligen los Principios UNIDROIT como reglas de derecho que rigen el contrato») se ocupa de la situación en la que las partes desean que los Principios UNIDROIT sean las reglas de derecho que rijan su acuerdo, ya sea por sí solos o en conjunción con la legislación nacional o los principios generalmente aceptados del derecho mercantil internacional. Un segundo tipo de cláusula reconoce la posibilidad de incorporar los Principios UNIDROIT como cláusulas del contrato. Una tercera opción prevé que las partes que elijan la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG) como normativa que regule su contrato deseen hacer una referencia a los Principios UNIDROIT como medio de interpretar y complementar la CISG. Por último, las partes disponen de cláusulas tipo que remiten a los Principios UNIDROIT como medio de interpretar y completar el derecho interno aplicable.

A continuación, examinaré brevemente algunas de las cuestiones que se plantean, en particular, en relación con las dos primeras y el último tipo de cláusulas.

3. CUESTIONES SELECCIONADAS EN RELACIÓN CON LAS CLÁUSULAS MODELO: LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LAS CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

a) Cláusulas 1 y 2: elección de los Principios UNIDROIT como reglas de derecho aplicable o como cláusulas contractuales

En general, se admite que la elección de los Principios UNIDROIT como reglas de derecho reguladoras del contrato puede producir efectos diferentes según que la cuestión se plantee ante un tribunal nacional o deba ser resuelta por un tribunal arbitral.¹⁸ En este último caso, se admite

¹⁸ Véase para todos M. J. BONELL. «An International Restatement», *op. cit.*, p. 174 y ss.

generalmente la posibilidad de que las partes sometan su contrato a los Principios UNIDROIT como ley reguladora del acuerdo. Las leyes y reglamentos modernos sobre arbitraje permiten explícitamente a las partes elegir «reglas de derecho» o adoptar expresiones similares.¹⁹ No es casualidad que el Comentario al Preámbulo de los Principios UNIDROIT sugiera asociar la elección de los Principios con la selección explícita de la jurisdicción arbitral.²⁰

Cuando se acude a las cortes nacionales, suele interpretarse que la elección de los Principios UNIDROIT como reglas de derecho que rigen un contrato no tiene efectos vinculantes para el juez nacional. El hecho de que las cortes estén dispuestas a aceptar tal elección y a darle pleno efecto no puede sino depender del derecho interno del foro y de su interpretación.²¹ Cabe señalar que, al menos por el momento, el enfoque predominante en materia de disposiciones nacionales sobre conflicto de leyes rara vez permitiría la elección de una codificación no nacional como ley aplicable a un contrato. Basta mencionar el acalorado debate que acompañó a la aprobación del Reglamento Roma I de la UE sobre este punto concreto.²²

¹⁹ Por ejemplo, Reglamento de Arbitraje de la CCI (Publicación CCI núm. 808, 2012), art. 21(1): «Las partes podrán acordar libremente las reglas de derecho que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia». Véase también la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Internacional de 1985, Art. 28 (1): «El tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las reglas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia»; Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2010), Art. 35. Véase M. Scherer, «Preámbulo II», en S. VOGENAUER (ed.). *Comentario, op. cit.*, p. 114 y ss.

²⁰ Ver UPICC, Preámbulo, Comentario 4(a). Para ejemplos interesantes de cláusulas arbitrales unidas a la elección de los Principios UNIDROIT véase E. BRÖDERMANN. «The Impact of the UNIDROIT Principles on International Contract and Arbitration Practice – the Experience of a German Lawyer». En *Uniform Law Review*, 2011, p. 589, en p. 594 y ss.

²¹ Cf. R. Michaels, en S. VOGENAUER (ed.). *Comentario, op. cit.*, p. 50 y ss., § 33, refiriéndose tanto al derecho (internacional privado) del foro como a su interpretación legal o judicial.

²² Art. (22) El artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que ahora establece que «el contrato se regirá por la ley elegida por las partes», fue objeto de considerables debates durante la negociación del Reglamento, cuando se hicieron propuestas para una apertura explícita hacia instrumentos de *soft law*, que luego fueron rechazadas. El texto final se interpreta generalmente en el sentido de limitar la elección de las partes a las leyes nacionales. Véase, por ejemplo, H. HEISS. «Party

Mis comentarios en relación con esta cuestión son dobles. En primer lugar, coincido con la opinión de que, si bien esta distinción es ciertamente relevante desde un punto de vista teórico, su importancia práctica puede haber sido algo exagerada, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación de los Principios UNIDROIT.²³ La principal diferencia entre las dos situaciones consiste en la relación entre los Principios y cualquier disposición imperativa en el derecho interno por lo demás aplicable. Si los Principios UNIDROIT se caracterizaran como una verdadera ley rectora, prevalecerían sobre el derecho interno salvo frente a disposiciones imperativas internacionales o supranacionales.²⁴ Por otro lado, una referencia a los Principios UNIDROIT no desplazaría a las normas imperativas de derecho interno si la ley aplicable restringiera tal elección a las leyes estatales;²⁵ sin embargo, si consideramos el ámbito de aplicación de los Principios UNIDROIT, la mayoría de las cuestiones cubiertas por ellos se dejarían a la autonomía de la voluntad de las partes. Los casos de normas imperativas que no son, al mismo tiempo, disposiciones internacionales generales parecen ser bastante limitados.²⁶ Además, la cláusula contractual de remisión a los Principios UNIDROIT no carecería

Autonomy». En F. FERRARI y S. LEIBLE (eds.). *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*. Sellier, 2009, p. 1, en p. 9 y ss.

²³ Para más referencias, véase R. Michaels, en S. VOGENAUER (ed.). *Commentary, op. cit.*, p. 51 y ss., § 38.

²⁴ Para ejemplos de este tipo de disposiciones generales, véanse los Principios UNIDROIT, artículo 1.4 y su comentario. Véase también la amplia discusión de G. CUNIBERTI. «Artículo 1.4». En S. VOGENAUER (ed.). *Comentario, op. cit.*, p. 167 y ss.

²⁵ Véase la clara distinción establecida en los Comentarios 2 y 3 del art. 1.4 UPICC y M. J. BONELL. «An International Restatement», *op. cit.*, p. 180 y ss.

²⁶ M. J. BONELL. «Model Clauses», *op. cit.*, p. 481 y ss.

de efectos incluso en tales casos, sino que se interpretaría como una incorporación contractual de sus disposiciones.²⁷ Por lo tanto, no se perdería el valor de la remisión.²⁸

Por otra parte, que no se permita a las cortes nacionales tomar al pie de la letra el acuerdo de las partes en materia de conflicto de leyes y cumplirlo en toda su extensión no es necesariamente la solución más adecuada para los contratos comerciales internacionales. Aunque puede tener cierto mérito ser cauteloso a la hora de permitir la elección de principios no nacionales en litigios ante tribunales nacionales,²⁹ la idea de que los legisladores nacionales puedan recapacitar sobre su política restrictiva a este respecto no debe descartarse por irrealista. Más recientemente, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

²⁷ Para la cláusula modelo correspondiente, véase *infra*, notas 34-37 y texto que la acompaña. En tal situación, la referencia a los Principios no constituiría una cláusula de elección de ley en sentido técnico, pero produciría los efectos deseados: «En sentido estricto [...] la cláusula de «elección de los Principios UNIDROIT» no es una «cláusula de elección de ley» en el sentido del artículo 3 del Reglamento Roma I porque no exige la aplicación de una ley nacional. Por lo tanto, la ley nacional aplicable deberá determinarse mediante la aplicación del artículo 4 del Reglamento Roma I que regula la «ley aplicable a falta de elección» [...]. No obstante, la cláusula de «elección de los Principios UNIDROIT» alcanzará su objetivo [...]. La ley aplicable de otro modo [...] interviene en la medida en que sea imperativa o que cubra cuestiones no contempladas en los Principios UNIDROIT». E. BRÖDERMANN. «The Impact of the UNIDROIT Principles», *op. cit.*, pp. 596-597.

²⁸ Véase expresamente el Reglamento de la UE n.º 593/2008 *cit.*, considerando 13: «El presente Reglamento no se opone a que las partes incorporen por referencia a su contrato un cuerpo jurídico no estatal o un convenio internacional». Según un *obiter dictum* del Tribunale Padova - *Sez. Este*, 11 de enero de 2005 (<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1004>), no puede interpretarse que la elección de una codificación de *soft law* como los Principios UNIDROIT tenga efectos de derecho internacional privado, sino que puede determinar *per relationem* las cláusulas contractuales, desplazando así cualquier norma de derecho nacional no imperativa (incluidas las disposiciones de convenios de derecho uniforme como la CISG).

²⁹ Por ejemplo, señalando la cuestión de la legitimidad porque tal elección «permitiría a las partes desplazar las normas imperativas internas del Estado del foro por un conjunto de reglas [...] que no estuvieran sujetas a ningún control legislativo». R. GOODE. «Rule, Practice and Pragmatism in Transnational Commercial Law». En *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, 2005, p. 539 y ss., en p. 545.

elaboró los Principios sobre la Elección de la Ley Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales,³⁰ que siguen un enfoque más flexible a este respecto y abren cautelosamente el camino hacia una mayor aceptación de las codificaciones no nacionales reconocidas internacionalmente. El artículo 3 de los Principios de La Haya permite expresamente la elección de «reglas de derecho», sin distinguir entre procedimientos judiciales y arbitrales, cuando sean generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto neutral y equilibrado de normas.³¹ Los Principios del UNIDROIT se citan en el comentario adjunto como reglas de derecho que satisfacen tales requisitos.³² Los Principios de La Haya, no obstante, siguen remitiendo a la ley del foro que pueda disponer lo contrario.³³ Sean cuales sean sus efectos *de lege lata*, los Principios de La Haya representan un modelo para los legisladores que deseen modernizar su régimen de conflicto de leyes.³⁴

En cualquier caso, las Cláusulas Modelo tienen en cuenta la diferencia entre una cláusula que elige los Principios como reglas de derecho aplicables, por una parte, y una referencia a los mismos como contenido contractual, por otra. La Cláusula 2 codifica expresamente la segunda

³⁰ Principios de La Haya sobre la Elección de la Ley Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales, aprobados el 19 de marzo de 2015, disponibles en inglés en <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>>.

³¹ Véase el artículo 3 de los Principios de La Haya, *op. cit.*: «La ley elegida por las partes podrá consistir en reglas de derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de reglas neutras y equilibradas, a menos que la ley del foro disponga otra cosa».

³² Art. 3, Comentario 3.6.

³³ Para un resumen de la larga historia de la redacción de los Principios de La Haya véase, por ejemplo, G. SAUMIER. «The Hague Principles and the Choice of Non-State 'Rules of Law' to Govern an International Commercial Contract». En *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 40, 2014, p. 1 y ss.; S. C. SYMEONIDES. «The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments». En *American Journal of Comparative Law*, Vol. 61, 2013, p. 873 y ss., en p. 892 y ss., quien subraya el hecho de que el artículo 3 es apropiado para los procedimientos judiciales y no pretende cambiar la práctica del arbitraje internacional.

³⁴ Para la reciente reforma paraguaya de aplicación de los Principios de La Haya, véase la Ley 5393 de Ley Aplicable a los Contratos Internacionales, de 15 de enero de 2015, basada en una propuesta redactada por José Antonio Moreno Rodríguez.

opción.³⁵ En este sentido, se ha sugerido que una formulación más completa de esta cláusula debería excluir expresamente la aplicación del artículo 1.5(2) de los Principios,³⁶ que se refiere a las disposiciones de los Principios que no pueden ser derogadas por las partes;³⁷ sin embargo, incluso sin dicha exclusión explícita, el resultado sería el mismo, ya que los Principios se incorporarían como meros términos del contrato y dejarían paso a la autonomía de la voluntad sin limitaciones.³⁸

Otro aspecto interesante de las Cláusulas Tipo del tipo 1 es que se ofrecen tres subopciones diferentes. La solución más sencilla solo menciona los Principios UNIDROIT como ley rectora del contrato. Las otras dos combinan esta elección con un instrumento para colmar las lagunas existentes en las cuestiones no cubiertas por los Principios: en la primera opción, una ley nacional seleccionada; en la segunda, «los principios generalmente aceptados del derecho mercantil internacional».

Se ha argumentado que la referencia a los Principios del UNIDROIT sin ninguna otra especificación sería, a la vez, improbable e insuficiente, porque dejaría incertidumbre en cuanto a cómo suplementarlos.³⁹ Es cierto que si las partes eligieran los Principios UNIDROIT como normas que rigen su contrato, completadas por un derecho interno específico para las cuestiones no contempladas en ellos, se obtendría una mayor previsibilidad. No hace falta decir, sin embargo, que la regulación contractual nunca sería incompleta, ya que las cortes o los

³⁵ Cláusula Modelo que incorpora los Principios UNIDROIT como términos del contrato (Cláusulas Modelo), *op. cit.*, p. 14.

³⁶ Véase R. Michaels, en S. VOGENAUER (ed.), *Comentario*, *op. cit.*, § 36, pp. 50-51.

³⁷ Art. 1.5 UPICC: «Las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente». Para un análisis de las disposiciones imperativas de los Principios véase, por ejemplo, M. J. BONELL. «An International Restatement», *op. cit.* (nota 5), p. 94 y ss.

³⁸ Véase M. J. BONELL. «Cláusulas tipo», *op. cit.*, p. 480. Se aconseja a las partes que enumeren todos los documentos que forman parte del contrato y establezcan su prioridad (véase el Comentario 3 a la Cláusula 2, Cláusulas Tipo, *op. cit.*, p. 14); sin embargo, a falta de indicación de las partes, esta cuestión quedaría determinada por las reglas de interpretación del contrato contenidas en los propios Principios.

³⁹ R. Michaels, en S. VOGENAUER (ed.), *Comentario*, *op. cit.*, pp. 57-58.

árbitros seguirían aplicando normas supletorias, ya estuvieran, como suele ser el caso, determinadas por las normas de conflicto de leyes aplicables o de otro modo.

b) Cláusula 4 - Remisión a los Principios UNIDROIT como medio de interpretación y complemento del derecho interno aplicable

La opción que ofrece la Cláusula 4 se basa en uno de los desarrollos más llamativos de la utilización práctica de los Principios UNIDROIT. En efecto, el texto actual del Preámbulo prevé expresamente que puedan utilizarse también para interpretar y completar el derecho interno que rige el contrato.⁴⁰ Este párrafo no figuraba en la primera edición de los Principios y no se añadió hasta 2004, gracias a la experiencia adquirida con su aplicación práctica.⁴¹ De hecho, un buen número de decisiones ya se habían referido de una u otra forma a los Principios UNIDROIT para justificar una solución conforme al derecho interno aplicable. Esta tendencia no ha dejado de crecer tras la publicación de la segunda edición de los Principios y constituye ahora, con diferencia, el papel más común que desempeñan en los procedimientos judiciales nacionales, desde los jueces de primera instancia hasta las Cortes Supremas;⁴² sin embargo, no se limita a los casos judiciales, sino que también se encuentra en los laudos arbitrales.⁴³

La referencia a los Principios UNIDROIT en este contexto no siempre cumple la misma función y presenta diversos grados de intensidad, que van desde la simple cita de una o varias disposiciones (casi una «mención de boquilla» a un texto autorizado no vinculante) hasta una

⁴⁰ Principios UNIDROIT, Preámbulo, apartado. 6.

⁴¹ Véase M. J. BONELL. «An International Restatement», *op. cit.*, p. 294 y ss.

⁴² Véase E. FINAZZI AGRÓ. «The Impact of the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution: an Empirical Analysis». En *Uniform Commercial Law Journal*, Vol. 44, 2011, p. 77 y ss.

⁴³ En relación con el arbitraje, véase, por ejemplo, M. Scherer, en S. VOGENAUER (ed.). *Comentario*, *op. cit.*, p. 132 y ss.

motivación razonada.⁴⁴ En mi opinión, los ejemplos más interesantes se refieren a la utilización de disposiciones específicas de los Principios UNIDROIT como medio para justificar en mayor medida la elección de una solución concreta que en derecho interno es controvertida, o para apuntalar una tendencia académica o judicial emergente e innovadora en relación con la interpretación, y a veces incluso la complementación, del régimen jurídico aplicable a los contratos internacionales.⁴⁵ En tales casos, la utilización de los Principios UNIDROIT puede, por una parte, ayudar a las partes a mejorar la previsibilidad y la adhesión a las normas internacionalmente reconocidas y, por otra, proporcionar a los jueces argumentos adicionales en favor de una interpretación emergente del derecho interno que se adapte mejor a las necesidades de las transacciones internacionales.

Teniendo en cuenta esta evolución, la Cláusula 4 sugiere la siguiente redacción: «Este contrato se regirá por la ley de [Estado X] interpretada y complementada por los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2010».

En relación con la Cláusula 4 se han debatido varias cuestiones. Una primera cuestión se refiere a la medida en que las partes pueden decidir cómo debe interpretarse la ley del Estado seleccionado y cómo deben colmarse las lagunas de la ley que rige su acuerdo (ya sea antes o después del inicio de los procedimientos judiciales o arbitrales). La respuesta no puede sino depender del derecho interno aplicable. Se ha argumentado que las leyes de un régimen jurídico no podrían interpretarse remitiéndose únicamente a las reglas de un régimen diferente;⁴⁶ sin embargo, la Cláusula 4 no impone el uso de los Principios UNIDROIT cuando no existe una cuestión interpretativa en el derecho interno, sino que facilita

⁴⁴ R. Michaels, en S. VOGENAUER (ed.). *Comentario*, *op. cit.*, p. 87 y ss.

⁴⁵ Véase M. J. BONELL. «Model Clauses», *op. cit.*, p. 488 y nota 54, para un repaso de algunos de los ejemplos más significativos de este tipo de decisiones.

⁴⁶ R. MICHAELS. «Preámbulo D» en S. VOGENAUER (ed.). *Comentario*, *op. cit.*, p. 58, § 57.

la tarea del árbitro para llegar a una solución cuando los posibles resultados de la aplicación de las disposiciones hermenéuticas internas no están claros o son divergentes.⁴⁷ Por lo tanto, no es inconcebible que las cortes respeten las indicaciones de las partes, al menos en la medida en que no infrinjan normas imperativas.⁴⁸ Un problema diferente es si una cláusula de este tipo conduciría a una mayor incertidumbre y sería desaconsejable.⁴⁹ Se podría argumentar lo contrario si el resultado es crear una mayor uniformidad en la ley aplicable a las transacciones internacionales.

Por último, me gustaría hacer una breve referencia a otra cuestión mencionada en las Cláusulas Modelo en relación con la Cláusula 4. El Comentario señala que, en caso de que se incorporaran instrumentos jurídicos internacionales uniformes al derecho interno que rige los contratos, la elección de la Cláusula 4 incluiría el uso de los Principios UNIDROIT para interpretarlos y/o complementarlos, ya que formarían parte de ese derecho interno.⁵⁰ De este modo, el Comentario adopta una postura sobre la relación entre el derecho uniforme legislativo y los Principios UNIDROIT con especial atención a la interpretación de la CISG, pero limitada a la situación en la que las partes han *incluido expresamente la Cláusula 4* en su contrato (de compraventa). Parte de la base de que los Convenios de derecho uniforme suelen contener reglas específicas sobre su interpretación y complemento que prevalecen sobre las correspondientes disposiciones de derecho interno no armonizadas y que no pueden ser pasadas por alto por los adjudicadores. Por lo que respecta a la CISG, es bien sabido que, de conformidad con su artículo 7, apartado 1, la Convención debe interpretarse de forma autónoma con respecto al derecho interno, teniendo en cuenta su carácter internacional, la necesidad de garantizar la uniformidad en su aplicación y la buena fe en el

⁴⁷ Véase M. Scherer, en S. VOGENAUER (ed.). *Comentario*, *op. cit.*, p. 135 para más referencias: «el recurso a los PICC requiere una verdadera ambigüedad o laguna en la ley elegida por las partes. No pueden utilizarse para eludir la elección de la ley aplicable».

⁴⁸ Véase el Comentario a la Cláusula 4(b), Cláusulas Tipo, *op. cit.*, párr. 3, p. 22.

⁴⁹ Véase R. MICHAELS. «Preámbulo 1» en S. VOGENAUER (ed.). *Comentario*, *op. cit.*, § 57.

⁵⁰ Cláusulas tipo, *op. cit.*, Cláusula 4(a), apartado 3, p. 21.

comercio internacional. Igualmente conocida es la disposición del artículo 7, apartado 2, de la CISG, que, refiriéndose a cuestiones reguladas, pero no resueltas expresamente por la Convención, ordena a los intérpretes que consideren en primer lugar los principios generales en los que se basa la Convención y que recurran al derecho interno aplicable solo como último recurso. Según el Comentario a la Cláusula 4(a), si bien los Principios UNIDROIT no pueden considerarse, como tales, la encarnación de los «principios generales en los que se basa el Convenio» mencionados en el artículo 7, las partes bien pueden establecer excepciones al artículo 7(2) mediante una cláusula expresa que indique cómo desean que se suplementen las lagunas de la Convención. El derecho interno no uniforme, por su parte, seguiría desempeñando el papel residual de completar tanto la CISG como los Principios UNIDROIT para las cuestiones que estos no cubren.⁵¹

Cabe señalar que la Cláusula 4 presupone un acuerdo entre las partes sobre la utilización de los Principios UNIDROIT para interpretar y completar el derecho nacional. Se trata, pues, de una cuestión diferente a la de la utilización por los jueces y árbitros de los Principios para interpretar y completar los instrumentos internacionales uniformes sin que exista una cláusula de este tipo en el contrato.⁵² Así las cosas, la solución sugerida por el Comentario de remitirse a la autonomía de la voluntad de las partes dentro de los límites de las disposiciones imperativas por lo demás aplicables parece razonable.

⁵¹ Véanse las Cláusulas Modelo, *op. cit.*, *ibidem*.

⁵² UPICC, Preámbulo, apartado 5. Como es bien sabido, la utilización de los Principios UNIDROIT para interpretar y completar la CISG ha sido objeto de una considerable literatura internacional que expresa opiniones divergentes, así como de varias decisiones arbitrales y judiciales. Para todos ellos (y para referencias adicionales), véase M. J. BONELL. «An International Restatement», *op. cit.*, p. 228 y ss., 301 y ss.; R. Michaels, en S. VOGENAUER (ed.). *Comentario*, *op. cit.*, p. 78 y ss.; M. Scherer, en S. VOGENAUER (ed.). *Comentario*, *op. cit.*, p. 130 y ss.; I. SCHWENZER y P. HACHEM. «Art. 7». En I. SCHWENZER (ed.). *Schlechtriem & Schwenzler Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.^a ed., Oxford University Press, 2010, en pp. 130 y 138 y *passim* en el Comentario.

OBSERVACIONES FINALES

Es innegable que los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales figuran entre los mayores logros del Derecho uniforme de las últimas décadas. Igualmente innegable es el papel desempeñado por la fuerza motriz de Joachim Bonell como presidente de todos los grupos de trabajo que han dado lugar a las sucesivas ediciones de los Principios. Mientras se trabaja en una cuarta edición,⁵³ las Cláusulas Modelo pueden ayudar a clarificar la variedad de posibles usos ventajosos de los Principios. Así, pues, las Cláusulas Modelo solo se ofrecen como una herramienta adicional a disposición de las partes y los árbitros, y corresponderá a las partes, a sus abogados, así como a las cortes y árbitros, determinar su mayor o menor éxito futuro en la práctica. Al mismo tiempo, no deben considerarse como un sustituto de las numerosas formas en que los Principios se han aplicado concretamente, incluso en ausencia de una referencia en el contrato.⁵⁴ Estos usos seguirán estando a disposición de los adjudicadores que se esfuerzan por lograr una regulación más satisfactoria de las transacciones comerciales internacionales, y en ocasiones también de las nacionales a la hora de resolver los litigios que les conciernen.⁵⁵

⁵³ En su 93.ª Sesión de mayo de 2014, el Consejo de Gobierno de UNIDROIT autorizó la creación de un Grupo de Trabajo restringido con el fin de formular propuestas de posibles modificaciones y adiciones a las normas de letra negra y a los comentarios de la edición actual de los Principios, con vistas a cubrir las necesidades especiales de los contratos a largo plazo. Michael Joachim Bonell fue nombrado Presidente del Grupo de Trabajo. El Grupo de Trabajo presentó una propuesta al Consejo de Gobierno en su 95.ª reunión, celebrada en mayo de 2016. Para más información, véase el Informe al Consejo de Gobierno UNIDROIT 2016 C.D. (95) 3, disponible en <<http://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2016session/cd-95-03-e.pdf>>, y las Conclusiones resumidas del 95a Consejo de Gobierno, UNIDROIT 2016 C.D. (95) Misc 2, párrafo 5, disponible en <<http://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2016session/cd-95-misc02-e.pdf>> (consultado por última vez el 20.6.2016).

⁵⁴ Este punto se planteó durante los debates del Grupo de Trabajo, especialmente en relación con el posible uso de los Principios por parte de los tribunales al resolver un litigio relativo a un contrato internacional, véase K. P. BERGER. «The UNIDROIT Model Clauses», *op. cit.*, p. 541.

⁵⁵ Tomando prestadas las palabras de uno de los miembros del Grupo de Trabajo, el éxito de los Principios UNIDROIT «se ha basado, y seguirá basándose, tanto en su estructura informal,

similar a un código, como en su carácter verdaderamente transnacional». K. P. BERGER. «The UNIDROIT Model Clauses», *op. cit.*, p. 541.

HACIA UN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO UNIFORME*

*José Antonio Moreno Rodríguez***

1. LEY UNIFORME PARA LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

En lo que respecta a los contratos internacionales en particular, el «método de los conflictos» coexiste con el «método uniforme» o «método

* Traducción a cargo del profesor Sergio García Long, corresponsal del UNIDROIT. Publicado originalmente como MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. «Towards a uniform private international law». En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. Vol. 429, Brill, 2023.

** El Dr. José A. Moreno Rodríguez fundó Altra Legal en el 2014, luego de dirigir por más de veinte años una prestigiosa firma paraguaya. Es un árbitro de renombre mundial y tiene, además, amplia experiencia en temas relacionados a la contratación internacional, derecho bancario y del mercado de capitales, de energía, de telecomunicaciones, fusiones y adquisiciones y afines. Así también, se ha dedicado a la docencia tanto en universidades paraguayas —además de la Escuela Judicial y la Academia Diplomática del país—, como en universidades extranjeras entre las que se encuentran Heidelberg, París 2, el MIDS de Ginebra, la Universidad de Buenos Aires y la Academia de La Haya de Derecho Internacional. Así también, ha participado activamente en procesos codificadores mundiales y regionales en materia de derecho contractual, financiero, arbitral e internacional privado. Es miembro del Consejo de Gobierno del UNIDROIT y presidió su grupo de trabajo de contratos de inversión en tierras agrícolas. Actualmente, se encuentra presidiendo el Comité Consultivo sobre Contratos de Inversión y los Principios del UNIDROIT. Fue presidente del Comité Jurídico Interamericano de la OEA y relator de sus guías sobre contratos internacionales y de arbitrajes de inversiones. Fue delegado ante la UNCITRAL en 2004 cuando se aprobaron las reformas a la Ley Modelo de Arbitraje. Fue uno de los quince expertos mundiales del Grupo de Trabajo de los Principios de La Haya.

de la ley uniforme»,¹ también denominado técnica «material»,² «privatista»³ o «universalista». Thomas Carbonneau escribe que la escuela universalista considera el derecho internacional privado como un cuerpo evolutivo de derecho transnacional sustantivo.⁴ El método de los conflictos busca la localización de la relación en una ley nacional, mientras que el método uniforme aboga por soluciones transnacionales sustantivas en asuntos internacionales.⁵

En las transacciones transfronterizas, las partes deben conocer la ley que rige su relación. Las normas jurídicas extranjeras sorprendentes pueden entrar en conflicto con este objetivo. Incluso cuando las partes eligen la ley de un tercer país para regir su contrato, a menudo lo hacen principalmente por motivos de neutralidad; sin embargo, las partes que

¹ C. SCHMITTHOFF. *Commercial Law in a Changing Economic Climate*. 2.^a ed., 1981, p. 21; C. SCHMITTHOFF. «International Business Law, A New Law Merchant». En *Current Law and Social Problems*, Vol. 2, 1961, p. 129; G. KEGEL. «The Crisis of Conflict of Laws». En *Recueil des Cours*, Vol. 112, 1964, p. 91; L. PEREZNIETO CASTRO. *Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos*, en *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*. Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 210.

² O de «materialización progresiva». Véase D. P. FERNÁNDEZ ARROYO. «El derecho internacional privado en el diván – Tribulaciones de un ser complejo». En *Derecho internacional privado y Derecho de la integración, Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*. Asunción, CEDEP, 2013, pp. 32-34.

³ G.A. LORENZO IDIARTE. «¿Cuándo un Contrato es Internacional? Análisis Desde una Perspectiva Regional». En Jan KLEINHEISTERKAMP y Gonzalo A. LORENZO IDIARTE (eds.). *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*. Montevideo, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 107. Véase también Q. ALFONSÍN. *Teoría del Derecho Internacional Privado*. Montevideo, Idea, 1982, p. 350.

⁴ Dentro de esta concepción, el Derecho Internacional Privado pasa de ser un sistema de elección del derecho aplicable a un conjunto de normas materiales que regulan las transacciones y actividades transnacionales. T. CARBONNEAU. «The Remaking of Arbitration: Design and Destiny». En *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*. 2.^a ed., The Hague, Juris Publishing/Kluwer International Law, 1998, p. 30.

⁵ Para un análisis del «dilema» y la relación entre el método uniforme y el método de los conflictos, véase E. JAYME. «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne». En *Recueil des Cours*, Vol. 251, 1995; D. OPERTTI BADAN. «Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain: dilemme ou convergence?». En *Recueil des Cours*, Vol. 359, 2012; C. P. PAMBOUKIS. «Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé». En *Recueil des Cours*, Vol. 330, 2008, p. 41 y ss.

utilizan la ley de un tercer país rara vez tienen un conocimiento profundo de su contenido y (por ejemplo) las sutilezas de sus normas, tal y como se han desarrollado y aplicado en la jurisprudencia, pueden ser inesperadas.⁶

Además, las partes suelen desear, de forma expresa o implícita, que su transacción se rija por una ley neutral. Esta situación puede darse, por ejemplo, si una de las partes contratantes es un Estado o una entidad estatal. En este caso, al seleccionar una ley transnacional o uniforme, la otra parte evita exponerse a posibles cambios en el sistema jurídico del Estado parte y el Estado no se somete a la ley de un país extranjero.⁷

En otros casos, las leyes nacionales no dan respuesta a las cuestiones que pueden surgir en un caso concreto.⁸ De hecho, muchos sistemas nacionales no están preparados para gestionar transacciones internacionales. Por ejemplo, el rechazo de la mercancía por parte del comprador plantea cuestiones más importantes en una venta internacional, en la que

⁶ F. BORTOLOTTI y P. MAYER. *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*. International Chamber of Commerce, 2014, p. 8. Berger plantea la siguiente pregunta: cuando las partes eligen el derecho alemán como un conjunto de normas neutrales sin conocer sus sutilezas, el tribunal arbitral debe aplicar una jurisprudencia alemana tradicional y poco práctica que exige que determinadas cláusulas estándar se «negocien en detalle». Si bien esta fórmula estricta tiene sentido en las transacciones con consumidores, la legislación alemana también la aplica a las transacciones comerciales, en las que la presunción de competencia profesional de las partes no requeriría el mismo grado de protección jurídica. La cuestión se abordó en un laudo provisional dictado en enero de 2001 por el tribunal arbitral en el arbitraje de la ICC n.º 10279. El tribunal decidió no aplicar la interpretación local, considerando que se trataba de empresarios y empresas internacionales con experiencia y argumentando que «sería incompatible con la realidad comercial». Véase K. P. BERGER. «To what extent should arbitrators respect domestic case law? The German experience regarding the Law on Standard Terms». En *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, 2014, pp. 80-84.

⁷ Véase J. LEW, L. MISTELIS y S. KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2001, párrafos 18-41, nota 11.

⁸ Como los intereses no contemplados en la ley islámica, cuestión resuelta en el caso *SPP v. Arab Republic of Egypt*, 1992. Véase también H. P. GLENN. «An International Private Law of Contracts». En P. BORCHERS y J. ZEKOLL (eds.). *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*. New York, Transnational Publishers Inc., 2001, pp. 58-59.

deben imponerse ciertas obligaciones no contempladas en las leyes municipales, como la reventa o la conservación.⁹ El lenguaje utilizado en las leyes extranjeras y la ausencia de una terminología jurídica uniforme en todo el mundo también pueden suponer un problema. En ocasiones, la selección de las leyes nacionales para regir un contrato internacional resulta insatisfactoria debido al orgullo u otras razones políticas. El problema es aún más significativo cuando la ley extranjera es completamente desconocida para las partes o, por cualquier motivo, no es deseada en absoluto. Obtener información sobre la ley extranjera también puede ser extremadamente lento y costoso, lo que supone una complicación adicional para las partes.

También hay que tener en cuenta que los acuerdos multipartes contemporáneos para grandes proyectos de desarrollo económico en los que participa un Estado suelen abarcar la ejecución de proyectos industriales, de ingeniería o mineros, y normalmente requieren la contribución conjunta de proveedores de maquinaria y equipo, contratistas, ingenieros consultores y proveedores de tecnología. En estas situaciones, evitar posibles conflictos entre las partes puede suponer un gran reto. La complejidad de estos marcos contractuales puede no encontrar una respuesta adecuada en las nociones nacionales tradicionales del derecho contractual y los mecanismos de conflicto de leyes.¹⁰

⁹ Además, hay varios factores que son exclusivos de las transacciones internacionales, como la distancia entre importadores y exportadores y otros requisitos, como las licencias de importación y exportación, que dependen de las autoridades locales o de otros asuntos. R. DAVID. «The International Unification of Private Law». En *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 2, 1969, pp. 11-12.

¹⁰ G. R. DELAUME. «The Myth of the Lex Mercatoria and State Contracts». En T. E. CARBONNEAU (ed.). *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*. 2.^a ed., The Hague, Juris Publishing/Kluwer International Law, 1998, p. 115.

Por lo tanto, lo ideal sería que las transacciones internacionales se rigieran por una ley uniforme,¹¹ a menos que sea conveniente aplicar una ley nacional concreta para lograr un objetivo específico, por ejemplo, cuando las partes eligen la ley de California debido a su avanzado estado de desarrollo en materia de regulación de la alta tecnología.¹² Por supuesto, hay cuestiones para las que la ley nacional es la más adecuada, por ejemplo, en lo que respecta a las normas imperativas. Esta cuestión se trata en el capítulo XXI.

2. HERRAMIENTAS PARA LOGRAR UNA LEY UNIFORME

Los términos «unificación» y «armonización» se utilizan a menudo de forma intercambiable. En sentido estricto, la unificación implica la adopción de normas jurídicas comunes por parte de más de un Estado o región;¹³ por el contrario, la armonización ofrece una mayor flexibilidad. No se refiere necesariamente a textos uniformes, sino más bien a la alineación de criterios jurídicos basados en fundamentos comunes, leyes modelo o principios uniformes. Tanto las normas de conflicto de leyes

¹¹ Las leyes uniformes también son normas sustantivas adecuadas para los problemas que afectan a varios Estados. A. T. VON MEHREN y D. T. TRAUTMAN. «Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis». En *Harvard Law Review*, Vol. 79, 1966, p. 1121; véase también A. VON MEHREN y D. TRAUTMAN. *The Law of Multistate Problems*, 1965. Es lamentable que los tribunales no hayan prestado más atención al famoso artículo de Von Mehren publicado en la *Harvard Law Review* sobre normas sustantivas especiales para problemas multiestatales. J. A. R. NAFZIGER. «Memoriam: Arthur T. von Mehren». En *Harvard Law Review*, Vol. 119, n.º 7, 2006.

¹² Si una parte eligió una ley nacional porque deseaba una solución rígida para un caso específico, puede indicarlo y, de ese modo, excluir la posibilidad de considerar otras leyes o el derecho transnacional. Véase C. BRUNNER. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2008, pp. 30-32.

¹³ Para conocer las diferencias entre unificación y armonización, véase: K. BOELE-WOELKI. «Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws». En *Recueil des Cours*, Vol. 340, 2010, p. 299 y ss. Para Boele Woelki, «por un lado, la unificación del derecho se concibe como el proceso de proporcionar normas idénticas a diferentes países, de modo que se aplique la misma solución de forma universal (o en una zona geográfica determinada en la que se busca la unificación). La armonización del derecho, por otro lado, indica el proceso por el cual se adoptan normas similares o análogas». Véase también C. P. PAMBOUKIS. «Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé». En *Recueil des Cours*, Vol. 330, 2008, pp. 42-43.

como las leyes sustantivas pueden ser objeto de unificación y armonización.

Un «tratado internacional» o «convención» es el instrumento utilizado tradicionalmente por los Estados para adoptar normas comunes como parte de un esfuerzo de unificación, basándose en soluciones existentes o creando otras nuevas.¹⁴ De hecho, se han redactado muchos tratados internacionales exitosos; sin embargo, una desventaja del formato tratado es que a menudo puede ser difícil garantizar su ratificación. Las negociaciones entre Estados con tradiciones jurídicas diferentes u objetivos políticos divergentes pueden ser difíciles y, a menudo, requieren compromisos y concesiones que dan lugar a un texto contractual final inadecuado o incluso inoperable, que las partes insatisfechas acaban rechazando ratificar. En un esfuerzo por obtener ratificaciones se suelen utilizar mecanismos como las «reservas» que crean la ilusión de unidad, pero que en última instancia socavan la unificación. Para complicar aún más la cuestión, los redactores suelen excluir los temas sobre los que no se ha alcanzado un consenso. Por lo tanto, aunque los tratados siguen abundando, también tienen sus limitaciones.

Los tratados internacionales pueden suponer limitaciones, ya que son relativamente inflexibles y pueden ser incapaces de responder a los cambios en las prácticas comerciales en rápida evolución. A menudo, los tratados no se redactan teniendo en cuenta dichos cambios comerciales, lo que plantea retos interpretativos adicionales.

Las convenciones sobre temas de derecho mercantil suelen tratar de codificar ciertos usos, costumbres o prácticas comerciales como «ley»; sin embargo, cuando los tratados son redactados por los gobiernos de los Estados y no por los comerciantes a los que supuestamente sirven,

¹⁴ Un ejemplo de la adopción de normas comunes es el término «autonomía de las partes», que figura en la Convención de La Haya sobre la venta internacional de mercaderías de 1955. El término «autonomía de las partes» se ha extendido tanto que se ha convertido en un término común para expresar el principio en muchos instrumentos posteriores.

estos instrumentos pueden no obtener una aceptación generalizada precisamente porque *no* reflejan las prácticas o percepciones de la comunidad. No obstante, hay que tener en cuenta que la función del Estado es también salvaguardar los intereses y derechos de quienes no forman parte de la voz dominante dentro de la comunidad mercantil.

Otros textos de derecho uniforme que operan en el contexto de los tratados internacionales son el Convenio que establece un derecho uniforme para las letras de cambio y los pagarés (Ginebra, 1930) y el Convenio que establece un derecho uniforme para los cheques (Ginebra, 1931).¹⁵ Estos dos convenios establecen leyes uniformes que los Estados contratantes acordaron introducir en sus legislaciones. Hoy en día, estos mecanismos se han descartado en gran medida, ya que las leyes uniformes están diseñadas para incorporarse en su totalidad a la legislación nacional, por lo que a menudo se considera que infringen la autoridad soberana de los Estados para crear legislación dentro de su jurisdicción.

Para remediar estos retos que plantean los mecanismos de las leyes uniformes, se ideó el concepto de «ley modelo». Una ley modelo es un instrumento redactado por una organización eminente que posteriormente recomienda su adopción por parte de los Estados. La Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo UNCITRAL) es un ejemplo de este tipo de instrumento;¹⁶ sin embargo, la verdadera unificación tampoco se logra a menudo mediante la redacción y adopción de leyes modelo, ya que los legisladores nacionales pueden revisar, adaptar o incluso ignorar las disposiciones de la ley modelo. Cuanto más general sea el tema de la ley modelo, mayor será la probabilidad de que los legisladores nacionales ignoren sus disposiciones.

¹⁵ *Convention Providing a Uniform Law for Bills of Exchange and Promissory Notes*, 7 de junio de 1930, Ginebra, 143 UNTS 257; y *Convention Providing a Uniform Law for Cheques*, 1 de enero de 1934, Ginebra, 143 UNTS 355.

¹⁶ *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*. Aprobada el 21 de junio de 1985, con enmiendas aprobadas en 2006. Texto disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf> (Consultado el 9 de mayo de 2022).

Existen otros métodos de «derecho indicativo» (*soft law*) que tienen por objeto la armonización jurídica. A diferencia de los textos de «derecho vinculante» (*hard law*), no se espera que los Estados adopten formalmente una amplia variedad de instrumentos mediante la ratificación de tratados o la legislación. No obstante, estos instrumentos pueden seguir teniendo una influencia significativa en la práctica y el desarrollo del derecho. Los métodos jurídicos de derecho indicativo pueden generar un tipo de «declaración del derecho», también denominada «principios». El derecho indicativo también incluye guías legislativas que ofrecen ejemplos de proyectos de texto en forma de normas y reglamentos. El derecho indicativo también incluye otros tipos de guías e instrumentos similares.¹⁷

Entre los ejemplos de instrumentos de derecho indicativo se encuentra la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (Nueva York, 2001), que promueve la disponibilidad de capital y crédito a tipos más asequibles a través de las fronteras nacionales y facilita la circulación de bienes y servicios a través de las fronteras. La Guía Legislativa de las Naciones Unidas sobre Operaciones Garantizadas (2007) se basa en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional y se aplica a las operaciones que crean un derecho real de garantía sobre

¹⁷ Sobre el *soft law* y *hard law*, véase más información en A. MAZZONI y M. C. MALAGUITI. *Derecho del Comercio Internacional*. Valencia, G. Giappichelli Editore y Tirant lo Blanch, 2021, p. 135 y ss. Véase también el capítulo XI de este volumen.

un bien mueble, con el fin de promover la disponibilidad de crédito garantizado.¹⁸ En 2016 se propuso una guía legislativa sobre esta cuestión.¹⁹

3. INSTRUMENTOS PERTINENTES DE LEY UNIFORME

Existen varios instrumentos jurídicos uniformes, pero dos de ellos son especialmente pertinentes, ya que abordan cuestiones relacionadas con la elección del derecho aplicable en contratos internacionales y el arbitraje de inversiones: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG)²⁰ y los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Además, también hay algunas iniciativas regionales importantes en curso para desarrollar leyes uniformes sobre contratos, así como iniciativas del sector privado que han sido influenciadas por otros instrumentos arbitrales.

¹⁸ La UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions: Supplement on Security Rights in Intellectual Property (2010) complementa la Guía Legislativa en la elaboración de leyes que facilitan el acceso al crédito y lo abaratan para los propietarios de propiedad intelectual y otros titulares de derechos de propiedad intelectual. La UNCITRAL Guide on the Implementation of a Security Rights Registry (2013) se basa en la Guía Legislativa y su Suplemento para ayudar a los Estados a establecer un registro de acceso público en el que se pueda inscribir la información sobre la posible existencia de un derecho de garantía sobre un bien mueble. En 2011, la UNCITRAL aprobó los Textos de la UNCITRAL, la Conferencia de La Haya y UNIDROIT sobre garantías para ayudar a los responsables políticos y legisladores a comparar y analizar las principales características de los instrumentos internacionales relacionados con las operaciones garantizadas. Véase en <<https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

¹⁹ En 2017, la UNCITRAL propuso una Guía para la promulgación (2017) con el fin de explicar el espíritu de la Ley Modelo y su relación con otros textos de la UNCITRAL sobre operaciones garantizadas. En 2019, la UNCITRAL adoptó la Guía práctica de la UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, que ilustra los tipos de operaciones garantizadas que pueden realizarse en virtud de la Ley Modelo y ofrece explicaciones detalladas sobre cómo llevar a cabo las operaciones garantizadas más comunes y comercialmente importantes. Véase en <<https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

²⁰ *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Concluido el 11 de abril de 1980, entró en vigor el 1 de enero de 1988. 1489 UNTS 3.

3.1. *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*

Conocida ampliamente por sus siglas en inglés, la UNCITRAL se creó en 1966 bajo los auspicios de las Naciones Unidas con el objetivo de «promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional». Su mandato general es reducir y eliminar las barreras creadas por las diferencias entre las legislaciones nacionales que regulan el comercio internacional.

Uno de los productos más conocidos de la UNCITRAL es la CISG, que fue adoptada en 1980 y entró en vigor en 1988.²¹ Peter Huber se ha referido a la CISG como uno de los éxitos de la unificación internacional del derecho,²² ya que fusiona el derecho sustantivo sobre la venta internacional de mercaderías entre sus Estados contratantes, aborda aspectos de la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías, otorga derechos sustantivos al comprador y al vendedor, y trata cuestiones relacionadas con el cumplimiento y el incumplimiento de cada una de estas obligaciones.

Muchas de estas cuestiones tratadas por la CISG son comunes a los contratos en general. De hecho, varias leyes estatales sobre contratos se basan en las disposiciones de la CISG, que se ha convertido en el prototipo de casi toda la legislación contractual posterior,²³ y se produjeron más reformas en este ámbito en los veinte años siguientes a la entrada

²¹ Los estudios que condujeron a la redacción de la CISG fueron publicados inicialmente por el notable comparativista Ernst Rabel en 1936. D. GERBER. *Sculpting the Agenda of Comparative Law: Ernst Rabel and the Facade of Language*, p. 196.

²² P. HUBER. «Some introductory remarks on the CISG». En *Internationales Handelsrecht*, Vol. 6, n.º 6, 2006. Se hacen comentarios similares en R. ZIMMERMANN. *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Madrid, Civitas, 2000, p. 119.

²³ R. GOODE. «International Restatements of Contract and English Contract Law». En *Uniform Law Review*, Vol. 231, n.º 1, 1997, p. 236.

en vigor de la CISG que en los cincuenta años anteriores a su redacción.²⁴ Además, en algunos Estados, los jueces han utilizado la CISG para interpretar o complementar la legislación nacional.²⁵

La CISG ha sido calificada como un «caballo de Troya» del *common law* dentro del *civil law*,²⁶ ya que ha introducido muchas soluciones del *common law* en el *civil law*. La acogida enormemente positiva de la CISG en la legislación nacional de muchas regiones y su uso generalizado en la jurisprudencia nacional demuestran su poder unificador.

Como prueba de su amplia influencia, la CISG ha sido ratificada por más de 90 Estados en todo el mundo.²⁷ Se estima que al menos dos tercios del comercio mundial se rigen o podrían regirse por la CISG, salvo que las partes contratantes lo excluyan expresamente.²⁸ A pesar de su amplia aceptación, las partes contratantes pueden decidir excluir su aplicación o, con sujeción a ciertas limitaciones, derogar o modificar el efecto de sus disposiciones (artículo 6 de la CISG).²⁹ Dado que la CISG

²⁴ J. BASEDOW. «Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG». En *International Review of Law and Economics*, Vol. 25, 2005, p. 487.

²⁵ Por ejemplo, en Brasil, véase *Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul* (DJE), Tribunal de Apelación del Estado de Rio Grande do Sul, Caso n.º 70072362940, Sala XII, 16 de febrero de 2017. Véase también en El Salvador, Segundo Juzgado Civil y Comercial de San Salvador, 28 de febrero de 2013, Resolución n.º PC-29-12, por citar algunos ejemplos.

²⁶ P. SCHLECHTRIEM. «The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe». En *Oxford University Comparative Law Forum*, 2002, disponible en <<https://ouclf.law.ox.ac.uk/the-german-act-to-modernize-the-law-of-obligations-in-the-context-of-common-principles-and-structures-of-the-law-of-obligations-in-europe/>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

²⁷ Estado de los miembros de la CISG, disponible en <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html> (consultado el 9 de mayo de 2022).

²⁸ P. HUBER. «Comparative Sales Law». En *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2006, p. 954.

²⁹ Algunos comentaristas han afirmado que las partes contratantes suelen optar por excluir la aplicación de la CISG; sin embargo, el porcentaje real de partes que optan por excluirse de la CISG ha sido objeto de varios estudios que han arrojado resultados diferentes, debido a las distintas metodologías utilizadas. Gustavo Moser ha llevado a cabo recientemente estudios exhaustivos al respecto. Véase L. G. M. MOSER. *Rethinking Choice of Law in Cross-Border Sales*. The Hague, Eleven International Publishing, 2018, pp. 25-32. Moser señala: «Si bien la tasa de

reconoce el principio de autonomía de las partes, la exclusión o modificación de cualquiera de sus disposiciones puede lograrse eligiendo la ley de un Estado no contratante o el derecho sustantivo interno de un Estado contratante para regir el contrato de las partes (por ejemplo, un código civil comercial nacional). Esta posibilidad de permitir la elección de una ley nacional mediante la exclusión de la CISG puede tener consecuencias significativas en jurisdicciones en las que la ley nacional no reconoce plenamente la autonomía de las partes.³⁰

Por el contrario, incluso si no ha sido ratificada por el Estado de las partes contratantes involucradas en una controversia, la CISG puede aplicarse como expresión del derecho no estatal cuando los árbitros están autorizados a aplicar una ley uniforme como derecho aplicable;³¹ sin embargo, esta cuestión sigue siendo objeto de mucho debate.

Las interpretaciones judiciales y arbitrales de la CISG también han ampliado su influencia. En el sitio web de la UNCITRAL se pueden

exclusión de la CISG no puede pasarse por alto y debe ser objeto de un debate y un análisis más profundos, una característica común que cabe destacar en todos estos estudios es que dicha tasa parece estar relacionada con la «falta de familiaridad» con la CISG y, tal vez, con el «miedo a lo desconocido». Sin embargo, la afirmación de que la CISG está «ampliamente excluida» no está respaldada por pruebas empíricas» (p. 31). Las pruebas anecdóticas indican que la exclusión suele estar relacionada con patrones de dependencia sin tener plenamente en cuenta las razones subyacentes. La tendencia general actual parece apuntar hacia una mayor aceptación de la CISG, en lugar de hacia una menor.

³⁰ Véase L. CASTELLANI y C. EMERY. «UNCITRAL Perspectives on the Hague Principles». En D. GIRSBERGER, T. KADNER GRAZIANO y J. L. NEELS (eds.). *Choice of Law in International Commercial Contracts: Global Perspectives on the Hague Principles*. Oxford University Press, 2021, p. 179.

³¹ La CISG puede aplicarse como expresión de los «principios generales del comercio internacional» (véase, por ejemplo, *Steel Bars*, caso de arbitraje de la ICC n.º 6653, marzo de 1993). También puede aplicarse como expresión de «normas y reglas generales de los contratos internacionales» (véase, por ejemplo, *Printed Banknotes*, caso de arbitraje de la ICC n.º 9474, febrero de 1999). Además, la CISG puede aplicarse como expresión de los «usos comerciales» (véase, por ejemplo, *Combides*, caso de arbitraje de la ICC n.º 7331, 1994; *Hotel Materials*, caso de arbitraje de la ICC n.º 7153, 1992). Citado originalmente en C. R. EMERY y J. SALASKY. «Arbitration and UNCITRAL's Sales Conventions». En *Slovenska Arbitražna Praksa*, Vol. 2, n.º 1, 2013, pp. 28-34. Disponible en <<https://ssrn.com/abstract=2394516>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

consultar cientos de casos relacionados con la CISG, incluidas decisiones judiciales y laudos arbitrales.³²

3.2. Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales

También conocido como el Instituto de Roma, el UNIDROIT fue creado en 1926 bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones. Su objetivo es modernizar y armonizar el derecho internacional privado, con especial atención al derecho mercantil. UNIDROIT cuenta actualmente con más de 60 Estados miembros.³³

Los esfuerzos del UNIDROIT se dirigen hacia el desarrollo de soluciones materiales a los problemas comerciales internacionales. En otras palabras, la organización se ha embarcado en la búsqueda del desarrollo de un «derecho sustantivo uniforme» y, solo de forma excepcional, en la redacción de normas sobre «conflictos de leyes». El UNIDROIT lleva más de 90 años en funcionamiento, durante los cuales ha elaborado más de 60 textos (incluidos convenios) y ha realizado numerosos estudios que han dado lugar a la creación de leyes modelo y guías sobre una amplia gama de temas.³⁴

Entre estos esfuerzos, la redacción de los Principios UNIDROIT es uno de los logros más significativos del UNIDROIT. Los Principios UNIDROIT se publicaron por primera vez en 1994, aunque el trabajo sobre el tema comenzó en la década de 1970. La edición de 1994 de los

³² Véase: <https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods>; véase también la base de datos UNILEX sobre la CISG: <http://www.unilex.info/instrument/cisg> (consultado el 9 de mayo de 2022).

³³ Lista actualizada de miembros de UNIDROIT disponible en: <https://www.unidroit.org/about-unidroit/membership> (consultado el 9 de mayo de 2022).

³⁴ De este modo, UNIDROIT tiene un amplio mandato: en principio, ningún tema de derecho internacional privado queda excluido de su aplicación (L. FERRARI BRAVO. «La contribución de UNIDROIT al proceso de unificación del derecho privado». En F. MESTRE y P. DE SEUME (ed.). *Los Principios de UNIDROIT: ¿un derecho común de los contratos para las Américas?* UNIDROIT, 1998, p. 14).

Principios UNIDROIT contiene un preámbulo y normas (o artículos) relativos a las disposiciones generales de los contratos, la formación, la validez, la interpretación, el contenido, el cumplimiento y el incumplimiento de los contratos. Estas normas van acompañadas de comentarios detallados que incluyen ilustraciones y que forman parte integrante de los Principios UNIDROIT. Dado que los mismos trece Estados miembros de la OEA eran miembros de UNIDROIT en el momento de la adopción de los Principios UNIDROIT en 1994, se puede suponer que ese trabajo refleja el consenso alcanzado con la participación directa o indirecta de esos Estados.³⁵

En 2004 se publicó una versión revisada y ampliada de los Principios UNIDROIT, con la adición de cinco capítulos sobre agentes, derechos de terceros, daños y perjuicios, cesión de derechos, transferencia de obligaciones, cesión de contratos y plazos de prescripción. La edición de 2010, a su vez, abordó nuevos temas sobre las obligaciones solidarias y la invalidez de los contratos que versan sobre materias ilícitas o inmorales. La versión más reciente es la edición de 2016, que tiene más en cuenta las cuestiones relacionadas con los contratos a largo plazo, que pueden ser relevantes tanto en los contratos comerciales internacionales como en los contratos de inversión extranjera.

Para apoyar el uso de los Principios UNIDROIT, en 2013 el UNIDROIT aprobó las Cláusulas Modelo para el Uso de los Principios UNIDROIT. Las Cláusulas Modelo están:

[...] basadas principalmente en el uso de los Principios UNIDROIT en la práctica de los contratos transnacionales y la resolución de controversias, es decir, reflejan las diferentes formas en que las partes se remiten a los Principios UNIDROIT o en que los jueces y árbitros los aplican.³⁶

³⁵ Véase la Guía de la OEA.

³⁶ *Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. Disponible en <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses>> (consultado el 9 de mayo de 2022). Véase también M. J. BONELL. «Model Clauses for the use

Las cláusulas modelo se ofrecen a las partes que deseen hacer referencia a los Principios UNIDROIT en diferentes contextos: como reglas de derecho que rigen el contrato, como términos incorporados al contrato, como herramienta para interpretar y complementar la CISG cuando esta última sea elegida por las partes, y como herramienta para interpretar y complementar la legislación nacional aplicable, incluido cualquier instrumento jurídico internacional uniforme incorporado a dicha legislación.³⁷

Las interpretaciones judiciales y arbitrales de los Principios UNIDROIT también han ampliado su influencia. Muchas de estas decisiones judiciales y laudos arbitrales se han recopilado en la base de datos UNILEX.³⁸

La redacción de los Principios UNIDROIT se vio influida por los «Restatements» elaborados por el American Law Institute (ALI), una organización de eminentes juristas de los Estados Unidos que organiza, resume y «reformula» las tendencias predominantes en la jurisprudencia dentro de diversos ámbitos del derecho interno. Aunque similares en apariencia a las normas contenidas en los códigos de las jurisdicciones de derecho civil, estos Restatements no tienen el mismo estatus jurídico en los Estados Unidos.³⁹

Por lo tanto, en lugar de la palabra «restatement», se eligió el término «principios» para reflejar el carácter no estatal de los Principios

of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts». En *Uniform Law Review*, Vol. 18, n.º 3-4, 2013, pp. 473-475.

³⁷ *Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. Disponible en <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses>> (Consultado el 9 de mayo de 2022). Para el uso de los Principios UNIDROIT, en general, véase J. A. ESTRELLA FARIA. «The Influence of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts on National Laws». En *Uniform Law Review*, Vol. 21, 2016.

³⁸ Para obtener más información, consulte <<http://www.unilex.info/instrument/principles>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

³⁹ Sin embargo, aunque el objetivo es describir las normas adoptadas por los tribunales, en ocasiones también ofrecen sugerencias que supondrían cambios en la legislación.

UNIDROIT. Evidentemente, los redactores deseaban garantizar que los Principios UNIDROIT estuvieran libres de posibles connotaciones semánticas que sugirieran los sistemas predominantes de *civil law* y *common law* en el mundo. Por ello, los redactores evitaron deliberadamente referirse a los Principios UNIDROIT como un código, lo que implica una sanción legislativa, o como una reformulación. Aprovechando la vaguedad del término, los redactores decidieron referirse a ellos como «principios»; sin embargo, desde el punto de vista técnico, la mayoría de las normas jurídicas de los Principios UNIDROIT se expresan como reglas precisas, y no como principios en un sentido más amplio y general.

El objetivo de los Principios UNIDROIT es servir de instrumento central y fundamental dentro del derecho mercantil internacional en diversos contextos. Para los legisladores, los Principios UNIDROIT pueden servir de fuente de inspiración para las reformas del derecho contractual. De hecho, los Principios UNIDROIT, entre otras influencias internacionales, se tuvieron en cuenta durante el proceso de revisión del Código Civil y Comercial argentino, el derecho de obligaciones en Alemania, el derecho contractual en la República de China y en varios países africanos.⁴⁰

Para las partes contratantes que están sujetas a diferentes sistemas jurídicos o que hablan diferentes idiomas, los Principios UNIDROIT pueden servir de guía para la redacción de sus contratos y pueden ofrecer un cuerpo jurídico neutral (similar a una *lingua franca*).⁴¹ Esto puede lograrse de diferentes maneras. Por ejemplo, los Principios UNIDROIT pueden servir como fuente de terminología jurídica. En los sistemas de derecho civil se utilizan los términos «deudor» y «acreedor», mientras

⁴⁰ Véase J. A. ESTRELLA FARIA, *op. cit.*, p. 238.

⁴¹ K. P. BERGER. «International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts». En *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 46, n.º 1, 1998, p. 129. Como afirma Mayer, si bien un contrato sin ley no es teóricamente inconcebible, la sumisión de un contrato internacional a normas no estatales, como las de los UPICC, lo es aún menos. El árbitro puede aplicar estas normas exactamente de la misma manera que aplica las normas estatales. Véase P. MAYER, *Droit International Privé*, Montchrestien, 2001, p. 477.

que en el derecho anglosajón se prefieren los términos *obligor* (obligado) y *obligee* (obligante), y los términos «deudor» y «acreedor» solo se utilizan cuando se trata de pagos monetarios. Para salvar esta diferencia, los Principios UNIDROIT utilizan los términos *obligor* y *obligee* «[...] para identificar mejor a la parte que cumple y a la parte que recibe el cumplimiento de las obligaciones [...] independientemente de si la obligación es monetaria o no monetaria».⁴² Además, los Principios UNIDROIT pueden servir como lista de verificación para que las partes se aseguren de que han incluido todas las disposiciones potencialmente relevantes en sus contratos internacionales.

Por otra parte, las partes en contratos internacionales pueden elegir directamente los Principios UNIDROIT como derecho aplicable. La selección de los Principios UNIDROIT puede combinarse con la elección de la ley nacional para cubrir cuestiones complementarias, teniendo en cuenta que los Principios por sí solos pueden no ser suficientes en todas las circunstancias y pueden necesitar ser complementados por un régimen más completo, como suele ser el caso de la ley nacional; sin embargo, también es posible lo contrario: los Principios UNIDROIT pueden servir como «medio para interpretar y complementar la legislación nacional». Si están facultados para ello, los árbitros también pueden aplicar los Principios UNIDROIT en situaciones en las que las partes no hayan elegido un derecho aplicable, en lugar de tener que recurrir a mecanismos de conflicto de leyes.⁴³

Los Principios UNIDROIT⁴⁴ son «quizás el candidato más sólido para ser considerado como derecho no estatal en el contexto del arbitraje

⁴² Principios UNIDROIT, artículo 1.11, comentario 4.

⁴³ Véase A. GARRO M. y J. A. MORENO RODRÍGUEZ (eds.). *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, Vol. 51, Springer International Publishing, Ius Comparatum, Global Studies in Comparative Law, 2021.

⁴⁴ G. A. BERMANN. «International Arbitration and Private International Law». En *Recueil des Cours*, Vol. 381, 2016, p. 358.

comercial internacional». Han dado un nuevo impulso al derecho no estatal o *lex mercatoria*,⁴⁵ dotándolo de una existencia concreta.⁴⁶ Dieter Martiny considera que la *lex mercatoria* ni siquiera puede calificarse como derecho no estatal, ya que no cumple el requisito de ser un conjunto de normas;⁴⁷ por el contrario, los Principios UNIDROIT pueden «aprehenderse con la mano» y, tras un análisis de casos arbitrales, Allan Farnsworth concluye que los árbitros los consideran una expresión de los principios generales del derecho mercantil internacional o *lex mercatoria*.⁴⁸ De hecho, los Principios UNIDROIT se han utilizado en el arbitraje cuando se ha pedido a los árbitros que dictaminen de acuerdo con los usos o costumbres internacionales o los principios generales del comercio internacional.⁴⁹ Además, se han utilizado con fines interpretati-

⁴⁵ K. P. BERGER. «International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts». En *Uniform Law Review*, Vol. 19, n.º 4, 2014, p. 519.

⁴⁶ J. 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». En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2002.

⁴⁷ D. MARTINY. «Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts». En *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 79, n.º 3, 2015, p. 638.

⁴⁸ E. A. FARNSWORTH. «The Role of the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration (2): a US Perspective on their Aims and Application – Special Supplement». En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2002, p. 22. Véase también L. G. RADICATI DI BROZOLO. «Arbitrage commercial international et lois de police: considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international». En *Recueil des Cours*, Vol. 315, 2005, p. 842 *in fine*. Brozolo menciona el caso CIADI de 2010 *Joseph Charles Lemire v. Ucrania*, en el que se determinó que los Principios UNIDROIT no deben considerarse una fuente tradicional del derecho: son una manifestación del derecho transnacional (*Ibid.*, p. 844).

⁴⁹ En la base de datos UNILEX figuran varias decisiones que ilustran este principio. Recientemente, el sitio web ‘China Justice Observer’ se refirió a un caso de arbitraje de la CIETAC en el que se aplicaron por primera vez los Principios UNIDROIT con arreglo al reglamento de la CIETAC. En este caso, las partes eligieron la legislación de Singapur como derecho aplicable. Dado que la legislación de Singapur no era clara, el tribunal arbitral presumió, con el acuerdo de las partes, que los Principios UNIDROIT eran compatibles con la legislación de Singapur y, por lo tanto, aplicables, a menos que una de las partes pudiera demostrar lo contrario. Véase <<https://www.chinajusticeobserver.com/a/chinas-first-public-arbitration-case-under-the-unidroit-principles>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

vos o complementarios y son consultados habitualmente por los tribunales arbitrales.⁵⁰ De hecho, los árbitros han hecho referencia a los siete capítulos de la versión de 1994 de los UPICC en sus decisiones.⁵¹

Para las cortes y los tribunales arbitrales, los Principios UNIDROIT pueden proporcionar los criterios necesarios para interpretar y complementar los instrumentos internacionales existentes como la CISG, así como las leyes nacionales.⁵²

Un informe reciente publicado por la Academia Internacional de Derecho Comparado concluye que, en la mayoría de las jurisdicciones nacionales estudiadas, los Principios UNIDROIT se interpretan junto

⁵⁰ H. KRONKE. «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts». En *Special Supplement ICC International Court of Arbitration Bulletin (Introduction)*, 2002.

⁵¹ P. MAYER. *Droit International Privé*, Montchrestien, 2001, pp. 106-107.

⁵² En relación con el uso de los Principios UNIDROIT para interpretar y complementar la CISG, véase L. CASTELLANI y C. EMERY. «UNCITRAL Perspectives on the Hague Principles». En *Choice of Law in International Commercial Contracts: Global Perspectives on the Hague Principles*, Oxford University Press, 2021, p. 182 y ss. Para los autores, «puede ser adecuado utilizar los Principios UNIDROIT para interpretar y complementar la CISG en aquellos casos en que ambos textos comparten principios comunes. Sin embargo, esto puede no ser posible cuando la CISG y los Principios UNIDROIT adoptan enfoques diferentes. Además, los Estados que adoptaron la CISG no consintieron que esos principios generales fueran elaborados o sustituidos por un organismo diferente en un momento distinto» (p. 182). Los autores también señalaron que «en reconocimiento de esta cuestión, la Secretaría de la UNCITRAL presentó observaciones por escrito en las que proponía, por ejemplo, un proyecto alternativo que hacía referencia en primer lugar a los principios subyacentes a la CISG y luego recurría a los Principios UNIDROIT» (pp. 182-183).

con otras fuentes jurídicas nacionales o internacionales.⁵³ También aparecen varios ejemplos en un estudio reciente publicado por la International Bar Association.⁵⁴

En el siguiente capítulo se analizará en profundidad el uso de los Principios UNIDROIT en el arbitraje de inversiones, más allá de su aplicación inicialmente prevista en materia de derecho mercantil.

3.3. Esfuerzos de unificación regional

Aproximadamente durante el mismo período, un grupo de académicos conocido como la Comisión sobre el Derecho Contractual Europeo —muchos de los cuales también participaron en la redacción de los Principios UNIDROIT— comenzó a trabajar en la elaboración de un instrumento jurídico uniforme. Aunque no era una organización gubernamental, el grupo fue creado por el Parlamento Europeo⁵⁵ e incluía a representantes de todos los Estados miembros de la UE. Sus esfuerzos

⁵³ «De hecho, los Principios UNIDROIT rara vez se aplican por sí solos en ausencia de la elección de las partes, y ellas rara vez eligen los Principios como derecho aplicable. Y cuando se eligen los Principios, la mayoría de las veces no se aplican en su totalidad, excluyendo cualquier otra ley [...] Sin embargo, al repasar el número de laudos arbitrales y decisiones judiciales que han reconocido el papel desempeñado por los Principios UNIDROIT a lo largo del tiempo, uno tiene la impresión de que los Principios siguen ofreciendo un régimen jurídico completo y equilibrado que seguirá ganando influencia a nivel internacional. De hecho, incluso en aquellas jurisdicciones en las que es poco probable que los tribunales citen los Principios de UNIDROIT, sus principales comentarios sobre el derecho contractual nacional rara vez dejan de hacer alguna referencia comparativa a algunas disposiciones individuales de los UPICC al debatir cuestiones de derecho contractual nacional» (A. GARRO M. y J. A. MORENO RODRÍGUEZ (eds.). *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, *op. cit.*, pp. 68-69).

⁵⁴ «En la mayoría de los casos, los Principios UNIDROIT se utilizan como medio para interpretar y complementar la legislación nacional aplicable» (*Perspectives in Practice of the UNIDROIT Principles 2016. Views of the IBA Working Group on the practice of the UNIDROIT Principles 2016*, Foreword, p. 5).

⁵⁵ Resolución A2-157/89, y de nuevo en 1994 (Resolución A3-0329/94). La mayoría de los miembros del comité eran académicos de los quince Estados miembros, pero no recibían instrucciones de sus gobiernos. Véase O. LANDO. «Principles of European Contract Law». En *The E.U.-Japan Legal Dialogue (Contracts) Symposium, Kyoto, Japan, November 21-22, 1996*, p. 10.

dieron como resultado un conjunto de trabajos conocido generalmente como los Principios del Derecho Contractual Europeo (PECL).⁵⁶

Los PECL se publicaron en 1995 (parte I), 1999 (partes I y II, conjuntamente) y 2003 (parte III). Varias disposiciones de los PECL son idénticas o muy similares a las de los Principios UNIDROIT. Además de las normas, los comentarios y las ilustraciones, los PECL contienen valiosas notas sobre el derecho comparado europeo.

Los PECL no han recibido ningún reconocimiento formal por parte de la UE;⁵⁷ sin embargo, se han invocado en precedentes arbitrales, como el caso ICC n.º 10022 de 2000, relativo a un uso comercial común.⁵⁸ La House of Lords ya los había citado en 2001 en el caso *Director General of Fair Trading v. First National Bank*.⁵⁹

⁵⁶ Véase <https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/> (consultado el 9 de mayo de 2022); Cf. O. LANDO y H. BEALE (eds.). *Principles of European Contract Law Parts 1 and II*, Kluwer Law International, 2000.

⁵⁷ Véase el debate en Commission of the European Communities, *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law*, Brussels, 11.07.201. COM (2001) 398 Final. Disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52001DC0398>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

⁵⁸ Véase <www.unilex.info> (consultado el 9 de mayo de 2022).

⁵⁹ C. VON BAR. «Comparative Law of Obligations: Methodology and Epistemology». En M. VAN HOECKE (ed.). *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford/Portland/Oregon, Hart Publishing, 2004, p. 126. Otra iniciativa académica ha dado lugar al instrumento de *soft law* conocido como el Draft Common Frame of Reference (DCFR), cuya técnica de redacción era muy similar a la utilizada para los PECL. C. VON BAR, E. CLIVE y H. SCHULTE-NÖLKE (eds.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Walter de Gruyter, 2008. El Parlamento Europeo acogió con satisfacción la presentación del DCFR en 2008 y, aunque lo reconoció como «un mero documento académico» y calificó los siguientes pasos como «un ejercicio altamente político», señaló que, en el futuro, el documento podría abarcar «desde una herramienta legislativa no vinculante hasta la base de un instrumento opcional en el derecho contractual europeo» (Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre el marco común de referencia para el derecho contractual europeo. *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 295 E/91. 4.12.2009). Véase, sobre la relación de este instrumento con los Principios UNIDROIT, M. J. BONELL y R. PELEGGI, «UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Draft Common Frame of Reference: A Synoptical Table». En *Uniform Law Review*, Vol. 14, 2009, pp. 437-554.

Otra iniciativa académica ha dado lugar al instrumento de derecho indicativo conocido como Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR), que se redactó de manera similar a los PECL.⁶⁰ El Parlamento Europeo acogió con satisfacción la presentación del DCFR en 2008 y, aunque lo reconoció como «un mero documento académico» cuyos próximos pasos serían «un ejercicio altamente político», señaló que, en el futuro, el documento podría abarcar «desde una herramienta legislativa no vinculante hasta la base de un instrumento opcional en el derecho contractual europeo».⁶¹

Tanto el PECL como el DCFR pueden dar lugar al desarrollo de instrumentos adicionales en el futuro que podrían incluir la posibilidad de elegir los PECL como derecho aplicable, lo que Roma I no permite actualmente. En su preámbulo, Roma I especifica que puede incorporarse a los contratos por referencia directa y, en caso de que la UE adopte normas de derecho sustantivo, las partes también pueden elegir dichas normas.⁶²

En América, por el contrario, los esfuerzos hacia un proceso de integración regional no han dado lugar al avance de ninguna iniciativa oficial de ley uniforme.⁶³ El artículo 1 del Tratado de Asunción (por el que

⁶⁰ C. VON BAR, H. SCHULTE-NÖLKE *et al.* (eds.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2008.

⁶¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre el Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo, Diario Oficial de la Unión Europea, C 295 E/91. 4.12.2009.

⁶² Párrafos itinerantes 13 y 14, respectivamente. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD). Texto disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:52011PC0635>> (consultado el 9 de mayo de 2022). Véase también T. KADNER GRAZIANO, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ y G. VAN CALSTER. «European Union Perspectives on the Hague Principles». En D. GIRSBERGER, T. KADNER GRAZIANO y J. L. NEELS (eds.). *Choice of Law in International Commercial Contracts: Global Perspectives on the Hague Principles*. Oxford University Press, 2021, pp. 749-778.

⁶³ Un grupo de académicos de la región preparó los *Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*; Texto disponible en <<http://pldc.uexternado.edu.co/>> (consultado el 9 de mayo de

se establece el Mercado Común del Sur, también conocido como MERCOSUR) es digno de mención, ya que se refiere al compromiso de los Estados partes de «armonizar su legislación en los ámbitos pertinentes con el fin de fortalecer el proceso de integración»; sin embargo, esta iniciativa no se ha materializado en lo que respecta al derecho uniforme.⁶⁴

En África, en 2002, el Consejo de Ministros de la OHADA comenzó a redactar una ley uniforme sobre el derecho contractual con el apoyo del UNIDROIT. Tras completar los trabajos preparatorios y las consultas con expertos de los Estados miembros de la OHADA, se finalizó un anteproyecto de Ley Uniforme sobre el Derecho Contractual. Basado en los UPICC, este primer anteproyecto solo incluía normas sustantivas de derecho contractual. En diciembre de 2007, el Consejo de Ministros de la OHADA decidió relanzar la preparación de la Ley Uniforme sobre Derecho Contractual con la Fundación para el Derecho Continental. La OHADA y la Fundación para el Derecho Continental crearon un grupo de trabajo que presentó un anteproyecto de Ley Uniforme sobre el Derecho de las Obligaciones para la Región de la OHADA al Consejo de Ministros de la OHADA en 2015.⁶⁵ El documento sigue pendiente de aprobación en 2022.

2022). Su impacto en la práctica aún está por verse. Una organización relativamente nueva en el ámbito de la codificación es la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (OHADAC), cuya labor de preparar los *Principios OHADAC sobre los Contratos Comerciales Internacionales* podría contribuir a obtener el apoyo de los Estados del Caribe. Texto disponible en <<http://www.ohadac.com/>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

⁶⁴ Tratado por el que se establece un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (Mercado Común del Sur [MERCOSUR]) 2140 UNTS 257.

⁶⁵ A diferencia del primer borrador, que se centraba exclusivamente en el derecho contractual, el nuevo borrador también incluía normas de conflicto de leyes relativas al derecho aplicable a las obligaciones contractuales. Véase J. MONSENPWO. «The Organization for the Harmonization of Business Law in Africa and the Hague Principles». En D. GIRSBERGER, T. KADNER GRAZIANO y J. L. NEELS (eds.). *Choice of Law in International Commercial Contracts: Global Perspectives on the Hague Principles*. Oxford University Press, 2021, p. 250 y ss.

3.4. Iniciativas de armonización del sector privado

La armonización es promovida no solo por organizaciones públicas, sino también por iniciativas del sector privado.

Un tipo de instrumento que se ha diseñado para promover la armonización es el denominado «términos estandarizados». En particular, la ICC promueve varios instrumentos normativos que pueden incorporarse a los acuerdos por referencia.⁶⁶ Entre ellos se encuentran los International Commercial Terms (Incoterms)⁶⁷ y las Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP).⁶⁸ Aunque instrumentos como estos suelen ser satisfactorios y suficientemente neutrales en su forma y contenido, solo proporcionan una solución parcial debido a su alcance limitado. Además, presuponen la existencia de un marco jurídico general que rige el contrato. No obstante, tanto los Incoterms como la UCP son considerados por muchos como muy exitosos, en parte porque son especializados y tienen un enfoque limitado, y en parte porque la organización que promulga los instrumentos tiene la capacidad de modificarlos en respuesta a las circunstancias comerciales cambiantes.

Otra herramienta que se utiliza con frecuencia es el «contrato estándar» que se acepta dentro de un sector económico específico. Un ejemplo de contrato estándar son las Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction (1987), elaboradas bajo los auspicios de la FIDIC y comúnmente denominadas «Contrato FIDIC». Otro ejemplo son los formularios internacionales estándar de contrato de la Grain and Feed Trade Association (GAFTA), que se utilizan ampliamente en el comercio internacional de productos agrícolas. En el ámbito financiero, destaca a nivel internacional el uso del Global Master Repurchase

⁶⁶ Para obtener información sobre la ICC, consulte <<https://iccwbo.org/about-us/>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

⁶⁷ Para obtener información sobre los Incoterms, consulte <<https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-rules-2010/>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

⁶⁸ Para obtener información sobre la UCP, consulte <<http://store.iccwbo.org/icc-uniform-customs-and-practice-for-documentary-credits>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

Agreement publicado por la International Capital Market Association, así como el ISDA Master Agreement for Derivative Contracts publicado por la International Swaps and Derivatives Association.⁶⁹

Las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales también elaboran contratos modelo. Un ejemplo es el Model Contract for the International Commercial Sale of Goods, elaborado por el International Trade Centre (ITC).⁷⁰

Si bien son herramientas internacionales útiles, estos contratos estándar pueden presentar problemas dentro del marco general del derecho contractual. Dado que suelen ser elaborados por o para entidades comerciales que operan en los centros comerciales más importantes del mundo, su utilidad puede ser limitada en otras aplicaciones. Además, en la mayoría de los casos, el contenido de los contratos estándar se formula de manera unilateral, en beneficio unilateral, y su redacción se ve inevitablemente influida por los conceptos jurídicos de los respectivos países de origen.

También existen los denominados «códigos de conducta», que pueden ser elaborados por entidades privadas u organizaciones intergubernamentales. Por lo general, adoptan la forma de recopilaciones de normas sobre temas o sectores específicos. Los códigos de conducta se caracterizan por su flexibilidad, su cumplimiento voluntario y su autogobierno, más que por la regulación estatal. Un ejemplo es el International

⁶⁹ Véase <<http://fidic.org/>>; <<https://www.gafta.com>>; <<https://www.icmagroup.org>>; <<https://www.isda.org>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

⁷⁰ International Trade Centre, Geneva 2010, Model Contracts for Small Firms: Legal Guidance to Doing International Business, Chapter 3. International Commercial Sale of Goods. Disponible en <<http://www.intracen.org/itc/exporters/model-contracts/>> (consultado el 20 de mayo de 2022).

Code of Advertising and Marketing Communication Practice, que también ha sido elaborado por la ICC.⁷¹ Un ejemplo de Factors Chain International es el Code of International Factoring Customs.⁷²

Los colegios de abogados, como la International Bar Association (IBA), la American Bar Association (ABA) y la Union Internationale des Avocats (UIA), también formulan «normas privadas de derecho indicativo». Un ejemplo de ello son las IBA's Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, que se utilizan en todo el mundo.⁷³

Otras organizaciones no gubernamentales, como el American Law Institute, el European Law Institute, el European Group of Private International Law (EGPIL/GEDIP) y la American Association of Private International Law (ASADIP), también han colaborado, junto con la comunidad internacional, para poner en marcha diversas iniciativas de codificación a lo largo de los años, en colaboración con la UNCITRAL, UNIDROIT, la HCCH y la OEA. Algunas organizaciones no gubernamentales incluso han presentado sus propias propuestas de derecho indicativo, como los ASADIP Principles on Transnational Access to Justice (Transjus).⁷⁴

⁷¹ Advertising and Marketing Communication Practice (Consolidated ICC Code) 2011. Texto disponible en <<https://iccwbo.org/publication/advertising-and-marketing-communication-practice-consolidated-icc-code>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

⁷² H. J. SOMMER. «Factoring, International Factoring Networks and the FCI Code of International Factoring». En *Uniform Law Review*, Vol. 3, 1998, pp. 685-691. Véase también: <<https://fci.nl/en/solutions/factoring/model-law-for-factoring>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

⁷³ International Bar Association, IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010 edition). Texto disponible en <<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

⁷⁴ Texto aprobado por la Asamblea de ASADIP en Buenos Aires el 12 de noviembre de 2016, disponible en <http://www.asadip.org/v2/?page_id=231> (consultado el 9 de mayo de 2022).

4. INTERPRETACIÓN UNIFORME

Se requieren esfuerzos considerables para desarrollar normas armonizadas sobre conflicto de leyes y textos legales uniformes; sin embargo, para lograr una interpretación armonizada de las normas internacionales no basta con que las disposiciones internacionales y nacionales sean similares. El objetivo de armonización mediante instrumentos internacionales puede verse frustrado si las disposiciones se interpretan únicamente desde una perspectiva nacional y no desde una perspectiva comparativa.

Para hacer frente a este reto, en los últimos años ha aumentado la práctica de incluir instrucciones en los instrumentos de derecho uniforme por las que se anima a los tribunales a tener en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover su aplicación uniforme.⁷⁵ Un ejemplo de ello es el artículo 7.1 de la CISG, que establece que «en la interpretación de la presente Convención se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional». El artículo 7.1 de la CISG inspiró la redacción del artículo 1.6 de los Principios UNIDROIT, que contiene un lenguaje similar.⁷⁶

⁷⁵ En este sentido, bajo la iniciativa de la UNCITRAL, las tres secretarías (UNCITRAL, HCCH y UNIDROIT) han estado trabajando conjuntamente en una Guía Jurídica Tripartita sobre Instrumentos Jurídicos Uniformes en el Ámbito de los Contratos Comerciales Internacionales (con especial atención a las ventas). Esta futura guía jurídica tiene por objeto proporcionar una hoja de ruta para los textos existentes en el ámbito de los contratos comerciales elaborados por cada organización, principalmente la CISG, los Principios UNIDROIT y los Principios de La Haya. El objetivo es proporcionar una evaluación de las interacciones entre los textos, su uso real y potencial, su aplicación y su impacto, con el fin de facilitar la promoción de su uso adecuado, su interpretación uniforme y su adopción. La publicación de la Guía Jurídica ha sido autorizada por las tres organizaciones en 2020. Para obtener más información, consulte <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/tripartite-legal-guide>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

⁷⁶ Para los debates sobre el uso de los Principios UNIDROIT para interpretar y complementar la CISG, véase L. CASTELLANI y C. EMERY. «UNCITRAL Perspectives on the Hague Principles». En *Choice of Law in International Commercial Contracts: Global Perspectives on the Hague Principles*. Oxford University Press, 2021, p. 182 y ss.

Varios instrumentos de conflicto de leyes también se refieren a la necesidad de tener en cuenta su carácter internacional y la importancia de garantizar una interpretación uniforme de sus disposiciones en todo el mundo. El artículo 18 de la Convención de Roma es un ejemplo de ello. Aunque no existe una disposición equivalente en Roma I, se trata de un reglamento y, por lo tanto, debe interpretarse de manera uniforme sobre la base del artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Esta disposición europea marca una importante diferencia con respecto al sistema de interpretación uniforme existente en otras regiones del mundo. A este respecto, el Tribunal de Justicia de la UE contribuye a la interpretación uniforme de Roma I a través de sus denominadas «resoluciones prejudiciales», dictadas a petición de una corte de un Estado miembro de la UE.

El preámbulo de la Convención de México transmite el deseo de «continuar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional privado» y la «conveniencia de armonizar las soluciones a las cuestiones de comercio internacional», y que, a la luz de la necesidad de fomentar la interdependencia económica y la integración regional, «es necesario facilitar los contratos internacionales eliminando las diferencias en el marco jurídico que los regula».

Los objetivos expresados en el preámbulo pueden alcanzarse en aquellos Estados que decidan ratificar el instrumento o, alternatively, incorporar las soluciones presentadas en el Convenio de México a su legislación nacional; sin embargo, estos actos formales por sí solos no son suficientes: las disposiciones adoptadas formalmente deben interpretarse de manera uniforme. El artículo 4 de la Convención de México ofrece algunas orientaciones al respecto: «A los efectos de la interpretación y aplicación del presente Convenio, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación».

Aunque los Principios de La Haya no contienen una disposición similar a la del Convenio de México en lo que respecta a la interpretación uniforme, son un instrumento de derecho indicativo e incluyen claramente el objetivo de la armonización en todo su contenido. Estos principios contienen disposiciones que pueden ser adoptadas por las partes de todo el mundo en el ejercicio de la autonomía de las partes. Por ejemplo, los párrafos 2, 3 y 4 del preámbulo establecen que «pueden utilizarse como modelo para instrumentos nacionales, regionales, supranacionales o internacionales», «pueden utilizarse para interpretar, complementar y desarrollar las normas de derecho internacional privado» y «pueden ser aplicados por las cortes y los tribunales arbitrales».

Se prevé que el uso generalizado de los Principios de La Haya conduzca a la uniformidad de la interpretación de acuerdo con sus normas. La palabra «desarrollar» se utiliza en los Principios de La Haya, pero no aparece en otros textos como la CISG (artículo 7[1]), la Ley Modelo UNCITRAL (artículo 2[A][1]) o la Convención de México (artículo 4). El hecho de que la palabra «desarrollar» se incluya en los Principios de La Haya sugiere que este instrumento puede tener un posible impacto en las normas arcaicas e impredecibles del derecho internacional privado nacional, una afirmación que puede considerarse «revolucionaria».⁷⁷

La interpretación uniforme de los textos internacionales también se facilita mediante la recopilación y difusión de decisiones judiciales y laudos arbitrales.⁷⁸

La Guía de la OEA también aboga por una interpretación uniforme, animando a los jueces, árbitros, partes contratantes y abogados a tener

⁷⁷ Para debates sobre el uso de los Principios de La Haya para interpretar y complementar la CISG y la cuestión de la «batalla de formularios», véase L. CASTELLANI y C. EMERY, *op. cit.*, p. 183 y ss. Véase también P. WINSHIP. «The Hague Principles, the CISG, and the ‘Battle of the Forms’». En *Penn St J L & Int’l Aff*, Vol. 4, 2015, p. 151.

⁷⁸ Véase, por ejemplo, <<http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=14311>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

en cuenta el objetivo último de la unificación y armonización del derecho y a mantenerse informados de la evolución de la interpretación de los instrumentos que puedan influir en la transacción específica en cuestión.⁷⁹

5. DERECHO NO ESTATAL Y DERECHO UNIFORME

El término «ley estatal» se utiliza como sinónimo de «ley nacional», «ley municipal», «ley interna» o «ley local». En el ámbito del derecho comparado y la práctica internacional en general, la terminología difiere en lo que se refiere al derecho no estatal (o normas jurídicas no estatales). Esta expresión abarca una amplia gama de temas, desde principios universales, costumbres, usos y prácticas hasta condiciones comerciales estándar. Estos temas tienen poco o nada en común, salvo que no emanan de ninguna fuente estatal que trabaje para crear una ley «vinculante». El arbitraje ha sido un terreno fértil para el desarrollo y el perfeccionamiento de estas nociones, utilizando el término «reglas de derecho», que es menos amplio. En las páginas siguientes se describen diversos tipos y articulaciones del derecho no estatal.

5.1. *Costumbres y usos*

«Costumbre», al igual que tradición, se refiere a la práctica de repetir una acción o patrón de comportamiento concreto.⁸⁰ Hoy en día, el término «costumbre» se emplea indistintamente con «usos» y, por lo general, solo se utiliza en el ámbito del derecho internacional público.⁸¹

⁷⁹ Recomendaciones 4.1 a 4.4.

⁸⁰ H. P. GLENN. *Legal Traditions of the World*. 2.^a ed. Oxford University Press, 2004. Acerca de las dificultades relacionadas con el término «costumbre», véase M. AKEHURST. «Custom as a Source of International Law». En *British Yearbook of International Law*, Vol. 47, 1975, p. 53. I. BENTEKAS. «The Private Dimension of the International Customary Nature of Commercial Arbitration». En *Journal of International Arbitration*, Vol. 25, n.º 4, 2008, pp. 455-456.

⁸¹ R. GOODE. «Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law». En *ICLQ*, Vol. 46, n.º 1, 1997, p. 7 en nota al pie.

Los acuerdos comerciales que surgen de prácticas contractuales que tradicionalmente se denominaban «costumbres» ahora se denominan «usos»⁸² y son aceptados en las comunidades jurídica, empresarial y arbitral.⁸³ Instrumentos como la Ley Modelo UNCITRAL (artículo 28[4]), la CISG (artículos 8[3] y 9)⁸⁴ y los Principios UNIDROIT (artículo 1.9)⁸⁵ aceptan esta terminología.

En este sentido, el término «usos» es más amplio que «costumbres», ya que abarca no solo las prácticas generalmente aceptadas en un comercio o sector concreto, sino también aquellas consideradas por las partes como expectativas implícitas.⁸⁶ Dado que los «usos» no requieren el mismo elemento de obligación que se exige en el derecho internacional público consuetudinario (conocido como *opinio juris*), las expectativas implícitas de las partes son suficientes para que surjan los «usos».⁸⁷

⁸² H. J. BERMAN y F. J. DASSER. «The “new” law merchant and the “old”: sources, content, and legitimacy». En T. E. CARBONNEAU (ed.). *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*. 2.ª ed. The Hague, Juris Publishing/Kluwer International Law, 1998.

⁸³ G. AKSEN. «The Law Applicable in International Arbitration-Relevance of Reference to Trade Usages». En A. J. VAN DEN BERG (ed.). *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*, Vol. 476, ICCA Congress Series n.º 7, Kluwer Law International, 1996.

⁸⁴ Como explica Schlechtriem, el artículo 8(3) de la CISG tiene una función diferente a la del artículo 9(2). El artículo 8(3) no sirve para colmar una laguna, sino para interpretar la declaración de las partes (P. SCHLECHTRIEM. *Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vol. 40, Manz, 1986). Se consideró el término «costumbre» del Derecho Internacional Público, pero se descartó. J. O. HONNOLD. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3.ª ed., Vol. 127, Kluwer Law International, 1999.

⁸⁵ Sin embargo, los Principios UNIDROIT no definen el término «usos», aunque la cuestión se debatió en las primeras fases del proceso de redacción del instrumento. Véase S. VOGENAUER. *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. 2.ª ed. Oxford University Press, 2015, p. 233.

⁸⁶ H. J. BERMAN y F. J. DASSER. «The “new” law merchant and the “old”: sources, content, and legitimacy». En T. E. CARBONNEAU (ed.). *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*. 2.ª ed. The Hague, Juris Publishing/Kluwer International Law, 1998, p. 65. En cuanto a los usos que se han uniformizado dentro de una comunidad comercial, el juez Learned Hand afirmó: «[...] No veo por qué los jueces no deberían exigir a los hombres que comprendan los supuestos tácitos sobre los que se basan sus decisiones». *Künglig Järnvägstyrelsen v. Dexter & Carpenter, Inc.*, 299 F 991, SDNY, 1924; H. J. BERMAN y F. J. DASSER, *op. cit.*, p. 57.

⁸⁷ Véase Y. DERAIS. «The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration». En *ICC International Court of Arbitration Bulletin II*, Vol. 6, n.º 1, 1995, p. 2; sin embargo, en muchos ordenamientos jurídicos nacionales, como los de

Aunque los usos pueden demostrarse, su institucionalización por parte de una organización (gubernamental o de otro tipo) ayuda a establecer un entendimiento común de las expresiones que se utilizan con frecuencia en los contratos comerciales internacionales. Un ejemplo es la CISG, que puede no ser siempre aplicable a la transacción como cuestión de derecho, pero sí como reflejo de los usos comerciales. Otros ejemplos bien conocidos provienen de la ICC, una asociación mundial que ha institucionalizado los usos en varios de sus instrumentos normativos, como los Incoterms, un conjunto de normas que regulan los términos estándar utilizados en el comercio internacional. Estos instrumentos se han convertido en «parte del lenguaje cotidiano del comercio» y se incorporan habitualmente a los contratos internacionales y a diversas leyes nacionales.⁸⁸

Los usos pueden incorporarse por intención específica o por implicación cuando los árbitros determinan que deben haber estado dentro de la contemplación de las partes.⁸⁹ Los usos pueden llenar los vacíos

Francia, Italia y España, las «costumbres» tienen fuerza normativa y constituyen una fuente de derechos para colmar las lagunas en las que la ley no se pronuncia. Por el contrario, los «usos» sirven para interpretar o aclarar la voluntad de las partes, y solo tendrán fuerza normativa en un número limitado de casos. La diferencia clave entre las costumbres y los usos en este caso es que no es necesario demostrar la fuerza normativa de las costumbres, mientras que sí es necesario demostrarla en el caso de los usos. En la Convención de México de 1994 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, el término «costumbres» se incluyó en una fila junto con «usos» y como alternativa a este (art. 10).

⁸⁸ Véase <<https://iccwbo.org/>> (consultado el 20 de mayo de 2022). Véase, por ejemplo, el artículo 51 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998; el artículo 2651 del Código Civil y Comercial de Argentina; el artículo 51 del proyecto de ley de Derecho Internacional Privado de Uruguay; los artículos 852 y siguientes del Código de Comercio de Bolivia (que hacen referencia a los Incoterms) y el artículo 1408 (que hace referencia a los créditos documentarios); y el artículo 3 de la Resolución 112/2007 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia (véase la Guía de la OEA, p. 48).

⁸⁹ Véase L. CRAIG, W. PARK y J. PAULSSON. *International Chamber of Commerce, Arbitration*. 3.^a ed. Oceana Publications, 2000, pp. 331-332; Y. DERAIS y E. A. SCHWARTZ. *El nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional: Guía de Arbitraje Comercial Internacional*, Oxford University Press, 2001, p. 225. La implicación se deriva del derecho aplicable. Por ejemplo, el artículo 9(2) de la CISG prevé la incorporación de los usos comerciales internacionales si las partes conocían o debían haber conocido dichos usos y, en el comercio internacional, son ampliamente conocidos y observados habitualmente por las partes en los contratos del tipo

del contrato, pueden servir de guía para interpretar el significado ordinario de esos términos y pueden ayudar a resolver sus ambigüedades.⁹⁰

Los usos y las normas de trato justo son, generalmente, adaptables y a menudo proporcionan a los árbitros una mejor guía que las rígidas normas locales.⁹¹ Dado que los usos comerciales internacionales suelen desarrollarse más rápidamente que la ley, también se utilizan en el arbitraje para llenar los vacíos del derecho aplicable.⁹² Cuando se hace referencia repetidamente a los usos en casos internacionales, estos comienzan a convertirse en una forma de jurisprudencia.⁹³ Según Orsolya Toth, aunque los árbitros se esfuerzan por «tener en cuenta» los usos comerciales, dudan a la hora de determinar el uso pertinente y aplicarlo a la controversia. «A menudo, el enfoque pasa del examen de las *prácticas* del mercado al análisis de los términos del *contrato*. En consecuencia, lo que debería ser una cuestión de evaluación de las pruebas sobre las prácticas del mercado se transforma en un ejercicio de interpretación del contrato».⁹⁴ Los árbitros suelen hacer referencia a los usos comerciales en la sección «derecho aplicable» del laudo.⁹⁵ En ocasiones, «el uso se aplica

correspondiente al comercio en cuestión. Lo mismo se establece en el artículo 1.9 de los UPICC.

⁹⁰ H. BERMAN y F. DASSER, *op. cit.*, p. 57.

⁹¹ T. CARBONNEAU. «The Remaking of Arbitration, Design and Destiny». En T. E. CARBONNEAU (ed.). *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*. 2.^a ed. The Hague, Juris Publishing/Kluwer International Law, 1998, p. 37.

⁹² Ejemplos de ello son los casos ICC 1472/1968 y 8873/1997. Véase L. CRAIG, W. PARK y J. PAULSSON, *op. cit.*, p. 331.

⁹³ Véase D. P. FERNÁNDEZ ARROYO. «Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional». En E. GAILLARD y D. P. FERNÁNDEZ ARROYO. *Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional*. CEDEP/Universidad del Rosario, 2013, p. 225. En el caso ICC n.º 4131/1982, presidido por Pieter Sanders, se afirmó lo siguiente: «Las decisiones de los tribunales crean progresivamente jurisprudencia que debe tenerse en cuenta, ya que extrae conclusiones de la realidad económica y se ajusta a las necesidades del comercio internacional, a las que deben responder las normas específicas del arbitraje internacional, elaboradas sucesivamente». Laudos ICC 146, 465. Véase L. CRAIG, W. PARK y J. PAULSSON, *op. cit.*, pp. 638-639.

⁹⁴ O. TOTH. *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*. Oxford University Press, 2017, p. 259.

⁹⁵ Laudo definitivo en el caso 6527/1991 *Austrian Buyer v. Turkish Seller* (el caso del vendedor turco) en J. J. ARNALDEZ, Y. DERAIS, y D. HASCHER (eds.). *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, Kluwer Law International, 1997, p. 185, pp. 187-188; Laudo Final en el caso 5485/1987 *Bermudian company v. Spanish company* (en adelante, el caso de la empresa conjunta

como si fuera el derecho aplicable, aunque esto no se admita expresamente».⁹⁶ En varias circunstancias, los usos han sido decisivos para el resultado de la controversia, «a veces eclipsando el derecho aplicable».⁹⁷ Gerald Aksen afirma que, en casi cualquier controversia, los usos y costumbres desempeñan un papel destacado en la resolución del fondo de la controversia.⁹⁸

En muchas jurisdicciones, mientras que el término «usos» se refiere a la conducta establecida por terceros y otras partes en el comercio internacional, el término «prácticas» se limita a la conducta pasada de las propias partes contratantes. En algunas jurisdicciones, estos términos se definen en la legislación.⁹⁹ Las investigaciones han indicado que los árbitros suelen basarse en los usos y, en menor medida, en las negociaciones previas de las partes.¹⁰⁰

española) en S. JARVIN, Y. DERAIS y J. J. ARNALDEZ (eds.). *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*, Kluwer Law International, 1994, p. 199, p. 209; Laudo Final en el caso 5713/1989 *Seller v. Swiss Buyer* (en adelante, el caso del comprador suizo) en S. JARVIN, Y. DERAIS y J. J. ARNALDEZ (eds.). *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*, Kluwer Law International, 1994, p. 223, p. 225; Laudo Provisional en el caso 7645/1995 *Slovakian Supplier v. Korean Buyer* (el caso del comprador coreano) en J. J. ARNALDEZ, Y. DERAIS y D. HASCHER (eds.). *Collection of ICC Arbitral Awards 2001-2007*, Kluwer Law International, 2009, p. 18. Véase O. TOTH, *op. cit.*, p. 259.

⁹⁶ Véase el caso del vendedor turco y la empresa conjunta española, citado en O. TOTH, *op. cit.*, p. 259.

⁹⁷ Caso del comprador suizo. En la práctica, parece que los usos comerciales forman parte del derecho aplicable que se utiliza para resolver los litigios contractuales internacionales. G. AKSEN. «The Law Applicable in International Arbitration-Relevance of Reference to Trade Usages». En 7.º *International Congress & Convention Association Series*, Vol. 7, 1996, p. 478. La dificultad radica en que, en la mayoría de los casos, esto se hace de manera abierta. Una excepción es el Laudo Provisional 5314 de la ICC de 1988. (*Manufacturer v. Licensor*) en A. J. VAN DEN BERG (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. 20, Kluwer Law International, 1995, p. 35; O. TOTH, *op. cit.*, p. 260.

⁹⁸ G. AKSEN, *op. cit.*, 1996, p. 471.

⁹⁹ Por ejemplo, el Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos, en su sección 1-303, distingue entre el *curso de la ejecución* (un término que no es fácil de traducir al español, pero que está estrechamente vinculado al contrato y prevalece sobre los dos términos siguientes), el *curso de las negociaciones* o prácticas anteriores entre las partes y los *usos comerciales* o usos.

¹⁰⁰ C. R. DRAHOZAL. «Of Rabbits and Rhinoceri: A Survey of Empirical Research on International Commercial Arbitration». En *Journal of International Arbitration*, Vol. 20, n.º 1, 2003, p. 30.

El término «prácticas» se emplea en los instrumentos de derecho uniforme. Así, por ejemplo, el artículo 1.9 de los Principios UNIDROIT establece que «las partes están obligadas por cualquier uso que hayan acordado y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas». Esta redacción es idéntica a la del artículo 9(1) de la CISG y también está en consonancia con el enfoque subjetivo propuesto en el artículo 8(3) de la CISG.¹⁰¹

5.2. *Principios generales*

Los principios generales del comercio surgen de su amplia aceptación en diferentes sistemas jurídicos y por eso suelen tener un alcance más amplio que los usos.¹⁰² Por esta razón, Roy Goode sostiene que un uso se limita a una actividad específica. Una vez que esa actividad obtiene aceptación general, se convierte en un principio general.¹⁰³ Esta fue la opinión expresada por el Tribunal en el caso ICC n.º 3380/1980.¹⁰⁴ Como resultado, la carga de la prueba para los usos es generalmente mayor que para los principios generales.¹⁰⁵

¹⁰¹ El concepto de usos implícitos es importante, ya que permite que se impongan a las partes normas que no han sido propuestas por los Estados. B. AUDIT. «The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria». En T. E. CARBONNEAU (ed.). *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*. 2.ª ed. The Hague, Juris Publishing/Kluwer International Law, 1998, pp. 176-177.

¹⁰² B. OPPETT. *Teoría del Arbitraje* (traducción de Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza, y José Joaquín Caicedo Demoulin). Legis Editores, Bogotá, 2006, pp. 205-207.

¹⁰³ R. GOODE. «Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law». En *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, No. 1, 1997, pp. 16-17.

¹⁰⁴ Presidido por Pierre Lalive. Caso ICC 3380/1980 apud L. Craig, W. Park, J. Paulsson, *op. cit.*, p. 102.

¹⁰⁵ Algunos usos son amplios y otros son específicos, pero ampliamente seguidos, como la concesión de un plazo razonable para examinar las cartas de crédito o el aparente buen estado de los documentos. El grado de especificidad de los usos puede ser relevante a la hora de solicitar el reconocimiento por parte de un tribunal arbitral, ya que cuanto más general sea el uso, mayor será su asimilación a los principios generales del derecho y menor será la carga de probar que es de conocimiento general. Véase R. GOODE, *op. cit.*, p. 12.

Los principios generales del derecho aparecen en algunos códigos civiles y mercantiles nacionales o en otras normas nacionales y de conflicto de leyes en diversas jurisdicciones. El término «principios generales» también se utiliza en este sentido en instrumentos específicos de derecho uniforme, como la CISG. El artículo 7(2) de la CISG establece que las cuestiones se resolverán «de conformidad con los principios generales en los que se basa». Del mismo modo, los Principios UNIDROIT han especificado expresamente que los principios generales se aplicarán cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por «los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o similares».¹⁰⁶

5.3. La «nueva» *lex mercatoria*

A veces, hay que mirar atrás para ver hacia adelante. En la *Tempestad*, Shakespeare escribió: «Lo que pasó es solo el prólogo». En lo que respecta a la *lex mercatoria*, lo que pasó es también lo que está por venir.¹⁰⁷

La doctrina de la *lex mercatoria* o «nueva *lex mercatoria*» emuló la ley de los mercaderes de la Edad Media y ganó popularidad en la segunda mitad del siglo XX, especialmente tras la famosa contribución de Berthold Goldman.¹⁰⁸ La *lex mercatoria* ha sido invocada en varias decisiones arbitrales,¹⁰⁹ sobre todo en casos de Oriente Medio relacionados

¹⁰⁶ Preámbulo de los Principios UNIDROIT.

¹⁰⁷ Y. FORTIER. «The New, New Lex Mercatoria, or, Back to the Future». En *Arbitration International*, Vol. 17, n.º 2, 2001, p. 128.

¹⁰⁸ B. GOLDMAN. «Frontières du droit et lex mercatoria». En *Archives de Philosophie du Droit*, Vol. 9, 1964, p. 184; Zumbansen destaca la contribución de Jessup en 1956 (P. ZUMBANSEN. «Transnational law». En *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Edward Elgar Publishing, 2006, p. 738). Schlessinger y Schmitthoff también realizaron importantes contribuciones en este campo.

¹⁰⁹ En 1969, uno de los primeros casos en los que se aplicó la *lex mercatoria* entendió que la ausencia de elección de la ley nacional implicaba implícitamente que el árbitro tenía la obligación de aplicar las normas jurídicas o los usos comerciales correspondientes. Caso ICC 1641 de 1969. W.L. CRAIG, W.W. PARK y J. PAULSSON, *op. cit.*, p. 333. Para obtener una descripción detallada de la «nueva» *lex mercatoria*, véanse las observaciones críticas de Felix Dasser en F. DASSER. *Soft Law in International Commercial Arbitration*, p. 474.

con acuerdos de concesión.¹¹⁰ Los fundamentos jurídicos articulados en estos laudos han tenido repercusión más allá del contexto de los contratos de inversión, extendiéndose también a otras áreas de los contratos internacionales.¹¹¹ Estos casos se analizaron en el capítulo VIII.

Un laudo arbitral caracterizó la *lex mercatoria* como «un conjunto de normas de comercio internacional desarrolladas en la práctica y reafirmadas por los tribunales nacionales».¹¹² En 1981, la *Cour de cassation* francesa sostuvo que una decisión basada en la *lex mercatoria* no se toma en equidad y, por lo tanto, un laudo que resuelve la controversia de conformidad con los principios generales del derecho mercantil —o *lex mercatoria*— no debe ser anulado (*Fougerolle v. Banque de Proche Orient*).¹¹³ A esta decisión le siguieron otras dictadas por la *Cour de cassation* y los tribunales de apelación de Francia.¹¹⁴ En 1982, la Corte Suprema austriaca se negó a anular un laudo de la ICC (*Pabalk Ticaret v. Ugilor/Norsolor*) en el que el árbitro había aplicado la *lex mercatoria*¹¹⁵ en lugar del derecho nacional, a

¹¹⁰ O. SPIERMANN. «Applicable Law». En P. MUCHLINSKI *et al.* (eds.). *Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 90.

¹¹¹ M. SORNARAJAH. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, 2000, p. 249.

¹¹² Arbitration and Mediation Centre of Paris, Laudo 9246, XXII *Yearbook Comm. Arb.*, Vol. 28, 1997, p. 31.

¹¹³ El premio puede considerarse un primer paso a favor de la búsqueda de la *lex mercatoria* como *lex fori* en el arbitraje internacional. Véase F. DE LY. *International Business Law and Lex Mercatoria*. Elsevier Science Publishers B.V., 1992, pp. 255-256.

¹¹⁴ En *Compañía Valenciana de Cementos Portland v. Société Primary Coal Inc.* (1989), el Tribunal de Apelación de París atribuyó validez jurídica a los principios y usos conocidos como *lex mercatoria*. E. JAYME. «Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne». En RECUEIL DES COURS, Vol. 251, n.º 4, 1995, p. 87. En 1993, el Tribunal aludió a una norma sustantiva del derecho internacional del arbitraje. *Dalco Contractors v. Comité de la Municipalité de Khoms El Mergeb* (J. M. GARCÍA REPRESA, F. MANTILLA-SERRANO y C. NÚÑEZ-LAGOS. «Panorama de Jurisprudencia Francesa». En *Revista del Club Español del Arbitraje*, 2008, p. 101). Se siguió la misma línea en *Uni-Kod* (2004) y *Némesis* (1.ª Sala Civil, 2005). En 2007, en *PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding*, la Corte de Casación confirmó la existencia de un ordenamiento jurídico arbitral distinto de los sistemas jurídicos nacionales. El caso reviste gran relevancia debido al marco teórico que proporciona sobre esta cuestión en Francia (véase P. PINSOLLE. «The Status of Vacated Awards in France: the Cour de Cassation Decision in Putrabali». En *Arbitration International*, Vol. 24, n.º 2, 2008, pp. 277-278).

¹¹⁵ F. DE LY, *op. cit.*, p. 257.

pesar de que las partes no habían hecho referencia previa a la *lex mercatoria*.¹¹⁶

En Inglaterra, la actitud favorable hacia la *lex mercatoria* se remonta al caso *Eagle Star v. Yuval* de 1978¹¹⁷ y, posteriormente, al caso histórico *Deutsche Schachtbau-und Tiefbohr-Gesellschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co. and Shell International Petroleum Co. Ltd.* de 1987.¹¹⁸ La Corte de Casación italiana también se pronunció a favor de la aplicación de la *lex mercatoria* en el caso *Damiano* de 1982, al igual que la Corte Suprema sueca en el caso *Götaverken Arendal AB v. Libyan General Maritime Transport Co.*¹¹⁹ Entre las decisiones recientes relevantes en América se incluyen una sentencia de 2017 del Tribunal de Apelación del Estado de Rio Grande do Sul en Brasil, que hizo referencia a normas no estatales como la *lex mercatoria*,¹²⁰ y otra sentencia de 2014 de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela.¹²¹

¹¹⁶ Véase O. LANDO. «The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration». En *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 34, 1985, p. 757.

¹¹⁷ J. H. DALHUISEN. *Dalhuisen on international commercial, financial and trade law*, Hart Publishing, 2000, p. 118.

¹¹⁸ International Law Association, London Conference, 2000, Committee on International Commercial Arbitration, Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, p. 27-28. Disponible en <<https://www.ila-hq.org/>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

¹¹⁹ F. VISHER. «General Course on Private International Law». En *Recueil des Cours*, Vol. 232, 1993, p. 143.

¹²⁰ Procedimiento n.º 70072362940, sentencia de febrero de 2017. En cuanto al derecho aplicable al contrato, el Tribunal de Apelación señaló que, de conformidad con el artículo 9, apartado 2, de la Ley introductoria al Código Civil brasileño, debía aplicarse la ley danesa, ya que era la ley del lugar de celebración del contrato; sin embargo, el tribunal sostuvo que, siempre que el contrato tuviera conexiones múltiples (como en el caso que nos ocupa), debía descartarse la regla tradicional *lex loci celebrationis* en favor de un enfoque más flexible que condujera a la aplicación de la CISG y los Principios UNIDROIT como expresión de la denominada «nueva *lex mercatoria*». Texto disponible en <<http://www.unilex.info/>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

¹²¹ Corte Suprema de Justicia de Venezuela sobre *lex mercatoria*, disponible en <<http://catedradipr.org/diprwp/wp-content/uploads/2015/11/VENEZUELA-2014-12-2-TSJ-SCC-BANQUE-ARTESIA-NEDERLAND.pdf>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

A nivel teórico, no existe consenso sobre el concepto de *lex mercatoria*.¹²² Algunos académicos consideran ambiciosamente¹²³ que la *lex mercatoria* es un orden autónomo para las transacciones internacionales que existe independientemente de los sistemas nacionales.¹²⁴ Otros entienden la *lex mercatoria* como normas que surgen de laudos arbitrales y convenios internacionales¹²⁵ y que pueden servir como alternativa a las leyes nacionales.¹²⁶ Otros, como Goldman,¹²⁷ consideran la *lex mercatoria* como un simple complemento de la ley nacional que surge de los usos y expectativas comerciales.¹²⁸ Lawrence Craig, William Park y Jan Paulsson sostienen que la concepción de la *lex mercatoria* como complemento de la ley nacional es «la noción más práctica y significativa» y que, por lo tanto, la *lex mercatoria* puede considerarse una «expansión de la noción de usos».¹²⁹ Según esta concepción, los árbitros pueden aplicar la *lex mercatoria* junto con una ley nacional; sin embargo, los árbitros deben ser

¹²² Las siguientes posiciones son quizás una simplificación excesiva, con fines didácticos, de las diversas opiniones expresadas sobre la situación de la *lex mercatoria*.

¹²³ G. BORN. *International Commercial Arbitration, Commentary and Materials*. 2.ª ed. Transnational Publishers Inc., 2001.

¹²⁴ Esta posición fue defendida por Schmitthoff. Véase C.M. SCHMITTHOFF. «International Business Law: A New Law Merchant, II Current Law and Social Problems». En C. CHENG (ed.). *Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law*. Martinus Nijhoff, 1988, pp. 32-36. Véase también H. BERMAN y F. DASSER. «The “new” law merchant and the “old”: sources, content, and legitimacy». En T. E. CARBONNEAU (ed.). *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*. 2.ª ed. The Hague, Juris Publishing/Kluwer International Law, 1998, p. 53.

¹²⁵ Véase G. BORN, *op. cit.*, p. 556.

¹²⁶ Véase H. BERMAN and F. DASSER, *op. cit.*, p. 53.

¹²⁷ Véase B. GOLDMAN. *Frontières du droit et lex mercatoria*, p. 21. Estas diferentes nociones se han planteado en el contexto arbitral. L. CRAIG, W. PARK y J. PAULSSON, *op. cit.*, p. 623. Véase también T. CARBONNEAU. «A Definition and Perspective Upon the Lex Mercatoria Debate». En T. E. CARBONNEAU (ed.). *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*. 2.ª ed., The Hague, Juris Publishing/Kluwer International Law, 1998, p. 12. Para un análisis teórico de los debates: B. OPPETT. *Teoría del Arbitraje* (traducción de Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza, and José Joaquín Caicedo Demoulin). Legis Editores, Bogotá, 2006, pp. 208-213. Para un análisis de las fuentes, véase J. BELL. «Public Law in Europe: Caught Between the National, the Sub-National and the European?». En M. VAN HOECKE (ed.). *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Hart Publishing, 2004, p. 260.

¹²⁸ W. L. CRAIG, W. W. PARK y J. PAULSSON, *op. cit.*, p. 633. La postura de Lew de que la *lex mercatoria* debería equipararse a la composición amistosa *ex aequo et bono* no ha recibido mucho apoyo (véase G. BORN, *op. cit.*, p. 556).

¹²⁹ W. L. CRAIG, W. W. PARK y J. PAULSSON, *op. cit.*, pp. 633-634.

cautelosos a la hora de declarar la *lex mercatoria* como el único derecho aplicable sin una indicación expresa del consentimiento de las partes, ya que esto podría dar lugar a litigios en el caso concreto y generar controversia sobre el papel de la *lex mercatoria* en general.¹³⁰

Según Emmanuel Gaillard, cualquier debate sobre el papel adecuado de la *lex mercatoria* depende de cómo se conceptualice el arbitraje.¹³¹ Algunos estudiosos consideran que el arbitraje es el resultado del reconocimiento por parte de un sistema jurídico determinado en el que tiene su sede el tribunal. Otros estudiosos entienden que el proceso arbitral es el resultado de todos los sistemas jurídicos potencialmente implicados, incluida la sede del arbitraje y los distintos lugares de ejecución. Otros consideran que el arbitraje es el resultado de un orden jurídico arbitral autónomo basado en la actividad normativa de los Estados (conocido como *ordre juridique arbitral*).¹³² Esta última concepción está más abierta a la aplicación de normas no estatales.¹³³ Paulsson propone otra perspectiva, igualmente abierta a la normatividad extraestatal.¹³⁴ En un mundo pluralista compuesto por Estados y otras formas de acuerdos no estatales, subraya la importancia de comprender la capacidad de diversas instituciones sociales para tomar decisiones con autoridad.¹³⁵

¹³⁰ *Ibid.*, pp. 336-337.

¹³¹ Véase completo en E. GAILLARD. *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, nota al pie 115. El libro se traduce E. GAILLARD. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

¹³² E. GAILLARD, *op. cit.*, pp. 46-47.

¹³³ *Ibid.*, pp. 127-148. Paulsson lo considera un fermento de dos generaciones de fervor académico en Francia. J. PAULSSON. *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013, p. 39.

¹³⁴ *Idem.*

¹³⁵ *Ibid.*, p. 50.

Algunos académicos sostienen que la *lex mercatoria* no existe,¹³⁶ que es «un fantasma creado por los profesores de la Sorbona»,¹³⁷ un no-sujeto,¹³⁸ un monstruo del lago Ness que aparece en un precedente que lo invoca,¹³⁹ un nombre erróneo o una contradicción en términos.¹⁴⁰ Otros comentaristas critican el avance de la *lex mercatoria* por parte de un grupo de académicos que formaban parte de paneles de arbitraje y expresaban sus opiniones en diversos laudos arbitrales, eligiendo las normas que consideraban adecuadas en función de sus propias preferencias subjetivas.¹⁴¹

Los árbitros de renombre internacional entienden la *lex mercatoria* como una alternativa a la aplicación del derecho nacional, en consonancia con las necesidades del comercio internacional.¹⁴² Entre estas opiniones polarizadas se encuentran muchos «simpatizantes cautelosos» que ven un desarrollo progresivo de la *lex mercatoria* y aspiran a su consolidación.¹⁴³

Más que cualquier otro factor, la dificultad de determinar el contenido de una ley universal o transnacional ha sido un obstáculo habitual

¹³⁶ Véase B. GOLDMAN y F. A. MANN. «Introduction». En T. E. CARBONNEAU (ed.). *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*. 2.ª ed. The Hague, Juris Publishing/Kluwer International Law, 1998, p. XIX.

¹³⁷ Véase G. TEUBNER. «Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems». En *American Journal of Comparative Law*, Vol. 45, 1997, p. 151.

¹³⁸ M. MUSTILL. «The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years». En B. MAARTEN (ed.). *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*. Clarendon Press, 1999, p. 149.

¹³⁹ V. RUIZ ABOU-NIGM. «The “Lex Mercatoria” and Its Current Relevance in International Commercial Arbitration». En *DeCITA*, 2004, p. 105.

¹⁴⁰ A. F. LOWENFELD. «Lex Mercatoria: An Arbitrator’s View – Special Supplement». En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2002.

¹⁴¹ M. SORNARAJAH. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. Kluwer Law International, 2000, pp. 242-243.

¹⁴² *Ibid.*, p. 85. Park, sin embargo, afirma que la *lex mercatoria* solo tiene un «impacto marginal en la práctica del arbitraje internacional», en *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*, 2.ª ed. Oxford University Press, 2014, p. 593.

¹⁴³ H. BERMAN y F. DASSER. “The “new” law merchant and the “old”: sources, content, and legitimacy». En T. E. CARBONNEAU (ed.). *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*. 2.ª ed. The Hague, Juris Publishing/Kluwer International Law, 1998, p. 55.

para cualquier debate serio sobre la utilidad de la *lex mercatoria*.¹⁴⁴ Las disparidades entre la terminología utilizada para referirse a la *lex mercatoria* complican aún más la cuestión. Es posible que la expresión se haya sobrecargado de significado.¹⁴⁵ El Instituto de Derecho Internacional llevó a cabo varios estudios sobre este tema a principios de los años noventa, pero no prestó atención a la base teórica de la *lex mercatoria* ni a si representa un orden jurídico independiente o no; en cambio, estos estudios se centraron de manera más práctica en la validez y la aplicabilidad de las normas de la *lex mercatoria*, por lo tanto, el debate más destacado en relación con la *lex mercatoria* puede referirse a su importancia práctica¹⁴⁶ y a cómo los jueces tratan este concepto jurídico en la práctica. En consecuencia, el debate en torno a la *lex mercatoria* se desplaza de las fuentes formales a los métodos de resolución de litigios.¹⁴⁷

No obstante, continúan las deliberaciones sobre la forma adecuada de definir la *lex mercatoria*, con intensos debates sobre su terminología, sus fuentes y si constituye un régimen jurídico autónomo que existe independientemente de los sistemas jurídicos nacionales.

En el arbitraje de inversiones, la *lex mercatoria* está vinculada a los esfuerzos por crear un sistema jurídico transnacional aplicable a los contratos de inversión extranjera que no pueda ser modificado por el Estado cuando se haya acordado previamente como derecho aplicable. Así, la

¹⁴⁴ Y. FORTIER. «The New, New Lex Mercatoria, or, Back to the Future». En *Arbitration International*, Vol. 17, n.º 2, 2001, pp. 121-128.

¹⁴⁵ W. L. CRAIG, W. W. PARK and J. Paulsson, *op. cit.*, p. 625.

¹⁴⁶ P. J. BORCHERS. «The Triumph of Substance Over Rules of Choice in International Commercial Transactions: From the Lex Mercatoria to Modern Standards, an Introduction to Transnational Legal Transactions». En R. I. SCHAFER y M. J. RAISCH (eds.). *Introduction to Transnational Legal Transactions*. Oceana, 1995, pp. 150-151. Juenger opina lo mismo, véase F. JUENGER. «The Lex Mercatoria and Private International». En *Louisiana Law Review*, Vol. 60, 1999-2000, p. 265.

¹⁴⁷ F. DE LY. *International Business Law and Lex Mercatoria*, Emerald Publishing, 1992, p. 315. Esto es aún más cierto hoy en día, cuando se acepta que la aplicación e interpretación de la ley es, en cierto modo, un proceso creativo que genera nuevas leyes. Véase también S. VOGENAUER. «Sources of Law and Legal Method in Comparative Law». En M. REIMANN y R. ZIMMERMANN (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford University Press, 2006, pp. 885-886.

lex mercatoria se convierte en una herramienta para la consecución de este objetivo a través del principio de la inviolabilidad de los contratos.¹⁴⁸

5.4. Otros términos

En referencia al derecho no estatal, los términos costumbres, usos, principios y *lex mercatoria* son los que se utilizan con mayor frecuencia; sin embargo, también se emplean con frecuencia los siguientes términos para referirse al derecho no estatal: derecho transnacional, normas jurídicas no estatales, *droit a-national* (derecho anacional),¹⁴⁹ derecho mundial, derecho global, derecho uniforme, o incluso expresiones como *lex constructionis*, *lex electrónica*, *lex marítima*, *lex petrolea*,¹⁵⁰ *lex arbitralis*,¹⁵¹ *lex informática*,¹⁵² *lex mediática*,¹⁵³ *lex sportiva*,¹⁵⁴ etc.

5.5. Evolución de la *lex mercatoria* en la práctica

Yves Dezalay y Bryan Garth señalan que el arbitraje comercial internacional comenzó a crecer a un ritmo vertiginoso en todo el mundo, especialmente tras las disputas relacionadas con el petróleo de la década de

¹⁴⁸ Según Sornarajah, «la *lex mercatoria* tiene cierta credibilidad cuando se aplica a transacciones privadas en el comercio internacional ordinario. La idea es aprovechar esta credibilidad e introducir el concepto en el ámbito de los acuerdos de inversión extranjera, que implican la participación del Estado y las políticas estatales» (*op. cit.*, pp. 244-245).

¹⁴⁹ Se cree que este término fue acuñado por el difunto profesor Philippe Fouchard en su obra *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, París, 1965.

¹⁵⁰ A. DE JESÚS O. «The Prodigious Story of the Lex Petrolea and the Rhinoceros. Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society». En *TPLI Series on Transnational Petroleum Law*, Vol. 1, n.º 1, 2012. Disponible en <www.lexpetrolea.org> (consultado el 9 de mayo de 2022).

¹⁵¹ Véase H. SMIT. «Proper Choice of Law and the Lex Mercatoria Arbitralis». En T. E. CARBONNEAU (ed.). *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Lex Merchant*. 2.ª ed. The Hague, Juris Publishing/Kluwer International Law, 1998, p. 96.

¹⁵² R. LORENZETTI. *Comercio electrónico*. Abeledo-Perrot, 2001, p. 39.

¹⁵³ Relacionado con la propiedad intelectual. A LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ. *Contratos Internacionales de Software*. Tirant lo Blanc, 2006, p. 322.

¹⁵⁴ Por ejemplo, el laudo arbitral 2002/A/593, *Court of Arbitration for Sport (CAS)*, que en el caso *Football Association of Wales (FAW) v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA)* se refiere a la regla *contra proferentem* como un principio general de la *lex sportiva*.

1970,¹⁵⁵ que fueron resueltas por profesores de derecho de renombre o antiguos jueces con profundos conocimientos teóricos sobre derecho internacional, así como sobre cuestiones no relacionadas con el derecho estatal (usos, principios, etc.).¹⁵⁶

Esta situación evolucionó posteriormente, y este sistema de justicia informal que había estado dominado por académicos europeos se transformó en un sistema de justicia arbitral *offshore* monopolizado en su mayor parte por grandes bufetes de abogados estadounidenses e ingleses. De este nuevo sistema surgieron los «tecnócratas» arbitrales, que sustituyeron a los antiguos «grandes viejos» del arbitraje. Estos tecnócratas invocaban la especialización y los conocimientos técnicos que muchos habían adquirido trabajando en la secretaría de instituciones arbitrales que contratan a jóvenes abogados para administrar los casos arbitrales. Estos profesionales hacían hincapié en el valor de los precedentes y en el análisis detallado de los hechos del caso. Por el contrario, los académicos tenían una ventaja importante sobre sus homólogos profesionales en lo que respecta a los aspectos teóricos de los casos arbitrales y también podían manejar con soltura el derecho no estatal (o *lex mercatoria*), un tema que ahora se ha debatido e investigado ampliamente en el mundo académico. No obstante, desde que la balanza se inclinó hacia un mayor énfasis en el trabajo de los grandes bufetes de abogados angloamericanos en el ámbito del arbitraje internacional, el papel del derecho no estatal o *lex mercatoria* fue disminuyendo gradualmente.¹⁵⁷

Ahora bien, al analizar los enfoques tecnocráticos y académicos, gran parte de los datos son contradictorios. Los defensores del enfoque tecnocrático se remiten a datos que demuestran la aplicación generalizada del derecho estatal frente a la incidencia del derecho no estatal. Por ejemplo, la ICC ha informado de que en el 95 % de los litigios sometidos

¹⁵⁵ Y. DEZALAY y B. GARTH. *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*. The University of Chicago Press, 1996, p. 63.

¹⁵⁶ *Ibid.*, capítulo 2.

¹⁵⁷ *Ibid.*, capítulo 3.

a arbitraje ante la ICC en 2020, las partes incluyeron una cláusula de elección del derecho aplicable en sus contratos y, en el 98 % de los casos, eligieron leyes nacionales. La ICC señala que estas elecciones no coinciden necesariamente con el derecho aplicable al fondo del litigio.¹⁵⁸

Sin embargo, hace algunos años, un estudio realizado por Klaus Peter Berger entre 2733 abogados reveló que aproximadamente un tercio de los encuestados conocía al menos un caso en su práctica en el que las partes habían hecho referencia al derecho «transnacional» en sus contratos, y más del 40 % tenía conocimiento de al menos un procedimiento arbitral en el que se había utilizado ese término.¹⁵⁹ Una investigación más reciente, realizada a partir de 136 cuestionarios exhaustivos y datos cualitativos basados en 67 entrevistas en profundidad, reveló que el uso del derecho transnacional era bastante común en el ámbito arbitral: aproximadamente el 50 % de los entrevistados utilizaba el término «derecho transnacional» al menos «a veces».¹⁶⁰

¹⁵⁸ La legislación inglesa y la legislación de los Estados Unidos fueron las más elegidas, representando una cuarta parte de todos los contratos. Otras opciones comunes fueron las legislaciones de Suiza, Francia y Brasil. Véase *ICC Dispute Resolution 2020 Statistics*, 2021, p. 17. Véase también G. CUNIBERTI. «The international market for contracts: the most attractive contract laws». En *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 34, 2013, pp. 475-476. Cuniberti llevó a cabo un estudio empírico de más de 4400 contratos internacionales celebrados por 12 000 partes, basado en un análisis de los datos publicados con respecto a las prácticas contractuales de las partes que participan en arbitrajes de la ICC. Su estudio se llevó a cabo entre 2007 y 2012 y reveló que cuando las partes comerciales internacionales acordaban elegir una ley distinta a la suya para aplicar a su contrato, generalmente elegían la ley de una de estas cinco jurisdicciones: Inglaterra, Suiza, Estados Unidos, Francia y Alemania; sin embargo, como se ha señalado, la selección de leyes no estatales no se incluyó en esta investigación (K. BOELE-WOELKI. «¿Traen consigo algún cambio los Principios de La Haya sobre la elección del derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales?». En D. P. FERNÁNDEZ ARROYO y J. A. MORENO RODRÍGUEZ. *Contratos internacionales*. ASADIP-Organización de los Estados Americanos - Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, 2016, p. 97).

¹⁵⁹ Véase C. R. DRAHOZAL. «Of Rabbits and Rhinoceri: A Survey of Empirical Research on International Commercial Arbitration». En *Journal of International Arbitration*, Vol. 20, 2003, p. 30.

¹⁶⁰ 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, Queen Mary, University of London, School of International Arbitration (SIA) y White & Case, p. 11. Véase también C. R. DRAHOZAL. «Empirical Findings, on International Arbitration». En Thomas SCHULTZ y Federico ORTINO (eds.). *The Oxford Handbook of International Arbitration*. Oxford, OUP, 2020, p. 659.

Más recientemente, en 2014, el blog Kluwer Arbitration Blog invitó a participar en una encuesta sobre el uso de instrumentos de derecho indicativo en el arbitraje internacional. Se pidió a los usuarios que informaran sobre sus experiencias reales con los Principios UNIDROIT, la *lex mercatoria* y otros instrumentos similares. Los resultados de la encuesta sobre los Principios UNIDROIT y la *lex mercatoria* fueron sorprendentemente similares, lo que podría sugerir que pueden utilizarse indistintamente. Alrededor del 50 % de los usuarios del blog afirmaron haber utilizado ambos instrumentos ocasionalmente, mientras que alrededor del 20 % afirmaron utilizarlos siempre o con regularidad.¹⁶¹

5.6. Los Principios de La Haya y el derecho no estatal

En los debates del grupo de trabajo que preparó el proyecto de los Principios de La Haya, se consideraron tres opciones para la elección de normas no estatales: (1) reservar las normas no estatales para el arbitraje; (2) permitir la elección de la ley no estatal independientemente del mecanismo de solución de controversias; o (3) omitir todas las referencias a la ley no estatal, dejando así abierta la interpretación por parte de los jueces y árbitros.

La primera opción habría equivalido a mantener el *statu quo*. De hecho, aunque la mayoría de las normas de arbitraje modernas ofrecen la posibilidad de elegir una ley no estatal como marco jurídico para un contrato internacional, la mayoría de los tribunales de justicia no lo hacen. La tercera opción (omitir todas las referencias a la ley no estatal) habría permitido al tribunal arbitral o a la corte de justicia determinar por sí

¹⁶¹ La encuesta se llevó a cabo en el marco del Proyecto Fondecyt (Fundación Nacional para el Desarrollo Científico y Tecnológico, Chile) n.º 1110437. Elina Mereminskaya, Bofill Mir y Alvarez Jana Abogados, para ITA, *Results of the Survey on the Use of Soft Law Instruments in International Arbitration*, June 2014, disponible en <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/06/06/results-of-the-survey-on-the-use-of-soft-law-instruments-in-international-arbitration/?doing_wp_cron=1589810344.7918469905853271484375> (consultado el 9 de mayo de 2022).

mismo el derecho aplicable, lo que podría dar lugar a incertidumbres. En última instancia, la Conferencia de La Haya optó por la segunda opción, es decir, permitir la elección de la ley no estatal independientemente del método de resolución de controversias.¹⁶² Se consideró que esta opinión «nivelaba el campo de juego»¹⁶³ o «salvaba la brecha»¹⁶⁴ entre el arbitraje y el litigio, al menos en los países que han adoptado la Ley Modelo UNCITRAL. Hoy en día, cuando los legisladores o los tribunales han aceptado normas como el artículo 3 de los Principios de La Haya, ya no es necesario incluir una cláusula arbitral para garantizar que se respete la elección de la ley no estatal.

Algunos autores han expresado sus dudas sobre hasta qué punto la elección de la ley no estatal en el arbitraje o el litigio satisface una necesidad comercial existente. Otros han planteado la cuestión del déficit democrático¹⁶⁵ en las fuentes de derecho más allá del Estado.¹⁶⁶

En respuesta, Symeon Symeonides escribió que la admisión de normas no estatales en los Principios de La Haya satisfacía los resentimientos provincianos de una coalición de hombres del pasado, y reconoció que la redacción de esta cuestión en los Principios de La Haya no era ideal.¹⁶⁷ Según Daniel Girsberger y Neil Cohen, «los defensores de un

¹⁶² L. GAMA Jr. y G. SAUMIER. «Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts». En *El Derecho internacional Privado en los procesos de integración regional, Jornadas de la ASADIP 2011*. San José, Costa Rica, 24-26 de noviembre, ASADIP/Editorial Jurídica Continental, 2011, pp. 62-63.

¹⁶³ M. PERTEGÁS y B. A. MARSHALL. «Harmonization Through the Draft Hague Principles on Choice of Law». En *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 39, 2014, p. 979.

¹⁶⁴ G. SAUMIER. «Designating the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution». En *Uniform Law Review*, Vol. 17, 2011, p. 533.

¹⁶⁵ Véase H. MUIR WATT. «Party Autonomy in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance». En *European Review of Contract Law*, Vol. 6, n.º 3, 2010, pp. 250-283.

¹⁶⁶ B. A. MARSHALL. «The Hague Choice of Law Principles, CISG, and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law». En *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 66, 2018, pp. 175-217.

¹⁶⁷ S. C. SYMEONIDES. *Codifying Choice of Law Around the World, An International Comparative Analysis*. Oxford University Press, 2014, p. 143. MANKOWSKI también es un crítico severo de las disposiciones de los Principios relativas al derecho no Estatal («Art 3 of the Hague Principles: the

sistema jurídico más clásico y centrado en el Estado pueden pasar por alto el hecho de que la globalización ya ha disminuido el papel del derecho estatal». Además, «la investigación empírica ha demostrado que los principales actores del comercio internacional recurren cada vez más al derecho no estatal». También expresan sus dudas

[...] que la nueva norma reforzará o debilitará el papel de los tribunales estatales frente al arbitraje; sin duda, habrá otros factores más importantes (como la calidad de los jueces). No se pretende crear competencia entre el arbitraje y los procedimientos judiciales en los litigios internacionales, sino más bien ofrecer una alternativa complementaria que favorezca las necesidades de las partes.¹⁶⁸

La aplicación del derecho no estatal en virtud de los Principios de La Haya no es ilimitada. De conformidad con el artículo 11, apartado 1, del instrumento, incluso cuando se acepta la elección del derecho no estatal, las normas imperativas del foro pueden seguir siendo aplicables independientemente del derecho elegido por las partes. Los apartados 2 y 4 del artículo 11 de los Principios de La Haya amplían esta posibilidad, en determinadas circunstancias, a las disposiciones imperativas y a las normas de orden público que se derivan de otra ley. Del mismo modo, según el apartado 3 del artículo 11 de los Principios de La Haya:

Una corte solo podrá excluir la aplicación de una disposición de la ley [o de la «ley no estatal»] elegida por las partes si, y en la medida en que, el resultado de dicha aplicación fuera manifiestamente incompatible con los principios fundamentales de orden público (*ordre public*) del foro.¹⁶⁹

final breakthrough for the choice of non-State law?». En *Uniform Law Review*, Vol. 22, 2017, p. 369).

¹⁶⁸ D. GIRSBERGER y N. B. COHEN. «Key Features of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts». En *Uniform Law Review*, Vol. 22, 2017, pp. 328-329.

¹⁶⁹ «Por otra parte, el enfoque adoptado por los Principios de La Haya requiere un análisis más profundo sobre si las normas que son obligatorias en los escenarios nacionales también deben serlo cuando el contrato es internacional. Esto puede depender de su objetivo específico, de la situación fáctica concreta y de la proximidad entre el caso y el foro» (D. GIRSBERGER, T. K. GRAZIANO y J. L. NEELS. «General Comparative Report». En *Choice of Law in International Commercial Contracts: Global Perspectives on the Hague Principles*. OUP, 2021, p. 49 *et seq.*).

a) *Tipos de derecho no estatal que deben elegirse de conformidad con los Principios de La Haya*

Una vez que el tribunal arbitral ha decidido aplicar el derecho no estatal, debe establecer el contenido de «este tipo de cuestiones».¹⁷⁰ No es una tarea fácil, pero los árbitros deben «hacer frente» a ella, tal y como se expresa en un notable laudo arbitral de la ICC.¹⁷¹

Los Principios de La Haya dan contenido a «este tipo de cuestiones». Su artículo 3 indica los criterios conjuntos que se requieren para determinar la legitimidad del derecho no estatal. El requisito de «neutralidad» exige un conjunto de normas capaces de resolver los problemas que se plantean habitualmente en los contratos transnacionales, mientras que el requisito previo de «equilibrio» se estableció para abordar el problema de la desigualdad en el poder de negociación, que conduce a la aplicación de reglas de derecho injustas o inequitativas. A su vez, el «conjunto de reglas» elegido debe «permitir la resolución de problemas contractuales comunes en el contexto internacional» y no debe constituir simplemente un pequeño número de disposiciones.¹⁷²

El artículo 3 de los Principios de La Haya establece que las partes pueden someter su contrato internacional a normas no estatales que sean «generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de reglas neutrales y equilibradas». Este último requisito tiene por objeto disuadir a las partes de elegir categorías vagas o

¹⁷⁰ A. BRIGGS. *The Conflict of Laws*. 3.^a ed. Oxford University Press, 2013, p. 237. Véase la cita en O. TOTTH. *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*. Oxford University Press, 2017, p. 207.

¹⁷¹ *Westinghouse*, ICC Arbitral Award n.º 7375. Disponible en <<http://www.unilex.info/principles/case/625>> (consultado el 20 de mayo de 2022).

¹⁷² Las cláusulas o condiciones contractuales redactadas unilateralmente claramente no pueden considerarse como derecho no estatal que pueda elegirse como derecho aplicable, ya que no cumplen el requisito de constituir un conjunto de normas suficientemente completo y adecuado elegido mediante el ejercicio de la autonomía de las partes (comentario [3.10], disponible en <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>> (consultado el 15 de septiembre de 2022).

poco claras como reglas de derecho aplicables.¹⁷³ Entre los ejemplos de conjuntos de reglas generalmente aceptadas figuran los Principios UNIDROIT, los Principios del Derecho Contractual Europeo y el Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR).

Además, los Principios de La Haya permiten elegir la CISG y los Principios UNIDROIT como «reglas de derecho» cuando no son aplicables al caso concreto en virtud de sus propios términos.¹⁷⁴ Los Principios de La Haya ofrecen una valiosa contribución a este respecto, ya que ninguna otra norma de derecho internacional privado ha permitido a las partes apartarse del ámbito de aplicación normal de un instrumento y elegirlo como el derecho aplicable a su contrato.¹⁷⁵ La elección de la CISG a través de los Principios de La Haya puede responder a una clara necesidad comercial. De hecho, un comentario de la UNCITRAL de

¹⁷³ Véase M. PERTEGÁS y B. A. MARSHALL. «Harmonization Through the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts». En *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 39, 2014, pp. 997-998.

¹⁷⁴ «Tanto los Principios UNIDROIT como la CISG se mencionan expresamente como ejemplos que pueden elegirse como derecho aplicable en el comentario oficial a los Principios de La Haya. La elección de aplicar disposiciones no escritas del derecho no estatal plantea un reto más serio, ya que tienden a ser incompletas y desestructuradas, y su contenido está menos definido. Tampoco está claro si las disposiciones no escritas del derecho no estatal contribuyen a la seguridad jurídica y la previsibilidad, ni en qué medida lo hacen» (G. A. BERMANN. «International Arbitration and Private International Law». En *Recueil des Cours*, Vol. 381, 2016, p. 361). Para obtener más información sobre el uso de los Principios UNIDROIT como reglas de derecho que rigen el contrato y su relación con los Principios de La Haya, véase A. VENEZIANO. «The Model Clauses for the Choice of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Article 3 of the Hague Principles». En *Choice of Law in International Commercial Contracts: Global Perspectives on the Hague Principles*, pp. 189-199. Véase también UNCITRAL, HCCH and Unidroit *Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts, with a Focus on Sales*, disponible en <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/tripartiteguide.pdf>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

¹⁷⁵ Esto ha dado lugar a problemas en diversos sectores. Por ejemplo, el transporte multimodal, que se rige por un único contrato de transporte, pero que implica el transporte por mar y por tierra, da lugar a que el contrato esté sujeto a diferentes regímenes normativos. Véase, en general, S. M. CARBONE. «Multimodal Carriage Contracts». En *Encyclopedia of Private International Law*, Vol. 2, Edward Elgar, 2017, p. 1262.

2015 escribió, en relación con sus instrumentos, «[...] el uso de los Principios de La Haya, según proceda» en el arbitraje.¹⁷⁶ Se trata de un avance significativo, ya que la CISG ha sido calificada por Reinhard Zimmermann como «el instrumento más importante para la unificación del derecho privado».¹⁷⁷ Destacando aún más el impacto de la posibilidad de elegir la CISG y los Principios UNIDROIT como derecho aplicable en virtud de los Principios de La Haya, un estudio realizado por Giles Cuniberti detectó que la CISG es la ley no estatal más frecuentemente elegida.¹⁷⁸

Como afirma Yves Fortier, los Principios UNIDROIT, la CISG y los PECL son «herramientas viables» para el arbitraje, caracterizadas por su informalidad y pragmatismo: es la «nueva, nueva *lex mercatoria*».¹⁷⁹

Ralph Michaels, un firme detractor de los Principios de La Haya en lo que respecta a la regulación del derecho no estatal, sostiene que principios como los Principios UNIDROIT no pueden servir como derecho aplicable porque no abarcan tantas cuestiones de derecho contractual como los sistemas estatales;¹⁸⁰ sin embargo, como afirma Pierre Lalive, si bien es cierto que la *lex mercatoria* es incompleta, tampoco puede considerarse completo ningún sistema nacional.¹⁸¹ Además, la incompletitud de las normas jurídicas «no tiene por qué ser una desventaja práctica».

¹⁷⁶ United Nations, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of Its Forty-Eighth Session*, para 240, UN Doc A/70/17 (2015). Disponible en <<https://undocs.org/A/70/17>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

¹⁷⁷ R. ZIMMERMANN. *Estudios de Derecho Privado Europeo*. Civitas, 2000, p. 119.

¹⁷⁸ G. CUNIBERTI. «Three Theories of Lex Mercatoria». En *Columbian Journal of Transnational Law*, Vol. 52, 2014, pp. 396-403.

¹⁷⁹ Y. FORTIER. «The New, New Lex Mercatoria, or, Back to the Future». En *Arbitration International*, Vol. 17, n.º 2, 2001, pp. 121-128 (nota posterior 123). «Una ventaja importante de los principios de derecho indicativo escritos, como los Principios UNIDROIT, es precisamente su forma escrita y, más concretamente, su presentación en un texto estructurado y autoritario en torno al cual girarán todos los debates» (G. A. BERMANN, *op. cit.*, p. 360).

¹⁸⁰ R. MICHAELS. «The UNIDROIT Principles as Global Background Law». En *Uniform Law Review*, Vol. 19, 2014, pp. 643-668.

¹⁸¹ P. LALIVE. *Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration, Commentary – Full Section*. Vol. 3, ICCA Congress Series, 1986, nota posterior 186.

Esto también se debe a que instrumentos como los Principios UNIDROIT proporcionan un conjunto equilibrado de reglas que son «neutras» y están diseñadas para ser utilizadas en todo el mundo, independientemente de las tradiciones jurídicas y las condiciones económicas y políticas de los países en los que se aplican.¹⁸²

Los Principios de La Haya permiten a las partes elegir diferentes leyes para diferentes partes del contrato (artículo 2, apartado 2). Por lo tanto, el derecho estatal y el derecho no estatal pueden coexistir de acuerdo con las necesidades de las partes.¹⁸³ Además, como ha destacado el destacado comparativista René David, las leyes nacionales no suelen ser adecuadas para la regulación de las transacciones internacionales.¹⁸⁴

b) *Posibles conflictos entre el artículo 3 de los Principios de La Haya y otros modelos para la elección del derecho no estatal*

Como se ha señalado anteriormente, el artículo 3 de los Principios de La Haya redactados por el Grupo de Trabajo establecía claramente: «En los presentes Principios, toda referencia al derecho incluye las reglas de derecho», mientras que el texto de compromiso incluye ahora los requisitos de «generalmente aceptado», «conjunto de reglas» y «neutral y equilibrado».

¹⁸² Véase *Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Clause 1, General remarks*. Disponible en <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

¹⁸³ Esta es también la solución proporcionada por las *Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. La Cláusula Modelo n.º 1 establece que «las partes que deseen elegir los Principios UNIDROIT como reglas de derecho que rigen su contrato podrán (i) elegir los Principios UNIDROIT sin referencia alguna a otras fuentes jurídicas; (ii) elegir los Principios UNIDROIT complementados con una ley nacional concreta; o (iii) elegir los Principios UNIDROIT complementados con los “principios generalmente aceptados del derecho mercantil internacional”». Disponible en <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses>> (consultado el 9 de mayo de 2022).

¹⁸⁴ R. DAVID. «The International Unification of Private Law». En *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 2, 1969, pp. 11-12.

Michaels criticó duramente esta disposición, afirmando que la disposición original «al menos habría tenido sentido desde el punto de vista analítico» y que las adiciones introducidas por la Comisión Especial en 2012 «empeoraron considerablemente una norma ya de por sí problemática». Michaels considera que la fórmula para elegir el arbitraje es demasiado restrictiva, dado que los requisitos introducidos por la Comisión Especial no existen en las leyes arbitrales.¹⁸⁵

De hecho, el artículo 28 de la Ley Modelo UNCITRAL no incluye los requisitos del artículo 3 de los Principios de La Haya. Jürgen Basedow se pregunta si:

¿Podrían los árbitros declarar que un conjunto de reglas que forman parte del contrato es demasiado fragmentario o demasiado parcial como para ser considerado como el derecho aplicable en virtud del artículo 3, si cabe esperar que ese mismo conjunto de reglas sea considerado como el derecho aplicable en los procedimientos judiciales en virtud de la disposición nacional que aplica el artículo 28 de la Ley Modelo UNCITRAL?

Basedow considera que el papel del artículo 3 de los Principios de La Haya es «un poco opaco». Si los redactores querían reforzar la tendencia general hacia el derecho no estatal que se desprende del artículo 28 de la Ley Modelo, deberían haberlo copiado textualmente, en su opinión. Si el objetivo del artículo 3 era «aclarar el concepto de ‘reglas de derecho’ utilizado en el artículo 28 [...], debería haberse aclarado al menos en el Comentario, lo que suscitaría algunas dudas sobre su legitimidad».¹⁸⁶

¹⁸⁵ R. MICHAELS. «Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts». En Kai PURNHAGEN y Peter ROTT (eds.). *Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz*, 2014.

¹⁸⁶ J. BASEDOW. «The Hague Principles on Choice of Law: their addressees and impact». En *Uniform Law Review*, Vol. 22, 2017, pp. 314-315.

En respuesta, se podría argumentar que el artículo 28 de la Ley Modelo se refiere a dos situaciones relativas al derecho no estatal. La primera situación se plantea en el contexto del artículo 28(1), que trata la cuestión del «derecho aplicable», pero sin ofrecer orientación sobre qué se considera como tal. En este sentido, los Principios de La Haya pueden resultar útiles, ya que tanto los árbitros como los jueces pueden aplicar la disposición nacional del artículo 28(1) para ayudarles a identificar qué se considera derecho no estatal aplicable en el arbitraje (esta cuestión sigue abierta y es muy controvertida en esta disciplina). La segunda situación se deriva del artículo 28(4) de la Ley Modelo. Esta disposición se refiere al derecho no estatal en un contexto diferente, refiriéndose principalmente al derecho no estatal como usos comerciales en la interpretación de los términos contractuales. Los Principios de La Haya no se pronuncian sobre esta cuestión.

Un miembro destacado que participó en la redacción de los Principios de La Haya reconoce que «como suele ocurrir, la redacción de un texto de compromiso deja mucho que desear»,¹⁸⁷ considerando que «la redacción por parte de un comité para alcanzar un compromiso a menudo da lugar a resultados que distan mucho de ser óptimos».¹⁸⁸ José Antonio Moreno Rodríguez presidió un comité *ad hoc* creado en La Haya durante la reunión de la Comisión Especial de 2012 debido a la obstinada negativa de la delegación de la Unión Europea a aceptar el derecho no estatal en los Principios de La Haya. En última instancia, el único texto que resultó aceptable para esa delegación fue el que finalmente se aprobó en este comité *ad hoc* a propuesta de Francesca Mazza.¹⁸⁹ En ese momento, la mayoría de los delegados consideraron que un texto de

¹⁸⁷ S. C. SYMEONIDES. *Codifying Choice of Law Around the World, An International Comparative Analysis*. Oxford University Press, 2014, p. 145.

¹⁸⁸ G. SAUMIER. «The Hague Principles and the Choice of Non-State 'Rules of Law' to Govern an International Commercial Contract». En *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 40, n.º 1, 2014, pp. 24-28.

¹⁸⁹ Mazza fue uno de los observadores del Grupo de Trabajo y actuó en ese momento en nombre de la Corte de Arbitraje de la ICC.

compromiso era un mal menor que negarse a admitir por completo el derecho no estatal.¹⁹⁰

La redacción final de los Principios de La Haya sobre esta cuestión no es ideal; sin embargo, abrió la puerta a la aceptación del derecho no estatal dentro de los Principios de La Haya, lo que de otro modo no habría sido posible. Como sostiene Patrick Glenn, el desarrollo del derecho no estatal es, en última instancia, obra de los profesionales del derecho, los académicos y los jueces, cuya principal contribución se deriva de la apertura y la posible aceptación de la normatividad jurídica no estatal.¹⁹¹ Por último, como afirma Geneviève Saumier, aunque los criterios de los Principios de La Haya «pueden servir para identificar las ‘reglas de derecho’ que cumplen con éxito los requisitos, la disposición sigue siendo operativa».¹⁹²

En el contexto de las reclamaciones internacionales en materia de inversiones, el texto definitivo del artículo 3 de los Principios de La Haya allana claramente el camino para el uso, por ejemplo, de los Principios UNIDROIT como derecho aplicable elegida o incluso en situaciones en las que no se ha elegido ninguna ley, como se explicará en el próximo capítulo.

¹⁹⁰ Dickinson, uno de los miembros del Grupo de Trabajo sobre los Principios de La Haya, también formuló una fuerte objeción a las reformas introducidas por la Comisión Especial. Argumentó que cualquiera que interpretara los Principios de La Haya debería simplemente ignorar las adiciones, en «A principled approach to choice of law in contract». En *Journal of International Banking and Financial Law*, Vol. 2, 2013, p. 152.

¹⁹¹ H. P. GLENN. «Harmony of Laws in the Americas». En *Legal Harmonization in the Americas: Business Transactions, Bijuralism and the OAS* (Organization of American States) General Secretariat, Office of the Assistant Secretary for Legal Affairs, 2002, p. 43. Esto tiene en cuenta el amplio reconocimiento de la autonomía de las partes y la importancia de los usos y costumbres comerciales para regular la legislación sobre contratos internacionales.

¹⁹² «Solo el tiempo dirá si el artículo 3 es un paso audaz hacia adelante o un paso en la dirección equivocada [...] Con un riesgo de pérdida tan mínimo, vale la pena dar este paso, aunque solo sea para ver a dónde nos lleva» (G. SAUMIER. «The Hague Principles and the Choice of Non-State ‘Rules of Law’ to Govern an International Commercial Contract». En *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 40, n.º 1, 2014, p. 28).

5.7. La aplicabilidad del derecho no estatal en otros instrumentos de derecho internacional privado

Como se ha expuesto en el capítulo anterior, el Reglamento Roma I solo admite la incorporación del derecho no estatal mediante referencia,¹⁹³ mientras que el Convenio de México muestra una mayor apertura en este sentido (aunque varios de los conceptos utilizados en el Convenio pueden plantear algunos problemas de interpretación). Por ejemplo, el artículo 9, párrafo 2, de la Convención de México se refiere a «los principios generales del derecho mercantil internacional reconocidos por las organizaciones internacionales», mientras que el artículo 10 se refiere a «las directrices, costumbres y principios del derecho mercantil internacional, así como los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados».¹⁹⁴

La Parte Sexta de la Guía de la OEA aborda el complejo problema del derecho no estatal y diversas terminologías relacionadas, como los usos, las costumbres y las prácticas, los principios y la *lex mercatoria*. En consonancia con los Principios de La Haya, la Guía utiliza el término «reglas de derecho» y defiende que los regímenes jurídicos nacionales sobre el derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales «deben reconocer y aclarar la elección del derecho no estatal» (Recomendación 6.1). Además, la Guía anima a ir más allá del statu quo, al igual que los Principios de La Haya,¹⁹⁵ admitiendo el derecho no estatal no solo en el ámbito arbitral, sino también en el contexto judicial como elección del derecho aplicable y como herramienta interpretativa (véase la Recomendación 6.2).

¹⁹³ Véase el apartado 13 del preámbulo del Reglamento Roma I, que establece que el Reglamento «no impide a las partes incorporar por referencia en su contrato un cuerpo normativo no estatal o un convenio internacional» (véase también el apartado 14 del «Preámbulo»).

¹⁹⁴ Véase la Guía de la OEA, p. 51.

¹⁹⁵ L. GAMA y G. SAUMIER. «Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts». En *El Derecho internacional Privado en los procesos de integración regional*, Jornadas de la ASADIP 2011, San José, Costa Rica, 24-26 de noviembre, ASADIP/Editorial Jurídica Continental, San José, 2011, pp. 62-63.

Según el proyecto de ley de la OHADA, aunque las partes pueden optar por designar el derecho aplicable a su contrato, el artículo 234 de la Ley Uniforme sobre Derecho Mercantil General no determina si las partes pueden elegir las reglas de derecho que regirán su contrato. Por lo tanto, en virtud del artículo 10 del Tratado de la OHADA, esta cuestión se rige por la legislación nacional de cada Estado miembro. Ningún Estado miembro de la OHADA permite a las partes que litigan ante los tribunales nacionales designar una ley no estatal para regir su contrato. Por el contrario, la primera frase del artículo 15, apartado 1, de la Ley Uniforme sobre Arbitraje permite a las partes elegir no solo la ley estatal, sino también las reglas de derecho (*règles de droit*) que regirán sus procedimientos arbitrales.¹⁹⁶ Del mismo modo, el anteproyecto de 2015 no reconoce la opción de elegir una ley no estatal cuando se somete una controversia a los tribunales de un Estado miembro de la OHADA.¹⁹⁷

En un número considerable de jurisdicciones de todo el mundo, en lo que respecta a los procedimientos ante los tribunales estatales, las partes no pueden elegir una ley no estatal como derecho aplicable a su contrato. En estas jurisdicciones, el derecho aplicable al contrato debe ser una ley estatal. Si las partes eligen una ley no estatal para regir su contrato, un tribunal nacional no reconocerá esta elección y determinará por sí mismo la ley estatal aplicable utilizando las normas internacionales de conflicto. Este es el caso, por ejemplo, de la Unión Europea, la OHADA (y sus Estados miembros), Hong Kong, Singapur, Corea del Sur, Nueva Zelanda, México, Bolivia y muchas otras jurisdicciones.¹⁹⁸ En un número considerable de otros países, la cuestión aún no se ha decidido y, por lo

¹⁹⁶ Véase J. MONSENPWO. «The Organization for the Harmonization of Business Law in Africa and the Hague Principles». En *Choice of Law in International Commercial Contracts: Global Perspectives on the Hague Principles*. OUP, 2021, p. 255.

¹⁹⁷ Véase J. L. NEELS. «The Role of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts in the Revision of the Preliminary Draft Uniform Act on the Law of Obligations in the OHADA Region». En *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins- Hollandse Reg, Journal of Contemporary Roman - Dutch Law*, Vol. 81, n.º 3, 2018.

¹⁹⁸ Véase D. GIRSBERGER, T. K. GRAZIANO y J. L. NEELS. «General Comparative Report». En *Choice of Law in International Commercial Contracts: Global Perspectives on the Hague Principles*. OUP, 2021, pp. 44-45.

tanto, sigue abierta, como en los países de África de *common law*, la India, Rusia, Indonesia y otros. En todas estas jurisdicciones, las partes solo podrán incorporar la ley no estatal en su contrato mediante referencia (es decir, integrando la regla de derecho en los términos del contrato)¹⁹⁹.

En una pequeña minoría de jurisdicciones se permite explícitamente a las partes elegir una ley no estatal para regir sus contratos comerciales internacionales. Esta posibilidad se reconoce expresamente en el artículo 3.4 del proyecto de Principios Asiáticos de Derecho Internacional Privado (APPIL).²⁰⁰ En América, la legislación paraguaya acepta esta posibilidad, al igual que las leyes de Panamá, Venezuela y, muy recientemente, Uruguay.²⁰¹

¹⁹⁹ *Idem*.

²⁰⁰ Véase N. TAKASUGI, B. ELBALTI. «Asian Principles of Private International Law». En *Choice of Law in International Commercial Contracts: Global Perspectives on the Hague Principles*. OUP, 2021, pp. 399-413.

²⁰¹ Véase la Guía de la OEA, p. 53. En lo que respecta a Uruguay, la nueva «Ley General de Derecho Internacional Privado» (Ley 19.920), aprobada en noviembre de 2020, establece expresamente en su artículo 45, apartado 2: «De conformidad con lo dispuesto en los artículos 13 y 51 de la presente ley, las partes podrán elegir reglas de derecho generalmente aceptadas a nivel internacional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, siempre que estas emanen de organizaciones internacionales de las que la República Oriental del Uruguay sea parte».

FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS DEL UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

Jorge Oviedo Albán *

INTRODUCCIÓN

Con instrumentos de diversa naturaleza: unos de *hard law* y otros de *soft law*, el derecho contemporáneo pretende solucionar las falencias derivadas de las reglas de conflicto en torno a la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales, de manera que se puedan superar los obstáculos surgidos de las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales para el desarrollo de tales transacciones. Esto es lo que ha inspirado el trabajo de varias entidades intergubernamentales y gremiales las cuales desde hace varias décadas han venido trabajando en pro del desarrollo y adopción de instrumentos de Derecho uniforme.¹ Con este objetivo fue creado el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en 1926, y que según el artículo 1 del Estatuto Orgánico del 15 de marzo de 1940:

* Abogado y especialista en Derecho Comercial por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Doctor en Derecho y magíster en Derecho Privado por la Universidad de los Andes (Santiago de Chile). Jefe del Departamento de Derecho Privado, de la Empresa y de los Negocios de la Facultad de Estudios Jurídicos, Políticos e Internacionales de la Universidad de La Sabana (Bogotá). Árbitro nacional e internacional del Centro de Arbitraje y Conciliación y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

¹ Cfr. R. ILLESCAS ORTIZ y P. PERALES VISCASILLAS. *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho uniforme*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces - Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2003, pp. 27-75; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS. *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*. Colegios Notariales de España, Madrid, 2004, pp. 113-282; A. MAZZONI y M. CHIARA MALAGUTI. *Derecho del comercio internacional. Fundamentos y perspectivas*. G. M. DÍAZ GONZÁLEZ (trad.). Tirant lo Blanch, G. Giappichelli Editore, Valencia, 2021, pp. 135-172; M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ. *Introducción al Derecho Comercial Internacional*. 2.^a ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 279-397.

[...] tiene por objeto estudiar los medios de armonizar y coordinar el derecho privado entre los Estados o entre grupos de Estados y preparar gradualmente la adopción por parte de los distintos Estados de una legislación de derecho privado uniforme.

A tal fin, el Instituto:

- a) Prepara proyectos de leyes o convenciones con miras a establecer un derecho interno uniforme.
- b) Prepara proyectos de acuerdos tendientes a facilitar las relaciones internacionales en materia de derecho privado.
- c) Emrende estudios de derecho comparado en materia de derecho privado.
- d) Se interesa por las iniciativas ya tomadas por otras instituciones en todos esos campos con las cuales puede, en caso necesario, mantenerse en contacto.
- e) Organiza conferencias y publica los estudios que juzga dignos de amplia difusión.

Cabe recordar que esto fue también lo que tuvo en cuenta la Organización de Naciones Unidas cuando por medio de la Resolución 2205 (XXI) de diciembre de 1965 decidió crear la Comisión para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI o UNCITRAL), «Reafirmando su convicción de que las divergencias que surgen de las leyes de los diversos Estados en materias relacionadas con el comercio internacional constituyen uno de los obstáculos al desarrollo del comercio mundial»,² con el objetivo de «[...] promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional [...]».³

² ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución de la Asamblea General 2205 (XXI) - Establecimiento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

³ *Idem.*

Dentro de los instrumentos que estas instituciones han preparado, Los Principios del UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales constituyen uno de los más relevantes para el Derecho Comercial Internacional,⁴ dada la aceptación que desde la primera versión han tenido en diversos ámbitos, como es la práctica arbitral, su influencia en el proceso de modernización del derecho de obligaciones y contratos, y la atención recibida por la doctrina, todo lo cual fue reconocido por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional en el 40.º período de sesiones,⁵ junto con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Términos Incoterms de la CCI y las Reglas y Usos Uniformes sobre contratos de crédito documentario, entre otros.

Este trabajo ha sido preparado con el fin de revisar los objetivos que persiguen los Principios del UNIDROIT, basado en algunos laudos arbitrales y fallos judiciales en relación con cada una de las funciones que a los mismos se atribuye en el «Preámbulo».⁶ Igualmente, se han revisado las principales posiciones doctrinales en torno a tales funciones.

1. ASPECTOS GENERALES

En este acápite se desarrollarán algunos aspectos generales que permitirán entender su naturaleza jurídica y aplicación, lo que se ampliará en el punto 2 relativo a las funciones de los Principios. Para ello, se tratará su origen y naturaleza jurídica (1.1) y su campo de aplicación, concretamente a partir de indagar que se entiende en el contexto de este instrumento por «contrato internacional» y «comercial» (1.2).

⁴ P. PERALES VISCASILLAS. «Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales». En E. BOSCH CAPDEVILLA (dir.) y Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (coord.). *Derecho Contractual Europeo*. Bosch, Barcelona, 2009, p. 185.

⁵ A/62/17 (Part I) - Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 40.º período de sesiones.

⁶ Independientemente de la forma de citación de fallos que se siga en cada país, a efectos de este escrito se identifican los nombres de las partes (cuando en la fuente consultada se incluyen), el número del fallo (si lo hubiere), el nombre del tribunal, la fecha y la fuente donde se ha consultado.

1.1. *Origen, naturaleza jurídica y estructura*

En 1968, con ocasión de la celebración de los 40 años de fundación del UNIDROIT en Roma, surgió la idea de crear un cuerpo normativo para los contratos comerciales internacionales. El Consejo Directivo del Instituto en su reunión de 1971 incluyó en la agenda de trabajo la preparación de un ensayo de unificación relativo a la parte general de los contratos, el que se conformó en 1980 con representantes de diversas culturas y sistemas jurídicos del mundo.⁷ Las labores terminaron en 1994 con la publicación de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales originalmente redactados en inglés y traducido a diferentes idiomas.⁸ En 2004 se publicó una segunda versión, en la cual se adicionaron temas a la estructura original además de haberse revisado y corregido algunos aspectos de la versión 1994.⁹ El 13 de mayo de 2011, en la reunión n.º 90, el Consejo Directivo del UNIDROIT adoptó la tercera versión de los Principios. En 2016 se publicó la cuarta versión que está dividida en once capítulos y 211 artículos. La estructura es la siguiente: Preámbulo. Capítulo 1. Disposiciones generales. Capítulo 2. Formación y apoderamiento de representantes. Sección 1: Formación. Sección 2: Apoderamiento de representantes. Capítulo 3. Validez. Sección 1: Disposiciones generales. Sección 2: Causales de anulación. Sección 3: Ilícitud. Capítulo 4. Interpretación. Capítulo 5. Contenido, estipulación a favor de terceros y obligaciones condicionales. Sección 1: Contenido. Sección 2: Estipulación a favor de terceros. Sección 3: Obli-

⁷ M. JOACHIM BONELL. «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?». En *Tulane Law Review*, Vol. 69, n.º 5, 1995, p. 1126; M. J. BONELL. *An international restatement of contract law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. 3.ª ed. Transnational Publishers, New York, 2005, pp. 27-39; D. LEVY. «Contract Formation under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, UCC, Restatement and CISG». En *Uniform Commercial Code Law Journal*, Vol. 30, 1998, p. 256; M. J. BONELL, «The UNIDROIT Principles...», *op. cit.*, p. 1147; S. VOGENAUER. «Introduction». En S. VOGENAUER y J. KLEINHEISTERKAMP (eds.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. Oxford University Press, 2009, pp. 6-12.

⁸ BONELL. «The UNIDROIT Principles...», *op. cit.*, p. 1127.

⁹ BONELL. *An international restatement of contract law...*, *op. cit.*, p. 41; VOGENAUER, *op. cit.*, p. 11.

gaciones condicionales. Capítulo 6. Cumplimiento. Sección 1: Cumplimiento en general. Sección 2: Excesiva onerosidad (*hardship*). Capítulo 7. Incumplimiento. Sección 1: Incumplimiento en general. Sección 2: Derecho a reclamar el cumplimiento. Sección 3: Resolución. Sección 4: Resarcimiento. Capítulo 8. Compensación. Capítulo 9. Cesión de créditos, transferencia de obligaciones y cesión de contratos. Sección 1: Cesión de créditos. Sección 2: Transferencia de obligaciones. Sección 3: Cesión de contratos. Capítulo 10: Prescripción. Capítulo 11: Pluralidad de deudores y de acreedores. Sección 1: Pluralidad de deudores. Sección 2: Pluralidad de acreedores.

La versión 2016 de los Principios UNIDROIT ha agregado, frente a la anterior edición de 2010, una serie de reglas aplicables a los contratos de larga duración, de tal manera que superan la aplicación de las versiones anteriores restringidas a contratos tradicionales de intercambio de bienes. No se han adicionado nuevos artículos y simplemente se han incluido algunas reformas a los textos de los comentarios al preámbulo y a los artículos 1.11; 2.1.14; 2.1.15; 4.3; 4.8; 5.1.3; 5.1.4; 5.1.7; 5.1.8; 7.1.7; 7.3.5; 7.3.6; y 7.3.7.

Los Principios de UNIDROIT representan un intento por remediar muchos de los problemas de los negocios internacionales, especialmente la incertidumbre que genera la determinación de la ley aplicable según las reglas de conflicto.¹⁰ Constituyen un instrumento de *soft law*, elaborados con la intención de convertirse en un *restatement* del derecho internacional de los negocios y por ello intentan enunciar reglas comunes a la mayoría de sistemas legales existentes y así adoptar soluciones que

¹⁰ BONELL. «The UNIDROIT Principles...», *op. cit.*, p. 1123; F. BORTOLOTTI. *Diritto dei contratti internazionali*. 3.^a ed., Vol. 1, Cedam, Padova, 2009, pp. 89-91.

mejor se adapten a las necesidades del tráfico internacional.¹¹ Al no constituir un tratado internacional, en principio, la fuente de su obligatoriedad se encuentra en la voluntad de las partes aunque también, como se verá, varios tribunales arbitrales los han aplicado al entenderlos como reflejo de la *lex mercatoria*.¹²

¹¹ F. BORTOLOTTI. «The UNIDROIT Principles and the arbitral tribunals». En *Uniform Law Review*, Vol. 5, 2000, p. 142: «Los Principios comerciales internacionales elaborados muy recientemente por el Instituto de Roma o UNIDROIT han sido comparados con los *restatements* americanos por su carácter de recomendaciones. Se trata de una serie de *principios* que se dirigen a elaborar un Código Uniforme en materia de contratos internacionales, recibiendo una inspiración clara de la Convención de Viena de 1980. De hecho, la parte dedicada a la formación de los contratos internacionales (artículo 2), excepto por algunos matices y por la extensión de su contenido, es una copia exacta de su paralela en el texto vienés. Esto significa, en nuestra opinión, que los Principios de UNIDROIT han de ser interpretados teniendo muy presente la historia legislativa de cada uno de los preceptos de la Convención de Viena, sin que esto sea obstáculo para que quizá pueda producirse una influencia recíproca entre ambos, esto es, que los Principios de UNIDROIT puedan servir como un instrumento para interpretar e integrar el derecho uniforme»; P. PERALES VISCASILLAS. «La “batalla de los formularios” en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una comparación con la sección 2-207 UCC y los Principios de UNIDROIT». EN *La Ley*, 15 de noviembre de 1996, n.º 4167. Igualmente, la autora ha señalado: «Es importante resaltar que los Principios del UNIDROIT y la Convención contienen principios similares y que los primeros pueden ser muy útiles para regular cuestiones que no están suficientemente cubiertas por la Convención o que no se regulan por ella y que, en consecuencia, pasarían a ser gobernadas por el derecho nacional no uniforme». Igualmente, la autora recomienda el uso de una cláusula que permita el adecuado uso de los Principios en conjunción con la Convención de Viena, que es del siguiente tenor: «Este contrato se gobernará por la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y, en relación con aquellas materias no expresamente resueltas en la Convención o en conformidad con sus principios generales, por los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, siendo considerada como ley aplicable en su defecto, la Ley del Estado [...]». P. PERALES VISCASILLAS. *El contrato de compraventa internacional de mercancías*, en <<https://iicl.law.pace.edu/cisg/search/bibliography>>.

¹² C. LARROUMET. «La valeur des Principes d'UNIDROIT applicables aux contrats du commerce international». En *La semaine juridique, Juris-Classeurs Périodiques*, n.º 11, édition général, 1997-1, pp. 147-152; BONELL. *An international restatement of contract law...*, *op. cit.*, pp. 281-286; F. MARRELLA. «La nuova lex mercatoria. Principio de UNIDROIT ed usi dei contratti del commercio internazionale». En F. GALGANO (dir.). *Tratatto di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia*. Vol. 30, Cedam, Padova, 2003, pp. 349-350 y 426-427; R. MICHAELS. «Preamble I Purposes, legal nature, and scope of the PICC: applicability by courts; use of the PICC for the purpose of interpretation and supplementation and as a model». En *Commentary on the UNIDROIT Principles...*, *op. cit.*, pp. 51-52; VOGENAUER, *op. cit.*, p. 17.

1.2. *El carácter comercial e internacional del contrato*

No obstante que la denominación utilizada para referirse a los Principios del UNIDROIT sea «comerciales», estos son aplicables materialmente a cualquier tipo de operaciones.¹³ Tal carácter no se limita a la tradicional discusión sobre su naturaleza civil o comercial, sino que buscan abarcar el mayor número de operaciones posibles, incluidos los contratos de prestación de servicios profesionales, lo que significa un paso importante en la evolución del derecho privado contemporáneo, pues contribuye a superar las dificultades que ha conllevado la calificación como civiles o comerciales propia de algunas legislaciones de la tradición europeo continental.¹⁴ Tampoco importa la calificación de las partes como comerciantes que pueda hacerse a la luz de ordenamientos nacionales. La única exclusión material es la de las operaciones de consumo, entendiendo por tales las que son celebradas por aquella persona que en su actividad contractual no efectúa un acto de comercio ni obra en ejercicio de su profesión.¹⁵ En esto hay coincidencia con la tendencia de varios instrumentos del Derecho Uniforme del Comercio Internacional consistente en excluir de su campo de aplicación a las operaciones de consumo, tal como sucede con la Convención de Naciones Unidas sobre

¹³ Los PECL o Principios Europeos para la contratación, igualmente, tienen un ámbito material de aplicación mucho más amplio, pero incluso superior a los Principios del UNIDROIT, dado que no se califican como contratos comerciales, sino que simplemente se señala en ellos que: «Artículo 1:101: Aplicación de los principios. (1) Los presentes principios tienen por finalidad ser aplicados como reglas generales del Derecho de los contratos en la Unión europea». Véase sobre el particular: L. Díez-PICAZO, E. ROCA TRÍAS y A. M. MORALES. *Los principios del derecho europeo de contratos*. Civitas, Madrid, 2002, p. 21.

¹⁴ ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, *op. cit.*, pp. 30-31; E. J. BRÖDERMANN. *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Comentario artículo por artículo*. Cristian F. Zinser Cieslik y Pedro Mendoza Montano (trads.). Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2024, p. 201.

¹⁵ M. J. BONELL. «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Nature, Purposes and first experiences in practice». En <<http://www.unidroit.org/english/principles/pr-exper.htm>>; L. GAMA Jr. *Contratos Internacionais a luz dos Princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Renovar, Rio de Janeiro, 2006, pp. 275-278; P. PERALES VISCASILLAS. «El derecho uniforme del comercio internacional: los Principios de UNIDROIT. Ámbito de aplicación y disposiciones generales». En *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 223, 1997, pp. 221-297.

los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en su artículo 2.

Con respecto al concepto «contrato internacional», los Principios del UNIDROIT siguen una concepción amplia que puede abarcar tanto las operaciones con elementos extranjeros, como los contratos que sean calificados como tales por afectar intereses del comercio internacional, lo que permite excluir solamente los casos en que dentro del contrato no exista ningún elemento extranjero o cuando todos los elementos relevantes en el contrato en cuestión estén conectados con un solo país.¹⁶

Sobre este punto, resulta pertinente citar la decisión de la Corte Suprema de Venezuela en el caso de *Bottling Companies* contra *Pepsi Cola Panamericana S. A.*¹⁷ El caso se originó a partir de la demanda entablada por la Embotelladora Caracas C. A. y otras contra Pepsi Cola Panamericana S. A., de 9 de octubre de 1997. La disputa surgió a partir de los siguientes hechos: en el Estado de Nueva York, se celebraron unos contratos entre un grupo de empresas (las embotelladoras) que habían sido constituidas como sociedades anónimas conforme al derecho venezolano y se encontraban domiciliadas en Venezuela y Pepsi Cola Panamericana S. A., sociedad constituida en el estado de Delaware y domiciliada en Venezuela. Según lo pactado, los contratos debían cumplirse en territorio venezolano. En el contrato se estipuló que cualquier diferencia que pudiera surgir entre ellas debería ser dirimida ante un tribunal arbitral en Nueva York, bajo las reglas de arbitraje de la CCI. Las embotelladoras interpusieron acción declarativa contra Pepsi Cola Panamericana, para que con base en la facultad contenida en una cláusula de los

¹⁶ GAMA, *op. cit.*, p. 274; S. TALERO RUEDA. *Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable*. 2.^a ed. Tirant lo Blanch, Bogotá, 2022, p. 547; M. Á. PENDÓN MELÉNDEZ. «Preámbulo (propósito de los Principios)». En D. MORAN BOVIO (coord.). *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*. 2.^a ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 39.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de Venezuela, *Bottling Companies vs. Pepsi Cola Panamericana S. A.*, Corte Suprema de Venezuela (Cámara política y administrativa), 9 octubre de 1997, en <<http://unilex.info>>.

acuerdos se declarara que las partes podían dar por concluida la relación contractual en cualquier momento antes de su vencimiento, facultad esta que fue ejercida por las embotelladoras, de forma que según lo convenido el monto de la compensación se limitare al pactado según la fórmula de cálculo convenida en la cláusula contractual respectiva.

La parte demandada opuso como cuestión previa la falta de jurisdicción del tribunal venezolano frente al tribunal arbitral extranjero, toda vez que en los contratos se había pactado una cláusula arbitral según la cual las disputas que surgieran entre las partes debían ser conocidas por un tribunal arbitral con base en las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en Nueva York. La parte demandante alegó la invalidez o insuficiencia de la cláusula compromisoria.

El juez de conocimiento declaró la falta de jurisdicción, sentencia que fue objeto de consulta y recurso de regulación de jurisdicción. En su sentencia, el juez asumió que conforme al artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, el acuerdo arbitral era válido, de manera que debía declinar su jurisdicción ante el tribunal arbitral que debía ser constituido en Nueva York. Para los impugnantes, de los acuerdos se derivaba que las partes tenían la intención de someterse a la ley sustantiva y procesal venezolana, además de los tribunales de ese país.

Confirmando la decisión de la Corte de Caracas, la Corte Suprema de Venezuela rechazó el requerimiento y sostuvo la validez de la cláusula arbitral. Basó su decisión en la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento de fallos arbitrales extranjeros y la Convención Interamericana de 1975 sobre arbitraje comercial internacional, ambas ratificadas por Venezuela y que expresamente afirman la naturaleza obligatoria del acuerdo por el cual las partes en un contrato comercial internacional deciden someter cualquier diferencia que pueda surgir a arbitraje. Y si bien era cierto que en el caso en cuestión ambas partes eran compañías venezolanas, la Corte se atuvo a que las dos convenciones

podían ser aplicadas toda vez que en la relación había una sociedad subsidiaria de una Compañía establecida en los Estados Unidos.

En soporte de esta interpretación amplia del concepto «contrato internacional» de acuerdo con el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial, la Corte se refirió entre otros, al preámbulo y al comentario de los Principios del UNIDROIT para concluir que el concepto de contrato internacional debe ser entendido de la forma más amplia posible, para finalmente excluir solo aquellas situaciones que no tuvieran ningún elemento internacional, como cuando todos los elementos del contrato en cuestión están conectados con un solo país. Señaló —siguiendo alguna doctrina sobre el particular— que el contrato internacional debe ser

[...] establecido en su sentido más amplio. De esta forma deberán tomarse en cuenta todos los factores posibles, objetivos y subjetivos relativos a las partes y a la relación objeto de la controversia, ya sean legales (nacionalidad, domicilio, lugar de celebración), así como los criterios económicos (transferencia de dinero al extranjero, desplazamiento de bienes y servicios) [...]

Además, asumió que tales criterios no deben ser utilizados de manera excluyente sino que se utilicen según sean útiles.

En cuanto al contrato internacional, estableció también que la introducción de criterios económicos facilitaría la noción de contrato internacional. Además de algunas consideraciones doctrinales, la Corte se basó en los comentarios explicativos de los Principios del UNIDROIT, para afirmar que al contrato internacional debe dársele una amplia interpretación, excluyendo tan solo aquellas situaciones que no involucren elementos internacionales.

Para el caso en cuestión, asumió que en vista de su objeto y del renombre mundial de las marcas que identifican a los productos a ser

comercializados en Venezuela, tales acuerdos tienen «forzosa incidencia en el comercio internacional», por lo que se trataba de contratos internacionales.

Con base en esto, concluyó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo II párrafo 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, y en el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Venezuela se ha obligado a reconocer el acuerdo por el cual las partes declaran someter a arbitraje las diferencias que hayan surgido o hayan podido surgir entre ellas de un negocio mercantil internacional, contractual o no, concerniente a un asunto que puede ser resuelto por arbitraje, además de asumir que en el caso se satisfacían todas las exigencias de ambas convenciones en materia de arbitraje comercial internacional, sin que se hubiera probado que el acuerdo era nulo o ineficaz, de forma que consideró que la decisión judicial controvertida de declinar su jurisdicción ante el tribunal arbitral por haberlo acordado así las partes, estaba ajustada a derecho.

Cabe agregar que las concepciones restringida y amplia de contrato internacional coexisten hoy en día en los instrumentos reguladores de este tipo de negocios. Ahora, no obstante que los Principios opten por la concepción amplia, ello no significa que la restringida haya desaparecido. De hecho, otros instrumentos internacionales, como la Convención sobre Compraventa Internacional, optan por calificar al contrato como internacional cuando las partes estén establecidas en Estados diferentes y otros en el Derecho Internacional Privado se refieren a cualquier elemento que pueda significar conflicto de leyes en el espacio, lo que abarcaría factores subjetivos y objetivos. De todas maneras es importante conocer la tendencia que puede abrirse camino con instrumentos como los Principios del UNIDROIT, pues sirve para calificar como internacional a contratos que, no obstante no tener elementos extranjeros, se entiendan como tales porque afectan intereses del comercio internacional, lo que conduce a deslocalizarlos tanto desde la perspectiva

de la determinación de la ley aplicable como del juez o tribunal competente, lo que tal vez responda al modo de ser de la economía global.

2. FUNCIONES E INFLUENCIA EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL Y EN LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE CONTRATOS

Los Principios de UNIDROIT han cumplido varias funciones tanto en el arbitraje internacional como en la adopción de soluciones por parte de tribunales y cortes nacionales al igual que el desarrollo de instrumentos legislativos.¹⁸ A continuación, se hará referencia a algunos de los casos más relevantes que ilustran la influencia de los Principios en la modernización del derecho contractual.

2.1. Aplicación como normas reguladoras del contrato

En el derecho de la contratación internacional se reconoce que la autonomía de la voluntad tiene un doble alcance: material y conflictual.¹⁹ Según la autonomía material las partes pueden determinar el contenido del contrato, ante lo cual habrá que reconocer la naturaleza supletiva de las normas legales respectivas, salvo los límites impuestos por las leyes imperativas. Este principio de libertad contractual material, aparece así reconocido en los Principios del UNIDROIT en el artículo 1.1., según el cual las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido.²⁰ Esta manifestación de la autonomía de la voluntad se

¹⁸ Cfr. F. MARRELLA. «Choice of law in third millennium arbitrations: the relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts». En *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 2003, pp. 1137-1187.

¹⁹ P. A. DE MIGUEL ASENSIO. «Contratación comercial internacional». En J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA y P. A. DE MIGUEL ASENSIO. *Derecho de los negocios internacionales*. 7.^a ed. Iustel, Madrid, 2024, p. 370.

²⁰ Se puede destacar el comentario oficial a dicho artículo: «El principio de libertad de contratación es de fundamental importancia en el comercio internacional. Así como los comerciantes gozan del derecho de decidir libremente a quien ofrecer sus mercaderías o servicios y por quien quieren ser abastecidos, también tienen libertad para acordar los términos de cada una de sus

encuentra también en el artículo 6 de la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.²¹

La autonomía conflictual, consistente en la posibilidad que tienen las partes de escoger la ley del contrato, se encuentra reconocida de forma generalizada en los instrumentos internacionales contemporáneos y también la doctrina la asume como benéfica al permitir a los contratantes prever el alcance de los negocios que celebran, sus derechos, obligaciones y consecuencias además que genera seguridad jurídica, pues las partes desde el comienzo de su relación saben cuál será la ley que aplicará el juez o árbitro en caso de generarse entre ellas una disputa.²² Por ello es considerada una de las reglas básicas aceptadas por el derecho

operaciones. Esta libertad de contratar constituye el eje sobre el cual gira un orden económico internacional abierto, orientado hacia el libre comercio y la competitividad». En la doctrina, véanse los comentarios de PENDÓN MELÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 47 a 48.

²¹ La norma establece: «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». Se sugiere consultar: *Cláusulas modelo para el uso de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales* (trad. Javier Rodríguez Olmos), disponible en <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses/other-languages/>>.

²² Véanse entre otros: A. L. CALVO CARAVACA. «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas». En *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, n.º 2, 2009, pp. 60-61; A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Tratado crítico de Derecho Internacional Privado*. Vol. v. Derecho de los negocios internacionales I, Edisofer, Madrid, 2024, pp. 452-454; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*. Colex, Madrid, 2009, pp. 119-123; E. CASTELLANOS RUIZ. *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*. Comares, Granada, 2009, p. 56; S. L. FÉLDSTEIN DE CÁRDENAS. *Contratos internacionales. Contratos celebrados por ordenador. Autonomía de la voluntad. Lex mercatoria*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 63 y 71-73; J. M. JACQUET, P. DELEBECQUE y L. USUNIER. *Droit du commerce international*. 4.ª ed. Dalloz, París, 2021, pp. 244-245; S. LEIBLE. «La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales». En *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, n.º 1, 2011, pp. 217-218; F. MARRELLA. «Autonomia privata e contratti internazionali». En G. SICCHIERO (curador). *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*. Cedam, Milano, 2005, p. 224; P. MAYER, V. HEUZÉ y B. REMY. *Droit International Privé*. 12.ª ed. LGDJ, París, 2019, p. 519; M. ASENSIO, *op. cit.*, p. 370.

internacional privado contemporáneo de contratos,²³ tal como lo establece el considerando 11 del Reglamento Roma I: «La libertad de las partes de elegir la ley aplicable, debe constituir una de las claves del sistema de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales».

De todas formas, en el derecho internacional privado se ha reconocido que la posibilidad de escoger a los Principios del UNIDROIT como ley del contrato, con base en la autonomía conflictual, encuentra limitantes en instrumentos como la anterior Convención de Roma de 1980 y el Reglamento Roma I que en el artículo 3.1., reconoce la posibilidad para las partes de escoger la ley aplicable al contrato, lo que ha sido entendido como una ley de un Estado.²⁴ Por ello, los autores de derecho internacional privado insisten en señalar que la posibilidad con que cuentan las partes en contratos internacionales de remitirse a instrumentos de *soft law*, como los Principios del UNIDROIT, no es mediante la autonomía conflictual sino material, o de incorporación por referencia, lo que significa que dicho pacto se encuentra sometido en su validez y eficacia a la ley que rija el contrato conforme a las reglas de conflicto o

²³ B. AUDIT y L. D'AVOUT. *Droit International Privé*. 8.^a ed. LGDJ, París, 2018, p. 854; C. ESPLUGUES MOTA. «Régimen jurídico de la contratación en el Derecho del comercio internacional». En C. ESPLUGUES MOTA (coord.). *Contratación internacional*. 2.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 57; LEIBLE, *op. cit.*, p. 215; P. Nygh. *Autonomy in international contracts*. Oxford, New York, 1999, p. 13. Sobre los más recientes desarrollos legislativos sobre la autonomía conflictual debe verse el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Sobre el particular, en la doctrina: CALVO CARAVACA. «El Reglamento Roma I ...», *op. cit.*, pp. 57-85; CASTELLANOS RUIZ. *El reglamento Roma I...*, *op. cit.*, pp. 56-110; CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 110-167; LEIBLE, *op. cit.*, *passim*.

²⁴ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado crítico de Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 463; C. ESPLUGUES MOTA, J. L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO. *Derecho Internacional Privado*, 8.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 534; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho Internacional Privado*. 10.^a ed, Civitas - Thomson Reuters, Pamplona, 2018, p. 619; A. FRIGNANI y M. TORSSELLO. «Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale». En F. GALGANO (dir.). *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*. 2.^a ed. Cedam, Padova, 2010, p. 64. También refiriéndose a los límites que puede tener la elección de reglas de «derecho blando»: D. ROJAS TAMAYO. *El Derecho aplicable al contrato. Estudio comparado, crítico y prospectivo en Derecho Internacional Privado colombiano*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, pp. 349-352.

a la ley nacional que las partes hubiesen pactado.²⁵ Valga adicionar, que en el considerando 13 de la Exposición de Motivos del Reglamento Roma I, se admite que las partes pueden incorporar por vía de referencia un Derecho no estatal o un instrumento internacional.

En el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (conocida como Convención de México 1994) se establece que las partes pueden escoger el derecho aplicable al contrato, lo cual permitiría pactar un instrumento que no tenga carácter de ley estatal. Aunque de todos modos es la propia Convención, la que en el artículo 17 se encarga de consagrar un limitante a dicha posibilidad, al establecer que «Para los efectos de esta Convención se entenderá por “derecho el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”». A pesar de ello, en esta Convención, en defecto de elección se permite al tribunal, además de elementos objetivos y subjetivos para determinar la ley aplicable, tener en cuenta principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales (artículo 10), donde cabrían los Principios del UNIDROIT.²⁶

²⁵ CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Tratado crítico de Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 464; ESPLUGUES MOTA y IGLESIAS BUHIGUES, op. cit., p. 534; FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO, op. cit., p. 619; L. OLAVO BAPTISTA. «The UNIDROIT Principles for International Commercial Law Project: Aspects of International Law». En *Tulane Law Review*, Vol. 69, 1995, p. 1220; F. FERRARI. «Defining the sphere of application of the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts». En *Tulane Law Review*, Vol. 69, 1995, pp. 1227-1228.

²⁶ F. K. JUENGER. «The UNIDROIT Principles of Commercial Contracts and Inter-American Contracts Choice of Law». En *Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*. Universidad Nacional Autónoma de México - Universidad Panamericana, México D. F., 1998, p. 235; J. A. MORENO RODRÍGUEZ. *Temas de contratación internacional, inversiones y arbitraje*. Ediciones Jurídicas Catena, Cedep, Asunción, 2006, p. 153; HERNANY VEYTIA. «La convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales». En *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Vol. 25, 1995, pp. 389-390. A la fecha, la Convención Interamericana solo rige para México y Venezuela.

En el arbitraje internacional sí se admite que las partes puedan escoger como aplicable al contrato no solamente una ley estatal, sino también instrumentos de *soft law* como los Principios del UNIDROIT. Así, por ejemplo, el artículo 35 del Reglamento de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (revisado en 2010) establece que el tribunal aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. De igual forma, el artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2012).²⁷

Por lo anterior, en el comentario al «Preámbulo» de los Principios del UNIDROIT se señala que es aconsejable, al elegirlos como ley del contrato, combinar esta cláusula con un pacto arbitral, puesto que los árbitros no se encuentran necesariamente ligados a un ordenamiento jurídico particular.²⁸

Existen varios casos decididos por tribunales estatales y arbitrales en los que se han aplicado los Principios como normas ley del contrato.²⁹ Podría ser incluso más claro el hecho de tratarse de casos en que mediante pacto arbitral sean los tribunales arbitrales los que apliquen los Principios, puesto que no necesariamente están obligados a basar su decisión en una ley nacional particular.³⁰ Esta posibilidad se evidencia aún más cuando los árbitros están expresamente autorizados por las partes para decidir *ex aequo et bono*.³¹

²⁷ P. PERALES VISCASILLAS. «Principios de UNIDROIT y PDCE en el arbitraje internacional». En M. P. FERRER VANRELL y A. MARTÍNEZ CAÑELLAS (dirs.). *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales*. Dykinson, Madrid, 2009, p. 164; BRÖDERMANN, *op. cit.*, p. 202. Sobre este aspecto: J. OVIEDO ALBÁN. *Contratación y arbitraje internacional*. Tirant lo Blanch, Bogotá, 2022, pp. 183-193.

²⁸ PENDÓN MELÉNDEZ, *op. cit.*, p. 49.

²⁹ C. PARRA RODRÍGUEZ. *El nuevo Derecho Internacional de los contratos*. Universidad Externado de Colombia. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2002, p. 194. En este trabajo solamente se destacan algunos laudos y sentencias sobre las diversas funciones de los Principios. Para mayor detalle se sugiere consultar la página <<http://www.unilex.info>>.

³⁰ BONELL. *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts...*, *op. cit.*, p. 1144.

³¹ *Idem*.

En un caso, las partes designaron a los Principios de UNIDROIT como ley del contrato y el tribunal falló conforme a esta estipulación.³² Se trataba de un contrato de agencia comercial para la distribución de artículos de mobiliario, entre una compañía italiana (como principal) y un agente en Estados Unidos. El principal declaró terminado el contrato ante la inejecución del agente pues este no alcanzó los resultados esperados. El agente demandó al principal por terminación injusta y reclamó indemnización por los daños causados. Las partes estuvieron de acuerdo en que el tribunal arbitral aplicara los Principios del UNIDROIT. El árbitro aplicó las siguientes disposiciones de los Principios, en la versión 1994 y en algunos casos refiriéndose también a los comentarios:

- El artículo 1.3, para afirmar el carácter obligatorio del acuerdo entre las partes.
- Los artículos 4.1 y 4.2, para interpretar la declaración escrita de una de las partes como constitutiva del aviso de terminación.
- El artículo 7.3.1, para excluir el derecho a terminar el contrato por una inejecución «esencial» o «incumplimiento esencial» con respecto a un evento sobre el cual las partes tenían expresamente estipulado renegociar si este ocurriera.
- El artículo 7.3.5, para afirmar la validez de un término del contrato, según el cual en caso de terminación, expresamente se concedía al principal el derecho a la restitución del promocional material y al agente el derecho a una comisión por órdenes hasta ahora recibidas.

³² Camera Arbitrale Nazionale ed Internazionale di Milano, Laudo A-1795/51, 1. XII. 1996, en <<http://unilex.info>>.

- Los artículos 7.4.1 y 7.4.2, para afirmar el derecho de la parte afligida para ser compensada totalmente por el daño que ha derivado como consecuencia de la inejecución de la otra parte, pero excluir compensación por el sufrimiento emocional y aflicción, pues la parte afligida es una entidad corporativa.
- Los artículos 7.4.3 y 7.4.4, para limitar la compensación a los costos que se derivan de la inejecución y al daño previsible.
- El artículo 7.4.9, para confirmar la validez de la cláusula del contrato que proporciona derecho a la parte afligida a recibir intereses desde cuando el dinero es debido; y el artículo 7.4.13, para confirmar la validez de la tasa de interés acordada (15 %).³³

Por otra parte, cabe destacar la posibilidad de que sea la misma ley la que invoque la posible aplicación de los Principios del UNIDROIT. Este es el caso de la Ley de Arbitraje de Panamá, la cual expresamente ha consagrado en su artículo 27 la posibilidad de que el tribunal arbitral aplique al fondo del problema los Principios de UNIDROIT.³⁴ Esta posibilidad fue ya utilizada por un tribunal arbitral en la Ciudad de Panamá,

³³ Hay varios casos en los que los tribunales han aplicado los Principios del UNIDROIT por haber sido pactados expresamente por las partes como ley del contrato. Véase entre otros: Laudo Arbitral (final) 8331, 1996, *ICC International Commercial Arbitration Bulletin*, Vol. 10/n.º 2, Fall, 1999, pp. 65 a 68; Laudo Arbitral 116, 20 de enero de 1997, International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, en <<http://unilex.info>>; Laudo Arbitral *ad-hoc*, 21 de abril de 1997, en <<http://unilex.info>>; Laudo Arbitral (final) 9479, 1999, *ICC International Commercial Arbitration Bulletin*, Vol. 12/n.º 2, Fall, 2001, pp. 67 a 73; Laudo Arbitral (final) 10114, 2000, *ICC International Commercial Arbitration Bulletin*, Vol. 12/n.º 2, Fall, pp. 100 a 102; Laudo Arbitral 25 de enero de 2002, Arbitration Court of the Lausanne Chamber of Commerce and Industry, en <<http://unilex.info>>; Laudo Arbitral 17 de mayo de 2002, Arbitration Court of the Lausanne Chamber of Commerce and Industry, en <<http://unilex.info>>; Laudo Arbitral, 31 de enero de 2003, Arbitration Court of the Lausanne Chamber of Commerce and Industry, en <<http://unilex.info>>.

³⁴ Panamá, Decreto-Ley n.º 5 (de 8 de julio de 1999) «Por la cual se establece el régimen general de arbitraje de la conciliación y la mediación». Dispone así el mencionado artículo: «Artículo 27. El tribunal apreciará las estipulaciones del contrato para la aplicación del Derecho que gobierna la relación contractual, y tendrá en cuenta los usos y prácticas mercantiles y los Principios de los Contratos de Comercio Internacional de UNIDROIT».

en laudo del 24 de febrero de 2001, donde en la parte pertinente estableció:

Esta es la regla que se encuentra en el comentario número 2 al artículo 7.4.2 (resarcimiento integral) de los Principios de los Contratos de Comercio Internacional de UNIDROIT, a los cuales el Artículo 27 del Decreto - Ley 5 de 1999 ordena a este tribunal arbitral tener en cuenta obligatoriamente.³⁵

2.2. *Aplicación como lex mercatoria*

Desde hace varias décadas se ha hecho alusión a la conformación de una «nueva *lex mercatoria*», denominación con la que se quiere rememorar la *lex mercatoria* medieval, constituida por un conjunto de costumbres surgidas a propósito de las transacciones entre comerciantes y por la insuficiencia del derecho preexistente para regular las formas de hacer negocios entre ellos y que dio origen al derecho comercial contemporáneo.³⁶ En efecto, varios autores se refieren a los usos, contratos tipo, reglas de origen profesional adoptadas por agremiaciones o instituciones privadas que buscan regular los contratos internacionales, de forma que se trata de un derecho surgido de manera espontánea al margen de la voluntad de los Estados y ante los problemas derivados de las reglas de conflicto que buscan determinar la ley nacional aplicable a dichos negocios,³⁷ cuyas fuentes se pueden clasificar en tres categorías: a) principios generales del derecho; b) usos y prácticas del comercio internacional; y, c) principios que emergen de la jurisprudencia arbitral internacional.³⁸ Varias instituciones, unas intergubernamentales y otras gremiales —como la Cámara de Comercio Internacional— intentan recopilar las reglas y usos

³⁵ Panamá, Laudo Arbitral Internacional, 24 de febrero de 2001, Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá, en <<http://www.unilex.info>>.

³⁶ F. GALGANO. *Lex mercatoria*. Il mulino, Bologna, 2001, p. 29 y ss.

³⁷ B. GOLDMAN. «Frontières du Droit et Lex Mercatoria». En *Archives de Philosophie du Droit*, Vol. 9, 1964, p. 177 y ss.; GALGANO, *op. cit.*, p. 229 y ss.

³⁸ FRIGNANI y TORSELLO, *op. cit.*, pp. 24-51.

sobre algunos aspectos relativos a contratos internacionales. Su naturaleza jurídica es discutible, pues mientras para algunos constituyen reglas usuales del tráfico, para otros solo adquieren valor jurídico mediante su inclusión expresa al contrato, dado que muchas de las reglas contenidas en dichas compilaciones no tienen en sí mismas naturaleza de costumbres.³⁹ Otros han destacado la labor de las mencionadas instituciones (*international formulating agencies*) para codificar la nueva *lex mercatoria*.⁴⁰

Según lo dispuesto en el preámbulo de los Principios del UNIDROIT, estos pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los «principios generales del Derecho», la *lex mercatoria* o expresiones semejantes.⁴¹

Aunque puede entenderse incluido en el punto anteriormente explicado, el grado de aplicación es diferente al anterior, pues en este caso las partes no hacen expresa referencia a los Principios del UNIDROIT como regla del contrato.⁴² Como en el evento anterior, se puede discutir si en este caso las partes han hecho realmente una escogencia de ley cuando invocan a la *lex mercatoria*.⁴³

Un sector de la doctrina considera que los Principios del UNIDROIT son un reflejo de la *lex mercatoria*.⁴⁴ Así, se ha reconocido

³⁹ Cfr. FRIGNANI y TORSELLO, *op. cit.*, pp. 43-49; ILLESCAS y PERALES, *op. cit.*, p. 82.

⁴⁰ K. P. BERGER. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*. 2.^a ed. Wolters Kluwer, The Netherlands, 2010, p. 10.

⁴¹ Igualmente, los PECL: artículo 1.101. (3). ILLESCAS ORTIZ y PERALES VISCASILLAS, *op. cit.*, p. 111; A. MARTÍNEZ CAÑELLAS. *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980*. Comares, Granada, 2004, pp. 66-67.

⁴² FERRARI. «Defining the sphere of application of the 1994 UNIDROIT Principles of international commercial contracts», *op. cit.*, p. 1220.

⁴³ I. M. DEL BOSCH PORTOLÉS y M. UNCETA ABORDA. «Los Principios de UNIDROIT como Lex Contractus». En A. L. CALVO CARAVACA y S. AREAL LUDEÑA (dirs.). *Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional*. Colex, Madrid, 2006, pp. 768-775.

⁴⁴ Tal como indica Juenger, la *lex mercatoria* es un concepto que connota un grupo de normas transnacionales las cuales regulan de manera directa, sin intervención de las reglas sobre escogencia de leyes. F. JUENGER. «The lex mercatoria and private international law». En *Lousiana Law Review*, 2000, p. 1133.

que es en ellos donde las partes y los árbitros pueden encontrar las reglas aplicables, cuando se trata de clarificar conceptos referentes que pueden ser un tanto amplios, tales como los «principios generales» o la *lex mercatoria*, igualmente por ser reglas dotadas de neutralidad y a permitir una interpretación basada en reglas comunes.⁴⁵

Existen algunos laudos arbitrales que se han pronunciado en este sentido. Uno de ellos es el laudo 7110 CCI de 1995. Una compañía inglesa y una agencia gubernamental iraní celebraron nueve contratos relacionados para el suministro de equipos. Ninguno de los contratos contenía una cláusula expresa de elección de ley a favor de un derecho interno específico, pero algunos de ellos incluían disposiciones que remitían a la solución conforme a las «leyes o reglas de justicia natural». Según la parte demandante iraní, tales referencias expresaban la intención de las partes de remitirse a los principios generales del derecho. En su respuesta, el demandado inglés objetó, en primer lugar, que la referencia a la «justicia natural» era una mera alusión a normas procesales tales como el debido proceso y el derecho de audiencia; además, al ser el obligado a la prestación más característica y tener su establecimiento en el Reino Unido, debía aplicarse el derecho inglés como la ley más estrechamente vinculada en el sentido del artículo 4(2) del Convenio de Roma de 1980.

El tribunal arbitral decidió a favor del demandante. Al interpretar la intención de las partes, concluyó que estas habían hecho una elección negativa, es decir que habían querido excluir la aplicación de cualquier derecho interno específico y que sus contratos fueran regidos por principios y reglas generales que, aunque no estuvieran consagrados en un ordenamiento jurídico nacional en particular, resultaban especialmente adecuados para las necesidades de las transacciones internacionales y gozaban de un amplio consenso internacional.

⁴⁵ FERRARI. «Defining the sphere of application of the 1994 UNIDROIT Principles of international Commercial Contracts», *op. cit.*, p. 1232; N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN y M. HUNTER. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6.^a ed. Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 209.

Según el tribunal arbitral, tales «reglas y principios generales que gozan de amplio consenso internacional [...] se reflejan principalmente en los Principios UNIDROIT».⁴⁶ En consecuencia, concluyó que «sin perjuicio de tener en cuenta las disposiciones de los contratos y los usos comerciales pertinentes [...] los contratos están regidos e interpretados de conformidad con los Principios UNIDROIT respecto de todas las materias que entren dentro del ámbito de tales Principios y, en lo demás, por aquellas otras reglas y principios jurídicos generales aplicables a las obligaciones contractuales internacionales que gocen de amplio consenso internacional y que se consideren pertinentes para resolver las cuestiones controvertidas sometidas al presente arbitraje».

En cuanto al argumento del demandado según el cual la referencia a la «justicia natural» debía entenderse conforme al derecho inglés como una mera referencia a normas procesales, el tribunal arbitral señaló que, en el contexto del arbitraje comercial internacional, una interpretación particular del derecho inglés (y que ni siquiera se sigue en otras jurisdicciones de *common law*, como Estados Unidos) resultaba inaceptable.

No obstante, el tribunal arbitral afirmó que la aplicabilidad de los Principios UNIDROIT como la ley rectora de los contratos se habría justificado incluso en ausencia de una intención implícita de las partes en ese sentido. En efecto, los Principios UNIDROIT podían considerarse «el derecho más apropiado» conforme al artículo 13(3) [artículo 17(1) de la versión de 1998] del Reglamento de Arbitraje de la CCI. Con-

⁴⁶ Cabe destacar, en la doctrina, la opinión del profesor Sánchez Lorenzo, quien refiriéndose a este laudo señala: «[...] la afirmación contenida [...] en el Laudo CCI n.º 71.110/1995, amparando la aplicación de los Principios UNIDROIT como portadores de unos principios generales neutrales que reflejan un consenso internacional, no puede ser aceptada con carácter general, y requiere un cuidadoso proceso de análisis de la cuestión legal planteada, contrastando la solución propuesta en los Principios y su etiología a la luz de los sistemas comparados más representativos y la práctica habitual del comercio internacional». S. A. SÁNCHEZ LORENZO. «Derecho aplicable al fondo de la controversia». En S. A. SÁNCHEZ LORENZO. (dir.). *Arbitraje comercial internacional. Un estudio de Derecho comparado*. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, p. 691.

cluyó que la intención razonable de las partes con respecto a la ley substantiva aplicable a los contratos era tener todos ellos regidos por reglas generales del derecho y principios en materia de obligaciones contractuales internacionales, por lo que determinó que son los Principios del UNIDROIT los que se adaptan especialmente a las necesidades de las transacciones internacionales, entre otras, por las siguientes razones:

- Son una recopilación de principios aplicables a los contratos comerciales internacionales hechos por un distinguido grupo de expertos internacionalistas provenientes de los sistemas prevalentes en el mundo, sin la intervención de los Estados o gobiernos, circunstancias que redundan a su alta calidad y neutralidad y esta aptitud se refleja en el presente escenario de consenso sobre las reglas legales internacionales y los principios que gobiernan las obligaciones contractuales en el mundo, principalmente sobre las bases de su imparcialidad y adecuación a las transacciones internacionales que quepan dentro de su perspectiva.
- Al mismo tiempo, se han inspirado en textos de leyes uniformes internacionales, las cuales disfrutaban de amplio reconocimiento y generalmente son consideradas como el reflejo de los usos y prácticas del comercio internacional en el campo de la compraventa internacional de mercaderías, como es la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.

Los Principios del UNIDROIT han sido específicamente concebidos para ser aplicados a los contratos comerciales internacionales en instancias en las cuales, como en el caso citado, las partes han acordado que sus transacciones serán reguladas por reglas generales y principios. Igualmente sostuvo el tribunal que los Principios del UNIDROIT deben considerarse como «el componente central de las reglas legales generales con

respecto a los contratos internacionales disfrutando de un acuerdo internacional generalizado». En el caso en concreto, el tribunal aplicó los artículos 1.7, 2.18, 2.4, 2.14, 7.1.3 y 7.4.8., y el capítulo 4.⁴⁷

También en el laudo 7375 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 5 de junio de 1996, en un caso surgido de un contrato de suministro entre un vendedor de Estados Unidos y un comprador de un país del Oriente Medio, quien reclamó indemnización de perjuicios por la entrega retardada de los bienes. En el contrato no se había pactado la ley aplicable por lo que el tribunal determinó que esto significaba que ninguno de los contratantes estaba preparado para aceptar la ley nacional del otro por lo que decidió que el contrato debía regirse por reglas generales del derecho aplicables a obligaciones contractuales internacionales que tuvieran amplio reconocimiento y consenso por parte de la comunidad mercantil internacional, incluyendo conceptos considerados como pertenecientes a la *lex mercatoria* todo lo cual se encuentra manifestado en los Principios del UNIDROIT.⁴⁸

En laudo de 10 de diciembre de 1997 de un tribunal *ad hoc* en Buenos Aires, al no haber escogido las partes la ley aplicable, aplicó los Principios del UNIDROIT.⁴⁹ El caso involucró un contrato entre los accionistas de una compañía argentina y una compañía chilena para la venta por la primera de 85 % de las acciones de la compañía argentina. Un tiempo después de la conclusión del contrato, el comprador descubrió que la compañía argentina había escondido deudas y suspendió el pago del resto del precio de la compra. Los vendedores demandaron pretendiendo el pago completo. En su defensa, el comprador pidió al tribunal confirmar la anulación del contrato y demandó se resarcieran los daños

⁴⁷ Laudos parciales en el caso 7110, junio de 1995, abril de 1998, febrero de 1999. The Hague, Netherlands. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts en ICC Arbitration. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, n.º 2, 1999, p. 49.

⁴⁸ *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, n.º 2, 1999.

⁴⁹ Tribunal arbitral *ad hoc*, Buenos Aires, 10 de diciembre de 1997, en <<http://unilex.info>>.

y perjuicios ocasionados, o a falta de lo anterior, reducir el precio del contrato en proporción a las deudas que se descubrieron.

El contrato no contenía una cláusula de escogencia de ley aplicable y las partes autorizaron al tribunal a actuar como amigable componedor. A pesar del hecho de que ambas partes habían iniciado sus reclamaciones basadas en la ley argentina, el tribunal decidió aplicar los Principios del UNIDROIT con base en que ellos constituyen los usos observados en el tráfico internacional y reflejados en soluciones adoptadas por diferentes sistemas legales y en la práctica contractual internacional. Y como consecuencia, de acuerdo con el artículo 28(4) de la Ley modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional, estos podían prevalecer sobre la ley nacional.

El tribunal rechazó el argumento propuesto por el demandado según el cual el contrato se incumplió por un error y sostuvo que la comunicación a los demandantes informando el descubrimiento de las deudas ocultas no podría ser considerado aviso apropiado de anulación según el artículo 3.14 de los Principios del UNIDROIT. No solamente no se indicaba la intención de no cumplir el contrato, sino que querían persuadir a los demandantes de que su propósito era continuar con el contrato, solo que en una versión modificada. El laudo estimó aplicable a la controversia sobre adquisición de acciones la ley argentina por elección tácita de la misma, no obstante lo relativo a la notificación de anulación de la adquisición de acciones se interpreta con arreglo a los Principios UNIDROIT.

Además, el tribunal sostuvo que la conducta subsecuente del demandado (en particular su propuesta de terminar el contrato por acuerdo, el pago de una parte del precio y el haber entrado en negociaciones con vista a modificar el contrato) llevó a una confirmación del contrato según el artículo 3.12 de los Principios del UNIDROIT (en este punto el tribunal también se refirió expresamente al comentario al ar-

título 3.12). Acerca de la demanda para una reducción del precio, el tribunal concedió una reducción equivalente solo al 65 % de las deudas ocultas.⁵⁰

En el laudo arbitral 8502, el tribunal decidió aplicar a la disputa la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías y los Principios de UNIDROIT «como prácticas evidentemente admitidas bajo la ley del comercio internacional».⁵¹

El 30 de abril de 2001 se dictó un laudo por un tribunal *ad hoc* en San José de Costa Rica. El contrato que las partes habían celebrado (una compañía francesa y una compañía de Costa Rica) incluía una cláusula por la cual se señalaba que las disputas surgidas se podrían resolver sobre las bases de la buena fe, los usos y las prácticas comerciales más conocidas y términos amistosos. El tribunal decidió aplicar los Principios del UNIDROIT considerando que estos constituyen el componente central de las reglas y principios reguladores de las obligaciones contractuales internacionales y disfrutaban además de consenso internacional.⁵²

Similar decisión fue la adoptada por un laudo del 5 de noviembre de 2002, al seno de la International Arbitration Court at the Chamber of

⁵⁰ Véase también en este sentido los siguientes laudos: Laudo Arbitral 9797 *Andersen Consulting Business Unit Member Firm vs. Arthur Andersen Business Unit Member Firm and Andersen Worldwide Société Cooperativ  *. ICC International Court of Arbitration, 28 de Julio de 2000, en <<http://unilex.info>>. Laudo Arbitral de 1995, London Court of Arbitration, en <<http://unilex.info>>. Laudo Arbitral 8873, 1997, ICC International Court of Arbitration, en <<http://unilex.info>>. Como se puede advertir, detrás de los argumentos en pro o en contra de reconocer a los Principios del UNIDROIT como fuente aplicable al contrato se encuentra una discusión en cuanto al significado y contenido de las «fuentes» del Derecho. A. M. LÓPEZ RODRÍGUEZ. «Las compilaciones orgánicas de principios generales del derecho de los contratos y su naturaleza jurídica». En A. L. CALVO CARAVACA y J. OVIEDO ALBÁN (dirs.). *Nueva lex mercatoria y contratos internacionales*, tomo 2 de la colección «Derecho Privado y Globalización». Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2006, pp. 120-121.

⁵¹ Laudo Arbitral 8502, ICC International Court of Arbitration (Paris), noviembre 1996, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, n.   2, p. 72. También en <<http://unilex.info>>.

⁵² Laudo arbitral, tribunal *ad hoc*, San José de Costa Rica, 30 de abril de 2001, en <<http://unilex.info>>.

Commerce and Industry of the Russian Federation. En el contrato respectivo las partes señalaron que las disputas serían resueltas conforme a los principios de la *lex mercatoria*, lo cual fue reconocido por el tribunal aplicando los Principios del UNIDROIT como una expresión de los principios generales de la *lex mercatoria*.⁵³

También cabe destacar el laudo arbitral CCI 12111 del 6 de enero de 2003. Las partes habían celebrado un contrato de venta en el que incluían una cláusula por la cual señalaban que el contrato se regiría por el derecho internacional y que cualquier disputa relacionada con el contrato sería solucionada amigablemente por medio de arbitraje bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional.

El tribunal señaló que la referencia a la expresión «derecho internacional» usada por las partes significaba que ellas no querían someter su contrato a una ley nacional. En este orden, el término «derecho internacional» sería interpretado como una referencia a la *lex mercatoria* y a los principios generales del derecho aplicables a los contratos internacionales, reflejados en los Principios del UNIDROIT.⁵⁴

⁵³ Laudo arbitral, International Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, 5 de noviembre de 2002, en <<http://unilex.info>>.

⁵⁴ Laudo arbitral 12111, 6 de enero de 2003, ICC International Court of Arbitration, en <<http://unilex.info>>. En el sentido de aplicar los principios como *lex mercatoria*, véanse los siguientes casos: Laudo Arbitral (parcial) 7110, 1995, 1998, *ICC International Commercial Arbitration Bulletin*, Vol. 10, n.º 2, 1999, pp. 39-57. Laudo Arbitral 9474, 2000, *ICC International Commercial Arbitration Bulletin*, Vol. 12, n.º 2, 2001, pp. 60-67. Laudo Arbitral 9797, 2000, *ICC International Commercial Arbitration Bulletin*, Vol. 12, n.º 2, 2001, pp. 88-95. Laudos Arbitrales (parcial y final) 9875, 2000, *ICC International Commercial Arbitration Bulletin*, Vol. 12, n.º 2, 2001, pp. 95-99. Laudo Arbitral 12111, 2003, en <<http://unilex.info>>. Laudo Arbitral 12040, 2003, en <<http://unilex.info>>. Laudo Arbitral 11849, 2003, en <<http://unilex.info>>. Laudo Arbitral, 134/200, 4 de abril de 2003, International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, en <<http://unilex.info>>. Laudo Arbitral 11880, 2004, en <<http://unilex.info>>. Laudo Arbitral 13012, 2004, en <<http://unilex.info>>. Laudo Arbitral de 30 de noviembre de 2006, Centro de Arbitraje y Conciliación de México (CAM), en <<http://unilex.info>>. Laudo Arbitral 147/2005, de 30 de enero de 2007, International Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, en <<http://unilex.info>>. Laudo Arbitral, 2007, China International Economic and Trade Arbitration Commission, en <<http://unilex.info>>. Laudo Arbitral 15089, 2008, en

Por otro lado, los criterios negativos sobre la existencia de la *lex mercatoria* se resumen en las siguientes consideraciones: dicha *lex* no es un ordenamiento jurídico en sí mismo, no constituye un verdadero conjunto de reglas con carácter de «plenitud» y se trata de un compendio de reglas fragmentarias que rigen determinados aspectos de la contratación internacional, la *nueva lex mercatoria* no ha desarrollado un sistema de derecho consuetudinario y su sistema sancionador es débil y poco efectivo.⁵⁵

En sentido de negar la posibilidad de asumirlos como reflejo de la *lex mercatoria* se encuentra el laudo 9419 CCI dictado en Lugano en septiembre de 1998.⁵⁶ El caso involucraba a una compañía suiza (demandante) de dirección de *countertrade* y un exportador (demandado, ubicado en Liechtenstein), en cuya cláusula de arbitraje no se especificaba la ley aplicable al contrato. El demandante sostuvo que en ausencia de cualquier referencia a una ley nacional específica se debía regir por los principios reconocidos de comercio internacional, la *lex mercatoria*, la cual se encuentra en los Principios del UNIDROIT. El árbitro expresó que no estaba de acuerdo con la existencia de la *lex mercatoria* y consideraba que la búsqueda de una ley que pudiera aplicarse a una relación contractual, necesariamente debe llevar a la identificación de una ley nacional. Sobre los Principios del UNIDROIT, consideró que se podían usar cuando las partes los involucraran voluntariamente en su relación contractual y podían ayudar al árbitro a confirmar la existencia de usos particulares del comercio, pero que no constituyen un cuerpo normativo en sí mismo que pueda considerarse como una ley supranacional aplicable que reem-

<<http://unilex.info>>. Laudo Arbitral T - 9 /0, 23 de enero de 2008, Foreign Trade Court of Arbitration Attached to the Serbian Chamber of Commerce, en <<http://unilex.info>>.

⁵⁵ Es lo sostenido por A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. «Contrato internacional, nueva *lex mercatoria* y Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales». En A. CABANILLAS SÁNCHEZ (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, Derecho Civil, Derecho de Obligaciones. Thomson Civitas, Madrid, 2002, pp. 1546-1547. Véase también CARBONNEAU, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁶ Laudo Arbitral 9419 - ICC International Court of Arbitration (Lugano), septiembre 1998, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, n.º 2, p. 104. También en <<http://unilex.info>>.

place la ley nacional, con base además en lo que se indica en el preámbulo a los Principios del UNIDROIT. Finalmente, el árbitro encontró que las partes implícitamente habían escogido la ley francesa como aplicable al contrato y por consiguiente la Convención de Viena de 1980, parte del derecho francés.

Además, puede citarse el fallo de un tribunal italiano donde se señaló que la referencia que hagan las partes a la *lex mercatoria*, los Principios del UNIDROIT o la Convención de Viena sobre compraventa internacional, en casos en que esta no resulte aplicable no significa escogencia de ley.⁵⁷

Como se puede advertir, la consideración de los Principios del UNIDROIT como reflejo de la «*lex mercatoria*» no es un punto pacífico en las decisiones arbitrales y estatales. Puede llegar a considerarse en un ejercicio que está tal vez pendiente si algunas de las figuras consagradas en este instrumento provienen o no de prácticas usuales en transacciones internacionales, caso en el cual los Principios sí recogerían la *lex mercatoria*.

2.3. *Aplicación como instrumento interpretativo y complementario de normas nacionales e internacionales*

En el «Preámbulo» también se establece que los Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de Derecho uniforme y además para interpretar o complementar el Derecho nacional. En el primero de los casos se parte del supuesto de que tales instrumentos son los aplicables al contrato internacional, pero los mismos presentaren vacíos como, por ejemplo, puede suceder con la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.⁵⁸ En el segundo evento, puede pensarse

⁵⁷ Tribunale di Padova, *Sez. Est.*, Italia, 11 de enero de 1995, en <www.unilex.info>.

⁵⁸ BORTOLOTTI. *Diritto dei contratti internazionali*, op. cit., p. 111; TALERO RUEDA, op. cit., p. 556.

que se trata de la ley nacional aplicable conforme a las reglas de conflicto, pero no se descarta la posibilidad de tratarse de casos nacionales regidos igualmente por la ley vigente en el país respectivo.

Cuando los principios son utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales vigentes y leyes nacionales no se parte de la idea de que aquellos excluyan la aplicación de estas. Incluso pueden utilizarse para interpretar la voluntad de las partes y de la ley aplicable.⁵⁹

En algunos casos se ha referido a la función de los Principios como forma de interpretar o llenar vacíos contenidos en convenciones internacionales. Por la pertinencia, se hará referencia de manera principal a la utilización de los Principios del UNIDROIT como forma de interpretar o llenar lagunas de la Convención sobre compraventa internacional, indicando, igualmente, que un sector de la doctrina también se orienta a sostener que si se llegaren a encontrar vacíos en la Convención sobre compraventa, pueda acudir a los Principios del UNIDROIT para solucionarlos.⁶⁰

Antes de relacionar algunos laudos que han decidido en esta dirección es preciso señalar que la Convención sobre Compraventa Internacional establece en el artículo 7(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.

Como puede advertirse, el artículo 7.2 establece que los vacíos de la Convención serán llenados con los principios generales en los cuales se

⁵⁹ PARRA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 195; BONELL, *The UNIDROIT Principles ...*, *op. cit.*, p. 1142.

⁶⁰ A. GARRO. «The gap filling role of the UNIDROIT Principles in international sales law: Some comments on the interplay between the Principles and the CISG». EN *Tulane Law Review*, Vol. 69, 1995, p. 1168; PENDÓN MELÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 40-41.

basa la misma o, en su defecto, por normas nacionales conforme al derecho internacional privado. Se encuentran casos en los que los tribunales han decidido en este sentido. Uno de ellos está relacionado con la disputa surgida en virtud de los contratos suscritos entre un vendedor austriaco y un comprador alemán para el suministro de acero. Los contratos estaban regidos por la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. El vendedor austriaco fue llamado a responder por los daños y defectos de los bienes enviados. Comoquiera que la Convención no determina el monto aplicable, el árbitro decidió compensar esta deficiencia teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 7(2) de la Convención, que se citó anteriormente.

Asimismo, se tuvo en cuenta que uno de los principios que rigen dicha Convención es el contemplado en el 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 podría 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.

Según el tribunal, se deduce que en caso de incumplimiento por parte del deudor en pagar la obligación en dinero, el acreedor tiene derecho a la tasa de interés correspondiente a la comúnmente cobrada en su país para el pago del dinero debido, o en cualquier otro país en el que las partes hayan estado de acuerdo. El soporte de esta solución fue el artículo 7.4.9(2), de los Principios del UNIDROIT, según el cual:

Artículo 7.4.9.

[...]

(2) El tipo de interés será el promedio bancario en los préstamos bancarios a corto plazo a favor de clientes calificados y que sea el ordinario para la moneda de la obligación en la plaza donde haya de hacerse el pago. En caso de no existir dicho tipo en tal lugar, se aplicará el tipo corriente en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de aquel tipo en todos esos lugares, el tipo de interés será el que se considere apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago.⁶¹

Otro ejemplo es el Laudo CCI 8769 de 1996. En este caso, la ley aplicable era el derecho francés y la Convención sobre compraventa internacional. En relación con el interés reclamado, el tribunal encontró que la Convención en el artículo 78 no regula este aspecto y por ello decidió aplicar una tasa de interés razonable comercialmente y se refirió al artículo 7.4.9(2) de los Principios del UNIDROIT.⁶²

Por otra parte, cabe destacar que la Convención y los Principios del UNIDROIT tienen reglas similares como, por ejemplo, varias normas sobre criterios interpretativos, la importancia señalada a los usos y costumbres,⁶³ el capítulo sobre formación del contrato la posibilidad de celebrar contratos con precio abierto⁶⁴ y el incumplimiento esencial,⁶⁵ para indicar solamente algunas.

Finalmente, cabe referir lo que tiene que ver con el carácter internacional de la Convención y de los Principios, además de la necesidad de

⁶¹ Laudo Arbitral 4318 y 4366, International Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, Wien, (Austria), 15 de junio de 1994, en <<http://unilex.info>>.

⁶² Laudo Arbitral 8769, International Court of Arbitration, 1996, en <<http://unilex.info>>.

⁶³ Cfr. Artículos 8 y 9 de la Convención y 1.8 de los Principios del UNIDROIT.

⁶⁴ Cfr. artículos 55 de la Convención y 5.7 de los Principios del UNIDROIT.

⁶⁵ Cfr. artículos 25 de la Convención y 7.3.1 (1) de los Principios del UNIDROIT.

buscar la uniformidad en su aplicación, conforme lo señalado en el artículo 7 de la Convención, cuya redacción coincide con la del artículo 1.6.(1) de los Principios del UNIDROIT, así:

(1) En la interpretación de estos principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

Significa esto que el criterio bajo el cual deben interpretarse las normas de la Convención y, en consecuencia, aunque así aquella no lo establezca expresamente, ejecutarse el contrato siempre teniendo en cuenta este aspecto. Esto lo explica la tendencia misma del Derecho Comercial hacia la internacionalización. Así, cuando un término equívoco (o que tenga diversas acepciones en un sistema jurídico determinado, diferente en cada país) se encuentre en la Convención, debe acudirse al concepto que de él se tenga en el comercio internacional antes que en la ley nacional.

Valga resaltar cómo estas manifestaciones jurídicas contemporáneas coinciden en algunos aspectos como son el carácter internacional de las mismas y la tendencia a su uniformidad. En el comentario al artículo mencionado de los Principios del UNIDROIT se expresa la intención anotada:

[...] En cuanto a la finalidad de los Principios en su conjunto, y en la medida en que su propósito fundamental es el de brindar un marco uniforme a los contratos mercantiles internacionales, este artículo se refiere expresamente a la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación, esto es, asegurar que en la práctica y en la medida de lo posible, sean interpretados y aplicados de la misma forma en diferentes países.

También varios laudos arbitrales y decisiones judiciales se han referido a los Principios del UNIDROIT, demostrando que es una solución

particular pese a estar basada en la ley nacional aplicable al caso concreto, además se adecua a los estándares internacionalmente aceptados.⁶⁶ En otros, se ha tomado a los Principios del UNIDROIT como forma de interpretar o complementar la ley aplicable, o incluso como forma de señalar que la solución adoptada con base en el derecho nacional o en normas internacionales se encuentra adoptada igualmente en los Principios.⁶⁷ El siguiente es un caso de un fallo pronunciado en 1990 por la Corte de Arbitraje de Berlín aún antes de que la versión final de los Principios del UNIDROIT fuera publicada.

El caso correspondía a un contrato para el transporte de maquinaria entre una unidad económica de la República Democrática Alemana y otra unidad económica de otro país europeo del Este. Cuando sobrevino la reunificación de Alemania y los mercados occidentales fueron abiertos a las empresas de la antigua Alemania del Este, la maquinaria en cuestión perdió todo valor para el importador alemán. Más tarde, invocando que sobrevino un cambio radical de las circunstancias existentes al tiempo de la conclusión del contrato, el deudor se negó a entregar la maquinaria y pagar el precio. El tribunal arbitral decidió en su favor y en orden a probar que el principio según el cual un cambio sustancial en el equilibrio original del contrato puede justificar la terminación del mismo es

⁶⁶ Con relación al rol de los Principios del UNIDROIT para interpretar y complementar el derecho interno, véase los estudios contenidos en: A. GARRO y J. A. MORENO RODRÍGUEZ (eds.). *Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*. Springer, 2021. Igualmente: S. GARCÍA LONG. «El uso de los Principios UNIDROIT para interpretar y complementar el Derecho contractual nacional: un modelo para el legislador peruano». En *Themis, Revista de Derecho*, 2024, pp. 419-436 y E. I. LEÓN ROBAYO. *Los Principios de UNIDROIT como recurso de interpretación contractual en el Derecho colombiano*. Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2014, *passim*.

⁶⁷ Pueden verse los siguientes fallos en los sentidos expresados: Laudo Arbitral, Arbitral Court of the Economic Chamber and the Agrarian Chamber of the Czech Republic. 17 II 1996, en <<http://unilex.info>>. Laudo Arbitral 8540, International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce ICC, 4, IX, 1996, en <<http://unilex.info>>. Laudo Arbitral 8223, International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce ICC, 1998, en <<http://unilex.info>>. También en la base de datos UNILEX se pueden encontrar numerosos fallos (tanto laudos arbitrales como decisiones de jueces, tribunales y cortes estatales) en este sentido, que a la fecha de preparación de este trabajo suman más de 160. Véase <<http://unilex.info>>.

cada vez más aceptado a nivel internacional, se refirió, entre otras, a las estipulaciones contenidas en los Principios del UNIDROIT.⁶⁸

Igualmente, se puede citar el Laudo 8240 de la Cámara de Comercio Internacional, de 1995, relacionado con un contrato de distribución que involucró como parte demandante un distribuidor de Suiza y uno de Singapur y como demandado un suministrante belga. Después de terminado el contrato, por acuerdo entre las partes, la cuestión se refirió a cómo regular la devolución de las existencias. Aunque las partes indicaron que sería la ley suiza la que regularía el contrato, el tribunal arbitral decidió que la tasa de cambio para el pago debía efectuarse conforme a la moneda local, en referencia a que el artículo 6.1.9(3) de los Principios del UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales consagra una regla similar a la ley suiza.⁶⁹

En el Laudo arbitral 1046 CCI (sede: Barranquilla, Colombia), las partes escogieron como ley aplicable la colombiana.⁷⁰ El tribunal decidió aplicar la ley nacional, las previsiones contenidas en el contrato y los usos relevantes del tráfico, en concordancia con el artículo 17.2 del Reglamento de arbitraje CCI, vigente en su momento. El tribunal aplicó las disposiciones relevantes del Código de Comercio colombiano y como soporte de las soluciones adoptadas se refirió a los Principios del

⁶⁸ En efecto, el artículo 6.2.1 de los Principios dispone: «Salvo lo dispuesto en esta sección con relación a la «excesiva onerosidad» (*hardship*), las partes continuarán obligadas a cumplir sus obligaciones a pesar de que dicho cumplimiento se haya vuelto más oneroso para una de ellas». El artículo 6.2.2 por su parte dispone: «Se presenta un caso de «excesiva onerosidad» (*hardship*) cuando ocurren sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento en el costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución del valor de la prestación a cargo de la otra [...]». *Schiedsgericht Berlin*, 1990, n.º SG. 126/90, en <<http://unilex.info>>.

⁶⁹ Laudo Arbitral, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, n.º 2, 1999, p. 26 y ss. Artículo 6.1.9 (moneda de pago): «Si una obligación de dinero se expresa en moneda diferente a la del lugar del pago, éste podrá hacerse en la moneda de dicho lugar a menos que: [...] (3) El pago en la moneda del lugar deberá efectuarse conforme a la tasa de cambio prevaleciente en ese lugar en el momento que debe hacerse el pago».

⁷⁰ Laudo Arbitral 10346, *International Court of Arbitration ICC*, 2000, en <<http://unilex.info>>.

UNIDROIT, tanto a las reglas (*black letter rules*) como a los comentarios a las mismas.⁷¹

La Corte Suprema de Justicia colombiana dictó una sentencia de casación en cuyas consideraciones se pronunció acerca del valor que los Principios del UNIDROIT pueden tener para interpretar la ley nacional, que vale la pena resaltar. Los hechos fueron los siguientes.

Se presentó demanda para que por proceso ordinario se revisara un contrato de mutuo para préstamo de vivienda, al considerar los demandantes que por circunstancias imprevistas se hizo más gravosa la deuda. El juez de primera instancia y el tribunal de apelaciones negaron las pretensiones, lo que fue ratificado por La Corte Suprema en casación, al no admitir que en el caso en cuestión hubiera imprevisión.

En las consideraciones, la sentencia de casación hizo un importante recuento histórico-comparativo sobre la teoría de la imprevisión, sus requisitos, etc., y también menciona la forma como está consagrada en los Principios del UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, los Principios de Derecho Europeo de Contratos y, además, aunque sin decirlo expresamente, parece asumir que el artículo 79 de la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías también la incorpora. Para lo que atañe a efectos de este escrito se resalta en las consideraciones la opinión de la Corte al decir que las partes de un contrato pueden acoger a los Principios del UNIDROIT como ley del contrato mismo siempre y cuando no se viole la ley nacional imperativa. Además, insistió en que los jueces pueden asumirlos para interpretar los instrumentos internacionales o nacionales. Así lo expresó el fallo en el apartado correspondiente:

Más recientemente, los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales —Principles of International Commercial Contracts

⁷¹ Artículo 871 del Código de comercio colombiano, en concordancia con el artículo 5.3 de los Principios del UNIDROIT. También hizo referencias a los artículos 1,7, 7.4.3, 7.4.8 y 7.4.4.

(PICC)— de UNIDROIT, cuyo Estatuto Orgánico hecho en Roma el 15 de marzo de 1940 se incorporó a la legislación patria por Ley 32 de 1992 (D. O. 40.705, 31 de diciembre de 1992, exequible según sentencia C-048 de 1994), desde su primera versión, contienen directrices precisas sobre la fuerza obligatoria del contrato, la «*excesiva onerosidad*» (*hardship*) y la adaptación. Los *Principios*, simbolizan el esfuerzo significativo de las naciones para armonizar y unificar disímiles culturas jurídicas, patentizan la aproximación al uniforme entendimiento contemporáneo de las relaciones jurídicas contractuales, superan las incertidumbres sobre la ley aplicable al contrato, los conflictos, antinomias, incoherencias, insuficiencia, ambigüedad u oscuridad de las normas locales al respecto. Indispensable aclarar que las partes pueden regular el contrato mercantil internacional por sus reglas, en cuyo caso, aplican de preferencia a la ley nacional no imperativa, y el juzgador en su discreta labor hermenéutica de la ley o del acto dispositivo, podrá remitirse a ellos para interpretar e integrar instrumentos internacionales y preceptos legales internos.⁷²

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en una sentencia de 30 de agosto de 2011, hizo referencia en sus consideraciones a los Principios del UNIDROIT. El caso fue el siguiente: se celebraron contratos de afiliación o vinculación de vehículos entre empresas establecidas en Colombia. El demandante pidió declarar la responsabilidad civil extracontractual de la sociedad demandada por incumplimiento contractual o en subsidio, su resolución, y en uno u otro caso, condenarla a pagar la indemnización de los daños causados en la cuantía respectiva debidamente indexada más intereses. La pretensión se fundamentó en la terminación unilateral de los contratos lo que según el demandante se constituyó en incumplimiento del contrato además de contrariar la buena fe y la prórroga automática pactada al finalizar su duración mínima anual, cuando las partes no los terminaban de mutuo acuerdo en los treinta días precedentes.

⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. William Namén Vargas, 21 de febrero de 2012, Ref. 11001-3103-040-2006-00537-01, disponible en <<http://www.cortesuprema.gov.co>>. Vale aclarar que la opinión de la Corte, contenida en esta sentencia, no incidió en la decisión adoptada y, por ende, constituye solamente un *obiter dicta*.

El juez de primera instancia, en fallo de 20 de diciembre de 2006, desestimó las excepciones perentorias, la objeción por error grave al dictamen pericial y declaró la responsabilidad civil contractual de la demandada por la desafiliación de los automotores, condenándola a pagar daños y costas. El tribunal de apelaciones decidió en sentencia de 3 de junio de 2009 revocar la sentencia y condenó en costas al demandante. La Corte Suprema no casó la sentencia. En sus consideraciones, la Corte Suprema expresó que la terminación unilateral del contrato por incumplimiento está admitida en ciertos casos específicos en la legislación colombiana, pero, además, fue pactada por las partes. En su razonamiento, la Corte Suprema de Justicia citó la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y los Principios de UNIDROIT, al determinar que los artículos 49 a 64 de la Convención aprobada en Colombia por la Ley 518 de 1999, autorizan a cada parte para declarar resuelto el contrato por incumplimiento esencial, y diferir el cumplimiento en los contratos con entregas sucesivas cuando es manifiesto «que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones» por las causas señaladas (resolución por anticipación, *anticipatory breach of contract*). Igualmente, hizo referencia a los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, señalando que estos establecen el derecho de una parte a resolver el contrato si el incumplimiento de la contraparte constituye un incumplimiento esencial (art. 7.3.1.1) o si antes de la fecha de ejecución del contrato existe certeza que el deudor incurrirá en incumplimiento esencial, el acreedor puede resolverlo (art. 7.3.3), en cuyo caso «[e]l derecho a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte» (art. 7.3.2.1).⁷³

En otras sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia se ha hecho igualmente referencia a los Principios del UNIDROIT en las consideraciones de las mismas. Así, en sentencia de 8 de septiembre de

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P. William Namén Vargas, 30 de agosto de 2011, Rad. 11001-3103-012-1999-01957-01, disponible en <<http://www.cortesuprema.gov.co>>.

2011, en un caso relativo a una disputa a los daños sufridos por una mercancía transportada por vía marítima desde Houston, Estados Unidos, hasta Cartagena, Colombia, la Corte Suprema de Justicia colombiana hizo referencia al artículo 7.1.6 de los Principios UNIDROIT para referirse a los límites de unas cláusulas limitativas de responsabilidad. Así se indicó en la sentencia:

Regulaciones recientes del derecho comercial internacional y nuevas tendencias de la *lex mercatoria* afirman el interés generalizado por reglamentar las condiciones en que las partes pueden acordar el régimen de responsabilidad contractual. Por ejemplo, el artículo 7.1.6 de los Principios UNIDROIT, 2010, según el cual la parte no podrá invocar la cláusula de limitación o exoneración, en caso de incumplimiento de una obligación, o si permite una prestación sustancialmente diferente de aquella que razonablemente debe atender la otra parte, o su ejecución resulta manifiestamente inequitativa.⁷⁴

En sentencia de 5 de noviembre de 2013, relativa a un caso de indemnización de perjuicios por deficiente atención médica y quirúrgica, la Corte Suprema de Justicia incluyó en sus consideraciones una referencia a los Principios de UNIDROIT, así:

En la actualidad, como un desarrollo de las ideas antes esbozadas y sin perjuicio de que se puedan considerar varios factores para adoptar la determinación respectiva (*cf.* art. 5.1.5. de los Principios UNIDROIT), el criterio más aceptado para distinguir uno y otro tipo de obligación se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda tener el que con la conducta debida se realice el *interés primario del acreedor*, es decir, que este efectivamente obtenga el resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr.⁷⁵

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P. William Namén Vargas, 8 de septiembre de 2011, Rad. 11001-3103-026-2000-04366-01, disponible en <<http://www.cortesuprema.gov.co>>.

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P. Arturo Solarte Rodríguez, 5 de noviembre de 2013, Rad. 20001-3103-005-2005-00025-01, disponible en <<http://www.cortesuprema.gov.co>>.

Igualmente, cabe citar la sentencia SC282-2021 en la cual se aludió a la mitigación del daño, señalando en la parte considerativa de dicha decisión que:

Tal deber ha recibido la denominación «mitigación» o «atenuación del daño», y encuentra reconocimiento expreso en los artículos 77 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y 7.4.8.(1) de los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales.⁷⁶

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC282-2021, M. P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, 15 de febrero de 2021, Rad. 08001-31-03-003-2008-00234-01, disponible en <<http://www.cortesuprema.gov.co>>. En la sentencia SC4786-2020 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, también en la parte considerativa, se transcribió un apartado de los comentarios a los Principios. Se señaló en la sentencia: «El contexto de la obligación, valga decirlo, la interrelación de las distintas prestaciones entre sí, ilustrará sobre el comportamiento que razonablemente se espera del deudor. Por ejemplo, *un precio inusualmente alto u otras obligaciones correlativas particulares pueden indicar el deber de alcanzar un resultado específico, aún en aquellos casos en que lo normal fuera una obligación de medios*». Cfr. International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts*, 2016, p. 158. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC4786-2020, M. P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, 7 de diciembre de 2020, Rad. 20001-31-03-003-2001-00942-01, disponible en <<http://www.cortesuprema.gov.co>>. En sentencia de 8 de abril de 2014 relativa a una promesa de permuta en que se alegó el incumplimiento de una de las partes. En sus consideraciones, al referirse al «incumplimiento esencial», la Corte Suprema hizo referencia a los Principios UNIDROIT, la Convención sobre Compraventa Internacional y los Principios sobre Derecho Europeo de Contratos. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC4420-2014, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona, 8 de abril de 2014, Rad. 0500131030122006-00138-0, disponible en <<http://www.cortesuprema.gov.co>>. Asimismo, en sentencia de 7 de septiembre de 2020, en un caso relativo al incumplimiento de un contrato de reaseguro en el que se solicitaba la declaratoria de incumplimiento y el pago de perjuicios e intereses, la Corte Suprema de Justicia de Colombia hizo referencia al artículo 1.7 de los Principios del UNIDROIT, al señalar que las partes deben actuar con buena fe y lealtad. Así se señaló en la sentencia: «Es principio, derecho y paradigma del sistema normativo. Irradia y rige de manera cardinal y transversal todas las relaciones entre los particulares, y de estos con el Estado. Permea incluso los acuerdos de comercio privado internacional (el artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT, señala: “(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber”»». Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC3273-2020, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, 7 de septiembre de 2020, rad. 11001-31-03-013-2011-00079-01, disponible en <<http://www.cortesuprema.gov.co>>. En sentencia de 12 de julio de 2024 también se hizo referencia a los Principios del UNIDROIT por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, al citar los artículos 1.3 sobre obligatoriedad de los contratos y 6.2.1 a 6.2.3 sobre excesiva onerosidad. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC1360-2024, M.P. Martha Patricia Guzmán Álvarez, 12 de julio de 2024, Rad. 11001-31-03-011-2015-00575-01, disponible en <<http://www.cortesuprema.gov.co>>. En los

En el caso colombiano se pueden citar algunos laudos arbitrales que se han referido a los Principios del UNIDROIT en este sentido. Sin que esta sea una referencia exhaustiva, pueden citarse los siguientes:

- Laudo Arbitral de Guillermo Alejandro Forero Sáchica vs. Consultoría Óscar G. Grimaux y Asociados, SAT, y Citeco Consultora S. A. En este caso, al determinar las fuentes aplicables al contrato, el árbitro tuvo entre otras los Principios del UNIDROIT. Al decidir sobre la fijación de un criterio para determinar la actualización de condena, decidió aplicar a los saldos intereses mensuales sin capitalización de los mismos, tomando para ello la tasa bancaria corriente certificada por la Superintendencia Bancaria, citó el artículo 7.4.9. de los Principios para reforzar su decisión al optar por dicha tasa. Igualmente, tuvo en cuenta el artículo 7.3.5 de los Principios en el sentido de que la

apartados pertinentes dijo la Corte: «sí lo establece, en nuestro medio, el artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. También lo hacen los artículos 1545 del Código Civil chileno; 1361 del Código Civil peruano; 959 del Código Civil y Comercial argentino; 1091 del Código Civil español y 1103 del Código Civil francés, entre otras disposiciones semejantes. Incluso, la regla aparece en instrumentos de armonización contractual, como los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (art. 1.3.), y los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (art. 6)”».

El asunto igualmente fue abordado por los principales instrumentos de *soft law* en materia de contratos, como los ya citados Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (arts. 6.2.1. a 6.2.3); los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (art. 84), o los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (art. 6:111). Cada una de esas disposiciones normativas enfrenta la cuestión del cambio sobreviniente de circunstancias de modo diverso, pero en su mayoría tienen factores comunes, como el hecho de no disputar la validez o eficacia de lo acordado ni tampoco el equilibrio inicial entre derechos y deberes de los contratantes, sino, únicamente, los límites de la fuerza obligatoria de esa expresión de voluntad inicial, cuando, por causas imprevisibles y extrañas a uno de los contratantes, varían drásticamente las condiciones de hecho sobre las cuales juzgó equivalentes sus obligaciones y las que corren a cargo de su contraparte. Lógicamente, esa variación requiere que exista una brecha temporal entre la fecha en la que se celebró el contrato y la del cumplimiento de las obligaciones. Téngase en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre en materia de contratación estatal, la paridad objetiva entre prestaciones no es el eje de la discusión, sino la enorme discrepancia entre el futuro que las partes anticiparon al momento de obligarse a dar, hacer o no hacer algo, y la realidad que terminó acaeciendo cuando debían ejecutar esa prestación

terminación del contrato releva a las partes de la obligación de efectuar y aceptar prestaciones futuras.⁷⁷

- En el laudo arbitral de Augusto Ruiz Corredor y Cía. Ltda., vs. Constructora Andrade Gutiérrez S. A., el tribunal citó el artículo 6.2.2. de los Principios al establecer que debía entenderse por excesiva onerosidad.⁷⁸ También en el laudo arbitral de Cooperativa Nacional de Ahorro y Crédito Ltda., Crear Cooperativa vs. Hernando Horta Díaz, de junio 5 de 2002, el árbitro consideró que la conducta de apoyo mutuo derivada del principio de buena fe de los contratos contenido en el artículo 1603 del Código Civil, es lo que se conoce generalmente como «deber de colaboración», postulado que, por ejemplo, se recoge en el artículo 5.3 de los «Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales» del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).⁷⁹
- En el laudo arbitral de Teleconsorcio S. A. vs. Radiotrónica S. A. y Sistemas Asesorías y Redes S. A., SAR S.A. - Radiotrónica S.A. vs. Teleconsorcio S. A., NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui y Co Ltd. y Sumitomo Corporation, se consideró que:

No se ignora por el fallador que el derecho comparado parece haberse orientado, de una manera cada vez más pronunciada, aun cuando al parecer con menor técnica, al menos en el campo del derecho privado, no

⁷⁷ Laudo arbitral de Guillermo Alejandro Forero SÁCHICA vs. Consultoría Óscar G. Grimaux y Asociados, SAT, y Citeco Consultora S. A., 10 de mayo de 2000, Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación, Árbitro: Jorge Cubides Camacho.

⁷⁸ Laudo arbitral de Augusto Ruiz Corredor y Cía. Ltda., vs. Constructora Andrade Gutiérrez S. A., 30 de mayo de 2002, Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación, árbitros: Antonio De Irisarri Restrepo, María Cristina Morales de Barrios y Juan Pablo Cárdenas Mejía.

⁷⁹ Laudo arbitral de Cooperativa Nacional de Ahorro y Crédito Ltda., Crear Cooperativa vs. Hernando Horta Díaz, 5 de junio de 2002, Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación, Árbitro: Nicolás Gamboa Morales.

así en el administrativo, hacia la posibilidad de que cualquiera de las partes que encuentre producida la causal de terminación anticipada que se contiene en el artículo 870 del Código de Comercio, tome la iniciativa de dar por terminada su vinculación contractual en los negocios denominados como bilaterales. En igual sentido se pronuncian las reglas de UNIDROIT (art. 7.3.1, n.º 1), que en su condición de principios internacionales están orientando al derecho comercial y constituyen, cada vez más, como expresión eximia de la llamada «*Iex mercatoria*», un punto de referencia de primer orden para el estudio de la evolución moderna del Derecho Mercantil. Todo lo anterior, es obvio, sin perjuicio de la posterior revisión de esta medida en el ámbito jurisdiccional, cuando quiera que la otra parte disienta de ella y los contratantes no se avengan a una autocomposición sobre este particular.⁸⁰

- Así también en el Laudo Arbitral de Delevaco Energy Colombia IC. Sucursal Colombia (hoy Pacific Stratus Energy Colombia Corp Sucursal Colombia) vs. P1 Energy Alpha SAS y Petroleum

⁸⁰ Laudo Arbitral de Teleconsorcio S.A. vs. Radiotrónica S. A. y Sistemas Asesorías y Redes S. A., SAR S. A. – Radiotrónica S. A. vs. Teleconsorcio S. A., NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui y Co Ltd. y Sumitomo Corporation, 22 de agosto de 2002, Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación, Árbitros: Rafael Bernal Gutiérrez, Álvaro Mendoza Ramírez y Jorge Cubides Camacho. Véanse también los siguientes laudos: Empresa de Energía de Boyacá S. A. ESP vs. Compañía Eléctrica de Sochagota S. A. ESP, 21 de octubre de 2004, Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación, Árbitros: Jorge Suescún Melo, María Cristina Morales de Barrios, Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Laudo Arbitral Compañía de Remolcadores Marítimos S. A. Coremar S. A. vs. Rosales S. A., 11 de noviembre de 2005, Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación, Árbitros: Gilberto Peña Castrillón, Alejandro Venegas Franco, Juan Pablo Cárdenas Mejía. Laudo Arbitral, Sociedad Colombiana de Construcciones, Sococo S. A. vs. Carbones del Cerrejón LLC (antes International Colombia Resources Corporation), 30 de noviembre de 2005, Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación, Árbitros: Gilberto Peña Castrillón, Jorge Cubides Camacho, Juan Pablo Cárdenas Mejía. Laudo Arbitral Construcciones C.F. Ltda. vs. Banco de la República, 5 de marzo de 2007, Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación, Árbitros: Juan Caro Nieto, Álvaro Isaza Upegui, Nicolás Gamboa Morales. Laudo Arbitral Consorcio Arabia vs. Instituto Nacional de Vías - Inviás, Contrato 428 de 2003, 1 de septiembre de 2008, Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación, Árbitros: Carlos Arturo Orjuela Góngora, Roberto Núñez Escobar, Luis Manuel Escobar Medina. Laudo Arbitral Jairo Gómez Rueda vs. Prodaín S.A., 11 de junio de 2008, Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación, Árbitros: Ernesto Rengifo García, Gabriela Monroy Torres, Eugenia Barraquer Sourdis. Laudo Arbitral Ecopetrol S. A. vs. Hupecol Caracara LLC y Cepsa Colombia S.A. —Cepcolsa—, 18 de junio de 2009, Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación, Árbitros: Adelaida Ángel Zea, Humberto De La Calle Lombana, Juan Pablo Cárdenas Mejía.

Equipment International SAS (hoy Nikoil Energy Corp. Suc. Colombia), de 19 de noviembre de 2013, además de hacer una cita de los artículos 25, 49 y 64 de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, se hizo referencia a disposiciones de los Principios del UNIDROIT sobre resolución del contrato por incumplimiento. Así se señaló en las consideraciones:

Asimismo, los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2010) en su artículo 7.3.1, establecen [...]:

Como se puede apreciar, es claro que la resolución solo procede por incumplimiento grave y que para establecer la gravedad del incumplimiento debe tomarse en consideración lo que las partes podían esperar del contrato, esto es, el interés que las animaba al contratar o en el caso de los Principios del UNIDROIT otras circunstancias que revelan la gravedad de la conducta frente al interés del acreedor.⁸¹

- En el laudo arbitral de 3PL Logistics Solutions Colombia S. A. S. vs. Virbac Colombia Ltda., relativo a una disputa sobre incumplimiento de un contrato de depósito, bodegaje y entrega de productos y el valor de una cláusula de terminación unilateral del contrato, se hizo alusión en las consideraciones al artículo 4.1(1) de los Principios del UNIDROIT con relación a la función interpretativa de los tratos preliminares. Así se señaló en el apartado correspondiente:

Esta posibilidad además ha sido acogida expresamente por los instrumentos del moderno derecho de contratos. En efecto, en los Principios del UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010, el artículo 4.1(1) establece que el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. A su vez, el artículo 4.3(a) señala que

⁸¹ Laudo Arbitral de Delevaco Energy Colombia IC. Sucursal Colombia (hoy Pacific Stratus Energy Colombia Corp Sucursal Colombia) vs. P1 Energy Alpha SAS y Petroleum Equipment International SAS (hoy Nikoil Energy Corp. Suc. Colombia), 19 de noviembre de 2013, Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación y Conciliación, Árbitros: Juan Pablo Cárdenas Mejía, Ernesto Villamizar Cajiao y Andrés Fernández de Soto.

para la aplicación de dicha regla, deberán tomarse en cuenta todas las circunstancias, incluyendo las negociaciones previas entre las partes.⁸²

- En el laudo arbitral de Promotora Comercial de La Sabana S.A.S. - PROCOMSA S. A. S. vs. EXIPLAST S. A. S., relativo a una disputa sobre el incumplimiento de un contrato de obra, se hicieron referencias tanto a un apartado de los comentarios oficiales a los Principios del UNIDROIT (en una nota de pie de página) como a algunas de sus disposiciones sobre incumplimiento contractual.⁸³ Los siguientes son los apartados respectivos:

(nota 31): es de resaltar, por su conexidad y autoridad, que en los comentarios oficiales que acompañan los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (versión 2016), se exprese que «Un contrato no debe ser visto simplemente como el punto de encuentro de intereses contrapuestos, sino en cierta medida como un proyecto común en el que cada parte debe cooperar». Este enfoque se encuentra íntimamente relacionado con el principio de la buena fe y lealtad negocial (artículo 1.7) que inspira el derecho contractual [...] Este artículo expresa el deber de mutua cooperación entre las partes, en la medida en que dicho deber pueda ser razonablemente exigible para que las partes cumplan con sus obligaciones [...] cada una de las partes no solo debe abstenerse de obstaculizar el cumplimiento, sino también adoptar medidas para permitir que la otra parte cumpla con sus obligaciones.

[...] el sistema descrito, como bien lo precisan los autores que lo sostienen, encaja con el que han adoptado los instrumentos que integran el moderno Derecho de contratos caracterizado en general por adoptar una noción unificada de incumplimiento, un sistema articulado de remedios que prescinde de la culpa como requisito de su procedencia, tal como

⁸² Laudo Arbitral de 3PL Logistics Solutions Colombia S.A.S. vs. Virbac Colombia, Ltda., 2 de junio de 2016, Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación y Conciliación, Árbitro único: Jorge Oviedo Albán.

⁸³ Laudo Arbitral de Promotora Comercial de La Sabana S. A. S. – PROCOMSA S. A. S. vs. EXIPLAST S. A. S., 21 de febrero de 2024, Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación y Conciliación, Árbitros: Jorge Oviedo Albán, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo y Margoth Perdomo Rodríguez.

sucede con la Convención sobre compraventa internacional y que a partir de ella ha sido incorporado a los Principios del UNIDROIT, los PECL y más recientemente el DCFR.

El texto a pie de pie de página 143 que se incluye después de la referencia a los Principios del UNIDROIT dice:

Los Principios del UNIDROIT si contienen una definición de incumplimiento en el artículo 7.1.1 según el cual: «El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o tardío». En cuanto al sistema articulado de remedios, al modo de la Convención, se establecen los siguientes: resolución en caso de incumplimiento esencial: artículo 7.3.1; plazo suplementario para cumplir: artículo 7.1.5; ejecución forzosa de las obligaciones dinerarias: artículo 7.2.1 y no dinerarias: artículo 7.2.2; reparación y reemplazo: artículo 7.2.3; derecho a suspender el cumplimiento: artículo 7.1.3 e indemnización de perjuicios: artículo 7.4.1.

Adicionalmente, se hizo referencia al artículo 7.4.8 sobre mitigación del daño:

[...] los reputados Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales, en su artículo 7.4.8 («Atenuación del daño»), disponen: 1. La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables. 2. La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonable efectuado en un intento por reducir el daño.

2.4. Aplicación como modelo legislativo y contractual

Se ha señalado además que los legisladores nacionales e internacionales podrían encontrar una fuente de inspiración en los Principios del UNIDROIT para la preparación de nueva legislación, en el campo de las reglas generales de los contratos o con respecto a tipos específicos de negocios debido a las soluciones modernas y funcionales adoptadas;

se observa también que las partes pertenecientes a sistemas legales diferentes o que hablen lenguajes distintos podrían usar dichos Principios como una guía para elaborar sus contratos.

Algunos autores han señalado que los Principios del UNIDROIT pueden servir como guía para la redacción de contratos comerciales internacionales.⁸⁴ Esto, pues no son pocas las diferencias que puede el sentido de algunas palabras y vocablos técnicos y jurídicos en los diferentes países y sistemas legales. De esta manera, al redactar los contratos conforme a la terminología empleada en los Principios, se estarán evitando posibles diferencias en su entendimiento.

Los Principios del UNIDROIT, junto con la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, han servido para la preparación de nuevas leyes nacionales o bien para modificar las existentes. Es sabido que la *modernización del derecho de las obligaciones*, más que una simple actualización legislativa de las normas, como tal vez esta denominación pareciera sugerirlo, es un proceso, seguramente el más importante en el derecho privado moderno desde la codificación, que se ha ocupado de la revisión de las estructuras dogmáticas y que se originó en las últimas décadas del siglo XX, concretamente a partir de la labor armonizadora adelantada por instituciones como la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), cuyos instrumentos más relevantes e influyentes han sido la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y los Principios del UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, los cuales más allá de regular el contrato internacional, han incidido no solamente en los procesos de reforma legislativa o de adop-

⁸⁴ BONELL. *The UNIDROIT Principles ...*, *op. cit.*, p. 1143; R. ILLESCAS ORTIZ. «Los Principios de UNIDROIT: ¿una nueva *lingua franca* para la redacción de los contratos comerciales internacionales?». En D. MORÁN BOVIO (coord.). *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*. 2.^a ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 385-393.

ción de nuevas leyes sobre la materia expedidas en países de Asia, Europa y América, sino también en la revisión doctrinal y jurisprudencial de las normas vigentes en los códigos de diversos países, lo que ha permitido una interesante reformulación y adaptación de instituciones tradicionales, a las nuevas realidades negociales.⁸⁵ Así, los Principios han servido de fuente como es el caso del nuevo Código Civil holandés,⁸⁶ el nuevo Código Civil de Quebec, el nuevo Código Civil de la Federación Rusa,⁸⁷ la ley china de contratos (1999)⁸⁸ y el Código Civil y Comercial

⁸⁵ Una detallada explicación de este proceso puede verse en: A. M. MORALES MORENO. *Claves de la modernización del derecho de contratos*. Ibáñez, Centro de Estudios de Derecho Comparado, Bogotá, 2016, pp. 33-39; I. DE LA MAZA GAZMURI y Á. VIDAL OLIVARES. *Hacia un Derecho latinoamericano de los contratos. Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 43-60.

⁸⁶ BART VOLDERS. «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Dutch Law». En E. CASHIN RITAINE y E. LEIN (eds.). *The UNIDROIT Principles 2004. Their Impact on Contractual Practice, Jurisprudence and Codification, Reports of the ISDC Colloquium (8/9 June 2006)*. Swiss Institute of Comparative Law (ISDC), Schulthess, Zurich, 2007, pp. 135-148.

⁸⁷ A. S. KOMAROV. «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: a Russian View». En *Uniform Law Review*, 1996, pp. 247-254. El autor indica que los autores del Código Civil conocieron los trabajos preparatorios de los Principios del UNIDROIT. Destaca además la presencia de M. J. Bonell, coordinador del grupo de trabajo que preparó los Principios del UNIDROIT como uno de los especialistas extranjeros que asesoró al grupo de abogados rusos en el trabajo preparatorio del Código Civil. J. SKALA. «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A Russian Perspective». En *The UNIDROIT Principles 2004. Their Impact on Contractual Practice, Jurisprudence and Codification, Reports of the ISDC Colloquium (8/9 June 2006)*, op. cit., pp. 119-133.

⁸⁸ Véase HUANG DANHAN. «The UNIDROIT Principles and their influence in the modernization of contract law in the people's Republic of China». En *Uniform Law Review*, 2003, *passim*. El autor hace una referencia detallada a normas de la ley china de contratos basadas en los Principios del UNIDROIT, en especial en materia de formación del contrato, validez, buena fe, interpretación del contrato, obligaciones implícitas, cláusulas estándar, responsabilidad por incumplimiento del contrato. JING XI. «The impact of the UNIDROIT Principles on Chinese Legislation». En *The UNIDROIT Principles 2004. Their Impact on Contractual Practice, Jurisprudence and Codification, Reports of the ISDC Colloquium (8/9 June 2006)*, op. cit., pp. 107-118.

argentino.⁸⁹ Igualmente, los Principios del UNIDROIT han sido considerados como modelo para el proceso de armonización del derecho de los negocios en África (OHADA).⁹⁰

3. CONCLUSIONES

Pueden exponerse como conclusiones de lo expuesto en este trabajo, las siguientes:

- Los Principios del UNIDROIT buscan facilitar las transacciones del comercio internacional, al haber mayor certeza acerca de la ley aplicable y de las soluciones a aspectos concretos derivados de contratos internacionales, los cuales cumplen funciones como servir de ley del contrato cuando las partes los hayan pactado; servir como reflejo de la *lex mercatoria* o expresiones semejantes cuando las partes hayan hecho invocaciones de tal naturaleza en sus contratos además de servir como instrumento interpretativo o complementario de leyes nacionales o instrumentos internacionales al igual que un modelo para legisladores nacionales e internacionales.

⁸⁹ F. OLIVA BLÁZQUEZK. *Compraventa internacional de mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p. 156; BONELL. «The UNIDROIT Principles...», *op. cit.*, p. 1141; MARZORATI, *op. cit.*, p. 26; OLE LANDO. «Salient features of the Principles of European Contract Law: a comparison with the UCC». En *Pace International Law Review*, special edition, 2001, p. 341.

⁹⁰ S. KOFI DATE-BAH. «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the harmonization of the principles of commercial contracts in west and central Africa». En *Uniform Law Review*, Vol. 9, 2004, pp. 269-273; M. FONTAINE. «Un project d'harmonisation du droit des contrat en Afrique». En *The UNIDROIT Principles 2004. Their Impact on Contractual Practice, Jurisprudence and Codification, Reports of the ISDC Colloquium (8/9 June 2006)*, *op. cit.*, pp. 95-105. Sobre la utilización de los Principios del UNIDROIT en los proyectos que antecedieron la reforma adoptada por la ordenanza n.º 2016-131 de 10 de febrero de 2016 y la ley de ratificación n.º 2018-287 de 20 de abril de 2018: R. MOMBERG URIBE. «La reforma al derecho de obligaciones y contratos en Francia. Un análisis preliminar». En *Revista Chilena de Derecho Privado*, Vol. 24, 2015, p. 125; J. F. CHAMIÉ GANDUR. «La revisión del contrato por imprevisión en el Derecho francés: de la regla de la obligatoriedad a la renegociación normativa». En A. RIAÑO SAAD y S. FORTICH (eds.). *La reforma francesa del derecho de los contratos y las obligaciones: ¿fuente de inspiración para una futura reforma en derecho colombiano?* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020, p. 364; y, GARCÍA LONG, *op. cit.*, pp. 423-424.

- El valor de los Principios del UNIDROIT como ley del contrato, depende del pacto que de ellos hagan las partes al incluirlos expresamente en el contrato. No obstante que algunos autores y fallos también los asumen como reflejo de la *lex mercatoria*, debe tenerse en cuenta las posiciones de quienes rechazan tal posibilidad al verlos como un instrumento de carácter doctrinal. No obstante, su aplicación y utilización por parte de jueces y árbitros ya sea al considerarlos de forma directa como aplicables al contrato, o basarse en ellos para interpretar la ley nacional aplicable o instrumentos internacionales, además de su frecuente invocación por los operarios del comercio internacional, son razones para concebirlos al menos como un referente para la modernización del derecho de contratos.

LA INFLUENCIA DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT EN LAS REFORMAS LEGISLATIVAS REGIONALES Y NACIONALES. EN PARTICULAR, LOS CASOS DE LA OHADA, FRANCIA Y BÉLGICA*

Marcel Fontaine**

1. Treinta años después de su publicación, es evidente que los Principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales se convirtieron rápidamente en un modelo importante para los especialistas y profesionales del sector. Su influencia en las reformas legislativas de muchos países también ha sido evidente, tanto a nivel internacional como regional.¹

2. El tema principal de esta contribución (parte I) será un estudio de caso sobre un importante intento que, lamentablemente, fracasó, al menos hasta ahora. Constituye un ejemplo notable de algunos de los obstáculos a los que pueden enfrentarse los esfuerzos de armonización, incluso los de mayor calidad. El autor de esta contribución abordará el fracaso de la OHADA (Organización para la Armonización del Derecho

* Traducción a cargo del profesor Sergio García Long, corresponsal de UNIDROIT, y reproducido con el amable permiso del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado - UNIDROIT y del autor. Publicado originalmente como M. FONTAINE. «The influence of the UNIDROIT Principles on Regional and National law Reforms. In particular, the cases of OHADA, France and Belgium». En *Thirty Years of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Past, Present and Future Relevance. Acts of the Conference to celebrate the 30th Anniversary of the adoption of the UNIDROIT Principles (Rome, 6-7 May 2024)*. Roma, UNIDROIT 2025, pp. 385-406.

** Profesor emérito de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Católica de Lovaina. Este artículo desarrolla la publicación anterior del autor: M. FONTAINE. «The General Law of Contracts in the African OHADA Countries». En *International Encyclopaedia of Laws – Contracts*. Wolters Kluwer, 2024. El autor desea agradecer a Wolters Kluwer por permitirle utilizar esta publicación como base para este artículo.

¹ Véase M. J. BONELL. *An International Restatement of Contract Law*. 3.^a ed., 2005, pp. 268-271.

Mercantil en África) a la hora de adoptar la Ley Uniforme sobre Contratos que ella misma había previsto, inspirada en los Principios UNIDROIT.

La parte II evocará a continuación el grado de influencia de los Principios en otros proyectos o logros de armonización internacional, así como en las reformas nacionales del derecho contractual en otras partes del mundo, en particular en dos países europeos, Francia y Bélgica. En muchos casos, la influencia de los Principios UNIDROIT fue significativa y abiertamente reconocida.

1. EL INTENTO FALLIDO DE LA OHADA

3. Desde su creación en 1993, la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA, en francés Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires) ha cumplido notablemente su misión. Se han adoptado leyes uniformes en materias tan importantes como el derecho mercantil general, las sociedades mercantiles y las agrupaciones de interés económico, el derecho de las cooperativas, el derecho contable y la información financiera, el derecho de valores, los procedimientos simplificados de recuperación y las medidas de ejecución, el derecho concursal, los contratos de transporte de mercancías por carretera, el arbitraje y la mediación, y la contabilidad de las empresas. Se está elaborando un proyecto de ley uniforme sobre derecho laboral.

Varios contratos específicos se han visto favorecidos por este amplio movimiento de armonización. El transporte de mercancías por carretera acaba de mencionarse. Otros contratos específicos están regulados en la Ley Uniforme sobre Derecho Mercantil General, como los arrendamientos comerciales, varios acuerdos de distribución (comisión, corretaje, agencia) y, principalmente, las ventas comerciales.

La enumeración es impresionante, pero hay una laguna importante que salta a la vista: no existe una Ley Uniforme sobre el Derecho de los Contratos en General.

4. En 2001, el asunto se incluyó en un programa de la OHADA sobre nuevas iniciativas de armonización. Al año siguiente, se decidió ponerse en contacto con el UNIDROIT con vistas a elaborar un proyecto de ley uniforme sobre el derecho contractual. Se afirmó que el texto que se propondría «deberá tener en cuenta la reciente evolución internacional en materia de derecho contractual e integrar también las preocupaciones de los sistemas de *civil law* y *common law*». En 2003, el autor fue designado experto encargado de redactar el proyecto.²

5. En el transcurso de las consultas preliminares organizadas por las comisiones nacionales de la OHADA de nueve Estados miembros, se pudieron escuchar las opiniones y sugerencias de exactamente cien representantes de las diferentes profesiones jurídicas (profesores, abogados, magistrados, notarios, funcionarios públicos, asesores jurídicos de empresas, etc.). Estos debates resultaron muy esclarecedores.

De estos fructíferos debates se desprendieron dos principios fundamentales.

6. En primer lugar, la Ley Uniforme debería desviarse lo menos posible del modelo de los Principios UNIDROIT. Una de las principales ventajas de tomar los Principios como fuente de inspiración era que se trata de una codificación notable y ampliamente conocida a nivel internacional. Los Principios ya habían inspirado abundantes comentarios y

² Habiendo tenido el privilegio de ser el experto encargado de preparar el borrador de 2004, el autor puede ser juez y parte en algunos de los siguientes comentarios. Sin embargo, la intención no es en absoluto abogar por la recuperación de los textos de 2004 como tales, sino por la elaboración de un nuevo proyecto para armonizar el derecho contractual general, en el contexto de los avances más recientes (véase el estudio «L'harmonisation du droit des contrats dans l'OHADA au lendemain de la réforme française». En *Droit et Investissement, Mélanges en l'honneur du Professeur Cossi Dorothé SOSSA*. Crédu, Cotonou (Bénin), 2021, I, pp. 291-311).

decisiones judiciales o arbitrales.³ Si se sometieran a una nueva ley sobre contratos inspirada en los Principios UNIDROIT, los países miembros de la OHADA se beneficiarían inmediatamente de dichos comentarios jurídicos y jurisprudencia existentes. Además, dado que los Principios ya habían inspirado la reforma del derecho contractual en varios países,⁴ la armonización dentro de la OHADA formaría parte de un movimiento de armonización aún más amplio.

7. Lo que se acaba de decir sobre el modelo UNIDROIT podría haberse matizado con una segunda posible directriz: el proyecto debería contener, no obstante, las adaptaciones necesarias para tener en cuenta las «especificidades africanas», en particular las de los Estados miembros de la OHADA; sin embargo, esta preocupación resultó ser delicada de aplicar.

La cuestión se planteó y se debatió ampliamente durante cada una de las numerosas reuniones preparatorias celebradas con juristas de los nueve países visitados. Cuando se planteó la cuestión, la reacción inmediata fue ponerse de acuerdo sobre la necesidad de tener en cuenta las especificidades africanas. Pero las dificultades comenzaron a aparecer inmediatamente cuando se pidió a los juristas que dieran algunos ejemplos de esas especificidades y que indicaran cómo tenerlas en cuenta en el proyecto.

En ocasiones se hizo referencia a las leyes tradicionales de los países africanos en cuestión, tal y como existían antes de la colonización y que aún tenían cierto ámbito de aplicación; sin embargo, a nuestros interlocutores les resultaba difícil identificar normas de este tipo que regulasen los contratos en general, *a fortiori* normas comunes a los diferentes Estados miembros. En general, se expresó la preocupación de que lo que la

³ La jurisprudencia relativa a los Principios UNIDROIT está disponible en la excelente base de datos UNILEX <www.unilex.info>.

⁴ Véase M. J. BONELL, *op. cit.*, pp. 268-271. Desde esa publicación, el movimiento ha continuado, en particular con la reforma francesa de 2016 (véase *infra*, n.º 26-28).

OHADA necesitaba era una ley de contratos inspirada en las exigencias del comercio contemporáneo y no en los usos locales.

Otro enfoque consistía en considerar que las especificidades africanas se encontraban en las tradiciones jurídicas actuales de los diferentes países, que habían sido introducidas por los colonizadores más de un siglo antes y se mantuvieron en gran medida después de la independencia; sin embargo, tampoco en este caso existía un terreno común para la armonización prevista: si bien la tradición jurídica francesa es dominante en la mayoría de los países de la OHADA,⁵ en la región coexisten otras fuentes jurídicas (española, portuguesa, belga e incluso el *common law* en la parte anglófona de Camerún).

Sin embargo, muchos de los interlocutores destacaron una característica común: el nivel de analfabetismo seguía siendo muy elevado en determinadas regiones. Este aspecto debía tenerse en cuenta a la hora de redactar determinadas normas, por ejemplo, las relativas a la formación de contratos, las normas sobre la prueba o la organización de determinados trámites. Pero más allá de la circunstancia de que la Ley Uniforme prevista no estaba destinada a abarcar el derecho probatorio, se señaló que el modelo de los Principios UNIDROIT ya se caracterizaba por su falta de formalismo.⁶

8. En vista de estas dificultades, se seleccionó una primera directriz: el proyecto debía mantenerse lo más fiel posible a su modelo. No había motivos para reformular o incluso modificar la mayoría de las disposiciones de los Principios UNIDROIT al preparar el proyecto OHADA. Dado que el autor había participado activamente durante más de treinta

⁵ Desde que se celebraron estos debates durante la preparación del proyecto de Ley Uniforme, las circunstancias han cambiado con la reforma francesa de 2016 (véanse los párrafos 26 a 28).

⁶ En cuanto a las especificidades africanas, véanse más detalles en la «Explanatory Note to the Preliminary Draft OHADA Uniform Act on Contracts». En *Uniform Law Review*, Vol. 13, 2008, pp. 638-639; M. FONTAINE. «Law Harmonisation and Local Specificities – a Case Study: OHADA and the Law of Contracts». En *Uniform Law Review*, Vol. 18, 2013, pp. 50-64.

años en los debates del grupo encargado de redactar los Principios, conocía bien el número de opiniones y debates que habían precedido a la redacción de cada una de las disposiciones en busca de soluciones modernas capaces de alcanzar un consenso internacional.

Al final, el proyecto se vio fuertemente influenciado por el modelo elegido, con un pequeño número de variaciones.⁷ Junto con una nota explicativa,⁸ se entregó a la Secretaría General de la OHADA en septiembre de 2004, con el título «Proyecto de Ley Uniforme de la OHADA sobre Contratos» (en adelante, «el proyecto» o «el proyecto de la OHADA»).

9. En febrero de 2005, la Secretaría presentó el proyecto a las comisiones nacionales de la OHADA para que formularan sus observaciones. De conformidad con la norma de procedimiento establecida en el artículo 7 del Tratado de la OHADA, se esperaba que las comisiones presentaran sus observaciones en un plazo de tres meses.

10. Sin embargo, resultó que solo tres comisiones expresaron sus opiniones, y las demás comisiones no parecen haber sido instadas a presentar sus informes. El procedimiento de examen del proyecto de borrador se había estancado claramente.

Tal y como se formularon, y tal y como se podían entender, las preocupaciones u oposiciones al borrador se basaban en motivos tanto generales como específicos.⁹

⁷ En el caso de algunas cuestiones para las que la última edición disponible de los Principios UNIDROIT aún no contenía disposiciones, el proyecto ofrecía textos inspirados en parte en las codificaciones existentes en Senegal, Malí o Quebec.

⁸ «Explanatory Note to the Preliminary Draft OHADA Uniform Act on Contracts». En *Uniform Law Review*, Vol. 13, 2008, pp. 633-662. El texto del anteproyecto se publicó en *ibid.*, pp. 593-631.

⁹ Los aspectos principales del debate se tratan en las actas de una conferencia organizada en 2007 por el UNIDROIT y la Universidad de Uagadugú, en colaboración con la OHADA: véase «The Harmonisation of Contract Law Within OHADA», Acts of the Colloquium at Ouagadougou (Burkina Faso), *Uniform Law Review*, Vol. 13, 2008, pp. 1-676.

11. En primer lugar, había razones de carácter general.

- En aquel momento se estaba debatiendo en la OHADA el ritmo de las iniciativas de armonización. Los logros de los primeros quince años de la institución eran impresionantes, pero algunas voces se alzaron a favor de una pausa, con el fin de concentrarse en la asimilación, aún muy imperfecta, de los actos uniformes ya en vigor.
- También se expresó preocupación por la progresiva ampliación de la jurisdicción del Tribunal Común de Justicia y Arbitraje cada vez que se adoptaba un nuevo acto uniforme. El tribunal estaba cada vez más sobrecargado. Pero, sobre todo, los tribunales supremos nacionales estaban preocupados por las sucesivas reducciones de su jurisdicción: el artículo 14 del tratado de la OHADA otorga al Tribunal Común jurisdicción exclusiva sobre los litigios relacionados con la interpretación o aplicación de las Leyes Uniformes de la OHADA. Una Ley Uniforme sobre Contratos en General, un ámbito importante, supondría otro avance significativo en esa dirección.

12. Otras cuestiones más específicas se referían al propio proyecto. Se expresó reticencia, incluso una seria oposición. Estas reacciones procedían, principalmente, de algunos comentaristas franceses y africanos, preocupados por que la adopción de una ley de contratos inspirada en los Principios UNIDROIT supusiera un alejamiento de la tradición jurídica francesa.¹⁰

¹⁰ Véase, por ejemplo, P. G. POUGOUE. *L'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats: les tribulations d'un universitaire*, <www.ohada.com>, Ohadata D-07-41; G. KENFACK DOUAIJINI. «La coordination de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats avec les autres Actes uniformes de l'OHADA». En *Uniform Law Review*, Vol. 13, 2008, pp. 367-373.

Esto era, en cierta medida, comprensible y previsible. La cuestión del cambio de la tradición jurídica se había planteado y debatido explícitamente durante las reuniones preliminares con especialistas africanos.

- Una explicación parcial puede ser la reticencia natural al cambio. Si el proyecto se convirtiera en la nueva ley armonizada de contratos, los profesionales del derecho tendrían que adaptar su formación jurídica; sin embargo, este argumento no es decisivo. Si el objetivo es dotar a los países de la OHADA de un sistema jurídico moderno y competitivo, sin duda, se consideraría que el objetivo merece el esfuerzo. La tarea estaría lejos de ser insuperable.
- Sin embargo, y lo que es más importante, algunos consideraban que no era apropiado que una nueva Ley Uniforme sobre Contratos provocara un cambio de sistema jurídico; sería preferible mantener el vigente en la mayoría de los países de la OHADA.¹¹ Esto plantea inmediatamente una pregunta: ¿es realmente posible ignorar que también hay miembros de otras tradiciones jurídicas, a saber, la española (Guinea Ecuatorial), la portuguesa (Guinea Bissau) y, *a fortiori*, incluso la del *common law* (parte anglófona de Camerún)? ¿No debería recordarse también que el Consejo de Ministros de la OHADA había encargado al experto «tener en cuenta la reciente evolución internacional en materia de derecho contractual e integrar también las preocupaciones de los sistemas de *civil law* y de *common law*»? (véase el apartado 4 *supra*).¹²

¹¹ En este último sentido, siguiendo la iniciativa de una institución francesa, la Fondation pour le Droit Continental, tres eminentes colegas africanos presentaron otro proyecto de armonización del derecho contractual general en los países de la OHADA. Este proyecto se diferenciaba del proyecto del UNIDROIT principalmente en que los textos propuestos se basaban esencialmente en la tradición jurídica francesa, aunque seguía conteniendo un cierto número de innovaciones.

¹² Este debate estuvo muy influido por las acaloradas discusiones que se mantuvieron en aquella época sobre la eficacia respectiva de los diferentes sistemas jurídicos. Los primeros informes

13. Al final, el proyecto no fue aprobado. En 2010, el Consejo de Ministros de la OHADA decidió explícitamente posponer la armonización del derecho general de los contratos, prefiriendo dar prioridad a otros contratos específicos. En 2013, la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno elaboró una lista de proyectos en ese sentido: *factoring*, arrendamiento financiero, franquicia, subcontratación, «coempresa» y contratos de colaboración público-privada. En noviembre de 2019, la OHADA anunció el inicio de la elaboración de una ley uniforme sobre *factoring*.

14. Esta no parece ser una elección acertada. Racionalmente, las normas sobre contratos específicos deberían situarse en el contexto de un marco de normas generales al que añaden o sustituyen sus propias disposiciones particulares.

Ya en la situación actual, se plantea la cuestión con los diversos contratos específicos ya regulados en las leyes uniformes existentes (por ejemplo, venta, arrendamiento comercial, comisión, corretaje y agencia en la Ley Uniforme sobre Derecho Mercantil General). ¿Están realmente armonizados los regímenes jurídicos de estos contratos si solo lo están sus normas específicas y no las generales? La misma cuestión se planteará en relación con las leyes uniformes sobre contratos específicos que puedan adoptarse en el futuro (véase el apartado 13 *supra*).

anuales *Doing Business*, del Banco Mundial, que clasificaban las regulaciones nacionales en función de su capacidad para atraer negocios, eran en general muy críticos con los sistemas de derecho civil, al tiempo que elogiaban las supuestas virtudes del derecho anglosajón. Las numerosas reacciones a esos informes estaban, al menos en parte, justificadas, pero no debe confundirse precipitadamente con el proyecto. La propuesta de elaborar una ley general de contratos para la OHADA, inspirada en el modelo UNIDROIT, no se basaba en absoluto en la intención de imponer un sistema jurídico. Los *Principios* no pertenecen ni al *common law* ni al *civil law*: se trata de un nuevo producto, elaborado por un grupo de expertos de diferentes sistemas jurídicos. Es cierto que la forma de los *Principios* se acerca más a la tradición del derecho civil (una codificación estructurada), lo que resulta evidente en el Proyecto. Pero en cuestiones sustantivas, los *Principios*, y luego el Proyecto, se inspiraron en lo que consideraron más adecuado, con textos susceptibles de obtener un amplio consenso.

15. Es necesario relanzar la redacción de una Ley Uniforme de la OHADA sobre el Derecho General de los Contratos. Una de las principales razones se deriva de un acontecimiento reciente: la tradición jurídica francesa, a la que tantos detractores del proyecto de la OHADA de 2004 estaban tan apegados, se vio profundamente afectada en 2016 por la reforma del derecho contractual del Código Civil francés, con nuevas normas inspiradas en gran medida en... ¡los Principios UNIDROIT (véanse los párrafos 26-28)!

2. INFLUENCIA DE LOS PRINCIPIOS EN OTRAS PARTES DEL MUNDO

2.1. *A nivel internacional*

16. A nivel internacional se han emprendido iniciativas de armonización regional en otros continentes, con enfoques análogos a los logros de la OHADA.

Unión Europea

17. En la Unión Europea, la publicación de los Principios Europeos de Derecho Contractual por un grupo presidido por el profesor danés Ole Lando ya había supuesto un comienzo muy prometedor.¹³ Estos Principios son similares a los Principios UNIDROIT, se elaboraron al mismo tiempo, con una comunicación frecuente entre los dos grupos. También se publicaron como una codificación de *soft law*. Pero los Principios Lando fueron concebidos para la Unión Europea (mientras que los Principios UNIDROIT tienen una vocación mundial), y pretenden aplicarse también a los contratos de consumo (mientras que los Principios UNIDROIT están concebidos para los contratos comerciales internacionales, excluyendo los contratos de consumo).

¹³ O. LANDO y H. BEALE (eds.). *Principles of European Contract Law, Parts I and II*. The Hague, Kluwer Law International, 2000; O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM y R. ZIMMERMANN (eds.). *Principles of European Contract Law, Part III*. The Hague, Kluwer Law International, 2003.

Más tarde, en un contexto en el que las propias autoridades europeas (el Parlamento Europeo, la Comisión) consideraron finalmente la posibilidad de poner en marcha un proyecto para armonizar el derecho contractual general en la Unión. Otro grupo presidido por el profesor Christian von Bar, el Grupo de Estudio para un Código Civil Europeo, elaboró y presentó a la Comisión un impresionante Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR), varios volúmenes de textos con comentarios que abarcaban no solo el derecho contractual general, sino también otras cuestiones como algunos contratos específicos, la responsabilidad civil y hasta el derecho de propiedad.¹⁴ Los Principios Lando fueron el punto de partida para la redacción de las normas relativas a los contratos en general, pero, lamentablemente, a menudo se modificaron en una dirección que, en ocasiones, se consideró demasiado impregnada de dogmatismo jurídico.

18. No se recordará en detalle el decepcionante destino de esos esfuerzos. La Comisión pidió a los expertos que modificaran los textos del DCFR y luego pasó a un proyecto mucho más modesto de Reglamento sobre el Derecho Común Europeo de Compraventa;¹⁵ sin embargo, dado que la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías ya había sido ratificada por todos los Estados miembros de la UE, la utilidad del nuevo Reglamento propuesto no era muy evidente y, finalmente, se retiró en 2014.

Desde entonces, la armonización del derecho contractual general en la UE está suspendida, al igual que en la OHADA. Pero los Principios Lando, muy cercanos a los Principios UNIDROIT, siguen siendo una referencia importante para determinadas iniciativas nacionales (véanse los apartados 22 y 27).

¹⁴ C. VON BAR y E. CLIVE (eds.). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*. 6 vols., Sellier, 2010.

¹⁵ COM/2011/0635 final - 2011/0284.

Caribe

19. Por el contrario, en el Caribe, una región del mundo caracterizada por la presencia de un gran número de entidades territoriales (¡más de setenta!) y la gran variedad de sistemas jurídicos (español, francés, neerlandés, inglés, estadounidense, etc.), una iniciativa muy interesante condujo en 2015 a la adopción de los Principios OHADAC sobre Contratos Comerciales Internacionales.¹⁶ El acrónimo «OHADAC» no puede sino llamar la atención en África, ya que es muy similar a «OHADA». Esta similitud no es fortuita. La creación de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe se inspiró en el modelo OHADA.

La presentación introductoria de los Principios OHADAC explica que los textos se inspiraron en la experiencia OHADA, pero se señala inmediatamente la necesidad de diferenciarse de la estrategia seguida en una parte mayoritariamente francófona de África. Los Principios OHADAC, por el contrario, pretenden adaptarse a la diversidad y heterogeneidad de los países pertenecientes a la región del Caribe. La intención era encontrar formas de armonización que fueran fácilmente aceptables en las diferentes culturas jurídicas implicadas. Además, teniendo en cuenta esta heterogeneidad, los Principios OHADAC se ofrecen como un instrumento de *soft law*, del que los Estados y los particulares pueden inspirarse libremente en su ordenamiento jurídico o en sus relaciones comerciales. Cabe recordar que, por el contrario, la armonización de la OHADA adopta la forma de actos uniformes que son directamente aplicables en los Estados miembros.

20. La presentación de los Principios OHADAC es muy crítica con otras iniciativas de armonización, especialmente con los Principios UNIDROIT. Se les reprocha haber sido excesivamente influenciados

¹⁶ El texto de los Principios OHADAC está disponible en el sitio web <www.OHADAC.com>.

por la tradición romano-germánica y dar prioridad a la justicia sobre la seguridad jurídica.

Sin embargo, a pesar de estas críticas, parece que la influencia de los Principios UNIDROIT (o del Proyecto OHADA, que se inspira en gran medida en ellos) fue importante. En primer lugar, la estructura de los Principios OHADAC se inspira claramente en el modelo UNIDROIT, con algunas modificaciones: ambas codificaciones se dividen en nueve capítulos,¹⁷ que tratan sucesivamente de las disposiciones generales, la formación de los contratos, la validez del contrato, la interpretación y el contenido del contrato, los efectos del contrato, la ejecución del contrato, el incumplimiento del contrato, la cesión y los plazos de prescripción.¹⁸ La presentación formal es idéntica («letras negras» seguidas de «Comentarios»). En cuanto al fondo, muchas disposiciones son muy similares a sus homólogas en los Principios UNIDROIT.¹⁹

21. Sin embargo, la preocupación por evitar normas que podrían considerarse inaceptables en determinados países de la región del Caribe

¹⁷ La segunda edición de los Principios (2004), que se utilizó en el momento de la elaboración del proyecto de la OHADA, constaba de nueve capítulos. La tercera edición, publicada en 2010, aumentó el número de capítulos a once, añadiendo los capítulos sobre Plazos de prescripción (capítulo 10) y Pluralidad de deudores y acreedores (capítulo 11).

¹⁸ Estos son los títulos de la OHADAC; los títulos de UNIDROIT a veces son ligeramente diferentes, pero el contenido es similar.

¹⁹ Véanse, por ejemplo, entre otros muchos ejemplos, las disposiciones relativas a la agencia (Principios OHADAC, arts. 2.3.1-2.3.10/Principios UNIDROIT, arts. 2.2.1 -2.2.10), la distinción entre la obligación de alcanzar un resultado específico y la obligación de realizar los mejores esfuerzos (Principios OHADAC, arts. 4.3.1 y 4.3.2/Principios UNIDROIT, arts. 5.1.4 y 5.1.5), el orden de ejecución (Principios OHADAC, art. 6.1.4/Principios UNIDROIT, art. 6.1.4), las cláusulas de exención (Principios OHADAC, art. 7.1.7/Principios UNIDROIT, art. 7.1.6), la notificación de resolución (OHADAC, art. 7.3.3/Principios UNIDROIT, art. 7.3.2), incumplimiento anticipado (Principios OHADAC, art. 7.3.2/Principios UNIDROIT, arts. 7.3.3 y 7.3.4) o mitigación del daño (Principios OHADAC, art. 7.4.8/Principios UNIDROIT, art. 7.4.3). También es notable que ambas codificaciones hayan descartado los conceptos de «cause» y «consideration» (Principios OHADAC, art. 3.1.2/Principios UNIDROIT, art. 3.1.1). Se puede encontrar una comparación sistemática entre los dos conjuntos de principios en S. A. Sánchez Lorenzo, «UNIDROIT Principles and OHADAC Principles on International Commercial Contracts: Convergences and Divergences» en S. LEIBLE y R. M. SALA (eds.). *Legal Integration in Europe and America*. Bayreuth, 2018, pp. 69-106.

se refleja en el rechazo de varias soluciones importantes adoptadas por el modelo. Por ejemplo, en caso de disparidad manifiesta, los Principios OHADAC no permiten al juez adaptar el contrato (comp. Principios UNIDROIT, artículo 3.2.7). En caso de *hardship*, no se prevé la renegociación del contrato (artículos 3.4.8 y 6.3.1; comp. Principios UNIDROIT, artículos 3.2.7 y 6.2.3).²⁰ Pero la diferencia más notable radica en la ausencia de cualquier referencia en la codificación OHADAC al principio de buena fe, un principio que ocupa un lugar central en los Principios UNIDROIT, junto con su corolario, la obligación de las partes de cooperar (artículos 1.67 y 5.1.3). La introducción a los Principios OHADAC justifica explícitamente esta omisión basándose en las grandes diferencias de percepción en este ámbito entre los sistemas de *civil law* y de *common law*.

América Latina

22. En América Latina, un grupo de profesores elaboró los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC); los textos fueron adoptados en 2017.²¹

La codificación contiene 123 artículos, con una estructura clásica que refleja las diferentes etapas de la vida de un contrato. Solo se ocupa del contrato en sí, sin extenderse a otros aspectos del derecho de obligaciones (por ejemplo, la transferencia de obligaciones). Los PLDC solo se refieren a los contratos comerciales, sin abarcar los contratos con los consumidores.

²⁰ Sin embargo, los Principios OHADAC innovan al ofrecer a las partes cláusulas modelo de *hardship*, que organizan el proceso de renegociación.

²¹ Véase R. MOMBERG. «The Principles of Latin American Contract Law: Nature, Purposes and Projections». En *Latin American Legal Studies*, 2018, pp. 209-223; R. MOMBERG y S. VOGENAUER. «The Principles of Latin American Contract Law: Text, Translation and Introduction». En *Uniform Law Review*, Vol. 23, 2018, pp. 1-27 (la última publicación contiene textos de los PLDC en español, con una traducción al inglés).

Las influencias de los Principios UNIDROIT y Europeos son reconocidas y muy evidentes. La comparación de los textos revela que muchas disposiciones de la PLDC se inspiraron claramente en los textos correspondientes de los modelos, pero las formulaciones se han modificado a menudo.

23. En cuanto a su contenido, hay tres puntos que llaman especialmente la atención, en particular en comparación con los Principios OHADAC.

En primer lugar, mientras que estos últimos rechazaban cualquier referencia a la buena fe, inaceptable para ciertas tradiciones jurídicas del Caribe, los PLDC, por el contrario, destaca el papel de este concepto. Sin duda, esta opción era más fácil de adoptar en una región que en su totalidad pertenece a la tradición del derecho civil. Al igual que el UNIDROIT y los Principios Europeos, los PLDC sitúan la buena fe entre los principios generales que rigen los contratos (artículo 7). Además, a menudo se refieren a la noción de «buena fe» en lugar de a la de «razonable» en disposiciones concretas (por ejemplo, en los artículos 29, que tratan del error, y 76, relativo a la interpretación); sin embargo, hay que señalar que algunas aplicaciones importantes del principio de buena fe no se han incorporado a los PLDC, como la sanción del comportamiento incoherente (Principios UNIDROIT, artículo 1.8) o el deber de cooperación de las partes (Principios UNIDROIT, artículo 5.1.3). Esto es lamentable.

Una segunda característica que cabe destacar es que, aunque también están destinadas a aplicarse a los contratos comerciales, los PLDC siguen el modelo del UNIDROIT al preocuparse por proteger a la parte más débil y sancionar los abusos contractuales: los PLDC también contienen disposiciones sobre la disparidad manifiesta (artículo 37; comp. Principios UNIDROIT, artículo 3.2.7), la interpretación *contra proferentem* de las cláusulas no negociadas (artículo 75; comp. Principios

UNIDROIT, artículo 4.6) y la modificación de las cláusulas penales (artículo 113; comp. Principios UNIDROIT, artículo 7.4.13).

Por último, podría sorprender ver reaparecer la noción de «causa» en los PLDC (artículos 9 y 39), en contra de la tendencia dominante en los instrumentos de armonización recientes (compárese con los Principios UNIDROIT, los Principios Europeos, el DCFR) e incluso en el Código Civil francés con la reforma de 2016 (véase el apartado 28 más adelante). Los «causalistas» y los «anticausalistas» siguen manteniendo acalorados debates en América Latina, al igual que en otros países de derecho civil: en las codificaciones recientes, Argentina y Bélgica siguen aferrados a la noción, mientras que la «causa» ha desaparecido de los nuevos Códigos Civiles de Brasil y Paraguay. Es de lamentar la elección realizada por los PLDC.²²

24. Los PLDC se adoptaron como un instrumento de *soft law*. Los artículos 1 (ámbito de aplicación) y 2 (funciones), que se asemejan al preámbulo de los Principios UNIDROIT, enumeran los posibles usos de la codificación. En particular, los textos se ofrecen como modelos a los legisladores nacionales e internacionales (artículo 2, apartado 2). Probablemente, podrían servir de fuente de inspiración para modernizar el derecho contractual en algunos de los principales países de América Latina que aún se rigen por codificaciones antiguas, como Chile y Colombia.

Asia

25. A raíz de un foro internacional celebrado en Japón en 2009, un grupo de expertos jurídicos de China, Hong Kong, Japón, Corea del Sur y Singapur inició la elaboración de los Principios del Derecho Contractual

²² En particular, cabe señalar que el artículo 39 de la PLDC se limita a establecer que «toda obligación requiere una causa», sin indicar el significado de la palabra, mientras que la principal preocupación en torno al concepto de *cause* se refiere a su polisemia.

Asiático (PACL). También se crearon grupos nacionales en otros países, como India, Indonesia, Vietnam y Tailandia.

Según nuestra información, los PACL aún no están totalmente completados, pero en 2021 ya se disponía de 30 artículos.²³ Los comentarios a esos textos se refieren constantemente a modelos europeos como los Principios del Derecho Contractual Europeo y el Proyecto de Marco Común de Referencia.²⁴ Personalmente, el autor puede dar fe de que las primeras disposiciones que fue posible examinar, relativas a la formación, validez e interpretación de los contratos, se inspiraron en gran medida en los Principios UNIDROIT. Por supuesto, estas diferentes fuentes se han inspirado mutuamente.

Los PACL ha sido objeto de dudas y críticas, principalmente por el argumento de que, dado que el continente asiático abarca tantas culturas diferentes, ¿no es ilusorio intentar redactar normas comunes que se supone que deben ser aceptadas por todos en Asia, sobre todo cuando las fuentes de inspiración representan valores occidentales?²⁵⁻²⁶

2.2. Reformas nacionales recientes, en particular en Francia y Bélgica

26. A nivel nacional, los Principios UNIDROIT siguen ocupando de manera explícita un lugar significativo entre las fuentes de inspiración de varias reformas del derecho contractual. Esto ya era así en países tan numerosos y diversos como Rusia, Estonia, Lituania, Hungría, Francia,

²³ Cf. A. GREBIENIOW. «Principles of Asian Contract Law at the Crossroads of Standardization and Legal Pluralisms». En *Asian Journal of Law and Society*, 2021, pp. 1-33.

²⁴ Cf. A. GREBIENIOW, *op. cit.*, p. 5.

²⁵ Cf. A. GREBIENIOW, *passim*. Compárese con el debate en África sobre si la Ley Uniforme de Contratos de la OHADA debería tener en cuenta las «especificidades africanas» (véase el párrafo 7 *supra*).

²⁶ Otra iniciativa, sobre la que se ha comunicado poca información, tiene como objetivo armonizar el derecho contractual en los países «BRICS» (originalmente Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica, recientemente ampliado a Arabia Saudí, Irán, Etiopía, Egipto, Argentina y las Repúblicas Árabes Unidas).

Bélgica, Alemania, Escocia, Turquía, Argentina, China, Irán, Pakistán y Mongolia. Incluso en los Estados Unidos de América, se ha hecho referencia con frecuencia a los Principios durante los debates que condujeron a la revisión del artículo 2 del Código Comercial Uniforme.²⁷⁻²⁸

Esta contribución se centrará en Francia y Bélgica, antiguas potencias colonizadoras de países africanos y actuales miembros de la OHADA.

Francia

27. En el contexto de la OHADA, debe prestarse especial atención a la importante reforma del derecho contractual llevada a cabo por la Ordenanza francesa de 10 de febrero de 2016, ratificada por la Ley de 20 de abril de 2018.

El origen y los objetivos de la reforma se explican claramente en el «Rapport au Président de la République» que precede al texto de la Ordenanza.

La codificación básica que rige el derecho de obligaciones apenas se había modificado desde 1804. Desde entonces, una abundante jurisprudencia había interpretado y desarrollado en gran medida los textos iniciales, con el resultado de que el estado actual del derecho positivo ya

²⁷ Sobre estas influencias en las reformas nacionales, véase M. J. BONELL, *op. cit.*, pp. 268-269.

²⁸ Los Principios UNIDROIT también figuraron entre las fuentes de inspiración de un proyecto de reforma del derecho contractual suizo, actualmente regulado por el Código de Obligaciones de 1911. Este Código sigue siendo reconocido como notable, pero tras más de un siglo, se planteó la necesidad de una reforma; sin embargo, el proyecto de reforma no fue aprobado, principalmente debido al resultado de una encuesta realizada entre representantes de abogados, magistrados y círculos empresariales: la mayoría de los profesionales consideraban que la necesidad de una reforma no era evidente. Sobre este proyecto suizo, véase el estudio del autor, que también trata sobre lo que entonces era un proyecto belga, véase M. FONTAINE. «Les projets de réforme du droit des obligations en Belgique et en Suisse – Réflexions comparatives». En *Gedenkschrift für Claire Huguenin*. Zürich, 2019, p. 111-122. Desde entonces, el proyecto belga ha sido adoptado por la ley de 22 de abril de 2022 (véase el nuevo Código Civil belga, arts. 5-1-5.270) (véanse los apartados 30 a 32 *supra*).

no se reflejaba en el Código Civil. También se habían producido evoluciones en el extranjero. Varios países que pertenecían a la tradición jurídica francesa habían adoptado reformas que se alejaban en mayor o menor medida del modelo. Habían surgido varios proyectos importantes de armonización del derecho contractual, como los Principios UNIDROIT y los Principios Europeos. En la presentación de los distintos artículos, el *Rapport* francés subraya en numerosas ocasiones que tal o cual solución «se inspira en el derecho comparado» o «en los proyectos de armonización europeos». La apertura internacional queda claramente afirmada.

28. La propia Ordenanza refleja las consideraciones anteriores. La estructura de las normas se ha modificado por completo con el fin de permitir a los ciudadanos orientarse claramente entre ellas. El ejemplo más llamativo es el de las medidas correctivas por incumplimiento contractual. Mientras que el Código Civil de 1804 no ofrecía una visión global y coordinada de dichas medidas, ahora están sujetas a una regulación organizada contenida en una sección específica (artículo 1217 y siguientes).

Se han colmado las lagunas evidentes del Código Civil, como las normas sobre las etapas dinámicas de la formación del contrato (negociaciones, oferta y aceptación, artículos 1112-1122) y sobre el remedio de retención del cumplimiento (artículos 1119-1120). La representación se regula ahora como tal (y no solo a través de su aplicación particular en el contrato de agencia) en la parte general (artículos 1153-1161). Se confirma el principio de relatividad de los contratos, pero ahora se establece explícitamente el principio acompañante de eficacia frente a terceros (*opposabilité aux tiers*) (artículos 1119-1200).

Tras intensos debates, el Código Civil francés ha abandonado la famosa noción de «causa». Una decisión valiente, pero, en opinión del autor, totalmente justificada. A lo largo de una abundante jurisprudencia, el concepto de «causa» se había aplicado a tantas nociones diferentes que

ya no satisfacía el rigor exigido a cualquier concepto jurídico. Desconocido en la mayoría de los sistemas extranjeros, el concepto era difícilmente comprensible en el extranjero y contribuía al creciente descrédito del derecho contractual francés; el *Rapport* admitía que constituía «un freno al atractivo de nuestro sistema jurídico».

Las funciones anteriormente vinculadas a la «causa» no desaparecieron con el concepto. Como en muchos otros sistemas jurídicos, simplemente se regulan como tales. Por ejemplo, el requisito de ilegalidad se trata en relación con el contenido del contrato, que debe ser «lícito y cierto» (artículo 1128). Las cláusulas que «privaran de su sustancia la obligación esencial del deudor» se declaran nulas (artículo 1170).

La Ordenanza introduce nuevas normas en el derecho contractual francés, a menudo inspiradas explícitamente en proyectos de armonización (véase el informe introductorio). Las principales innovaciones son las disposiciones sobre incumplimiento anticipado (artículo 1220), cambio de circunstancias (artículo 1195), un enfoque de *force majeure* que destaca adecuadamente el efecto suspensivo del evento cuando es temporal (artículo 1218), la resolución mediante simple notificación en caso de incumplimiento, con un plazo adicional para el cumplimiento (artículos 1225 y 1226), así como el reconocimiento y la regulación de las cesiones de obligaciones (artículos 1327-1328/1) y de contratos (artículos 1216-1216/3).

También es notable el mayor protagonismo que la Ordenanza otorga a la buena fe en la nueva ley de contratos. El artículo 1133 del Código de 1804 solo mencionaba la buena fe en relación con el cumplimiento de los contratos, mientras que la nueva codificación, en una de sus primeras disposiciones (artículo 1104), destaca que los contratos deben «negociarse, celebrarse y cumplirse de buena fe», lo cual constituye un principio de *ordre public*. Esta evolución, en consonancia con las ten-

dencias contemporáneas, refleja disposiciones similares incluidas en varios proyectos de armonización, en particular en los Principios UNIDROIT (artículo 1.7).

Cabe destacar también que, de acuerdo con el enfoque dominante de los sistemas de derecho civil, la nueva codificación no se centra principalmente en la eficacia económica, sino que también se preocupa por la protección de la parte más débil frente a los abusos de posiciones contractuales dominantes. Ejemplos de ello son las normas sobre «violencia económica» (artículo 1143) y sobre la interpretación «contra proferentem» de los «contratos de adhesión» (artículo 1190).

La Ordenanza ha modernizado sustancialmente el derecho contractual francés, al introducir disposiciones escritas que incorporan una serie de avances que se han producido desde 1804, pero también al inspirarse en otros ordenamientos jurídicos y, principalmente, en proyectos recientes de armonización legislativa.

29. El autor lamenta ciertas soluciones particulares, que se han descrito en otra parte;²⁹ sin embargo, tales lamentaciones (que no son necesariamente compartidas por todos los comentaristas) no impiden que el autor considere que la Ordenanza ha logrado en gran medida dotar a

²⁹ M. FONTAINE. «Le rayonnement international du droit français des contrats». En *Rec. Dalloz*, 2016, pp. 2008-2017. Por ejemplo, la omisión de la posibilidad de que la parte «subsana» su incumplimiento, la falta de reconocimiento del hecho de que determinados contratos pueden celebrarse de otra forma que no sea mediante la aceptación de una oferta (véase el artículo 2.1.1 de los Principios UNIDROIT), la pérdida de la oportunidad de incluir en el Código Civil textos sobre la distinción entre *obligations de moyens* (obligaciones de realizar los mejores esfuerzos) y *obligations de résultat* (obligaciones de alcanzar un resultado específico), distinción originaria de Francia, pero adoptada en varios otros países y consagrada en los artículos 5.1.4 y 5.1.5 de los Principios UNIDROIT, la confirmación de la norma según la cual la propiedad se transfiere automáticamente por mero acuerdo (art. 1196), una solución que a menudo dista mucho de la percepción de las partes, la supervivencia de ciertos mecanismos (como la novación, la delegación o la subrogación), a menudo abandonados por otras codificaciones contemporáneas debido a la disponibilidad de mecanismos más modernos, o también el efecto automático de la compensación, sin necesidad de notificación, para sorpresa frecuente de las partes implicadas.

Francia de un derecho contractual modernizado, que incluye una serie de avances progresistas inspirados en algunos instrumentos de armonización y que ahora se encuentra entre las mejores codificaciones contemporáneas.³⁰

Bélgica

30. Bélgica, donde el derecho contractual general, al igual que en Francia antes de la Ordenanza, seguía rigiéndose básicamente por las disposiciones del Código Civil de 1804, también adoptó una importante reforma con el nuevo Código Civil de 2022 y sus Libros 1 («Disposiciones generales») y 5 («Derecho de obligaciones»), que se tratarán más brevemente.³¹

31. La nueva codificación del derecho contractual belga está bien estructurada, lo que a menudo no era el caso en el Código de 1804. Se han colmado muchas lagunas, por ejemplo, en materia de negociación, oferta y aceptación, nulidad, cláusulas de exención o limitación de responsabilidad, cambio de circunstancias o cesión de deudas. Se han consagrado evoluciones, por ejemplo, en lo que respecta a la privacidad de los contratos, los deberes de diligencia y los deberes de alcanzar resultados específicos, el abuso de circunstancias debido a la disparidad de fuerzas, la mitigación de daños o la resolución por incumplimiento mediante simple notificación. Han aparecido innovaciones, la principal de las cuales es la aceptación de remedios en caso de cambio de circunstancias,

³⁰ Sobre las consecuencias de esta importante reforma de la legislación francesa en materia de contratos tras el rechazo del proyecto OHADA, véase el apartado 15 *supra*.

³¹ Para una presentación más extensa, pero resumida, véase M. FONTAINE. «Les dispositions générales et le droit des obligations du nouveau Code civil belge». En *Revue Générale de Droit Civil Belge*, 2023, pp. 4-15.

pero también en caso de incumplimiento anticipado, la aparición de reducciones de precios como recurso o la noción de obligaciones poscontractuales.³²

32. Esta reforma básica belga se inspiró en gran medida en otros modelos nacionales o internacionales. Naturalmente, en la reciente reforma francesa, pero también en las leyes de los Países Bajos y Alemania, y de manera muy explícita, en los Principios UNIDROIT.³³ La exposición de motivos (*Exposé des motifs*) de la ley belga de 20 de abril de 2022, así como los comentarios que acompañan a varias disposiciones (por ejemplo, el artículo 7.3.2. relativo a la resolución mediante notificación), se refieren expresamente a los Principios como fuentes de inspiración.

CONCLUSIONES

33. Este libro celebra el 30.º aniversario de la publicación, en 1994, de la primera edición de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. El grupo encargado de su elaboración había estado activo desde 1980, bajo la excelente presidencia de nuestro colega Joachim Bonell. Normalmente, celebrábamos dos reuniones de varios días al año, y entre ellas había mucho trabajo, especialmente para el ponente encargado del capítulo que se estaba debatiendo en ese momento de los Principios previstos.

La composición inicial del grupo había sufrido naturalmente algunos cambios a lo largo de los años, aunque muchos de los miembros iniciales seguían allí en 1994.

³² Personalmente, tenemos algunas reservas, principalmente el hecho de que el legislador belga no haya tenido el valor de seguir el ejemplo de sus colegas franceses y abandonar el problemático concepto de *cause*, lo cual no afecta a nuestra valoración globalmente favorable de este nuevo régimen contractual (cf. M. FONTAINE, *op. cit.*, pp. 13-14).

³³ Los *Principios del Derecho Contractual Europeo* y el *Proyecto de Marco Común de Referencia* también se citan como fuentes de determinadas soluciones.

Para todos nosotros, cuando se hizo evidente que el borrador de los Principios había cubierto una parte suficientemente sustancial del proyecto previsto como para plantearse la publicación de una primera edición, fue un momento emotivo. Se había trabajado mucho durante muchos años, con grandes ambiciones; ¿cómo sería recibida esta primera parte del resultado de nuestro trabajo en los círculos interesados? Poco a poco empezaron a llegar comentarios de diferentes fuentes: académicos, miembros del colegio de abogados, magistrados, asesores jurídicos de empresas, legisladores.

Es cierto que algunos se mostraron bastante escépticos, o incluso críticos, pero las reacciones iniciales se expresaron principalmente en comentarios favorables.

Y luego llegaron las primeras decisiones judiciales que hacían referencia a los Principios (principalmente laudos arbitrales, pero también decisiones judiciales, incluso de algunos tribunales superiores, de diferentes partes del mundo). Los Principios comenzaron a ser mencionados y comentados en la literatura jurídica y en la enseñanza. Y empezaron a aparecer como un modelo importante para los legisladores que reformaban el derecho contractual, a nivel nacional, regional o internacional.

Esta contribución ha tratado de ilustrar estos últimos avances, algunos de los ejemplos más espectaculares de los impresionantes éxitos de los Principios UNIDROIT en los últimos treinta años desde su primera edición. En 1994, ¿no nos atrevíamos a esperar tanto!

LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT COMO MECANISMO PARA INTEGRAR Y COMPLEMENTAR EL DERECHO

Pedro Mendoza Montano*

Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante, los Principios, los Principios de UNIDROIT o PCCI), elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, más conocido como UNIDROIT o Instituto de Roma, constituyen uno de los esfuerzos más grandes por uniformar el derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales, enmarcándose, junto con otros textos de carácter internacional, en el llamado derecho uniforme del comercio internacional.¹ Los Principios del UNIDROIT fueron diseñados como un instrumento de *soft law* o derecho blando, una codificación estrictamente académica o privada que, aunque se haya desarrollado bajo el auspicio de una organización internacional, no es, como tal, vinculante en ningún Estado.

No obstante, como se indica en el «Preámbulo» de los Principios, pueden aplicarse a una transacción determinada en una variedad de escenarios. Por ejemplo, las partes de un contrato pueden acordar que el mismo se rija por los PCCI. Los tribunales arbitrales también pueden aplicar los PCCI cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones

* Catedrático de los cursos de Teoría General del Contrato y Derecho de los Negocios Internacionales en la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín de Guatemala. Socio fundador de la firma de abogados Iurisconsulti, Abogados y Notarios. Trabajo elaborado en coautoría con Florencio A. Gramajo Lucas, Marco Tulio León Paiz, Ivonne Ana Rosa Colloy Maldonado y Chantal Feterman Sandoval.

¹ M. P. PERALES VISCASILLAS. «El derecho uniforme del comercio internacional: los Principios de UNIDROIT (Ámbito de aplicación y Disposiciones Generales)». *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 223, 1997, p. 221.

semejantes o bien cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato. También pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme o el derecho nacional. Por último, los legisladores nacionales e internacionales pueden utilizar los PCCI como un modelo para leyes nuevas.²

En esta misma línea, el doctrinario Eckart Brödermann al analizar el Preámbulo de los Principios y las formas de aplicación, indica que:

El estudio del material existente permite a los usuarios distinguir distintos grupos de laudos que —en su conjunto— demuestran una práctica mundial existente bajo los Principios UNIDROIT aplicándolos como «principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o similares» (Preámbulo, párr. 3 y 4) (en adelante 1., 2., 6.) o como herramienta para confirmar o complementar una interpretación de instrumentos internacionales (Preámbulo, párr. 5) (en adelante 3.) o del derecho nacional (Preámbulo, párr. 6) (en adelante 4).³

En el presente ensayo se hace un análisis del uso de los Principios de UNIDROIT para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme y el derecho nacional.

1. USO DE LOS PRINCIPIOS DEL UNIDROIT PARA INTERPRETAR Y COMPLEMENTAR INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHO UNIFORME

El párrafo 5 del «Preámbulo» de los Principios del UNIDROIT establece: «Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme».

² S. VOGENAUER. *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. 2.^a ed. Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 10.

³ E. J. BRÖDERMANN. *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales: Comentarios artículo por artículo*, traducción coordinada por Christian F. Zinser Cieslik y Pedro Mendoza Montano. Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2024, p. 226.

El derecho uniforme del comercio internacional contenido en los tratados internacionales y en las leyes modelo corre el riesgo de verse diluido y «nacionalizado» una vez que se transforma en derecho local y se interpreta e integra de conformidad con los métodos tradicionales de la jurisdicción particular. Como consecuencia, es de suma importancia interpretar y aplicar las disposiciones del derecho uniforme desde una perspectiva internacional aún después que se hayan transformado en derecho local.⁴

El derecho uniforme debe interpretarse e integrarse de manera autónoma a otros textos o fuentes y, únicamente, cuando la interpretación o la analogía no producen ningún resultado, el derecho uniforme debe complementarse con otro texto. Tradicionalmente, se utiliza un derecho local, el que se determina por las normas de conflicto de leyes. A pesar de ello, interpretar o complementar el derecho uniforme con normas de derecho local no es conveniente. Se debe interpretar y complementar con principios generales del derecho uniforme del comercio internacional.⁵ Para el efecto, aplicar los Principios del UNIDROIT pueden ser recomendable.

Únicamente, cuando las cuestiones que surjan de un contrato estén fuera del ámbito de aplicación del instrumento internacional de derecho uniforme deben ser reguladas por otra ley que debe ser determinada a través de las normas de conflicto de leyes.

⁴ K. P. BERGER. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2.^a ed. The Netherlands, Kluwer Law International, 2010, p. 221.

⁵ S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 78.

1.1. Aplicaciones específicas de los Principios del UNIDROIT para interpretar y complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme

a) Los Principios del UNIDROIT y la CISG

El uso de los Principios del UNIDROIT para interpretar y complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme es particularmente relevante en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG, por sus siglas en inglés).⁶ Los Principios revelan una influencia muy acusada de la CISG.⁷ Por ello, una de las cuestiones más discutidas gira en torno a la relación entre ambos instrumentos.

En la discusión que se refiere a la posibilidad de utilizar los Principios del UNIDROIT para interpretar y completar la CISG, las opiniones de los juristas están divididas. Por un lado, están aquellos que adoptan una posición positiva y argumentan que los Principios del UNIDROIT sí se pueden utilizar para interpretar y complementar la CISG con fundamento en que representan principios generales de los contratos comerciales internacionales. Estos aducen que los Principios del UNIDROIT pueden aplicarse como principios generales que subyacen a la CISG; por otro lado, están aquellos que adoptan una posición negativa y argumentan que no se pueden utilizar para dicha función por su naturaleza privada y no vinculante. Los que defienden esta posición también hacen una objeción temporal, aduciendo que la CISG es anterior en el tiempo a los Principios del UNIDROIT y, por ello, lógicamente, no pueden basarse en ellos. Con respecto a este último argumento, los primeros argumentan que es equivocado, porque lo que subyace a la

⁶ M. J. BONELL. *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. 3.^a ed. Nueva York, Transnational Publishers, 2004, p. 228.

⁷ M. P. PERALES VISCASILLAS, *op. cit.*, p. 223.

CISG realmente no son los Principios del UNIDROIT, sino los principios generales que estos han reformulado.⁸

Considero que la posición correcta en cuanto al tema es una que se encuentre entre estas dos posiciones extremas.⁹ Según esta posición intermedia, los Principios del UNIDROIT pueden usarse para interpretar y complementar la CISG, aun cuando esta se haya adoptado con anterioridad a los mismos, siempre que se cumpla con algunos presupuestos:

- a) Las disposiciones de uno y otro instrumento deben ser similares y no pueden ser incompatibles entre sí.¹⁰ Por ejemplo, no podrían aplicársele a la CISG las disposiciones sobre excesiva onerosidad (*hardship*) de los Principios del UNIDROIT (arts. 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3).
- b) Las disposiciones relevantes de los Principios del UNIDROIT se puedan considerar como expresión de principios generales en que la CISG se basa.¹¹
- c) El término «principios generales» del artículo 7(2) de la CISG se debe interpretar como una disposición abierta que incorpora principios generales del derecho comercial transnacional, conforme estos van evolucionando.¹²
- d) El punto en cuestión al que se quieren aplicar los Principios del UNIDROIT se encuentre comprendido dentro del ámbito de aplicación de la CISG.¹³

⁸ Ver al respecto, M. J. BONELL, *op. cit.*, p. 232, y S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 83.

⁹ M. J. BONELL, *op. cit.*, p. 233.

¹⁰ S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 82.

¹¹ M. J. BONELL, *op. cit.*, p. 233.

¹² S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 82.

¹³ M. J. BONELL, *op. cit.*, p. 233.

Con respecto a este último presupuesto, se debe poner especial atención. Si el punto en cuestión se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la CISG, los principios generales son relevantes de acuerdo con el artículo 7(2) de la misma; por el contrario, si no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la CISG, la ley aplicable se debe determinar a través de las normas de derecho internacional privado. No obstante lo anterior, se debe tomar en consideración que algunas cuestiones están expresamente fuera del ámbito de aplicación de la CISG. Un ejemplo de lo anterior sería la validez del contrato, pues está expresamente excluida en el artículo 4(a) de la CISG, por lo que aplicar el capítulo 3 de los Principios del UNIDROIT no sería permitido. Otras cuestiones no están, expresamente, excluidas, por lo que surge la duda de si al aplicar el artículo 7(2) de la CISG, nos remite a la aplicación de los Principios del UNIDROIT.

Uno de los temas más controvertidos en cuanto a lagunas de la CISG es el de las tasas de interés. En los artículos 78 y 84(1) de la CISG se establece que las partes pueden reclamar intereses. Sin perjuicio de ello, en ningún artículo de esta se establece cuál es la tasa de interés que se debe aplicar. Desde la perspectiva tradicional, sería necesario integrar la CISG con alguna ley nacional, para lo cual habría que determinar cuál sería la ley nacional aplicable, de conformidad con las normas de conflicto de leyes. Si se utiliza este criterio, una de las ventajas importantes de la CISG (la uniformidad y el evitar aplicación de leyes locales) se pierde. Por esta razón, la tasa de interés podría determinarse utilizando el artículo 7.4.9(2) de los Principios del UNIDROIT. Aunque este no reformula un principio general que subyace a la CISG, expresa una solución con relación a la cual hay un consenso general y es adecuada para los propósitos de la CISG. Más aún, su aplicación puede asegurar la necesidad de uniformidad contemplada en el artículo 7(1) de la CISG.¹⁴

¹⁴ S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 84.

En este sentido, el doctrinario Eckart Brödermann establece:

Desde 1994, año en que se publicó la primera edición de los Principios UNIDROIT, dos laudos VIAC se basaron en los Principios UNIDROIT para colmar lagunas de la CISG en relación con el tipo de interés y el principio de compensación íntegra. Además, un laudo sueco de 2008 sobre un litigio chino-alemán en virtud del Reglamento de la Cámara de Comercio de Estocolmo basó su decisión, tanto en lo que respecta a la formación de una modificación del contrato como a los intereses, en la CISG, como elección principal de las partes, y en los Principios UNIDROIT.¹⁵

En conclusión, los Principios del UNIDROIT pueden utilizarse para complementar la CISG aun cuando esta se haya adoptado con anterioridad a aquellos, siempre que el punto en cuestión se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la CISG y las disposiciones relevantes de los Principios del UNIDROIT sean considerados una expresión de los Principios en que la CISG se basa.

b) Los Principios de UNIDROIT y otros instrumentos internacionales de derecho uniforme

En adición a la CISG, los Principios del UNIDROIT también se pueden utilizar para interpretar y complementar otros instrumentos internacionales de derecho uniforme siempre y cuando, de conformidad con los antes expuesto, la cuestión que deba ser resuelta esté enmarcada dentro del ámbito de aplicación de la Convención respectiva y siempre que la disposición relevante de los Principios del UNIDROIT pueda considerarse como una expresión de los principios generales en que se base la convención correspondiente.

Dentro de los instrumentos internacionales de derecho uniforme que pueden interpretarse y complementarse con los Principios están: la

¹⁵ E. J. BRÖDERMANN, *op. cit.*, p. 227.

Convención de Bruselas para la unificación de ciertas reglas en materia de Conocimiento de Embarque, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, la Convención de UNIDROIT sobre *Factoring* Internacional.

1.2. Cláusula Modelo para integrar y complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme

En el año 2013, el UNIDROIT publicó un grupo de «cláusulas modelo» que las partes podrían tener interés en adoptar en sus contratos con el fin de indicar de forma más precisa de qué modo ellos quisieran que los Principios del UNIDROIT fueran utilizados durante la ejecución de un contrato o cuando surja alguna controversia.

Dentro de estas cláusulas se incluyó la siguiente para complementar la CISG u otros instrumentos internacionales de derecho uniforme: «El presente contrato se regirá por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la que se interpretará y se complementará por los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016)».¹⁶

2. USO DE LOS PRINCIPIOS DEL UNIDROIT PARA INTERPRETAR Y COMPLEMENTAR EL DERECHO LOCAL

El párrafo 6 del «Preámbulo» de los Principios del UNIDROIT establece: «Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional».

¹⁶ Principios UNIDROIT, Cláusula Modelo 3(a).

En la edición de los Principios del UNIDROIT de 1994 no se incluyó ninguna disposición expresa que se refiriera a que podían ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.¹⁷ Con posterioridad a la publicación de la primera edición de los Principios en 1994, se argumentó que el listado de opciones contenidas en el «Preámbulo» de los mismos no era exhaustivo y, como consecuencia, se empezó a discutir si el propósito de estos se limitaba, únicamente, a proveer parámetros para la interpretación e integración de instrumentos de derecho internacional uniforme o, si por el contrario, también podían utilizarse para interpretar e integrar el derecho local.

Se sugirió que el espíritu internacional y la riqueza del derecho comparado contenida en los Principios podría también utilizarse para desarrollar un método de interpretar y complementar el derecho local, desde una perspectiva internacional. Por ello, se incluyó la disposición del párrafo 6 del Preámbulo de los Principios. En consecuencia, esta función de los Principios de UNIDROIT se ve reflejado en distintos laudos y sentencias, «[e]n particular, los laudos arbitrales se basan en los Principios UNIDROIT (i) para interpretar el derecho nacional o para confirmar su interpretación del derecho nacional como conforme a un consenso internacional; o (ii) para complementar el derecho nacional; o (iii) incluso para manifestarlo».¹⁸

En la mayoría de las sentencias y laudos arbitrales que se han reportado, los Principios del UNIDROIT se han utilizado como mecanismos de interpretación e integración del derecho local aplicable.¹⁹ No obstante lo anterior, en algunos casos, las referencias a los Principios del UNIDROIT no han tenido un impacto directo en la decisión del fondo de la controversia en cuestión.²⁰ Las disposiciones individuales de los Principios se citaron, esencialmente, para demostrar que la solución

¹⁷ S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 87.

¹⁸ E. J. BRÖDERMANN, *op. cit.*, p. 227.

¹⁹ M. J. BONELL, *op. cit.*, p. 294.

²⁰ *Ibid.*, p. 295.

adoptada de conformidad con la ley local aplicable estaba de acuerdo con estándares y reglas de carácter internacional.²¹ Por ejemplo, en un caso en que era aplicable la ley brasileña, el tribunal arbitral hizo ver que el artículo 5.7 de los Principios del UNIDROIT (hoy en día el 5.1.7) contemplaba una solución similar a la de la ley brasileña, en relación con la cuestión de la determinación del precio.²²

Más aún, en varios casos los tribunales nacionales y los tribunales de arbitraje aplicaron los Principios de UNIDROIT como fundamento de la adopción de una solución, entre varias posibles de conformidad con la ley local aplicable o con el fin de llenar una laguna en la misma. «Muchas leyes nacionales contienen referencias a ‘usos internacionales’ que a veces pueden servir de base para tener en cuenta los Principios UNIDROIT (número 7 supra sobre ‘usos comerciales’). A veces, las leyes nacionales prevén explícitamente dicha referencia en el contexto de la interpretación de los contratos. Cada vez más, los tribunales de arbitraje [...] y los tribunales locales utilizan los Principios UNIDROIT para interpretar las leyes nacionales aplicadas».²³

Esta función de los Principios del UNIDROIT para interpretar y complementar el derecho nacional ha sido sumamente debatida, y en torno al debate han surgido dos posiciones, la tradicional y la flexible. La posición tradicional sostiene que en la mayoría de los sistemas legales nacionales hay una presunción de plenitud y, por ello, cualquier integración que sea necesaria se debe llevar a cabo según lo prescrito por la ley local, sin permitir la aplicación de los Principios del UNIDROIT. Además, muchos sistemas locales le otorgan legitimidad a la ley con base en la función legislativa del Estado soberano, entonces los tribunales no pueden aplicar los Principios del UNIDROIT porque como no fueron

²¹ *Ibid.*, p. 236.

²² S. VOGENAUER, *op. cit.*, p. 136.

²³ E. J. BRÖDERMANN, *op. cit.*, p. 208.

incorporados por el sistema legal nacional respetivo, no pueden constituir una legítima fuente autónoma de la ley.²⁴

No obstante lo anterior, dentro de esta posición tradicional, algunos adoptan una posición menos rígida en el sentido de que admiten que un juez obligado a decidir cualquier controversia que llega a su conocimiento, podría adaptar la ley local en base a la disposición específica de los Principios del UNIDROIT que considere aplicable; sin embargo, la fuente de esa regla sería la decisión del juez y el texto de la ley local en cuestión, no la disposición de los Principios que inspiraron su decisión.²⁵

Por otro lado, los que defienden una posición flexible sostienen que las leyes locales pueden ser muy rígidas e inadecuadas para ser aplicadas a los contratos internacionales. Usualmente, dichas leyes no ofrecen una solución clara a asuntos específicos que surgen en el contexto de dichos contratos, ya sea porque existe una profunda división de opiniones al respecto o porque el asunto que se discute nunca se había planteado.

También existe la posibilidad de que las leyes locales no reflejen las tendencias actuales del comercio internacional. En muchos casos, los ordenamientos jurídicos nacionales contienen disposiciones que no han sido actualizadas en décadas y, por lo tanto, resultan desfasadas frente a las dinámicas modernas del comercio global. En contraste, los Principios UNIDROIT se caracterizan por su carácter flexible y evolutivo. Al ser un instrumento de *soft law*, los Principios pueden adaptarse a las nuevas realidades del comercio internacional adecuadas a los usos y prácticas comerciales contemporáneas.

Por ello, los Principios del UNIDROIT cumplen una función importante en la interpretación y complementación de la ley local escogida por las partes o aplicable en virtud de las normas de conflicto de leyes.²⁶

²⁴ *Ibid.*, p. 87

²⁵ *Ibid.*, p. 238.

²⁶ *Ibid.*, p. 234.

En este sentido, los Principios del UNIDROIT constituyen un parámetro para asegurar que la interpretación o integración del derecho local respectivo sea consistente con estándares internacionalmente reconocidos o con las necesidades especiales de las relaciones comerciales internacionales.²⁷

Este enfoque no se debiera limitar únicamente a los sistemas legales que tienen leyes en las que expresamente se menciona que la interpretación no debe de efectuarse de una manera literal, sino de conformidad con su espíritu, o leyes que indiquen que en caso de lagunas legales las mismas se integren acudiendo a principios generales del derecho.²⁸

Según el autor Eckart Brödermann, «este se ha convertido en el campo más importante de aplicación de los Principios UNIDROIT». Ello debido a que, según un estudio realizado en 45 jurisdicciones, más de 30 de ellas han recurrido a los Principios como una «fuente para la modernización de sus leyes civiles» y legislaciones contractuales a nivel local.²⁹

A continuación, se mencionan algunos casos en los que disposiciones individuales de los Principios de UNIDROIT han sido particularmente útiles para interpretar y complementar el derecho local.

2.1. Deber de buena fe en negociaciones precontractuales

No obstante que la *culpa in contrahendo* es conocida en los sistemas del derecho romano-germano, en muchos de ellos no hay una norma específica que haga relación a la misma. Por ello, en un arbitraje se aplicó el artículo 2.1.15(2) de los Principios de UNIDROIT como fundamento para imputar la responsabilidad precontractual a la parte que de mala fe

²⁷ *Ibid.*, p. 236.

²⁸ *Ibid.*, p. 238.

²⁹ *Ibid.*, p. 212.

rompió las negociaciones.³⁰ Para la correcta aplicación del artículo, es necesario tomar en cuenta que «Se aplicará si la parte que rompe las negociaciones de un contrato (que no tenía intención de celebrar) hace creer legítimamente a la otra parte, por su conducta y declaraciones (debidamente interpretadas de conformidad con el Art. 4.2, 4.3) a creer legítimamente, basándose en hechos objetivos, que debía celebrarse un contrato (los errores, la tergiversación negligente y la falta de revelación no constituirán normalmente mala fe), mientras que no tiene ninguna razón legítima para romper las negociaciones y no se reservó su plena libertad».³¹

2.2. Distinción entre incumplimiento esencial de un contrato y los demás tipos de incumplimiento

En el derecho suizo esta distinción no se contempla en las normas sobre incumplimiento del Código de Obligaciones correspondiente. Por ello, en un arbitraje se aplicó el artículo 7.3.1 de los Principios del UNIDROIT para hacer ver que solo el incumplimiento esencial faculta a la parte afectada para dar por terminado el contrato.³²

2.3. Cuestiones pendientes de resolver en cuanto a la aplicación de los Principios del UNIDROIT en este contexto

A continuación, se exponen dos cuestionamientos que se han discutido en la doctrina, pero cuya aplicación práctica está pendiente de definirse. El primero se refiere a que si el uso de los Principios del UNIDROIT como un medio para interpretar o integrar una ley local en particular se restringe a controversias internacionales o si también puede admitirse en un contexto puramente local; el segundo se refiere a si los Principios del UNIDROIT se pueden invocar y aplicar para justificar una solución que,

³⁰ *Ibid.*, p. 294.

³¹ Eckart J. Brödermann, *op. cit.*, p. 312

³² DFT 16 December 2009 (4A_240/2009), ASA Bull 2/2011, 457, citado por Stefan Vogenauer, *op. cit.*, p. 135.

no obstante, esté acorde con estándares internacionales, contradice una norma específica de la ley local en cuestión.³³

La respuesta al primer cuestionamiento es afirmativa debido a que, no obstante que los Principios formalmente se aplican a contratos comerciales internacionales, la mayoría de sus disposiciones son adecuadas para ser aplicadas a contratos comerciales de carácter local. A través de su función interpretativa, diversos tribunales nacionales y arbitrales se han apoyado en los Principios del UNIDROIT para resolver disputas nacionales. Esto se debe a que si bien los Principios del UNIDROIT fueron diseñados para regir contratos internacionales, su aplicación en controversias nacionales adquiere especial relevancia toda vez que permiten armonizar la legislación interna con estándares del comercio internacional y con las necesidades propias de las relaciones comerciales contemporáneas,³⁴ necesidades que también se pueden ver presentes en contratos nacionales.

La respuesta al segundo cuestionamiento es más difícil. Por un lado, no puede haber duda en que si la ley local provee una solución clara al problema en cuestión, no sería permitido separarse de esta para hacer prevalecer una solución diferente contemplada en los Principios del UNIDROIT, a menos que las partes del contrato hubiesen pactado expresamente en contra de esta ley. Por otro lado, un enfoque diferente podría justificarse en aquellos casos en los que la aplicación estricta de una disposición particular de la ley local relevante conlleve un resultado inaceptable, de conformidad con criterios de razonabilidad y equidad.³⁵

Por ejemplo, en el caso en que una ley local establece una tasa de interés para pagos en mora, puede ser que la misma sea o no adecuada con relación a pagos en moneda local, pero pudiera ser exorbitante cuando los pagos se hagan en una moneda extranjera que se negocie en

³³ Michael Joachim Bonell, *op. cit.*, p. 241.

³⁴ M. J. BONELL, *op. cit.*, p. 213.

³⁵ *Ibid.*, p. 242.

mercados internacionales a una tasa más baja. En estos casos, podría ser apropiado interpretar la ley que establece la tasa de interés de una manera restringida, limitando su aplicación a pagos en moneda local y sustituyéndola por el artículo 7.4.9(2) de los Principios del UNIDROIT, cuando el pago tenga que efectuarse en una moneda extranjera.³⁶

2.4. *Cláusula Modelo para integrar y complementar el derecho local*

Dentro de las «cláusulas modelo» publicadas por el UNIDROIT se incluyó la siguiente para complementar el derecho nacional aplicable: «El presente contrato se regirá por el derecho (del país X) interpretado e integrado por los Principios del UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016)».³⁷

De lo anterior, se puede concluir que los Principios del UNIDROIT constituyen una herramienta fundamental para promover la coherencia, uniformidad y modernización del derecho de los contratos comerciales, tanto en el ámbito internacional como en el nacional. Su flexibilidad, carácter evolutivo y fundamento en los principios generales del derecho del comercio internacional los convierten en un instrumento idóneo para interpretar y complementar las normas jurídicas que, por su naturaleza, permanecen estáticas o desactualizadas frente al comercio contemporáneo. Su creciente utilización por tribunales arbitrales y cortes nacionales demuestra que los Principios poseen una relevancia práctica alcanzando una uniformidad en el comercio internacional.

³⁶ *Idem.*

³⁷ Principios UNIDROIT Cláusula Modelo 4(a).

LOS PRINCIPIOS UNIDROIT COMO HERRAMIENTA DE GESTIÓN DE RIESGOS*

Eckart Brödermann**

Es un placer dedicar un artículo al profesor M. Joachim Bonell, impulsor de la creación, el desarrollo y la publicación de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en lo sucesivo, también denominados Principios UNIDROIT o UPICC). Como presidente de varios grupos de trabajo de UNIDROIT, Joachim ha viajado por todo el mundo y ha atraído a talentos con una mentalidad comparativa de todo el planeta. Con estos grupos de expertos —que han ido cambiando ligeramente con el tiempo¹— ha supervisado el complejo proceso de creación y desarrollo de los UPICC hasta su versión actual

* Traducción a cargo del profesor Sergio García Long, corresponsal de UNIDROIT, y reproducido con el amable permiso del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado - UNIDROIT y del autor. Publicado originalmente como E. BRÖDERMANN. «The UNIDROIT Principles as a Risk Management Tool». En *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, Vol. 2. Roma, UNIDROIT, 2016, pp. 1283-1301. La presente versión ha sido revisada y actualizada por el autor el 2025.

** Profesor de la Universidad de Hamburgo, doctor en Derecho (Hamburgo), máster en Derecho (Harvard), *maître en droit* (París), FCI Arb (Londres), abogado (Nueva York, desde 1984), Rechtsanwalt (Hamburgo, Alemania, desde 1990); experto en Derecho Mercantil Transfronterizo (Alemania); socio del bufete de abogados Brödermann Jahn RA GmbH <www.german-law.com>; FCI Arb (Londres); árbitro; antiguo director general del Centro de Arbitraje Chino-Europeo <www.ceac-arbitration.com>; ahora: Centro de Arbitraje Asiático-Europeo, <www.aseac-arbitration.com/>; presidente honorario de la Asociación de Arbitraje Asiático-Europeo.

¹ Véase la descripción del origen de los UPICC por S. Vogenauer, en S. VOGENAUER (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. 2.^a ed., 2015 (en lo sucesivo citado como «Comentario de Vogenauer sobre los UPICC», Introducción n.º 14 y ss. (en particular los n.ºs 18, 26 y 29 sobre la composición de los tres grupos de trabajo consecutivos, todos ellos presididos por M. J. Bonell) y las listas de los miembros de los tres grupos de trabajo en el UNIDROIT, Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2010) (que contienen los comentarios oficiales y, por lo tanto, se citan como «UNIDROIT, Comentarios oficiales»), pp. xxvi y ss., xix-xx, x y ss.

de 2010 (y, entretanto, de 2016).² El resultado es una obra de sabiduría global que puede resultar extremadamente útil para la práctica diaria del derecho mercantil transfronterizo.

Innumerables publicaciones describen diversas características y ventajas de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales,³ por ejemplo, su neutralidad,⁴ su contribución a la reducción de los costes de transacción⁵ o su contribución a evitar la distorsión de la competencia.⁶ Los Principios UNIDROIT proporcionan una posible base para la acción en términos neutrales «independientemente de las tradiciones jurídicas y las condiciones económicas y políticas de los países en los que se vayan a aplicar».⁷ Este artículo añade otra faceta a las ventajas de los Principios UNIDROIT. Por su naturaleza, los Principios UNIDROIT también pueden servir como herramienta de gestión de riesgos para los negocios transfronterizos.

² El autor agradece a M. Joachim Bonell por haberlo invitado a participar como observador (i) en el Grupo de Trabajo de la edición de 2010 de los UPICC durante aproximadamente 5 años (en nombre del Comité de Derecho Espacial de la Asociación Internacional de Abogados); y, (ii) en el Grupo de Trabajo encargado de preparar un conjunto de cláusulas modelo para la elección de los UPICC (en nombre del Centro de Arbitraje Europeo-Chino). Desde la publicación de este artículo en 2016, se ha publicado la edición de 2016 de los UPICC. En comparación con la edición de 2010, básicamente se han adaptado los comentarios oficiales y se han añadido muy pocas normas escritas que se centran en el uso de los Principios UNIDROIT para los contratos a largo plazo. Véase Consejo de Gobierno de UNIDROIT, Introducción a la edición de 2016, en: UNIDROIT, Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, 2016, p. vii.

³ La bibliografía del apéndice II del Comentario UPICC de Vogenauer (nota 1) tiene 55 páginas.

⁴ E. g. S. Vogenauer, en Comentario de Vogenauer sobre los UPICC (nota 1), Introducción, n.º 43; E. BRÖDERMANN, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts – An Article-by-Article Commentary*. 2.ª ed. Alphen Aan Den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2023 (traducción al castellano coordinada por Christian F. Zinser Cieslik y Pedro Mendoza Montano, Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales – Comentarios artículo por artículo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024), Introducción en el n.º 8.

⁵ E. g. S. VOGENAUER, en el Comentario UPICC de Vogenauer (nota 1), Introducción, en el n.º 3.

⁶ E. g. S. VOGENAUER, en el Comentario UPICC de Vogenauer (nota 1), Introducción, n.º 4.

⁷ UNIDROIT, Comentarios oficiales (nota 1), Introducción a la edición de 1994, en la página xxiii.

La elección deliberada del foro competente para la resolución de controversias y la ley o las normas jurídicas aplicables constituyen los dos pilares jurídicos fundamentales de cualquier contrato comercial transfronterizo. Constituyen la base sobre la que deben evaluarse todas las demás cláusulas del contrato. En este contexto, los Principios UNIDROIT pueden desempeñar un papel fundamental, más que nunca. En primer lugar, este artículo esbozará el cambio de parámetros que se ha producido desde 1994, cuando se publicó la primera edición de los UPICC.⁸ Este cambio en el entorno empresarial y jurídico internacional del comercio transfronterizo es la base del creciente papel de los Principios UNIDROIT como herramienta de gestión de riesgos (2). A continuación, el artículo resumirá cómo los Principios UNIDROIT pueden ayudar a gestionar los riesgos de los contratos transfronterizos (3); sin embargo, en primer lugar, conviene esbozar muy brevemente los fundamentos de la gestión de riesgos jurídicos (1).

1. INTRODUCCIÓN A LA GESTIÓN DEL RIESGO LEGAL⁹

En el mercado global y complejo actual, el entorno jurídico y de gestión exige una gestión diligente de los riesgos de los proyectos transfronterizos con el fin de reducir dichos riesgos.¹⁰ Para alcanzar los objetivos empresariales con la ayuda de contratos transfronterizos, es importante detectar los factores que pueden encarecer, ralentizar o imposibilitar (total o parcialmente) la realización del proyecto empresarial. La gestión de riesgos de los contratos transfronterizos requiere una identificación, evaluación y regulación sistemáticas de los riesgos, teniendo debidamente

⁸ UNIDROIT, Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (textos oficiales de las normas básicas en inglés, francés, alemán, italiano y español) (1994).

⁹ Este resumen se basa en E. BRÖDERMANN. «Risikomanagement in der internationalen Vertrags-gestaltung». En *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2012, p. 971, 972 (en I.) y 976 (en III.3.).

¹⁰ Para obtener una introducción general a la gestión de riesgos legales, consulte E. Brödermann, nota 9, NJW 2012, p. 971-977; E. BRÖDERMANN y P. VON DIETZE, en M. PASCHKE (ed.). *Hamburger Handbuch des Exportrechts*. 2.^a ed., 2014, pp. 77-78, n.os 92-96.

en cuenta las posibilidades del proyecto.¹¹ Algunos riesgos son simplemente «inaceptables» y deben evitarse por completo (por ejemplo, las infracciones de cumplimiento que arruinarían a la empresa o darían lugar a una grave responsabilidad de la dirección, incluida la cárcel). Otros riesgos pueden mitigarse sustancialmente mediante una negociación y redacción adecuadas del contrato. Algunos riesgos deben tenerse en cuenta en el cálculo final del precio. En el caso de algunos riesgos, es prudente mitigar las posibles consecuencias en caso de que el riesgo se materialice.

Durante todo el proceso de preparación y negociación de un contrato transfronterizo, la dirección del proyecto y sus asesores (incluidos los abogados) tendrán que evaluar la probabilidad y el importe estimado de los daños de cualquier materialización del riesgo para poder evaluar el riesgo. Para ello, los empresarios suelen trabajar con una matriz de evaluación de riesgos.

Alcance de los posibles daños						
Probabilidad de ocurrencia		insignifi- cante	marginal		extenso	catastrófico
	casi seguro	amarillo	red		rojo	red
	probable	amarillo	amarillo	o rojo	rojo	rojo
	ocasional	amarillo	amarillo		rojo	rojo
	poco probable	verde	amarillo		amarillo	rojo
	raro	verde	verde		amarillo	amarillo
	inconcebible	verde	verde		verde	verde

¹¹ E. Brödermann, nota 9, NJW 2012, pp. 971, 972.

Si la probabilidad de que se produzca un riesgo es baja y el nivel de daño en caso de que se produzca es insignificante, el riesgo puede asumirse (la sección aceptable o, pensando en términos de un semáforo, la sección «verde»); sin embargo, si la probabilidad de que se produzca el riesgo es alta y el nivel de daño en caso de que se produzca también es alto, el riesgo es inaceptable (la sección «roja»). En muchos casos, el riesgo se encuentra en el medio, en la zona «amarilla», por ejemplo, cuando se estima que la probabilidad de que se produzca es baja y el daño potencial es marginal. A menudo, el abogado puede ayudar a reducir el riesgo mediante la redacción adecuada del contrato, desplazando el riesgo de la sección «roja» inaceptable a la sección «verde» aceptable. Con una estructuración contractual adecuada, incluso los riesgos de la sección «roja» pueden transferirse en ocasiones al menos a la sección «amarilla». De este modo, el abogado puede actuar como negociador, ayudando de forma pragmática al empresario a realizar su libertad empresarial de la manera más libre de riesgos posible mediante la redacción adecuada de los contratos.¹²

2. CAMBIO DE PARÁMETROS DESDE 1994

Desde 1994, tanto los parámetros jurídicos como los no jurídicos de los contratos transfronterizos han cambiado. Los Principios UNIDROIT de 2010 y 2016 se enfrentan a un entorno empresarial diferente al de 1994. Las diferencias incluyen tanto el entorno de mercado (1) como un cambio en el entorno jurídico de los contratos transfronterizos (2), que se ha vuelto más favorable para los Principios UNIDROIT.

2.1. Cambio del entorno de mercado

El cambio en el entorno del mercado es evidente para todos aquellos que, al igual que el autor, han asesorado a empresarios en sus actividades

¹² Véase nuevamente la nota 9 y NJW 2012, p. 971, 976 (en III.3.).

internacionales desde la publicación de la primera edición de los Principios UNIDROIT en 1994. El aumento y la facilidad de acceso a los mercados extranjeros han provocado un cambio en la mayoría de los sectores. Dado que es imposible reflejar aquí todos estos cambios con datos económicos y sociológicos, bastará con hacer las siguientes observaciones.

En 1994, la World Wide Web aún no existía como factor de mercado.¹³ Gracias al acceso a la información a través de la World Wide Web y al considerable descenso de los gastos de viaje desde entonces, el mundo se ha acercado más. Hoy en día, en algunos sectores, el mundo entero se ha convertido en el mercado. En otros sectores, el mercado mundial se divide en un número reducido de mercados internacionales regionales.

Como resultado, (i) las empresas, (ii) sus directivos y (iii) los empresarios y comerciantes individuales —en lo sucesivo denominados conjuntamente «la comunidad empresarial internacional»— a menudo no tienen más remedio que celebrar contratos transfronterizos, ya sea para el abastecimiento, la venta u otros fines comerciales. En los últimos 20 (y ahora 25) años, muchas pequeñas y medianas empresas con conocimientos internacionales limitados han comenzado a celebrar contratos internacionales, lo que ha aumentado el número de partes interesadas en el mercado internacional y mundial. Si bien en 1994 la mayor parte de los negocios internacionales aún estaban principalmente en manos de empresas especializadas o muy grandes, hoy en día la comunidad empresarial internacional ha crecido e incluye muchos más actores que en 1994.

¹³ La descripción de la historia de la World Wide Web en Wikipedia (consultada el 22 de agosto de 2015) menciona la primera Conferencia Internacional WWW en 1994 y el inicio de la comercialización en 1996. El autor recuerda haber redactado por primera vez contratos y condiciones generales de venta para la venta transfronteriza por internet en 1997.

Durante el mismo período, los mercados se han vuelto extremadamente competitivos y exigen que los precios se mantengan al mínimo. Los clientes son exigentes. Las presiones del mercado son enormes. Los márgenes medios en muchos mercados han disminuido en los últimos años. A menudo no queda ningún «cinturón de seguridad» (es decir, capital) para los errores. Al mismo tiempo, los inversores y los accionistas esperan obtener rendimientos de sus inversiones y mantienen una mirada crítica sobre la gestión de las empresas en las que han invertido.

2.2. Cambio del entorno jurídico para los contratos transfronterizos

Durante el mismo período desde 1994, el entorno jurídico del derecho mercantil internacional también ha cambiado. Cabe destacar tres aspectos en particular: el aumento de la presión ejercida por el derecho imperativo (a), el aumento de la presión jurídica sobre la dirección para que actúe con diligencia (b), y un panorama más transparente de opciones en lo que respecta a la resolución de controversias y la elección del derecho contractual (c). Además, el uso cada vez mayor de los Principios UNIDROIT como fuente de derecho por parte de los legisladores nacionales y su respaldo por parte de la CNUDMI también es un factor de impacto (d).

a) Mayor presión sobre la comunidad empresarial internacional por parte de la legislación imperativa

Desde 1994, ha surgido una mentalidad jurídica y ética internacional que exige el respeto de la legislación imperativa de una manera más exhaustiva que la que se esperaba de las generaciones anteriores. Hoy en día, existen más disposiciones imperativas a nivel nacional e internacional que en 1994. Al mismo tiempo, la mentalidad moderna tiene como objetivo hacer cumplir estas disposiciones.

Cuando se realizan negocios internacionales, la comunidad empresarial internacional debe prestar atención a la legislación imperativa de todas las jurisdicciones afectadas por el negocio. En todo el mundo, desde 1994, ha surgido normas imperativas modernas que favorecen los negocios justos.¹⁴ Hoy en día, existen más normas imperativas que nunca. Por ejemplo, hasta 1999, la legislación fiscal alemana apoyaba las exportaciones alemanas al permitir oficialmente deducir los «pagos útiles en el extranjero» como gastos en condiciones normales. Aunque prohibía el soborno en el país, en beneficio de su economía nacional, la legislación alemana ofrecía un incentivo *de facto* para el soborno en el extranjero (donde rara vez se descubría y sancionaba en países que, en aquel momento, no tenían una cultura que sancionara rigurosamente el soborno);¹⁵ por el contrario, el derecho penal alemán moderno estipula penas de cárcel para la misma acción de soborno en el extranjero.¹⁶ Hoy en día, Alemania forma parte de los instrumentos internacionales contra

¹⁴ Véase, por ejemplo, los artículos 15 y siguientes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (que entró en vigor el 14 de diciembre de 2005), United Nations Treaty Series (UNTS), vol. 2349, p. 41, tal y como está disponible en <<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XVIII/xviii-14.en.pdf>> (consultado el 31 de agosto de 2015).

¹⁵ La legislación fiscal alemana no se adaptó en el sentido de impulsar el cumplimiento y evitar el soborno en el extranjero hasta finales de la década de 1990. Si bien el artículo 4, apartado 4, de la Ley del Impuesto sobre la Renta alemana (*Einkommenssteuergesetz*) establece una autorización *general* para deducir los gastos ocasionados por la actividad empresarial, el siguiente apartado 5 enumera excepciones específicas. En él se enumeran los tipos de gastos que *no* pueden deducirse. El artículo 4(5) n.º 10 de la Ley del Impuesto sobre la Renta alemana solía prohibir la deducción de gastos solo si los gastos específicos (*Zuwendungen*) eran objeto de una *condena* firme en virtud del derecho penal. Por lo tanto, mientras ningún empleado de una empresa alemana hubiera sido condenado por soborno en el extranjero, no se prohibía la deducción fiscal de dichos gastos. Desde el 1 de enero de 1999, ya no es necesaria una condena por un acto de soborno para eliminar la posibilidad de deducción fiscal. La deducción de los gastos ya está prohibida cuando el pago de los mismos (*Aufwendungen*) cumple las condiciones de un delito según el código penal. Además, desde 2002, la Ley Penal Alemana (*Strafgesetzbuch*) se complementó con una disposición, el § 299(3), que prohíbe explícitamente los sobornos en el extranjero. Por lo tanto, en la actualidad, cualquier soborno ofrecido por un directivo de una empresa alemana en el extranjero es delito según el Código Penal alemán y no es deducible fiscalmente en Alemania según el artículo 4(5) n.º 10 del Código Penal alemán en relación con el artículo 299(3) del Código Penal alemán.

¹⁶ Artículo 299, apartado 3, del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*).

la corrupción que han surgido desde 1994.¹⁷ También se prohíben las elusiones, como el soborno a través de agentes.¹⁸ Se podrían citar otros ejemplos de leyes obligatorias más estrictas en muchos otros países. Por ejemplo, en 2011 China modificó su derecho penal para castigar también el soborno de funcionarios extranjeros.¹⁹

Las disposiciones obligatorias se encuentran, por ejemplo, en el derecho penal, el derecho de la competencia, el derecho de contratación pública, el derecho medioambiental, el derecho de la construcción, el derecho laboral, el derecho fiscal, el derecho de embargos (sanciones), el derecho de sociedades, el derecho civil y muchos actos jurídicos relacionados con la industria, por ejemplo, en materia de banca, salud, transporte o protección de datos. A menudo, prevén graves consecuencias en caso de incumplimiento. Muchas disposiciones obligatorias han surgido como derecho internacional vinculante, como derecho nacional o como derecho «regional» (como el derecho de la Unión Europea, siendo la Unión Europea una región en la estructura de la Organización Mundial del Comercio).²⁰ Los códigos de conducta, los estatutos sociales y los contratos de gestión modernos deben respetar dichas disposiciones

¹⁷ Alemania, entre otros, es parte de (i) el Convenio relativo a la lucha contra la corrupción en la que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o funcionarios de los Estados miembros de la Unión Europea, de 21 de noviembre de 1997, Diario Oficial de la UE C 195, p. 1 y ss; (ii) el Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos contra el soborno, *Bundesgesetzblatt* 1999 II, p. 87 y ss; (iii) el Grupo de Estados contra la Corrupción, dentro del Consejo de Europa (fundado en mayo de 1999).

¹⁸ El artículo 299, apartado 3, del Código Penal alemán remite al artículo 299, apartado 1, del Código Penal alemán, que también castiga explícitamente las acciones de los agentes.

¹⁹ Véase la Octava Enmienda al Código Penal de la República Popular China, promulgada el 25 de febrero de 2011 y en vigor desde el 1 de mayo de 2011, que modifica el artículo 164 del Código Penal de la República Popular China («Quien entregue cualquier bien a un funcionario de un país extranjero o a un funcionario de una organización pública internacional con el fin de obtener un beneficio comercial indebido será castigado de conformidad con lo dispuesto en el párrafo anterior»).

²⁰ Véase el Examen de las Políticas Comerciales de la Organización Mundial del Comercio —Informe de la Secretaría— Unión Europea, 2015, en la p. 30, n.º 2.18, disponible en <https://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/s284_e.pdf> (consultado el 21 de agosto de 2015): «La UE es miembro fundador de la OMC y cada Estado miembro es también miembro de la misma. La UE, a través de la Comisión Europea, representa a todos los Estados miembros en la OMC».

obligatorias. Incluso los contratos de venta internacionales ordinarios pueden contener cláusulas sobre el cumplimiento.

Más que nunca, la mentalidad moderna se esfuerza por hacer cumplir las normas jurídicas obligatorias. La prensa, el guardián moderno, informa a nivel mundial y sin descanso sobre cualquier acusación o noticia relacionada con infracciones de cumplimiento y su aplicación. Como resultado, la comunidad empresarial internacional de todo el mundo debe hacer frente a un aumento de la normativa restrictiva en materia de cumplimiento, junto con unas expectativas de cumplimiento más elevadas que en 1994. La infracción de las normas obligatorias conlleva riesgos personales y no es una opción viable para la comunidad empresarial internacional.

Un ejemplo de la mentalidad moderna orientada hacia la aplicación de la ley imperativa también se encuentra desde 2009 en el artículo 9, apartado 3, del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).²¹ Esto abre la puerta a la aplicación de la ley imperativa no solo del *forum*²² —el lugar de jurisdicción—, sino también del lugar de cumplimiento del contrato. Como reglamento europeo, es vinculante en todos los Estados miembros de la Unión Europea²³ (excepto Dinamarca).²⁴ Así, desde una perspectiva europea, un contrato en-

²¹ Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *Diario Oficial de la Unión Europea* 2008 L 177, p. 6.

²² Artículo 9, apartado 2, del Reglamento Roma I.

²³ Artículo 288, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 9 de mayo de 2008, *Diario Oficial de la Unión Europea* 2008, C 115, p. 1, 47.

²⁴ Considerando 46 del Reglamento Roma I, véase, por ejemplo, E. Brödermann y G. Wegen, en H. PRÜTTING, G. WEGEN y G. WEINREICH (eds.), *BGB Kommentar*. 10.ª ed., 2015, Art. 3 n.ºs 27-28, Art. 25 n.º 2. Véase mientras tanto 21.ª ed. 2026, IPR-Anh. I/ROM I Art. 25 no. 2-3). La inaplicabilidad del Reglamento Roma I en Dinamarca se corresponde con la práctica observada en ese país. La inaplicabilidad del Reglamento Roma I en Dinamarca es decisiva porque, precisamente en este punto, el artículo 7 del Convenio europeo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980 (publicado, entre otros, en el *Bundesgesetzblatt*

tre una parte alemana y otra estadounidense para la entrega de mercancías desde Hamburgo (Alemania) a China puede ser inaplicable debido a la violación de la ley de importación china en el lugar de ejecución chino.²⁵ Si bien el artículo 9, apartado 3, del Reglamento Roma I solo es vinculante para las cortes de los Estados miembros de la Unión Europea, también puede inspirar a los tribunales arbitrales, especialmente cuando la aplicación de la ley imperativa en el lugar de cumplimiento del contrato aumenta las posibilidades de ejecución del laudo arbitral.

El problema planteado por la XX.^a edición del Willem C. Vis Moot Court Competition en 2012/13²⁶ ofreció un ejemplo de cómo podría ser la mentalidad de cumplimiento normativo de la próxima generación de abogados. Unos 2500 estudiantes de unas 300 universidades de todo el mundo compitieron en simulacros de arbitraje según las Reglas de Arbitraje CEAC de Hamburgo (renombradas entretanto como Reglas de Arbitraje Asiático-Europeas ASEAC),²⁷ disputando una posible infrac-

alemán 1986 II 809; 1991 II 871) es diferente y sigue siendo el resultado de una mentalidad menos global en lo que respecta a la aplicación de la ley imperativa. En la literatura jurídica se debate esta cuestión, por ejemplo, por D. Martiny, *Recht der Internationalen Wirtschaft* (RIW), 2009, pp. 737, 739 o incluso por eminentes académicos daneses: O. LANDO y P. A. NIELSEN, *Common Market Law Review* (CMLR) 2009, pp. 1687, 1689 («Parece poco razonable pedir a las cortes de los Estados miembros que resuelvan esta cuestión»).

²⁵ El ejemplo se basa en un caso de la práctica privada y es analizado por E. Brödermann, en E. BRÖDERMANN y J. ROSENGARTEN (eds.), *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht (IPR/IZVR)*, 7.^a ed., 2015 (citado como E. Brödermann y J. Rosengarten IPR/IZVR), pp. 66-67 (caso 27a en n.os 248-249); véase mientras tanto la 9.^a ed. 2024, pp. 75-76 (caso 29 en n.os 238-238b).

²⁶ Véase <www.cisg.law.pace.edu/cisg/moot/moot20.pdf> (consultado el 31 de agosto de 2015).

²⁷ Véase <www.ceac-arbitration.com> y e. g. E. BRÖDERMANN, «The Chinese European Arbitration Centre – An Introduction to the CEAC Hamburg Arbitration Rules». En *J. Int. Arb.*, 2013, pp. 303, 305; T. WEIMANN, C. HEEG y S. HASENSTAB, «CEAC Arbitration – Bridging the Gap between China and Europe – Arbitration Tailored for Sino-European Disputes Administered by the Chinese European Arbitration Centre». En *Austrian Yearbook on International Arbitration* 2013, p. 125 *et seq.*

ción de una cláusula de cumplimiento en un contrato de compra de textiles debido al uso de mano de obra infantil por parte de la empresa productora (aunque no para la producción de los textiles vendidos).²⁸

Como resultado, el riesgo de infringir disposiciones legales imperativas posiblemente aplicables al celebrar un contrato transfronterizo ha aumentado desde 1994. El abogado es necesario como *explorador en la jungla*²⁹ de la información para detectar normas imperativas posiblemente relevantes y evitar infracciones.

b) Mayor presión legal sobre la dirección para que actúe con diligencia

Aunque la redacción pueda variar, las leyes mercantiles de todo el mundo establecen tradicionalmente que la dirección de las empresas debe cumplir con los estándares exigidos a un empresario prudente.³⁰ Los contratos de trabajo con la dirección exigen el cumplimiento de la ley, incluida la ley imperativa (como se ha comentado anteriormente en el apartado (a)) y los estatutos de la empresa. La obligación de la dirección incluye la obligación de diligencia en las actividades cotidianas de la

²⁸ Véase B. HAYWARD, K. IPPOLITO, O. CELIK, N. MORRIS y E. VINES. «Mock Partial Award in Chinese European Arbitration Centre (CEAC) Case n.º 20120107 – Mediterraneo Exquisite Supply Co v Equatoriana Clothing Manufacturing Ltd.». En *Vindobona Journal*, Vol. 17, 2013, pp. 229-264. Las finales del Vis Moot se pueden ver en YouTube (al buscar en Google «vis moot finals 2013»).

²⁹ E. BRÖDERMANN. «Zustandekommen von Rechtswahl-, Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen. Rechtssoziologische Notizen». En WITZLEB, ELLGER, MANKOWSKI y REMIEN (eds.). *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, 2014 («FS Martiny»), pp. 1045, 1057.

³⁰ E.g., Artículo 43, apartado 1, del Código alemán de sociedades de responsabilidad limitada (GmbHG); Artículo 174(2) de la Ley de Sociedades del Reino Unido de 2006; Artículo 717(1) de la Ley de Sociedades Anónimas de Nueva York; Artículo 593(1) de la Ley de Sociedades Anónimas de Japón; Artículo 22 bis, apartado 2, de la Ley codificada griega 2190/1920 sobre sociedades anónimas. Véase más C. GERNER-BEUERIE, P. PAECH y E. P. SCHUSTER. «Study on Directors' Duties and Liability». Faculty of Law, London School of Economics, London 2013, p. 30 *et seq.*, disponible en <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-analysis_en.pdf, Consultado el 25 de agosto de 2015>.

empresa. La presión sobre la dirección parece haber aumentado a lo largo de los años. Varias leyes, por ejemplo, en Brasil,³¹ Dinamarca³² y los Países Bajos,³³ incluso establecen la responsabilidad personal de la dirección frente a los accionistas o la empresa cuya actividad gestionan si no administran la empresa con la diligencia debida.

Desde una perspectiva de derecho comparado, la edición de 2010 de los Principios UNIDROIT se introdujo en un momento en que el entorno jurídico parece ejercer más presión en más países sobre la dirección para que actúe con diligencia en comparación con el panorama jurídico de 1994. Lo mismo se aplica a la edición de 2016. El cambio en tantas legislaciones nacionales tiene un impacto en la mentalidad de los actores de la comunidad empresarial internacional. Las pruebas de diligencia debida, que inicialmente se desarrollaron para proteger a los inversores y, posteriormente, a los compradores de, empresas,³⁴ se han convertido en parte de la vida cotidiana de la gestión empresarial.³⁵

³¹ Art. 1.016 del Código Civil brasileño (aprobado en enero de 2002). El deber de diligencia (*dever de diligência*) de los directivos de las empresas tienen una larga trayectoria en Brasil. Véase tanto el artículo 158 de la Ley de Sociedades Anónimas brasileña, que fue aprobada aún antes, en 1976, mediante la Ley 6.404, como su predecesora, la sección 121 de la Ley de Sociedades Anónimas brasileña de 1940 (decreto 2.627). Cuando se incumple el deber fiduciario, incluido el deber de diligencia por culpa o mala fe del administrador, este es responsable y está obligado a indemnizar a la sociedad, a los accionistas y a terceros, según sea el caso. Véase V. VON ADAMEK. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S.A e as ações correlatas*. São Paulo, 2.ª ed., 2010, pp. 36, 37; 119 y 120.

³² Artículo 361, apartado 1, de la Ley de Sociedades Mercantiles de Dinamarca (Ley 470, de 12 de junio de 2009).

³³ Según el artículo 2:9(2) del Código Civil neerlandés, aprobado ya en 1992, un director es «responsable de todas las consecuencias derivadas del cumplimiento indebido de sus obligaciones».

³⁴ En la década de 1930, la necesidad de generar efectivo para las sociedades anónimas en los Estados Unidos llevó a la invención del proceso de «diligencia debida» en las transacciones de capital. En virtud del artículo 11 de la Ley de Valores de los Estados Unidos de 1933, determinadas personas pueden invocar una «defensa de diligencia debida» contra acciones por responsabilidad por declaraciones de registro que contengan «una declaración falsa de un hecho relevante u omitan declarar un hecho relevante necesario [...] para que las declaraciones no sean engañosas» (fuente: Wikipedia, «Ley de Valores de Estados Unidos», consultada el 22 de marzo de 2015). Véase W. K. SJOSTROM JR. «The Due Diligence Defense under Section 11 of the Securities Act of 1933». En *Brandeis Law Journal*, Vol. 44, 2005, pp. 1-62.

³⁵ E. BRÖDERMANN. «Risikomanagement in der internationalen Vertragsgestaltung». En *Neue Juristische Zeitschrift*, 2012, p. 971 *et seq.* en p. 973 (columna izquierda, bajo II.2.c). A modo de

La prueba para determinar si un determinado comportamiento empresarial cumple con los estándares de la regla del empresario prudente que actúa de conformidad con la legislación aplicable puede dar lugar a resultados diferentes hoy en día que en 1994. A medida que aumentan las opciones para configurar los contratos transfronterizos (véase, por ejemplo, el apartado c, más adelante), la celebración de un contrato transfronterizo requiere una consideración y evaluación diligentes de las opciones nuevas y/o adicionales. Es necesario considerar más opciones para cumplir con el estándar de actuar con la debida diligencia. Si los Principios UNIDROIT pueden reducir los riesgos, podría ser negligente ignorar esa posibilidad.

c) *Un panorama más transparente de opciones con respecto a la resolución de controversias y la elección del derecho contractual*

El panorama mundial del arbitraje también ha cambiado desde 1994. Han surgido nuevos centros de arbitraje³⁶ y otros se han transformado en plataformas de resolución de controversias más modernas y eficientes.³⁷ Solo en China hay hoy en día unos 200 centros de arbitraje.³⁸ En todo el mundo, puede haber al menos 1000 opciones para arbitrajes transfronterizos, muchas más que las pocas opciones conocidas y utilizadas con frecuencia en los círculos de arbitraje tradicionales de Europa o América del Norte. En muchas jurisdicciones, la ley de arbitraje ha

ejemplo, el autor puede citar de su experiencia el caso de un director de operaciones que, en la pizarra de su despacho, siempre tiene a la vista las siguientes directrices de gestión de riesgos, que se remontan, según se dice, a la formación de los pilotos de Lufthansa: FARDEC (Fact-Finding, Analysis, Risk Assessment, Decision, Execution, Control).

³⁶ Por ejemplo, por nombrar solo algunos, el Dubai International Arbitration Centre - DIAC (1994), la Beijing Arbitration Commission - BAC (1995), la Chinese European Arbitration Centre - CEAC (2008), la Shanghai International Arbitration Centre - SHIAC (2013), la Jerusalem Arbitration Centre (2013).

³⁷ E. g., la London Court of International Arbitration - LCIA, la Singapore International Arbitration Centre - SIAC o el Instituto Alemán de Arbitraje - DIS.

³⁸ K. FAN. *Arbitration in China. A Legal and Cultural Analysis*. Oxford y Portland, Oregon, 2013, p. 16 en nota al pie 32. Este hecho aparentemente no ha cambiado.

cambiado o se ha establecido recientemente,³⁹ a menudo sobre la base de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje.⁴⁰ Han surgido normas no vinculantes sobre numerosas cuestiones relacionadas con el arbitraje para ayudar a los árbitros y abogados a llevar a cabo el arbitraje.⁴¹ Desde 1994, unos 52 Estados han adoptado la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros⁴² (Convención de Nueva York), lo que eleva el número total de Estados miembros a 154.⁴³

Los Estados que han seguido el enfoque de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje suelen haber implementado una disposición sobre elección de la ley aplicable al arbitraje que permite explícitamente la elección de «reglas de derecho» como los Principios UNIDROIT.⁴⁴ De conformidad con el artículo 1.4 de los Principios UNIDROIT, estos solo se complementarán con aquellas «normas nacionales, internacionales o supranacionales [imperativas] que sean aplicables de conformidad con las normas pertinentes del derecho internacional privado». De con-

³⁹ Por ejemplo, la ley alemana de arbitraje basada en el modelo de la CNUDMI entró en vigor el 1 de enero de 1998 (art. 5 de la *Gesetz zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts, Bundesgesetzblatt* 1997 I p. 3224 *et seq.*).

⁴⁰ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985: con las enmiendas aprobadas en 2006 (Viena: Naciones Unidas, 2008), disponible en <www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf> (consultado el 28 de agosto de 2015).

⁴¹ E. g., la IBA Rules on the Taking of Evidence; o la IPBA Guidelines on Privilege and Attorney Secrecy, publicado en 2019 por la Inter-Pacific Bar Association.

⁴² 330 UNTS 38, disponible en <https://treaties.un.org/Pages/DB.aspx?path=DB/titles/page1_en.xml&menu=MTDSG>, consultado el 14 de septiembre de 2015).

⁴³ A 31 de diciembre de 2014, según el registro oficial alemán de adhesiones a la Convención de Nueva York en *Bundesministerium für Justiz und für Verbraucherschutz, Bundesgesetzblatt Teil II, Fundstellennachweis B* 2015, en p. 255 *et seq.* (*Übereinkommen vom 10. 6. 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche*), tal y como figura en el sitio web en <http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27FNB_2014.pdf%27%5D__1440768147198> (consultado el 28 de agosto de 2015).

⁴⁴ Artículo 28 Ley Modelo de la CNUDMI (véase más abajo III.1.a).

formidad con la edición de 2010 (y la de 2016) de los Comentarios Oficiales a los Principios UNIDROIT, cuando los Principios UNIDROIT se combinan con una cláusula de arbitraje, la aplicación de la ley imperativa dependerá de las circunstancias del caso y se limitará a la ley imperativa *internacional*, en contraposición a las normas imperativas ordinarias de cualquier ley nacional.⁴⁵ Esto puede incluir normas imperativas del país del territorio en el que se dicta el laudo. Más importante aún, los árbitros están obligados por el contrato entre las partes y los árbitros a «hacer todo lo posible para garantizar que el laudo sea ejecutable por ley». Esta formulación del Reglamento de Arbitraje de la CCI⁴⁶ expresa un principio que se aplica generalmente al arbitraje internacional y exige prestar especial atención a las normas imperativas internacionales en los lugares donde es más probable que se necesiten medidas de ejecución,⁴⁷ en particular en la sede de la parte perdedora.

Por el contrario, las leyes internacionales privadas tradicionales (establecidas principalmente para su uso por los tribunales estatales) suelen admitir únicamente la elección de una «ley» nacional y no de normas jurídicas flexibles como los Principios UNIDROIT. Esto incluye leyes internacionales privadas recientemente promulgadas, como el artículo 3 del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.⁴⁸ En 2005, la Comisión de la Unión Europea trató de promover la autonomía de las partes proponiendo la posibilidad de que las partes contratantes «también eligieran como ley aplicable los principios y normas del derecho sustantivo de los contratos reconocidos internacionalmente [...]».⁴⁹ Esto se adelantó a su tiempo; en cambio, regímenes como

⁴⁵ UNIDROIT, Comentarios oficiales (nota 1), Comentario n.º 4 al art. 1.4.

⁴⁶ Art. 35 de la edición de 1998 (y art. 41 de la edición de 2012) del Reglamento de la CCI, citado explícitamente por UNIDROIT, Comentarios oficiales (nota 1), Comentario n.º 4 al art. 1.4.

⁴⁷ E. BRÖDERMANN y J. ROSENGARTEN (eds.). IPR/IZVR (nota 25), p. 220 (en n.º 786); véase mientras tanto la 9.ª ed. 2024, pp. 292-293 (en n.º 876).

⁴⁸ Emitido el 17 de junio de 2008, *Diario Oficial de la Unión Europea* 2008 L 177, p. 6.

⁴⁹ Propuesta sobre conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales (Roma I), COM (2005) 650 final (incluida una exposición de motivos y el texto de la propia propuesta); acogida favorablemente en su momento, por ejemplo, por E. Brödermann, «The Growing Importance

el mencionado artículo 3 del Reglamento Roma I, en su versión definitiva, solo permiten la elección de los Principios UNIDROIT mediante su incorporación.⁵⁰ La mayoría de los tribunales nacionales respetarán dicha elección autónoma de las partes.⁵¹ En ese caso, los Principios UNIDROIT se aplican como parte del contrato.⁵² La ley nacional solo interviene en la medida en que sea obligatoria. La ley obligatoria que deben observar los jueces *nacionales* incluye las normas obligatorias ordinarias, también denominadas normas «obligatorias a nivel nacional».⁵³ Por lo tanto, un juez estatal que aplique su propia legislación como la ley que rige un contrato en el que se han incorporado los Principios UNIDROIT tendrá que aplicar más normas imperativas que un árbitro, que solo debe observar las normas imperativas *internacionales* cuando el contrato remite a los Principios UNIDROIT como las normas jurídicas aplicables.

Como resultado, la gama de opciones para la resolución de controversias y las cláusulas de elección de contrato se han desarrollado considerablemente desde la publicación de la primera edición de los Principios UNIDROIT en 1994. Hoy en día, resulta jurídicamente fácil acordar de forma fiable los Principios UNIDROIT, lo que, en caso de controversia, conduce a la aplicación de los principios elegidos como «reglas de derecho». Este punto se desarrollará más adelante en el apartado

of the UNIDROIT Principles in Europe – A Review in Light of Market Needs, the Role of Law and the 2005 Rome I Proposal». En *Uniform Law Review*, 2006, pp. 749-770 (con un resumen en francés). Mientras tanto, este enfoque se ha integrado en el artículo 3 de los Principios de la HCCH sobre la elección de la ley aplicable en los contratos comerciales internacionales, aprobados el 19 de marzo de 2015 por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, explícitamente el considerando 13 del Reglamento Roma I.

⁵¹ Para ver un ejemplo de cláusula de incorporación, véase S. Vogenauer, en el Comentario de Vogenauer sobre los UPICC (nota 1), Preámbulo I, n.º 36 (pp. 50-51), con una buena propuesta para hacer frente a posibles conflictos entre cláusulas contractuales individuales y los Principios UNIDROIT en caso de mera incorporación de los Principios UNIDROIT a un contrato (posible excepción al art. 1.5 UPICC).

⁵² R. Michaels, en Comentario de Vogenauer sobre los UPICC (nota 1), Preámbulo I, n.ºs 34 y 41.

⁵³ UNIDROIT, Comentarios oficiales (nota 1), Comentario n.º 3 al art. 1.4.

3.1.a, cuando se analicen métodos concretos de gestión de riesgos con la ayuda de los Principios UNIDROIT.

d) El uso creciente de los Principios UNIDROIT como fuente de derecho y su respaldo por parte de la CNUDMI

Desde 1994, varias jurisdicciones han renovado su legislación contractual. Muchas de las codificaciones más recientes del derecho contractual se han inspirado, al menos en parte, en los Principios UNIDROIT.⁵⁴ La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) elogió el uso de los Principios UNIDROIT «para los fines previstos» tanto en 2007 (para la edición de 2004) como en 2012 (para la edición de 2010); mientras tanto, la CNUDMI también ha respaldado y recomendado la edición de 2016.⁵⁵ Esto incluye, en particular, el uso de los Principios UNIDROIT «cuando las partes han acordado que su contrato se rija por ellos».⁵⁶

⁵⁴ M. J. BONELL. *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. 3.^a ed., 2005, pp. 268-270. Para una visión general reciente y exhaustiva, véase R. Michaels, en el Comentario de Vogenauer sobre los UPICC (nota 1), Preámbulo I, n.ºs 156-167 (pp. 100-106), donde se documenta la influencia parcial de los UPICC en diversos grados en las reformas del derecho contractual, por ejemplo, en Brasil (n.º 163), China (en el n.º 164), la República Checa (en el n.º 162), Estonia (en el n.º 162), Alemania (en el n.º 159), Irlanda (en el n.º 160); Liberia (en el n.º 167), Lituania (en el n.º 162), Rumanía (en el n.º 162), Rusia (en el n.º 165), Escocia (en el n.º 160), Eslovaquia (en el n.º 162), España (en el n.º 161) y Ucrania (en el n.º 162).

⁵⁵ Véanse las ediciones de 2004 y 2010 de R. Michaels, en el Comentario UPICC de Vogenauer (nota 1), Preámbulo I, n.º 120 (p. 81), con una cita del texto completo del respaldo en la nota al pie 346; E. Brödermann (nota 4), Introducción n.º 2 y Anexo al Preámbulo – Principios UNIDROIT sobre el Derecho de los Contratos Comerciales Internacionales n.º 36-37 (con citas también de la resolución de 2021).

⁵⁶ Preámbulo, frase 2 UPICC, que se cita explícitamente en el informe de aprobación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), 45.º período de sesiones, 25 de junio-6 de julio de 2012, n.ºs 137-140, en el núm. 140 (p. 34); Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento n.º 17 (A/67/17), 2012, disponible en <http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/a67d17_en.pdf> (consultado el 8 de septiembre de 2015).

Cuando las «leyes nacionales» de las partes de diferentes jurisdicciones se han inspirado en los Principios UNIDROIT, existe un argumento a favor de un terreno común que facilita el acuerdo sobre los Principios UNIDROIT. Desde una perspectiva puramente comparativa, esto puede no tener mucho sentido (los legisladores pueden haberse inspirado en diferentes principios de los UPICC), pero ese terreno común, por remoto que sea, a veces ayuda a desarrollar la confianza en el uso real de los Principios UNIDROIT. En este contexto, el respaldo de los Principios UNIDROIT por parte de la CNUDMI contribuye a desarrollar la confianza necesaria en ellos.

Desde el punto de vista de la gestión de riesgos, la creciente reputación de los Principios UNIDROIT como fuente de derecho contractual y su respaldo por parte de la CNUDMI aumentan la viabilidad de utilizarlos realmente como herramienta para la gestión de riesgos (véase el apartado 3 más adelante). La reputación documentada de los Principios UNIDROIT constituye un argumento de peso para la parte que los invoca en una negociación como una opción de normas jurídicas entre las que elegir.

3. LOS PRINCIPIOS UNIDROIT COMO HERRAMIENTA DE GESTIÓN DE RIESGOS

Los Principios UNIDROIT pueden contribuir a reducir los riesgos de los contratos transfronterizos de diversas maneras. La mejor solución, con diferencia, es combinar un acuerdo sobre la aplicación de los Principios UNIDROIT con una cláusula de arbitraje (véase el punto 1 más abajo). Todas las demás opciones de utilizar los Principios UNIDROIT también pueden mitigar el riesgo, pero siguen siendo menos eficaces (2). En su práctica como abogado internacional con sede en Alemania, el

autor ha probado todas las posibilidades que se describen a continuación.⁵⁷

3.1. Reducción del riesgo mediante la combinación de una cláusula sobre la elección de los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales con un acuerdo de arbitraje

Los Principios UNIDROIT solo pueden utilizarse con seguridad como herramienta de gestión de riesgos si son aplicables en caso de controversia. La elección de los Principios UNIDROIT debe ser fiable en caso de controversia. A continuación, este artículo analizará con más detalle el sistema de resolución de controversias mencionado en el apartado 2.2(c) anterior, que representa una solución procesal lista para poner en práctica los Principios UNIDROIT (véase el apartado a, más adelante). Sobre esa base, queda libre el camino para utilizar los Principios UNIDROIT a la luz de sus características de minimización de riesgos y otras ventajas (véase el apartado b, más adelante).

a) Paso 1: celebración de un acuerdo de arbitraje

Al acordar un contrato transfronterizo es importante tener en cuenta que existe un sistema de resolución de controversias que funciona cuando es necesario. Un gestor prudente u otro empresario que cumpla con sus obligaciones legales en el ejercicio de su actividad⁵⁸ —así como el abogado que asesora a dicho empresario— deberán insistir en un sistema de resolución de controversias que dé lugar a decisiones ejecutables

⁵⁷ Véase ya E. BRÖDERMANN. «The Impact of the UNIDROIT Principles on International Contract and Arbitration Practice – the Experience of a German Lawyer». En *Unif. L. Rev.*, 2011, pp. 589-612, traducido al español por M. Rodríguez Fernández en J. M. RODRÍGUEZ OLMOS (ed.). *Principios UNIDROIT. Estudios en torno a una nueva «lingua franca»*, 2013, pp. 183-216, también publicado en una versión ligeramente desarrollada en italiano: E. BRÖDERMANN. «I principi UNIDROIT nella pratica commerciale internazionale – un’esperienza tedesca». En *Diritto del Commercio Internazionale*, 2012, pp. 887-906.

⁵⁸ Véase el apartado 1.2.b anterior.

en los lugares donde es probable que la parte contratante tenga activos. Este requisito reduce las opciones disponibles para acordar la jurisdicción de un tribunal nacional, ya que la ejecución de una sentencia estatal fuera de la jurisdicción en la que se dictó suele ser difícil, si no imposible.⁵⁹ Hasta la fecha, no existe ningún equivalente a la Convención de Nueva York para las sentencias estatales. Como resultado, la gestión de riesgos de los contratos transfronterizos a menudo requiere la incorporación de una cláusula de arbitraje en el contrato.⁶⁰ Como regla general, esto es válido al menos para todos los contratos intercontinentales. Además, una cláusula de arbitraje ofrece múltiples posibilidades para controlar el procedimiento y los costes del arbitraje y para superar las diferencias culturales (jurídicas), que también forman parte del riesgo que hay que gestionar. Incluso cuando se acuerda un arbitraje institucional, es decir, un arbitraje gestionado por una institución como la Cámara de Comercio Internacional, es posible configurar el arbitraje redactando la cláusula arbitral, por ejemplo, acordando por adelantado ciertas restricciones razonables sobre la obtención de pruebas y/o los plazos.

La cláusula de arbitraje establece el marco para la elección de la ley aplicable. En casi todos los casos de arbitraje, los árbitros respetarán una cláusula que determine que los Principios UNIDROIT son las normas jurídicas aplicables. En todas aquellas jurisdicciones con leyes de arbitraje basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje, la disposición nacional que se corresponde con el artículo 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI prevé explícitamente la posibilidad de elegir «reglas

⁵⁹ Véase también una evaluación similar realizada por G. BORN. *International Commercial Arbitration, Volume 1: International Arbitration Agreements*. 2.^a ed., 2014, p. 80. Véase, sin embargo, la entrada en vigor de los Convenios de La Haya (HCCH) de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro y de 2 de julio de 2019 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales Extranjeras en Materia Civil o Mercantil, que sientan las bases para la ejecución en algunas regiones del mundo.

⁶⁰ Véase también G. Born, nota anterior, en la p. 77: «Cabe destacar que la resolución neutral y centralizada de controversias no solo es deseable en sí misma, sino que es una condición previa esencial para el comercio y la inversión internacionales. Es decir, las incertidumbres, los riesgos y los costes adicionales que conlleva la resolución de controversias comerciales internacionales son tales que, a menos que puedan gestionarse, las empresas legítimas no se embarcarán en proyectos transnacionales».

de derecho» como los Principios UNIDROIT. Otras jurisdicciones arbitrales clave (que no se inspiran, o se inspiran menos, en la Ley Modelo de la CNUDMI) también permiten la elección de «reglas de derecho». Este es el caso de Francia.⁶¹ El artículo 46(1) de la Ley de Arbitraje de Inglaterra y Gales de 1996 se refiere a la «ley elegida», lo que se ha interpretado como que también deja la puerta abierta a la aplicación de «reglas de derecho»,⁶² como lo demuestran las Reglas de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres.⁶³ El Reglamento de Arbitraje del CEAC de Hamburgo (ahora: Reglamento de Arbitraje de la ASEAC)⁶⁴ del Centro de Arbitraje Europeo-Chino (ahora: asiático), creado en 2007/08 sobre la base del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI,⁶⁵ incluso ofrece explícitamente a las partes la opción de elegir los UPICC de forma independiente o como complemento de la CISG.⁶⁶

⁶¹ Artículo 1496 del Código de Procedimiento Civil francés (*Décret* francés n.º 81-500, de 12 de mayo de 1981, *Journal Officiel* de 14 de mayo de 1981, corregido el 21 de mayo de 1981).

⁶² M. J. BONELL. «The UNIDROIT Principles and Transnational Law». En *Uniform Law Review*, 2000, p. 199, 203, nota al pie 12.

⁶³ Artículo 22.3 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA de 2014.

⁶⁴ Versión consolidada de 2012. Véase el sitio web en <www.ceac-arbitration.com>, bajo «Download Centre»; véase, mientras tanto <<https://www.aseac-arbitration.com/arbitration/rules/>>. Para consultar la bibliografía sobre estas normas, véase la nota al pie 27 (dado que las normas en sí no han cambiado, la bibliografía sigue siendo relevante).

⁶⁵ Adoptada el 15 de diciembre de 1976, revisada en 2010 por la CNUDMI (Viena, Naciones Unidas, 2011), disponible en <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>> (consultado el 5 de septiembre de 2015).

⁶⁶ Art. 35, apartado 1, letras c) y b), del Reglamento CEAC (la complementación de la CISG está restringida a las cuestiones que no están reguladas por la CISG en virtud de su artículo 7, apartado 1; véase I. SCHWENZER, P. HACHEM y C. KEE. *Global Sales and Contract Law* (2012), p. 45 en n.º 3.52 *et seq.*). Véase con más detalle E. BRÖDERMANN (nota 47). En *Unif. Law R.*, 2011, p. 589 y ss., en pp. 605-611 (III. Los Principios UNIDROIT y la elección de la ley aplicable en el Centro de Arbitraje Europeo-Chino). Este es el lugar para agradecer al Sr. Joachim Bonell por su sabio consejo en su momento de consultar de manera informal con el departamento jurídico de la CNUDMI y UNIDROIT sobre una redacción políticamente correcta del artículo 35 del Reglamento CEAC, de manera que fuera aceptable para ambas organizaciones. En 2024, la principal institución arbitral china, la CIETAC, publicó un nuevo reglamento que ahora permite explícitamente en su artículo 52 operar con «principios de derecho». Esto también abre la puerta a acordar la elección de los Principios de UNIDROIT, véase Brödermann y Etgen, en R. SCHÜTZE (ed.). *CIETAC Arbitration Rules 2024*, 2024, art. 52, n.ºs 9-12.

En resumen, ahora es fácil combinar los Principios UNIDROIT con una cláusula de arbitraje.⁶⁷ Hacerlo no es nada «especial» ni «complejo», como lo era en 1994, cuando se publicó la primera edición de los Principios UNIDROIT. Si las empresas que están a punto de celebrar un contrato internacional *desean* aplicar los Principios UNIDROIT con fines de gestión de riesgos, *pueden* hacerlo. Un acuerdo ejecutable sobre los Principios UNIDROIT se ha convertido en *una opción fácilmente viable* que, además, puede contar con la gran reputación de que gozan los Principios UNIDROIT entre los legisladores estatales y las Naciones Unidas.⁶⁸ En estas circunstancias, *la diligencia debida exige que la dirección* que participa en proyectos internacionales *considere* esta opción (véase el apartado b más adelante).

b) Paso 2: combinación del acuerdo de arbitraje con una cláusula de elección de los UPICC

Dado que un acuerdo ejecutable sobre los Principios UNIDROIT es una opción real cuando la elección de los UPICC se combina con una cláusula de arbitraje (véase el apartado a anterior), la dirección y los asesores jurídicos de las empresas que negocian contratos transfronterizos tienen la obligación⁶⁹ de considerar si las circunstancias del caso sugieren el uso de esa opción. Hay una serie de puntos que deben tenerse en cuenta:

(1) Al menos una de las partes puede evitar el *riesgo de distorsión* que surge al aceptar una ley extranjera con la que no está completamente

⁶⁷ Para sugerencias prácticas, véanse las cláusulas modelo publicadas por UNIDROIT en 2013: Instituto Internacional UNIDROIT para la Unificación del Derecho Privado, Cláusulas Modelo para la aplicación de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, 2013 (22 páginas), en las que se proponen cláusulas para su inclusión en el contrato y para su uso una vez surgida la controversia; para una presentación de las Cláusulas Modelo de UNIDROIT, véase también K. P. BERGER. «Die Musterklauseln für UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts». En J. C. CASCANTE, A. SPAHLINGER y S. WILSKE (eds.). *Festschrift für Gerhard Wegen zum 65. Geburtstag*, 2015, pp. 377-387.

⁶⁸ II.2.d.

⁶⁹ Véase 2.2.b.

familiarizada.⁷⁰ Al aceptar los Principios UNIDROIT, puede evitar los costes derivados de la investigación y/o la demostración de dicha ley extranjera, tanto en el momento de la celebración del contrato como, a menudo de forma mucho más profunda, en el momento en que surge una controversia.

(2) Al elegir los Principios UNIDROIT, las partes *amplían su equipo de posibles árbitros*. Independientemente de la formación del árbitro, prácticamente cualquier árbitro internacional podrá trabajar con los Principios UNIDROIT. Al comprometerse a arbitrar, se comprometen a invertir el tiempo necesario. Esto incluye, cuando proceda, también el tiempo necesario para estudiar los Principios UNIDROIT elegidos por las partes. Además, es muy probable que los árbitros profesionales estén familiarizados con los Principios UNIDROIT.⁷¹ Como resultado, en caso de controversia, será más fácil encontrar un árbitro de la jurisdicción de origen de la parte que también pueda pronunciarse sobre los Principios UNIDROIT aplicables como reglas de derecho, en comparación con la dificultad de encontrar un árbitro de la jurisdicción de origen con conocimientos sobre la legislación extranjera elegida.

(3) Al combinar los Principios UNIDROIT con una cláusula de arbitraje, las partes acuerdan un marco contractual que es *conforme* porque, en virtud del artículo 1.4 de los UPICC, siempre se recordará a los árbitros su deber de considerar la aplicabilidad de las normas imperativas. Al mismo tiempo, en combinación con una cláusula de arbitraje, el acuerdo sobre los Principios UNIDROIT *reduce al mínimo el alcance de las*

⁷⁰ Véase nota 6.

⁷¹ El uso cada vez mayor de los Principios UNIDROIT en la educación jurídica internacional contribuye a difundir su conocimiento. Los problemas anuales planteados por el Concurso Internacional de Tribunales Moot Willem C. Vis (véase más arriba en 2.2.a) exigen regularmente a los participantes que se concentren en los Principios UNIDROIT como posible complemento del Convenio sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (véase, sobre esa función de los Principios UNIDROIT, M. J. BONELL. *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. 3.^a ed., 2005, pp. 228-233; 317-332; S. Vogenauer en Comentario de Vogenauer sobre los UPICC (nota 1), Introducción, p. 26, n.º 55).

leyes imperativas posiblemente aplicables, es decir, las leyes imperativas (prevalentes) a nivel *internacional*.⁷²

Por el contrario, como se ha expuesto anteriormente,⁷³ un tribunal nacional *también* aplicaría en la mayoría de los casos la ley *nacional* o la ley imperativa ordinaria, a menos que las partes acordaran explícitamente la aplicación de una ley extranjera.

En este último caso, cuando un tribunal nacional está obligado a aplicar la ley *extranjera*, el derecho internacional privado aplicable (por ejemplo, el artículo 9, apartados 2 y 3, del Reglamento Roma I en la Unión Europea)⁷⁴ restringirá la aplicación de la ley imperativa vigente en el territorio del tribunal y/o en el lugar de cumplimiento también a la ley imperativa *internacional* o *de rango superior* en comparación con la ley imperativa nacional. No obstante, sigue existiendo una diferencia entre la aplicación del derecho imperativo internacional por un tribunal estatal (que, de otro modo, aplicaría una ley extranjera) y la aplicación del derecho imperativo internacional por un tribunal arbitral (que, de otro modo, aplicaría los Principios UNIDROIT): los árbitros internacionales suelen estar capacitados para adoptar un enfoque comparativo y hacer frente a la interacción de diferentes leyes. También suelen tener más libertad a la hora de acordar con las partes la forma en que se investiga y elabora el derecho internacional aplicable (existen algunas diferencias notables en función de la formación en *civil law* o *common law* de los árbitros, que exceden el alcance de esta contribución).⁷⁵ Por el contrario, la aplicación del derecho extranjero (ordinario o imperativo) por un tribunal estatal

⁷² Véase el apartado 2.2.c) (segundo párrafo).

⁷³ En 2.2.c) (tercer párrafo).

⁷⁴ Véase la nota 21.

⁷⁵ En particular, para los árbitros formados en el *common law*, el derecho extranjero tiende a tratarse como un hecho, mientras que para los árbitros formados en el *civil law*, una disposición legal no cambia su naturaleza dependiendo de quién la lea; por lo tanto, un abogado formado en el *civil law* tratará el derecho extranjero (imperativo) también como norma jurídica y no como un hecho. Por lo tanto, es probable que el árbitro formado en *civil law* se sienta libre, en las circunstancias del caso, de plantear una cuestión de derecho imperativo como una cuestión de derecho que debe debatirse.

deberá seguir estrictamente las normas de estas jurisdicciones nacionales. En las jurisdicciones de *common law* esto puede dar lugar a batallas entre expertos que suelen ser muy costosas. En las jurisdicciones de *civil law*, esto puede dar lugar a extensos dictámenes jurídicos por parte de universidades o institutos de investigación de renombre, como, en Alemania, el Instituto Max Planck de Derecho Privado Comparado e Internacional.⁷⁶ En cualquier caso, la aplicación de la legislación extranjera por parte de un tribunal suele prolongar considerablemente el proceso judicial.

El esquema para acordar «una cláusula de arbitraje + una cláusula UPICC» (contratación global simplificada)⁷⁷ combina las ventajas del arbitraje con un mínimo de disputas sobre la legislación extranjera (internacional obligatoria) en cuanto al fondo.

(4) El uso de los Principios UNIDROIT puede contribuir a evitar una serie de riesgos de malentendidos inherentes a los negocios transfronterizos. Los Principios UNIDROIT se han *diseñado para hacer frente a los problemas especiales del comercio transfronterizo*, proporcionando algunas normas que garantizan una solución fluida para cuestiones transfronterizas típicas (como las diferencias horarias,⁷⁸ por citar un ejemplo sencillo y evidente).⁷⁹ Es posible que una ley contractual nacional que pueda ser una candidata competitiva para una cláusula de elección de ley aplicable no contenga normas sobre algunas de estas cuestiones.

⁷⁶ Véase O. REMIEN. «Proof of and Information about Foreign Law». En SCHMIDT-KESSEL (ed.). *German National Reports on the 19th International Congress of Comparative Law*, 2014, p. 223 *et seq.*, 235 *et seq.*

⁷⁷ E. Brödermann (nota 9), Introducción n.º 2; y con más detalles sobre el acuerdo internacional relativo a la expresión E. BRÖDERMANN. «Simplified Global Contracting under the UNIDROIT Principles – Reflections of a German lawyer working Globally and Regularly with the UNIDROIT Principles». En *Thirty Years of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Past, Present and Future Relevance, Acts of the Conference to celebrate the 30th Anniversary of the adaptation of the UNIDROIT Principles (Rome, 6-7 May 2024)*, UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law, 2025, pp. 111, 114-115.

⁷⁸ Art. 1.12 (3) UPICC.

⁷⁹ Para más ejemplos, véase S. Vogenauer, en el Comentario UPICC de Vogenauer (nota 1), Introducción, en el n.º 40 (p. 18).

(5) Al elegir los Principios UNIDROIT en combinación con una cláusula de arbitraje, el equipo de gestión de riesgos legales sabe que su elección de la ley aplicable —o, respectivamente, la «elección de las reglas de derecho»— se encuentra en terreno seguro. Puede *concentrarse en otros factores de gestión de riesgos*, por ejemplo, dedicando más tiempo a la búsqueda de la legislación internacional (imperativa) que pueda ser aplicable en las circunstancias,⁸⁰ y a la redacción de una buena cláusula de arbitraje. En muy raras ocasiones, los antecedentes de una parte pueden dar lugar a que se desvíe de los Principios UNIDROIT mediante negociación. Por ejemplo, desde la perspectiva de un abogado alemán, cabe destacar que los artículos 10.5 a 10.8 de los UPICC no contemplan la posibilidad de interrumpir la prescripción mediante negociación. En tales situaciones, ha resultado útil acordar en el contrato la aplicabilidad del artículo 203 del BGB, además de los Principios UNIDROIT.⁸¹

(6) Al elegir los Principios UNIDROIT, cada parte *puede seguir trabajando con el mismo equipo* que ayudó a redactar el contrato. Hay situaciones en las que esto puede suponer un ahorro de costes y/o de tiempo considerable, en particular en los casos (de derecho civil) en los que el historial de las cláusulas individuales puede ser relevante para la interpretación de una cláusula contractual. Por el contrario, si una parte somete un acuerdo a la legislación extranjera, es más probable que se vea obligada a cambiar o ampliar su equipo jurídico en caso de litigio por falta de competencia del equipo inicial. Hay situaciones en las que una parte desea cambiar su equipo de todos modos cuando se trata de la resolución de litigios (por ejemplo, por una cuestión de principio o en escenarios de derecho anglosajón en los que los abogados especializados en contratos son distintos de los abogados especializados en resolución de litigios), pero para las pymes con antecedentes continentales europeos,

⁸⁰ Véase más arriba 3.1.b.(3).

⁸¹ Los Comentarios Oficiales (véase UNIDROIT, *Comentarios Oficiales*, nota 1) invitan explícitamente a los lectores a regular ese punto, véase el Comentario n.º 1 al artículo 10.7. Dado que algunas jurisdicciones consideran la cuestión de la prescripción como una cuestión procesal y no contractual, sin duda resulta útil regular este punto.

la posibilidad de seguir trabajando con el mismo equipo puede ser en ocasiones un argumento válido.

(7) En ocasiones, puede resultar incluso ventajoso optar por los Principios UNIDROIT para *evitar las desventajas de la propia legislación de una parte*, incluso desde la perspectiva de una parte que, debido a su superioridad económica, podría imponer su legislación nacional. Esto puede ilustrarse con un ejemplo alemán que requiere los siguientes antecedentes:

Si una parte alemana insiste en aplicar el derecho contractual alemán, esto suele implicar la aplicación de las disposiciones legales de los artículos 305 a 310 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB). Estas disposiciones establecen el estándar de control para las condiciones generales de los contratos y restringen la autonomía de las partes. Por su naturaleza, estas disposiciones están diseñadas para proteger al destinatario de dichas condiciones estándar, principalmente a los consumidores.⁸² Sin duda, no están adaptadas a los contratos transfronterizos «entre empresas» (B2B). Según la jurisprudencia alemana, si una cláusula está diseñada para ser utilizada en al menos tres contratos, se considera una cláusula estándar.⁸³ Al interpretar los artículos 305 a 310 del BGB, la jurisprudencia alemana ha establecido un estándar muy alto para demostrar que una cláusula se negoció individualmente (y, por lo tanto, escapa al control de estas disposiciones).⁸⁴ Según ese nivel, en caso

⁸² Desde la incorporación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo Europeo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Diario Oficial L 95, p. 29) al derecho alemán, la protección de los consumidores se ha convertido en el objetivo de la ley de control del comercio desleal: véase, por ejemplo, K. P. BERGER, en H. PRÜTTING, G. WEGEN y G. WEINREICH (PWW) (eds.), *BGB Kommentar*, 10.^a ed., 2015, antes de los artículos 305 y siguientes del Código Civil alemán (BGB), n.º 2.

⁸³ § 305(1), frase 1, del Código Civil alemán (BGB); Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof*), *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, p. 138, 139; véase, e. g., K. P. Berger en PWW (nota 56) § 305 BGB n.º 4-5.

⁸⁴ Tribunal Supremo Federal alemán *Bundesgerichtshof* en BGHZ 153, 311, 321 y *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, 2543, 2544. De la doctrina alemana, véase, entre muchos otros, por ejemplo, K. P. Berger en PWW (nota 56) § 305 BGB n.º 15, 11 *et seq.* (con referencias adicionales) así

de litigio, la parte que se acoja a una disposición contractual tendrá que demostrar que la cláusula se negoció individualmente y que, durante las negociaciones, la parte que propuso una cláusula que se desvía de la ley estaba dispuesta a acordar otra cosa (y en consonancia con la ley aplicable en ausencia de dicha cláusula). Un estándar tan elevado suele resultar inadecuado para una negociación comercial transfronteriza en la que los borradores se intercambian por correo electrónico y se mantienen conversaciones telefónicas, y en la que el valioso tiempo de negociación presencial debe limitarse a aquellos puntos que las partes consideran realmente críticos y/o abiertos a debate. Además, la parte que utiliza sus condiciones generales puede estar dispuesta a negociar algunas cuestiones, pero reacia a aceptar otras (por ejemplo, si exige o no un límite de responsabilidad por negligencia). Si se aplica la legislación alemana, el usuario de los términos y condiciones generales asume un alto riesgo, ya que cada cláusula podría ser inválida o no aplicable por falta de integración adecuada. ¿Por qué debería asumir ese riesgo, incluso si la cláusula es justa en las circunstancias del caso?

Una parte alemana que desee utilizar sus condiciones generales tiene dos opciones para evitar la aplicación de los artículos 305 a 310 del Código Civil alemán (BGB) si no quiere someterse a una legislación extranjera con la que no está completamente familiarizada. Ambas opciones parten del hecho jurídico de que la ley alemana de arbitraje, basada en la Ley Modelo de la CNUDMI, permite la elección de las reglas de derecho en el artículo 1051 del Código de Procedimiento Civil alemán (*Zivilprozessordnung*, ZPO).

En la primera opción, la parte alemana podría basarse en una calificación de los artículos 305 a 310 del BGB como no obligatorios a nivel

como L. LEUSCHNER. «Reformvorschläge für die AGB-Kontrolle im unternehmerischen Rechtsverkehr». En *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 2015, pp. 1045, 1047-1048.

internacional (o imperativos).⁸⁵ Por lo tanto, podría elegir la ley alemana «con la excepción de los artículos 305 a 310 del *BGB*» en combinación con una cláusula de arbitraje. En ese caso, la ley alemana, con excepción de los artículos 305 a 310 del *BGB*, se convertiría en aplicable como «reglas de derecho» elegidas. Las reglas de derecho elegidas incluirían el «principio de buena fe» general de los artículos 157 y 242 del *BGB* y el respeto del orden público, tal y como exige el artículo 138 del *BGB*. Estas normas establecen entonces el límite para evaluar las condiciones estándar.⁸⁶

En la segunda opción, la parte alemana que utilice sus condiciones generales podría combinar una cláusula de arbitraje con una simple «cláusula de elección de los Principios UNIDROIT». El control de la integración de sus condiciones generales se limitaría a las reglas contenidas en los artículos 2.1.19 a 2.1.22 de los UPICC, que han sido diseñadas teniendo en cuenta los contratos transfronterizos entre empresas. El contenido de las condiciones generales debe cumplir la norma general de «buena fe y trato justo» del artículo 1.7 de los UPICC, que la otra parte puede invocar en circunstancias excepcionales, como en caso de condiciones abusivas o desleales (lo que también podría constituir un argumento en virtud del artículo 3.10 de los UPICC).

⁸⁵ Esa opinión es compartida por muchos autores alemanes, por ejemplo, P. H. SCHLECHTRIEM, *Festschrift für Lorenz zum 80. Geburtstag*, p. 571 *et seq.*; H. Schmidt, en P. ULMER, E. BRANDNER y H.-D. HENSEN. *AGB-Recht*, 11.^a ed., 2011, Anh. § 305 BGB n.º 2c; W. Hau, en M. WOLF, W. F. LINDACHER y T. PFEIFFER. *AGB-Recht*, 6.^a ed., 2013, *AGB im internationalen Geschäftsverkehr* n.ºs 33 y 59 (salvo que la aplicación de los artículos 305 y siguientes sea necesaria por otras razones, como el artículo 3, apartados III o IV, del Reglamento Roma I); K. P. Berger en *PWW* (nota 56) Comentarios previos a los artículos 305 y siguientes del Código Civil alemán (*BGB*) n.º 6; T. PFEIFFER. «Die Abwahl des deutschen AGB-Rechts in Inlandsfällen bei Vereinbarung eines Schiedsverfahrens». En *Neue Juristische Wochenschrift*, 2012, p. 1169 (en p. 1.2.); también E. BRÖDERMANN, *Unif. L. Rev.*, 2011 (nota 48), p. 605 y, tras considerar esto con cautela, S. Vogenauer en el Comentario UPICC de Vogenauer (nota 1), «Introducción», n.º 53 (p. 25).

⁸⁶ Este caso fue objeto de una resolución del Tribunal Supremo Federal alemán de 6 de enero de 2025 (Az. I ZB 46/24). La resolución dejó en manos del tribunal arbitral la decisión sobre la validez de la exclusión de la ley alemana sobre condiciones generales.

A la hora de elegir entre estas dos opciones, la vía de los UPICC puede ser la mejor opción. Evita un debate sobre las razones para excluir los artículos 305 a 310 del *BGB*, lo que, como mínimo, puede suponer una gran pérdida de tiempo. La otra parte del contrato podría sentirse intrigada y preguntar por qué una parte alemana que utiliza cláusulas contractuales estándar insiste en excluir la ley alemana ordinaria que regula dichas cláusulas. Por el contrario, es poco probable que la propuesta de los Principios UNIDROIT como normas jurídicas aplicables provoque tal debate.

(8) *En resumen*, existen muchos supuestos en los que la combinación de una cláusula arbitral con la elección de los Principios UNIDROIT como reglas de derecho aplicables constituye una buena herramienta para reducir los riesgos derivados de un contrato transfronterizo en caso de controversia. Una gestión prudente y consciente de los riesgos por parte de la dirección o su asesor jurídico exige que se considere esta opción, y solo debe descartarse si, dadas las circunstancias, otra opción, como la elección de una ley nacional extranjera, es más adecuada. Por el contrario, ignorar la posibilidad de reducir el riesgo descrita anteriormente (combinar una cláusula de arbitraje con una cláusula de elección de los Principios UNIDROIT) no es una opción y puede constituir una negligencia.⁸⁷ Para convencer a la parte contratante (que puede no conocer los Principios UNIDROIT), ha resultado útil utilizar una cláusula de elección de los Principios UNIDROIT autoexplicativa y descriptiva que haga referencia a los principios y normas generales del derecho recopilados y desarrollados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), es decir, los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2016.⁸⁸

⁸⁷ En la misma dirección ya en 2011 Brödermann (nota 48) 612: «Es una cuestión de competencia conocerlos. La ignorancia ya no es una opción».

⁸⁸ Brödermann (nota 4), Introducción n.º 9d-9f (con referencias adicionales).

3.2. Soluciones parciales

En comparación con el paquete de minimización de riesgos «cláusula de arbitraje + elección de los Principios UNIDROIT» mencionado en el apartado 1 anterior, cualquier otro uso de los Principios UNIDROIT ofrece menos protección a las partes; sin embargo, en las circunstancias de cada caso concreto, puede ser útil recurrir a estas soluciones en lugar de no utilizar en absoluto los Principios UNIDROIT.

a) Integración de elementos de los Principios UNIDROIT

Cuando, dadas las circunstancias, resulta imposible llegar a un acuerdo sobre los Principios UNIDROIT, resulta útil utilizar los Principios UNIDROIT de 2016 como lista de verificación para los contratos transfronterizos. Por su naturaleza, los Principios UNIDROIT abordan cuestiones que son relevantes para los negocios transfronterizos⁸⁹ —como el hecho de operar en diferentes zonas horarias—⁹⁰ y que de otro modo podrían pasarse por alto. En algunos escenarios interculturales, ha resultado útil introducir una cláusula mediante la autoridad persuasiva de los Principios UNIDROIT. Por ejemplo, en la negociación de un contrato con un Estado cuya legislación no conocía el concepto de *hardship*, ha resultado útil encontrar cierto consenso en una cláusula inicial que permitiera la renegociación en caso de *hardship*, haciendo referencia al artículo 6.2.2. de los Principios UNIDROIT.

b) Uso de los Principios UNIDROIT para atenuar los efectos de una cláusula de elección de la ley nacional

En ocasiones, cuando es inevitable llegar a un acuerdo sobre una ley extranjera, los Principios UNIDROIT pueden ayudar a mitigar el riesgo

⁸⁹ R. Michaels, en el Comentario UPICC de Vogenauer (nota 1), Preámbulo I, n.º 24 (p. 45), en referencia, por ejemplo, a los principios que abordan las diferencias en las leyes sustantivas (art. 1.4; 6.1.4) y las zonas horarias (art. 1.12(3)).

⁹⁰ Art. 1.12(3) UPICC.

que conlleva la elección de dicha ley. Por ejemplo, durante la negociación de un contrato con un Estado, el autor logró persuadir al Estado en cuestión para que aceptara que su ley se aplicara de conformidad con los principios de la práctica internacional y, en particular, con el principio de buena fe.⁹¹ El trasfondo de ese caso era evitar una interpretación basada en influencias religiosas. Los negociadores del Estado aceptaron esta preocupación, la consideraron irrelevante y, por lo tanto, acordaron hacer referencia a los principios del comercio internacional y las transacciones justas. Esa referencia abre la vía para que los Principios UNIDROIT se utilicen como argumento, si fuera necesario, en un arbitraje.

En el caso que nos ocupa, el contratista estaba obligado a subcontratar el trabajo a subcontratistas de muchas jurisdicciones diferentes. Dado que ninguno de estos subcontratistas habría aceptado (probablemente) la legislación nacional (extranjera) del Estado que era parte en el contrato principal, muchos subcontratos se celebraron sobre la base de los Principios UNIDROIT, combinados con una cláusula de arbitraje.

c) Combinación de una cláusula sobre la elección de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales con un acuerdo sobre la jurisdicción de un tribunal nacional

Como se ha expuesto anteriormente en el apartado 2.2.c, es posible integrar los Principios UNIDROIT en los contratos y combinar dicha «cláusula de elección de los Principios UNIDROIT» con la competencia de un tribunal nacional. Para ello, es necesario que el juez se familiarice con los Principios UNIDROIT, lo que puede suponer una inversión de tiempo y dinero.⁹² Además, un juez nacional tendrá que aplicar toda la

⁹¹ Publicado por primera vez en *Unif. L. Rev.* 2011 (nota 48) pp. 589 y 593.

⁹² Sin embargo, cabe destacar que muchos jueces de diversos países han utilizado los Principios UNIDROIT para interpretar y complementar su propia legislación nacional (Brödermann

legislación obligatoria, incluida la legislación nacional obligatoria, en el lugar de la sede del foro.⁹³ La desventaja en comparación con la combinación de los Principios UNIDROIT con una cláusula de arbitraje es evidente. Por lo tanto, esta opción solo es una opción de último recurso para evitar un acuerdo sobre la elección de una ley extranjera y/o si la elección de una ley extranjera debe combinarse con la competencia de un tribunal nacional extranjero.

Al acordar los Principios UNIDROIT, fácilmente accesibles para todos en internet y aplicables bajo los auspicios de la ley nacional del juez, las partes pueden al menos evitar los costes de probar y/o establecer la ley extranjera en un tribunal nacional.

CONCLUSIÓN

El entorno empresarial internacional moderno al que se refieren las ediciones de 2010 y 2016 de los Principios UNIDROIT es muy diferente del entorno empresarial internacional de la primera edición de 1994. Hay más partes interesadas que nunca en los negocios transfronterizos, ya que la presión del mercado ha obligado a cada vez más empresarios a aprovechar las oportunidades comerciales internacionales. Estos empresarios se enfrentan a una mayor presión por parte de la legislación imperativa que las generaciones anteriores. Las leyes modernas sobre sociedades exigen una actuación diligente por parte de la dirección, que puede incurrir en responsabilidad personal en virtud de muchas de estas leyes. A la hora de redactar y negociar un contrato internacional, la diligencia debida requiere una gestión adecuada de los riesgos. Esto exige

[nota 9], Preámbulo n.º 12-12b con referencias adicionales; Anexo al Preámbulo – UNIDROIT Principles of International Commercial Contract Law n.º 32-34) o la legislación internacional, en particular la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) (Brödermann [nota 9], Preámbulo n.º 9-11a con referencias adicionales; Anexo al Preámbulo – UNIDROIT Principles of International Commercial Contract Law n.º 31). Esto puede ser una prueba de que los jueces de los tribunales nacionales tampoco tienen ningún problema en trabajar con los Principios UNIDROIT.

⁹³ Véase el apartado III.1.b.(3) anterior.

una seria consideración y la aplicación de las opciones que ofrece el panorama actual, tan diverso, en materia de resolución de controversias y elección de la ley aplicable. En este contexto, una de las opciones seguras es la combinación de una cláusula de arbitraje (que a menudo ya es la mejor opción para garantizar la posterior ejecución en el extranjero en virtud del Convenio de Nueva York) con la elección de los Principios UNIDROIT como «reglas de derecho» aplicables (como se reconoce habitualmente en los escenarios de arbitraje, por ejemplo, en virtud de las disposiciones nacionales de arbitraje basadas en el artículo 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI o en virtud de la ley de arbitraje francesa). En muchas situaciones, este sistema funciona independientemente del origen nacional de las partes. Se denomina «Contratación Global Simplificada»⁹⁴ y presenta ventajas considerables con respecto a otros sistemas para la combinación de la resolución de controversias y la elección de la ley o las reglas de derecho aplicables. Como resultado, el conocimiento de los Principios UNIDROIT ya no es una cuestión de elección, sino una necesidad, ya que se han convertido en una importante herramienta de gestión de riesgos para los contratos transfronterizos.⁹⁵

⁹⁴ Véase la nota al pie 77.

⁹⁵ Desde la redacción de esta contribución, el autor ha convencido a los socios de su bufete de abogados *Brödermann Jabn RA GmbH* para que actúen de manera coherente en los asuntos propios del bufete, eligiendo también los Principios UNIDROIT para todos los contratos transfronterizos de los clientes del bufete. Las razones se explican con más detalle en un artículo publicado: «Choice of Law and Choice of UPICC Clauses in the Shadow of the Dispute Resolution Clause – Fundamental Aspects of Developing a Coherent Basis for Cross-Border Contracts». En *Hamburg Law Review*, 2016, pp. 21-51.

LA INFLUENCIA DE LA CISG EN EL DESARROLLO DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT*

Pilar Perales Viscasillas**

1. INTRODUCCIÓN

Es para mí un honor dirigirme a este distinguido foro de académicos, aquí en Roma, en la sede del UNIDROIT, en una ocasión tan importante para la vida de este Instituto y, en particular, para uno de sus instrumentos más exitosos, a saber, el 30.º aniversario de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Estos Principios, junto con la Convención de Viena de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), son los instrumentos más significativos del derecho privado contractual. Cabe señalar que la denominación oficial y el objetivo primordial del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) es precisamente la unificación del derecho privado.¹

* Traducción a cargo del profesor Sergio García Long, corresponsal del UNIDROIT, y reproducido con el amable permiso del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado - UNIDROIT y de la autora. Publicado originalmente como P. PERALES VISCASILLAS. «The influence of the CISG on the development of the UNIDROIT Principles». En *Thirty Years of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Past, Present and Future Relevance. Acts of the Conference to celebrate the 30th Anniversary of the adoption of the UNIDROIT Principles (Rome, 6-7 May 2024)*. Roma, UNIDROIT, 2025, pp. 19-50.

** Profesora de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación «Empresa y mercados: (R)evolución digital, integridad y sostenibilidad y su asimilación por el derecho privado, regulatorio y de la competencia». Referencia: PID2020-114549RB-I00. El presente artículo corresponde a la conferencia del mismo título impartida en la sede del UNIDROIT los días 6 y 7 de mayo de 2024.

¹ Sobre UNIDROIT, véase recientemente, L. PETERS. «The beginnings, history and structure». En B. KÖHLER, R. GULATI y T. JOHN (eds.). *The Elgar Companion to UNIDROIT*. Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 14-33.

Quisiera expresar mi gratitud a la presidenta del Consejo de Gobierno, Maria Chiara Malaguti, al secretario general, Ignacio Tirado, y a la vicesecretaria general, Anna Veneziano, por haberme brindado la oportunidad de celebrar este importante acontecimiento. Conmemorando el 30.º aniversario, se rinde también homenaje al profesor Michael Joachim Bonell, artífice de los Principios, a quien admiro enormemente y tuve el privilegio de conocer en Carabobo, Venezuela, en uno de los primeros actos de difusión de los Principios² hace ya mucho tiempo, en 1996. Desde entonces, nos hemos reunido en numerosas ocasiones, especialmente en las reuniones del CISG-AC³ que tengo el honor de presidir.

Los Principios del UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (UPICC) son un instrumento de renombre para profesionales, árbitros, académicos y juristas en general, cuyo objetivo es armonizar el derecho de los contratos comerciales internacionales. Pueden considerarse como el derecho de obligaciones y contratos para las transacciones comerciales internacionales, dotándolas de un marco general, uniforme, autónomo e internacional. Como formuló el antiguo secretario general del UNIDROIT, D. José Angelo Estrella Faria, «reflejan conceptos que son compartidos por la mayoría de los sistemas

² El Congreso Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales celebrado en la Universidad de Carabobo (Valencia, Venezuela), organizado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), el Centro de Estudios Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo, el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Venezuela, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Fondo Multilateral de Inversiones (6-9 de noviembre de 1996).

³ El Consejo Consultivo de la CISG (CISG-AC) es una iniciativa privada cuyo objetivo es promover una interpretación uniforme de la CISG. Es una iniciativa privada en el sentido de que sus miembros no representan a países o culturas jurídicas, sino que son estudiosos que buscan ideas más allá de la olla y una comprensión más profunda de las cuestiones relacionadas con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de abril de 1980 (CISG). Véase <<https://ciscgac.com/>>.

jurídicos del mundo y, por lo tanto, en cierto sentido, sirven como una reformulación internacional del derecho de los contratos».⁴

En vigor desde hace treinta años y pertenecientes a la categoría de instrumentos de *soft law*, a diferencia de los instrumentos de *hard law* como la CISG, los Principios muestran flexibilidad, permitiendo un desarrollo continuo. De hecho, los Principios, publicados por primera vez en 1994, se desarrollaron en las ediciones posteriores publicadas en 2004, 2010 y 2016, y se complementaron con otros instrumentos significativos que contribuyeron a su promoción y su adaptación a las necesidades actuales, como las Cláusulas Modelo,⁵ la importante colección de casos recopilados por UNILEX⁶ y la Nota de la Secretaría sobre «Los Principios del UNIDROIT y la Crisis Sanitaria de COVID-19».⁷ Garantizar la uniformidad en la aplicación de un texto internacional es crucial, y UNILEX desempeña un papel esencial en la consecución de ese propósito.⁸

⁴ J. A. ESTRELLA FARIA. «The influence of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts on National Laws». En UNIDROIT (ed.). *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, UNIDROIT, Roma, 2016, p. 1319 y ss. Además, M. J. BONELL. *An International Restatement of Contract Law*. Transnational Publications Inc., Ardsely, Nueva York, 2005, p. 27 y ss.; y M. FONTAINE. «Les Principes pour les contrats commerciaux internationaux élaborés par UNIDROIT». En *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 1, 1991, p. 25 y ss.

⁵ Cláusulas Modelo para la utilización de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Un comentario fue publicado por M^a C. P.-R. GIL-DELGADO. «Avances en la aplicación de los principios del UNIDROIT sobre los contratos internacionales. Cláusulas modelo para los contratantes». En *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, n.º 1, 2014, pp. 253-268.

⁶ UNILEX <<http://www.unilex.info>>.

⁷ Nota de la Secretaría del UNIDROIT sobre los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales y la Crisis Sanitaria COVID-19, 15 de julio de 2020, n.º 4: «Este documento pretende ofrecer orientación sobre cómo los Principios podrían ayudar a resolver las principales perturbaciones contractuales causadas por la pandemia y por las medidas adoptadas como consecuencia de la misma».

⁸ Es una herramienta importante a pesar de sus carencias. Según J. S. MO. «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Chinese Judicial Practice». En UNIDROIT (ed.). *Eppur si muove* (nota 4 *supra*), p. 1543 «a diciembre de 2015, un total de 14 casos chinos de naturaleza tanto judicial como arbitral habían sido reportados en UNILEX, pero desafortunadamente ninguno de los casos es reportado en detalle completo y solo unos

Considero innecesario mencionar los logros de los dos instrumentos que nos ocupan, la CISG y los Principios del UNIDROIT, en un foro tan distinguido. Estos instrumentos representan el derecho vivo, ya que evolucionan constantemente gracias, entre otros factores, a una interpretación dinámica y a la aprobación de prácticas y usos comerciales con carácter vinculante para las partes. Su éxito es indiscutible y ha superado las expectativas iniciales: han desempeñado un papel ejemplar como normas que influyen en la legislación moderna nacional, regional

pocos de ellos parecerían ser relevantes para los Principios UNIDROIT basados en la información dada en el resumen. En opinión de este autor, la información proporcionada por el sitio web, en particular con respecto a los casos chinos, no es fiable desde el punto de vista de un investigador serio». Hasta el 19 de septiembre de 2024, se habían dictado 580 resoluciones sobre los UPICC. Cfr., 285 decisiones antes del 3 de abril de 2012; 255 decisiones antes del 1 de agosto de 2011; 165 decisiones antes del 15 de julio de 2007.

e internacional; han actuado como *lingua franca* para los juristas,⁹ han influido en la jurisprudencia nacional¹⁰ y han reforzado la práctica comercial internacional. Ambos textos están disponibles en varios idiomas y

⁹ F. HINESTROSA. «Los Principios de UNIDROIT: una nueva *lingua franca*». En *Los Principios de UNIDROIT: ¿un derecho común de los contratos para las Américas? Congreso Interamericano, Valencia, Venezuela, 6-9 de noviembre de 1996*, Roma, UNIDROIT, 1998, pp. 185-191; Estrella Faria, en UNIDROIT (ed.). *Eppur si muove* (nota 4 *supra*) p. 1322 y ss., muestra la influencia de los UPICC y de la CISG en las economías en transición, como la Federación Rusa, Estonia, Lituania, Letonia, China, así como en las codificaciones occidentales como Alemania, España (Proyecto de Código de Comercio), Argentina, Japón, Francia. El autor señala que cuando las disposiciones nacionales siguen tanto la CISG como los UPICC, las disposiciones nacionales correspondientes no pueden atribuirse con seguridad a los Principios, al menos no como fuente primaria; O. MEYER. *Principles of Contract Law und nationales Vertragsrecht*. Nomos, 2007; B. FAUVARQUE-COSSON. «The UNIDROIT Principles, the World and the French Reform of Contract Law». En UNIDROIT (ed.). *Eppur si muove* (nota 4 *supra*), pp. 1350-1364; S. HAN. «The UNIDROIT Principles and the Development of the Chinese Contract Law». En UNIDROIT (ed.). *Eppur si muove* (nota 4 *supra*) pp. 1473-1485; A. KOMAROV. «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Development of Contract Law in Modern Russia». En UNIDROIT (ed.). *Eppur si muove* (nota 4 *supra*), pp. 1493-1502; R. L. LORENZETTI. «El nuevo Código Civil y Comercial argentino y los Principios de UNIDROIT». En UNIDROIT (ed.). *Eppur si muove* (nota 4 *supra*), pp. 1520-1534; M. PAUKNEROVÁ. «The UNIDROIT Principles and Czech Law». En UNIDROIT (ed.). *Eppur si muove* (nota 4 *supra*), pp. 1583-1592; y A. MARTÍNEZ CAÑELLAS. «The Influence of the UNIDROIT Principles on the Proposal of the Reform of the Spanish Commercial Code». En E. CASHIN RITAIN y E. LEIN (eds.). *The UNIDROIT Principles 2004: Their Impact on contractual Practice, Jurisprudence and Codification*, 2007, Shulthess, p. 215 y ss. Para Colombia, véase: M.^a F. VASQUEZ PALMA. «Influjo de los dispositivos contractuales internacionales particularmente de los Principios UNIDROIT en los sistemas de contratación nacional». En *Revista Crítica de Derecho Privado*, Vol. 18, 2021, pp. 391-425; I. LÓPEZ PITO, P. CASTRO QUINTERO, y S. CAMAYO ORTIZ. «Entendimiento de la convención sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías y los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales por las cortes judiciales: análisis del caso colombiano y sus altas cortes». En *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 13, n.º 1, 2021, pp. 408-440, <<https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5965>>; S. INSIGNARES CERA y J. M. CORTÉS. «Armonización del derecho comercial nacional e internacional a partir de la incorporación de los principios de UNIDROIT en el ordenamiento colombiano». En *Jurídicas*, Vol. 16, n.º 1, 2019, pp. 11-27.

¹⁰ A. GARRO y J. RODRÍGUEZ. «Los principios de UNIDROIT como marco común de referencia para la interpretación uniforme de las leyes nacionales». En *Informes Generales del XX Congreso General de la Academia Internacional y de Derecho Comparado*, 2021, pp. 51-70; J. KLEINHEISTERKAMP. «Los Principios de UNIDROIT en la interpretación del derecho nacional por tribunales estatales». En M.^a P. FERRER VANRELL y A. MARTÍNEZ CAÑELLAS (eds.). *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de UNIDROIT sobre contratos mercantiles internacionales*. Dykinson, 2009, pp. 176-190. Para España, véase: N. BOUZA VIDAL. «The UNIDROIT Principles as Legal Background in Spanish Case Law». En UNIDROIT (ed.). *Eppur si muove* (nota 4 *supra*), pp. 1266-1282; P. PERALES VISCASILLAS. «Los Principios de UNIDROIT en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español». En UNIDROIT (ed.). *Eppur si muove* (nota 4 *supra*),

van acompañados de instrumentos que ayudan a su difusión, promoción e interpretación.

Elaborar sobre su éxito se desviaría del tema de mi presentación «La influencia de la CISG en el desarrollo de los Principios UNIDROIT». Hablaré del papel de la CISG más que del papel de los UPICC a la hora de interpretar y colmar las lagunas de la CISG. El tema de esta presentación es un recordatorio crucial de que los UPICC son tributarios de su propia historia. La historia de los Principios está estrechamente vinculada a la CISG, lo que sin duda facilita su aceptación por parte de los operadores jurídicos,¹¹ y también está relacionada con las dos principales organizaciones internacionales que contribuyen a la armonización internacional del derecho mercantil: CNUDMI y UNIDROIT, que también contribuyen a una mejor comprensión de los instrumentos contractuales.¹² El carácter comercial internacional de los UPICC ha sido reconocido por la CNUDMI, que hizo suyos los Principios UNIDROIT en 2007 y 2021,¹³ por lo tanto «aumentando su prestigio y popularidad en

pp. 1619-1640. Para China, S. MO. «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Chinese Judicial Practice». En UNIDROIT (ed.). *Eppur si muove* (nota 4 *supra*), pp. 1542-1553.

¹¹ Se trata de una relación unánimemente reconocida (por ejemplo, H. VEYTIA. «El capítulo uno de los Principios UNIDROIT: Disposiciones Generales». En *Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*. México D. F., UNAM, Universidad Panamericana, 1998, p. 38 y ss.

¹² Guía Jurídica sobre Instrumentos Jurídicos Uniformes en el Ámbito de los Contratos Comerciales Internacionales (con especial atención a las ventas) (proyecto conjunto de CNUDMI, UNIDROIT y la HCCH), 2020. La Guía Jurídica puede consultarse en <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/tripartiteguide.pdf>>. La Guía Jurídica es, en cierto sentido, un producto nacido del fracaso de la denominada propuesta suiza, es decir, una propuesta para complementar la CISG mediante un instrumento de derecho contractual general.

¹³ Véase: Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre los trabajos de su cuadragésima sesión, Viena, 25 de junio-12 de julio de 2007 A/62/17 (Parte I) Asamblea General (disponible en <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/40th.html>> en el n.º 213: «Recomienda la utilización de los Principios UNIDROIT 2004, según proceda, para los fines previstos». *Idem* para las ediciones posteriores, incluida la de 2016: Aprobación (Informe de la Comisión sobre los trabajos de su 54º período de sesiones (A/76/17), 2021, párrafos 264-268).

todo el mundo». ¹⁴ No parece factible un respaldo similar de otros instrumentos regionales de derecho indicativo. ¹⁵

La CISG no fue el único instrumento considerado por los redactores de los Principios. También se contemplaron otros instrumentos, aunque el único al que se hace referencia explícita es la CISG. De hecho, tras la redacción de los Principios se creó un Comité de Redacción. Según el profesor Allan Farnsworth, en los Comentarios no debía hacerse ninguna referencia a los ordenamientos jurídicos nacionales, aunque en el Prefacio se reconocería que los Principios debían mucho a los ordenamientos jurídicos nacionales. La redacción de los Principios era similar a la de la CISG. Los Comentarios pretendían mencionar brevemente los documentos internacionales sin tener que justificar por qué los Principios se apartaban de la CISG. ¹⁶

En los debates para la primera edición también se tuvieron en cuenta otros textos de la CNUDMI, como la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional y la Ley Modelo sobre Transferencias Internacionales de Crédito, esta última relativa a la terminología y al fondo de la disposición relativa a las transferencias de fondos en el marco de los UPICC (artículo 6.1.8). ¹⁷ Además, en la fase final de redacción de la primera edición de los Principios UNIDROIT, se hicieron más referencias al entonces borrador de los Principios Europeos del Derecho Contractual

¹⁴ M. J. BONELL. «Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles?». En C. B. ANDERSEN y U. G. SCHROETER (eds.). *Sharing International Commercial Law across National Boundaries. Festschrift for Albert H Kritzer on the occasion of his Eightieth Birthday*. Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008, p. 69 y ss.

¹⁵ P. PERALES VISCASILLAS. «UNIDROIT Principles and CISG: A first and a second look». En B. KÖHLER, R. GULATI y T. JOHN (eds.). (nota 1 *supra*), pp. 164-176.

¹⁶ UNIDROIT 1994 - P.C. - Misc. 19. Grupo de Trabajo para la preparación de los Principios relativos a los contratos comerciales internacionales. Actas resumidas de la reunión celebrada en Roma del 29 de junio al 3 de julio de 1992 (preparadas por la Secretaría del UNIDROIT) - Roma, enero de 1994, 110.

¹⁷ UNIDROIT 1994 - P.C. - Misc. 19, (nota 16 *supra*), pp. 67-82.

(PECL).¹⁸ En algunos casos, se prefirió la solución de los PECL a la de la CISG, por ejemplo, en el artículo 7.4.8 (Atenuación del daño), en detrimento de la redacción del artículo 77 de la CISG.¹⁹ Como señala el profesor Stefan Vogenauer, «aparte de los profesores Bonell y Lando, había otros tres académicos que eran miembros tanto del Grupo de Trabajo UPICC como de los PECL (los profesores Drobnig, Hartkamp y Tallon), por lo que había un intercambio constante de ideas».²⁰

2. EL ORIGEN DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

2.1. *Los trabajos de 1970 a 1979*

El UNIDROIT se creó en Roma en 1926 bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones y comenzó a funcionar dos años más tarde. Más de cuarenta años después, los orígenes de los UPICC se remontan a 1970,²¹

¹⁸ La primera parte de los PECL se publicó en 1995, la segunda en 1999 y la última en 2003. Los PECL fueron formulados por la Comisión de Derecho Contractual Europeo, conocida como la Comisión Lando en honor a su presidente, el profesor Ole Lando. Por ejemplo, UNIDROIT 1992 - P.C. - Misc. 16. Grupo de Trabajo para la preparación de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales. Actas resumidas de la reunión celebrada en La Haya del 19 al 23 de noviembre de 1990 (preparadas por la Secretaría del UNIDROIT) - Roma, octubre de 1992, p. 41 y ss., que adoptó algunas disposiciones de los PECL (proyecto de Art. 3.106) como base de discusión junto con el Art. 47 CISG. Por lo tanto, el proyecto de los PECL se utilizó especialmente en algunas disposiciones de la CISG, a saber, los arts. 26, 27, 47, 49, 72, 74-77, 78, 81(2) de la CISG, constituyendo así una base sólida para el debate. Véase también UNIDROIT 1993 - P.C. - Misc. 17, Grupo de Trabajo para la preparación de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales. Actas resumidas de la reunión celebrada en Roma del 27 al 31 de mayo de 1991 (preparadas por la Secretaría del UNIDROIT) - Roma, febrero de 1993, 50 y ss, y UNIDROIT 1992 - P.C. - Misc. 18. Grupo de Trabajo para la preparación de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales. Actas resumidas de la reunión celebrada en Miami del 6 al 10 de enero de 1992 (preparadas por la Secretaría del UNIDROIT) - Roma, mayo de 1992, 14-16 en relación con la discusión sobre el nombre del instrumento: reglas versus principios, donde también Art. 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (LMA) y el uso de «reglas de derecho».

¹⁹ Véase: UNIDROIT 1993 - P.C. - Misc. 17 (nota 18 *supra*), pp. 67-69.

²⁰ S. VOGENAUER. «Introducción» en *Comentario a los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (PICC)*, 2.^a ed. Oxford University Press, 2015.

²¹ Algunos autores sugieren que puede remontarse a 1969. Véase W. Rodinò. «Introducción» en *Contratación Internacional. Comentarios a los Principios sobre los contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*, México, UNAM, Universidad Panamericana, 1998, p. 9. O incluso antes: el 23 de

cuando el Consejo de Gobierno del UNIDROIT decidió emprender un estudio preliminar sobre la viabilidad de una codificación progresiva del derecho mercantil internacional.²² Este estudio abordaba principalmente aspectos relacionados con el alcance de los trabajos, así como los métodos y técnicas que debían emplearse. Además, se subrayaba que la codificación progresiva del derecho de obligaciones debía considerarse como un primer paso hacia la codificación del derecho mercantil internacional.²³

Conviene señalar que en 1970 los dos Convenios de La Haya de 1964 sobre la compraventa internacional de mercaderías, que en los anexos figuraban, respectivamente, las Leyes Uniformes sobre la formación de los contratos (ULFC) y sobre el núcleo del derecho de obligaciones y remedios de las partes (ULIS), ya existían. Estas Leyes Uniformes sirvieron de precursoras a la CISG. Por lo tanto, al analizar la influencia de la CISG en las ULIS, a veces resulta difícil determinar su origen normativo, ya que no pueden pasarse por alto los antecedentes de la CISG, los Convenios de La Haya de 1964 desarrollados por el UNIDROIT.

abril de 1968, cuando Mario Matteucci «sugirió la creación de un cuerpo de reglas no vinculantes que reflejen los principios comunes que pueden extraerse de la jurisprudencia de los distintos países y que podrían constituir el primer paso hacia un código uniforme que posiblemente se transforme en un Convenio en una fase posterior»: Vogenauer, «Introducción» (nota 20 *supra*).

²² UNIDROIT, 1970, Estudio L-Doc.1, Codificación Progresiva del Derecho Mercantil Internacional, por el profesor Tudor Popescu, de la Universidad de Bucarest, miembro del Consejo de Administración, Roma, mayo de 1970, pp. 13-14. Véase: L. BORJAS HERNÁNDEZ. «Los Principios de UNIDROIT: ¿Un modelo posible con miras a la armonización del derecho de los contratos comerciales internacionales en el contexto de la integración regional en las Américas?». En *Los Principios de UNIDROIT* (nota 9 *supra*), p. 143. Véase: Principios de UNIDROIT (1994), Introducción, vii.

²³ UNIDROIT, 1970, Estudio L-Doc 1 (nota 22 *supra*), pp. 13-14. Un comentario útil sobre los UPICC que señala las referencias cruzadas a los documentos clave de la historia legislativa es el de: E. BRÖDERMANN. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. An Article-by-Article Commentary*. Segunda edición, Wolters Kluwer, 2023, donde se encuentra una lista de los trabajos preparatorios en las pp. LXIV-CIII así como las listas de los Miembros y Observadores de los diferentes Grupos de Trabajo (ID., en las pp. CXIV-CXX).

De hecho, ya en 1970 se pensaba que la formación de los contratos debía regularse según los principios contenidos en el ULFC, ya que «es aconsejable seguir los procedimientos que ya han sido aceptados por un determinado grupo de países. Esto no significa, sin embargo, descartar cualquier intervención destinada a mejorar su redacción e incluso su contenido».²⁴ Además, también se consideraron con frecuencia la ULIS y varios textos clave del derecho comparado, como el Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos y el Código de Comercio Internacional de Checoslovaquia de 1964. Cabe señalar que la distinción entre condiciones para la celebración del contrato y validez del contrato ya se hacía entonces.²⁵ La formación, validez e interpretación²⁶ se debatieron en reuniones posteriores, al tiempo que se iniciaron los trabajos preliminares sobre el cumplimiento y el incumplimiento de los contratos.²⁷

En los tres años siguientes se llevaron a cabo análisis comparativos, pero no fue hasta 1974 cuando se constituyó formalmente un pequeño comité. Este comité, del que formaban parte los profesores René David (Universidad de Aix/Marsella), Tudor Popescu (Universidad de Bucarest), Clive M. Schmitthoff (Universidad de Kent), y en el que el profesor Bonell actuaba como secretario, tenía por misión orientar los futuros esfuerzos de unificación de los principios generales del derecho de los contratos en el marco más amplio de la codificación progresiva del derecho mercantil internacional.²⁸ Este grupo decidió centrar sus esfuerzos en los aspectos generales del derecho contractual más que en contratos específicos, y no diferenciar entre contratos civiles y mercantiles, sino limitar el proyecto a los contratos internacionales. También definieron

²⁴ UNIDROIT, 1970, Estudio L-Doc. 1 (nota 22 *supra*), p. 19. ID., p. 21, sobre los efectos del contrato. La tarea comenzó con Ernst Rabel, *Das Recht des Warenkaufs*, a finales de los años veinte.

²⁵ UNIDROIT, 1970, Estudio L-Doc. 1 (nota 22 *supra*), pp. 20-21.

²⁶ U. D. P. 1971, Etude L-Droit des obligations-Doc. 2, y U.D.P. 1971, Etude L-Droit des obligations-Doc. 3.

²⁷ U.D.P. 1971, Etude L - Droit des obligations-Doc. 3, del que se derivan las dificultades para unificar criterios: UNIDROIT 1974 - Etude L - Droit des obligations - Doc. 6, 1974.

²⁸ UNIDROIT, 1974, Estudio L-Doc. 7, 1. El Sr. Hauschild fue invitado como observador en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas.

diversas cuestiones y problemas que debían abordarse, como la formación del contrato, la interpretación, los términos del contrato, el cumplimiento, el incumplimiento, los daños y perjuicios, el enriquecimiento injusto, la restitución y la prueba.²⁹

Se iniciaron los trabajos preparatorios sobre la formación de contratos, basados en un borrador del profesor Popescu basado en la ULFC de 1964,³⁰ junto con un cuestionario distribuido a personas y organizaciones versadas en contratos internacionales y derecho comparado. Las normas propuestas sobre formación de contratos se basaban evidentemente en el modelo de la Convención de 1964 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, ya que el contrato de compraventa de mercaderías servía de modelo de contrato bilateral y, por lo tanto, era de aplicación general.³¹ En 1976, tras la recepción de las respuestas a los cuestionarios, se estudió también la posible cooperación o coordinación entre la CNUDMI y el UNIDROIT, dado que la CNUDMI ya había empezado a trabajar en normas relativas a la formación de contratos.³² Finalmente, en 1977 se publicó un Proyecto de Ley Uniforme sobre la Formación de los Contratos en general, revisado por el Comité Directivo para la Codificación Progresiva del Derecho Mercantil Internacional, junto con un Informe Explicativo redactado por la Secretaría.³³

Posteriormente, prosiguieron los trabajos sobre la interpretación de los contratos, siguiendo una pauta similar a la de la formación de los contratos. En primer lugar, en 1978, la Secretaría del UNIDROIT preparó un Proyecto de Ley Uniforme sobre la Interpretación de los Contratos en general, junto con un cuestionario.³⁴ En segundo lugar, en

²⁹ UNIDROIT, 1975, Estudio L-Doc. 8, pp. 1-2.

³⁰ UNIDROIT 1974-Estudio L Doc.7, p. 9.

³¹ UNIDROIT, 1975, Estudio L-Doc. 8, p. 2.

³² UNIDROIT, 1976, Estudio L-Doc.9, pp. 1-2.

³³ UNIDROIT, 1977, Estudio L-Doc. 11, 2.

³⁴ UNIDROIT, 1978, Estudio L- Doc.12. El proyecto contenía también normas sobre condiciones generales.

1978, un análisis de las respuestas al cuestionario fue publicado.³⁵ Finalmente, también en 1978, se publicó un Proyecto de Ley Uniforme sobre la Interpretación de los Contratos Internacionales en general, revisado por el Comité Directivo para la Codificación Progresiva del Derecho Mercantil Internacional, junto con un Informe Explicativo redactado por la Secretaría.³⁶

En 1979, el UNIDROIT presentó la Parte I: El Derecho de los Contratos Internacionales en general, que comprende el capítulo 1 (La formación de los contratos) y el capítulo 2 (La interpretación de los contratos), junto con un Informe Explicativo redactado por el Comité Directivo.³⁷

2.2. La creación del Grupo de Estudio ampliado sobre la Codificación Progresiva del Derecho Mercantil Internacional en septiembre de 1979

Cuando los trabajos sobre la CISG estaban casi terminados, en septiembre de 1979, durante la 57.^a sesión del Consejo de Gobierno, se creó un Grupo de Estudio ampliado sobre la Codificación Progresiva del Derecho Mercantil Internacional con el fin de redactar los capítulos de los Principios UNIDROIT.³⁸ El Grupo examinó en primer lugar los dos proyectos redactados por el Comité Directivo sobre la formación e interpretación de los contratos comerciales internacionales en general.

³⁵ UNIDROIT, 1978, Estudio L- Doc.13.

³⁶ UNIDROIT, 1978, Estudio L, Doc.14.

³⁷ UNIDROIT, 1979, Estudio L, Doc.15.

³⁸ UNIDROIT 1979, Estudio L-Doc.16, Codificación Progresiva del Derecho Mercantil Internacional. Informe de la 1.^a Sesión del Grupo de Estudio sobre la Codificación Progresiva del Derecho Mercantil Internacional. Roma, 10-14 de septiembre de 1979 (preparado por la Secretaría del UNIDROIT) – Roma, noviembre de 1979, párrafo 1; Véase: Principios UNIDROIT (1994), Introducción, viii; Rodinò, «Introducción» en *Contratación Internacional* (nota 21 *supra*), p. 10.

El Prof. René David fue el Presidente y en esa primera sesión estuvieron presentes, entre otros, el profesor Bergsten (CNUDMI), y los profesores: Berlioz, Bydlinksi, Drobnig, Droz, Fontaine, Hjerner, Kopac, Lando, Leser, Maskow, Oyekunle, Popescu, Rajski, Reishofer, Schmitthoff, Smith y Vilus.

En esta reunión se puso de manifiesto que se tenían en cuenta los trabajos en curso en la CNUDMI sobre el proyecto de Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Las mejoras introducidas por la CNUDMI a la ULFC de 1964 fueron cuidadosamente revisadas, y se recomendó esperar a los resultados de la Conferencia de Viena de marzo de 1980 para reducir las discrepancias entre los textos que no estuvieran justificadas por sus diferentes ámbitos de aplicación.³⁹ Además, se acordó abordar la cuestión de la validez de los contratos en un «capítulo» posterior del Código, basándose en el trabajo previo realizado por el UNIDROIT en este ámbito.⁴⁰ Por otra parte, dada la complejidad de las cuestiones de ejecución e incumplimiento de los contratos,⁴¹ se consideró necesario un esfuerzo preparatorio especializado, que dio lugar a los trabajos sobre la *hardship*.⁴² De 1980 a 1994, el Grupo de Trabajo, cuya composición fue cambiando con el tiempo, convocó varias reuniones que culminaron con la adopción de los UPICC en mayo de 1994.

³⁹ UNIDROIT 1979, Estudio L-Doc.16 (nota 38 *supra*).

⁴⁰ En relación con la validez, las siguientes sesiones (por ejemplo, Hamburgo, 23-25 de febrero de 1981) se dedicaron a la discusión de dos estudios preparatorios. En primer lugar, la Propuesta de normas sobre la validez (sustantiva) de los Contratos Internacionales (excluida la ilegalidad) con un Informe Explicativo preparado por los profesores Drobnig y Lando. Véase: UNIDROIT, 1980, Estudio L-Doc.17. Codificación Progresiva del Derecho Mercantil Internacional. Propuesta de normas sobre la validez (sustantiva) de los contratos internacionales (excluida la ilegalidad) e informe explicativo (elaborado por el profesor U. Drobnig, codirector del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, y por el profesor O. Lando, director del Instituto de Derecho del Mercado Europeo, Escuela de Economía y Administración de Empresas de Copenhague) - Roma, diciembre 1980. Segundo, UNIDROIT 1980 - Estudio L - Doc. 18 [Informe explicativo solo en alemán; disposiciones en alemán e inglés]. Codificación Progresiva del Derecho mercantil internacional. Propuesta de normas sobre la validez (sustantiva) de los contratos internacionales (prohibiciones y requisitos de licencia) e informe explicativo (preparado por el Dr. M. Andrae y el profesor D. Maskow del *Institut für ausländisches Recht und Rechtsvergleichung*, Potsdam-Babelsberg). - Roma, diciembre de 1980.

⁴¹ En 1981 se acordó confiar el capítulo de rendimiento a los profesores Fontaine y Rajski, y el capítulo no relacionado con el rendimiento a los profesores Drobnig, Kötz, Lando y Tallon.

⁴² UNIDROIT 1983 - Estudio L-Doc. 24. Codificación Progresiva del Derecho Mercantil Internacional. Normas propuestas sobre excesiva onerosidad con introducción e informe explicativo (preparado por el Prof. Dr. D. Maskow del *Institut für ausländisches Recht und Rechtsvergleichung*, Potsdam-Babelsberg). - Roma, febrero de 1983.

3. EL PAPEL INFLUYENTE DE LA CISG EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT: LA PRIMERA EDICIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN 1994

En un mundo en constante cambio, visitar la historia y emplear una metodología histórica nos permite reconocer el valor del pasado, lo que constituye un elemento esencial para comprender las instituciones que han sido plasmadas de forma precisa, elegante, concisa y duradera inspirándose en los UPICC por sus redactores. Un breve recorrido histórico nos permite conocer a sus protagonistas, todos ellos verdaderos maestros del derecho mercantil internacional (véase el apartado 3.1), y la etapa inicial de la concepción de los Principios, sus principios más fundamentales (véase el apartado 3.2), donde converge la CISG.

3.1. *Los padres de los Principios: escritos académicos e historia legislativa*

Cuando se publicaron los Principios en 1994, se mencionaban 17 nombres. Se trata de los 17 ilustres padres de los Principios, bajo la dirección del profesor Michael Joachim Bonell, impulsor de los Principios, «profeta de la unificación y de la elevación de los contratos comerciales internacionales».⁴³ Entre ellos figuran nombres ilustres como los de los profesores Farnsworth, Garro, Hartkamp, Lando y muchos otros que contribuyeron a la concepción inicial de los Principios.⁴⁴ A diferencia de la CISG, estas personas no representaban a ningún país, sino que participaron a título personal, basándose en su experiencia y conocimientos del derecho mercantil internacional. Algunos de ellos también actuaron

⁴³ D. WALLACE, JR. «An essay for Michael Joachim Bonell: Crossed Paths». En *Eppur si muove* (nota 4 *supra*), p. 8.

⁴⁴ Los miembros del Grupo de Trabajo enumerados en los UPICC, 1994, xiii-xiv eran Michael Joachim Bonell, Patrick Brazil, Paul-André Crépeau, Samuel K. Date-Bah, Adolfo di Majo, Ulrich Drobnig, E. Allan Farnsworth, Marcel Fontaine, Michael P. Furmston, Alejandro Garro, Arthur S. Hartkamp, Hisakazu Hirose, Huang Danhan, Alexander S. Komarov, Ole Lando, Dietrich Maskow, Denis Tallon. La Sra. Lena Peters fue la Secretaria del Grupo de Trabajo. Los Principios mencionan también a otros participantes en el proyecto: profesores Bianca, Rajski, Wade y Wang. Véase: Principios UNIDROIT (1994), xv-xvi.

como ponentes durante los trabajos, que fueron realizados en inglés para ser posteriormente traducida a otros idiomas.⁴⁵ Algunos documentos de posición presentados estaban redactados en francés.⁴⁶

Aquí radica una de las primeras razones para comprender la estrecha relación entre los Principios y la CISG.⁴⁷ Entre los 17 padres y otros participantes en el proyecto había un grupo de académicos que habían participado en las delegaciones nacionales ante la CNUDMI y que también habían contribuido a la creación del instrumento de derecho mercantil transnacional moderno de mayor éxito en el mundo, la CISG. También estaban los comentaristas más importantes de la Convención de Viena, especialmente en los años transcurridos entre su aprobación en 1980 y su entrada en vigor en 1985. A medida que avanzaban los trabajos sobre los Principios del UNIDROIT, también se incluyó bibliografía sobre la CISG como parte de las referencias que sirvieron de base para el texto final de los Principios.⁴⁸ También se tuvieron en cuenta los

⁴⁵ En el sitio web del UNIDROIT figuran 13 lenguas para la edición de 2016. Las cinco lenguas oficiales del UNIDROIT: alemán, español, francés, inglés e italiano. Las traducciones son al chino, japonés, coreano, portugués, rumano, ruso, turco y ucraniano.

⁴⁶ Más detalles: VOGENAUER, «Introducción» (nota 20 *supra*).

⁴⁷ L. GAMA, JR, «Les usages du commerce dans les Principes d'UNIDROIT». En *Eppur si muove* (nota 4 *supra*), p. 1426.

⁴⁸ Esto puede verse en los trabajos relativos a la formación e interpretación del contrato y, posteriormente, en relación con la ejecución del contrato. Véase: UNIDROIT 1988 - Estudio L-Doc. 41. Grupo de Trabajo para la Preparación de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales. Capítulo II: Formación (Borrador revisado e Informe explicativo preparado por el Profesor Michael Joachim Bonell, Universidad de Roma I; consultor jurídico del UNIDROIT) - Roma, abril de 1988, donde el borrador, siguiendo la estructura actual de los Principios (Comentarios y ejemplos), contiene bibliografía relevante para cada uno de los Artículos, incluyendo los influyentes comentarios de Schlechtriem, en von Cammerer/Slechtriem, Honnold, Bianca-Bonell, Dölle, etc. *Idem*, en UNIDROIT 1988 - Estudio L-Doc. 42. Grupo de Trabajo para la Preparación de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales. Capítulo III: Interpretación (Proyecto revisado e Informe explicativo preparado por el Profesor Michael Joachim Bonell, Universidad de Roma I; consultor jurídico del UNIDROIT) Roma, mayo de 1988. *Idem* en UNIDROIT 1989 - Estudio L-Doc. 44. Grupo de Trabajo para la Preparación de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales. Capítulo V: Cumplimiento. Sección 1: Cumplimiento en General (borrador revisado e informe explicativo preparados por el profesor Marcel Fontaine, *Centre de Droit des Obligations, Université Catholique de Louvain*; profesor Jerzy Ralski, Universidad de Varsovia; y profesor Dietrich Maskow, *Institut für ausländisches Recht und Rechtsvergleichung, Potsdam-Babelsberg*) - Roma, junio de 1989, aunque con un menor uso de los escritos académicos de la CISG.

escritos eruditos sobre la CISG, por ejemplo, en los borradores presentados por el profesor Tallon, donde hacía referencia al trabajo del profesor Will, en el comentario Bianca/Bonell, sobre los artículos 45 y 61 de la CISG, así como sobre el artículo 80 de la CISG.⁴⁹ El alcance de la influencia de los escritos académicos de la CISG dependía de la cuestión debatida y del estilo del ponente a la hora de redactar los comentarios o las notas explicativas.

Este grupo de juristas se embarcó en la tarea con la ventaja de ser grandes conocedores del texto de Viena, su proceso de formación, sus virtudes y sus defectos. Trabajaron como arqueólogos, indagando en las fuentes jurídicas, doctrinales y jurisprudenciales nacionales e internacionales para crear y perfeccionar un derecho mercantil internacional moderno. Naturalmente, lo hicieron a la luz de la CISG recién aprobada en 1980, invocando a menudo su texto, su *razón de ser* y su historia legislativa. Enfrentados a la tensión inherente derivada de sus propias convicciones, trabajos doctrinales, formación jurídica y posiciones en Viena, los juristas tuvieron que transigir para formular las disposiciones de los UPICC. Este grupo de juristas era consciente de las posibles implicaciones globales de elegir una de las diversas opciones o formulaciones legislativas que se plantearon durante los debates, especialmente si se desviaban de la CISG. Esta conciencia se derivaba de la preocupación por la seguridad jurídica y la confusión que podría generar el hecho de seguir principios diferentes sin una justificación sólida, así como de consideraciones basadas en el sentido común y en la amplia aceptación de la CISG. Esta conciencia colectiva se extendió a la evolución de las instituciones jurídicas a lo largo del tiempo, comenzando por los Convenios de La Haya de 1964 (ULFC y ULIS) y continuando por la CISG hasta la finalización de los trabajos de los UPICC en 1994. El grupo de juristas

⁴⁹ UNIDROIT 1990 - Estudio L - Doc. 45. Grupo de Trabajo para la Preparación de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales. Capítulo 6: Incumplimiento. Sección 1: Disposiciones Generales (Borrador y Comentario preparado por el Profesor Michael P. Furmston, Facultad de Derecho, Universidad de Bristol) - Roma, abril de 1990. *Idem*. Además: UNIDROIT 1993 - P.C. - Misc. 17 (n.º 18 *supra*), 75, en relación con el Art. 78 y el comentario de Nicholas en Bianca/Bonell.

estuvo atento a los profundos cambios geopolíticos y a las distintas sensibilidades desde la perspectiva de las diversas tradiciones jurídicas (por ejemplo, la buena fe y los usos) o las diferencias entre los comerciantes de los países industrializados o en vías de desarrollo.

Los siguientes ejemplos de la historia legislativa de los Principios ilustran estos puntos:

- i. El artículo 1.6 (Interpretación y complemento de los Principios), en el que se tuvo muy en cuenta la historia legislativa de la CISG, en particular el principio de buena fe, así como la remisión al derecho interno.⁵⁰
- ii. El debate sobre el artículo 2.4 (Revocación de la oferta), en el que el Grupo de Trabajo retomó las discusiones de Viena y debatió si apartarse de la CISG.⁵¹
- iii. Los debates sobre el capítulo relativo a la interpretación, en el que se examinó la historia legislativa de la CISG.⁵²

⁵⁰ UNIDROIT 1992 - P.C. - Misc. 18 (nota 18 *supra*) pp. 58-62, donde también se trataron los PECL.

⁵¹ UNIDROIT 1988 - P.C. - Misc. 12, Grupo de Trabajo para la preparación de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales. Actas resumidas de la reunión celebrada en Roma del 6 al 10 de junio de 1988 (preparadas por la Secretaría del UNIDROIT) - Roma, noviembre de 1988, 20-22. Posteriormente, el Grupo de Trabajo, al debatir la estructura y el contenido de los Capítulos UPICC, en particular la formación del contrato, se refirió a las cuestiones relativas a la validez material basándose en la estructura y la historia de la CISG y de la ULIS, así como en un análisis comparativo de los países escandinavos, ya que fue el motivo de un compromiso en los instrumentos de derecho uniforme de *hard law*. Véase UNIDROIT 1994 - P.C. - Misc. 19 (nota 16 *supra*), p. 100-104.

⁵² UNIDROIT 1991 - P.C. - Misc. 15, Grupo de Trabajo para la preparación de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales. Actas resumidas de la reunión celebrada en Roma del 30 de abril al 4 de mayo de 1990 (preparadas por la Secretaría del UNIDROIT) - Roma, abril 1991, 12.

- iv. Las discusiones sobre los usos del comercio, donde se mencionaron las divergencias en los escritos académicos (Schlechtriem v. Honnold).⁵³
- v. El debate sobre la *force majeure*, que hacía referencia a los antecedentes legislativos del artículo 79 de la CISG. Los debates revelaron que el Grupo de Trabajo no estaba seguro de cómo obtener el mejor resultado, por lo que los Principios del UNIDROIT siguieron reflejando la formulación de la CISG.⁵⁴
- vi. Debates sobre terminología, como el uso de terminología latina en el capítulo sobre la *hardship* (*pacta sunt servanda*), a pesar de las críticas recibidas en los trabajos preparatorios de la CNUDMI; sin embargo, los términos latinos se utilizan en el Comentario al Artículo 1.3 (Carácter vinculante del contrato)⁵⁵ y en relación con la definición y el uso del término «comercial», que no forma parte del nombre de la Convención.⁵⁶
- vii. Debates sobre si seguir la teoría del envío o de la recepción para la notificación de la resolución del contrato (artículo 7.3.2), y desacuerdo entre los miembros del Grupo de Trabajo sobre si se trataba de una cuestión resuelta en la CISG, así como sobre algunos aspectos de la notificación de la resolución.⁵⁷

⁵³ UNIDROIT 1991 - P.C. - Misc. 15 (nota 52 *supra*) pp. 18-21, y pp. 26-27.

⁵⁴ UNIDROIT 1991 - P.C. - Misc. 15 (nota 52 *supra*) pp. 56-57.

⁵⁵ Véase UNIDROIT 1992 - P.C. - Misc. 16 (nota 18 *supra*). 3. El principio *pacta sunt servanda* fue objeto de largos debates en el seno del Grupo de Trabajo. Véase UNIDROIT 1993 - P.C. - Misc. 17 (nota 18 *supra*), pp. 145-157, donde también se examinó el artículo 29 de la CISG.

⁵⁶ Durante el debate también se mencionó la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional. Véase UNIDROIT 1992 - P.C. - Misc. 18 (nota 18 *supra*), p. 3-12. *idem*: Arts.10 CISG: Lugar de establecimiento, UNIDROIT 1992 - P.C. - Misc. 18 (nota 18 *supra*), pp. 104-105.

⁵⁷ Véase el interesante debate UNIDROIT 1992 - P.C. - Misc. 16 (nota 18 *supra*), p. 47-58. Finalmente, la teoría de la recepción obtuvo 6 votos y la teoría del envío, 4 votos. Hubo más discusiones posteriormente: UNIDROIT 1992 - P.C. - Misc. 18 (nota 18 *supra*), pp. 95-103.

3.2. La CISG como modelo: opción de política legislativa

La opción política adoptada por el Grupo de Trabajo y el Consejo de Gobierno fue considerar la CISG⁵⁸ como modelo y piedra angular del debate. Esta postura se expresa en la Introducción de los Principios en la edición de 1994, donde se hace referencia a la CISG en dos ocasiones (en viii):

- Para subrayar el carácter internacional de los Principios y su inspiración en la CISG: «Solo cuando la regla ha sido tomada más o menos literalmente de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), mundialmente aceptada, se hace referencia explícita a su fuente».
- Para subrayar que los Principios se adhieren a las soluciones de la CISG: «Naturalmente, en la medida en que los Principios UNIDROIT abordan cuestiones también cubiertas por la CISG, siguen las soluciones que se encuentran en dicha Convención, con tales adaptaciones que se consideraron apropiadas para reflejar la naturaleza particular y el alcance de los Principios».

Volviendo a los trabajos preparatorios iniciales, los trabajos sobre formación e interpretación se reanudaron en 1983, y varias disposiciones se redactaron de nuevo a la luz de la CISG.⁵⁹ Cabe señalar que la adaptación a la CISG fue una opción política muy clara desde el principio, en

⁵⁸ M. J. BONELL. «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG – Alternatives or Complementary Instruments?». En *Uniform Law Review*, 1996, p. 30: «En vista de sus méritos intrínsecos y de su aceptación en todo el mundo, la CISG fue, por supuesto, un punto de referencia obligado en la elaboración de los Principios UNIDROIT».

⁵⁹ UNIDROIT 1983 - Estudio L - Doc. 25, Codificación Progresiva del Derecho Mercantil Internacional. Reglas uniformes sobre los contratos internacionales en general. Capítulo 1: La formación de los contratos. Capítulo 2: La interpretación de los contratos (Texto preparado por la Secretaría a raíz de los debates de la reunión del Grupo de Estudio del UNIDROIT celebrada en Roma del 10 al 14 de septiembre de 1979) - Roma, marzo de 1983.

particular en lo que respecta a la formación y la interpretación, y este enfoque se siguió en el desarrollo de dichos capítulos⁶⁰ aunque a veces hubo que recordar al Grupo de Trabajo que debía atenerse a la CISG, especialmente cuando se formuló una propuesta de apartarse de la CISG en una fase posterior.⁶¹ De hecho, los redactores estaban preocupados por la forma en que los lectores percibirían un apartamiento de la CISG.⁶²

Sin embargo, la opción política de seguir la CISG a menos que hubiera una buena razón para apartarse de ella estaba menos clara al considerar el cumplimiento y el incumplimiento, al menos al principio. En el trabajo sobre el cumplimiento, aunque la CISG y ULIS fueron aparentemente fuentes consideradas por los redactores, el análisis del borrador muestra que las fuentes eran la legislación nacional en vigor o en proyecto;⁶³ sin embargo, unos meses más tarde, los ponentes acordaron que debía darse preferencia a los instrumentos jurídicos internacionales,

Está claro que fue una decisión consciente y que algunas de las disposiciones fueron objeto de debate entre los miembros del Grupo de Trabajo. Por ejemplo, el Art. 1.2 (Libertad de forma) y la frase procedente del Art. 11 CISG «podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos». En este caso, el profesor Bonell omitió esta norma por considerar que introducía elementos de derecho procesal ajenos a los Principios; sin embargo, otros miembros se mostraron a favor. Finalmente, se introdujo por 5 votos a favor, 1 en contra y 5 abstenciones. Véase UNIDROIT 1988 - P.C. - Misc. 12. Grupo de Trabajo para la preparación de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales. Actas resumidas de la reunión celebrada en Roma del 6 al 10 de junio de 1988 (preparadas por UNIDROIT) - Roma, noviembre de 1988, 5.

⁶⁰ Por ejemplo, UNIDROIT 1983 - P.C. - Misc. 4, Grupo de Trabajo Informal sobre la Codificación Progresiva del Derecho Mercantil Internacional. Informe sobre la reunión celebrada en Louvain-La-Neuve del 11 al 13 de abril de 1983 (preparado por la Secretaría del UNIDROIT) - Roma, junio de 1983, 3 en relación con los Arts.13 y 29 de la CISG.

⁶¹ Véase, por ejemplo, el debate sobre la interpretación (Art. 4.1 UPICC en relación con el Art. 8 CISG): UNIDROIT 1991 - P.C. - Misc. 15 (nota 52 *supra*), pp. 8-9.

⁶² Véase el debate sobre los usos del comercio y la disposición sobre la interpretación de los contratos y las observaciones del Prof. Hartkamp: UNIDROIT 1991 - P.C. - Misc. 15 (nota 52 *supra*), p. 15.

⁶³ UNIDROIT 1983 - Estudio L - Doc. 28 [solo en francés]. Codificación Progresiva del Derecho del Comercio Internacional. Règles uniformes sur les contrats internationaux en général. Chapitre 4 : L'exécution des contrats (Note préparatoire établie par le Centre de Droit des Obligations de l'U.C.L., pour la réunion du Groupe de travail organisée à Louvain-La-Neuve les 11 - 13 avril 1983 - Rome, avril 1983, 5).

ya fueran legislativos o contractuales, en lugar de a las codificaciones nacionales.⁶⁴ El trabajo preparatorio sobre estas cuestiones muestra que la CISG, incluidos sus borradores,⁶⁵ se tuvo en cuenta progresivamente y fue más influyente, por ejemplo, en la discusión sobre si era o no necesaria una notificación de incumplimiento⁶⁶ o sobre el momento del cumplimiento, donde la propuesta inicial era que el cumplimiento se hiciera en un plazo razonable tras la celebración del contrato, y se acordó reformularlo en línea con el artículo 33 de la CISG. El texto resultante fue el artículo 6.1.1.⁶⁷

⁶⁴ UNIDROIT 1983 - P.C. - Misc. 5, Grupo de Trabajo informal sobre la Codificación Progresiva del Derecho Mercantil Internacional. Informe de la reunión celebrada en Roma del 7 al 9 de noviembre de 1983 (preparado por la Secretaría del UNIDROIT) - Roma, diciembre 1983, 14-15.

⁶⁵ Por ejemplo, al considerar la moneda de pago (actual Art. 6.1.9 UPICC) en su formulación inicial «Salvo que las circunstancias, incluidas las normas de cambio, indiquen otra cosa, una obligación dineraria debida en una moneda distinta de la del lugar de pago podrá pagarse en la moneda del lugar de pago según el tipo de cambio allí vigente en la fecha de vencimiento», que puede encontrarse en UNIDROIT 1987 - Estudio L - Doc. 39. Principios para los contratos comerciales internacionales. Capítulo 5: Cumplimiento. Sección 1: Cumplimiento en general (Texto y comentarios preparados por los Profesores M. Fontaine, D. Maskow y J. Rajski tras los debates de la reunión del Grupo de Trabajo celebrada en Potsdam-Babelsberg del 28 al 30 de noviembre de 1985) - Roma, abril de 1987. Al analizar este texto, al que se plantearon varias objeciones, se recordó que en las negociaciones de la CISG en Viena se había rechazado una disposición similar. Finalmente, la norma fue eliminada. UNIDROIT 1987 - P.C. - Misc. 11. Grupo de Trabajo para la preparación de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales. Informe sobre la reunión celebrada en Roma del 20 al 23 de mayo de 1987 (preparado por la Secretaría del UNIDROIT - Roma, julio de 1987, párrafo 16).

⁶⁶ Véase: UNIDROIT 1984 - Estudio L - Doc. 31 [portada en inglés; texto en parte en inglés y en parte en francés]. Codificación Progresiva del Derecho Mercantil Internacional. Reglas uniformes sobre los contratos internacionales en general. Capítulo 6: Incumplimiento. Sección x: Daños y cláusulas de exención (Texto e Informe Explicativo preparados por el Profesor Denis Tallon, Director del *Centre National de la Recherche Scientifique - Service de Recherches Juridiques Comparatives, Paris - Ivry*, para su examen por el Grupo de Trabajo Informal sobre la Codificación Progresiva del Derecho Mercantil Internacional) - Roma, enero de 1984, p. 4; sin embargo, en el proyecto sobre Incumplimiento de 1986 no se menciona la CISG sino la ULIS: UNIDROIT 1986 - Estudio L - Doc. 36 [portada en inglés; observaciones introductorias en francés; disposiciones en francés y en inglés; informe explicativo en francés]. Principios para los contratos comerciales internacionales. Capítulo 6: Incumplimiento, Sección (x): Daños y perjuicios (Proyecto de normas y informe explicativo elaborado por el profesor Denis Tallon, *Centre National de la Recherche Scientifique-Institut de Recherches Juridiques Comparatives, Paris - Ivry*) - Roma, septiembre de 1986.

⁶⁷ UNIDROIT 1986 - P.C. - Misc. 8. Grupo de Trabajo para la preparación de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales. Informe de la reunión celebrada en Potsdam-

Si nos fijamos en *los travaux préparatoires*, resulta evidente que muchas de las disposiciones de la edición de 1994 se basan en la CISG. Esto implica una reproducción directa de las disposiciones de la CISG, la adopción de soluciones de la CISG o el desarrollo de soluciones similares a las de la Convención de Viena;⁶⁸ sin embargo, el origen de algunas disposiciones no está vinculado a su homólogo en la CISG, aunque en los trabajos preparatorios se afirme la existencia de este vínculo.⁶⁹ Un total de 16 disposiciones de la CISG están mencionados en los UPICC: artículos 8, 15, 16, 18, 21, 22, 28, 29, 33, 37, 46, 48, 55, 74, 75 y 76. Esto contrasta con las 41 disposiciones sugeridas por el profesor Flechtner⁷⁰ que esperaba una mayor influencia de la CISG.⁷¹

En consecuencia, la CISG se tuvo muy en cuenta en el debate. Como señala el profesor Bonell, a veces no se había adoptado ninguna norma porque cada uno pensaba en lo que sería aceptable en su país, o

Babelsberg del 28 al 30 de noviembre de 1985 (preparado por la Secretaría del UNIDROIT) - Roma, febrero de 1986, 7. UNIDROIT 1986.

⁶⁸ Véase Prof. Sono, en UNIDROIT 1992 - P.C. - Misc. 18 (nota 18 *supra*), p. 11.

⁶⁹ Por ejemplo, el artículo 2.18 de los Principios UNIDROIT (cláusulas que exigen que la modificación o resolución del contrato se haga por escrito), que está claramente tomado de la CISG (artículo 29.2), como se reconoce en los trabajos preparatorios, no indica su origen, mientras que en otros casos, por ejemplo, el artículo 2.4 (Revocación de la oferta), se indica en los comentarios (véase el comentario 1). Véase: UNIDROIT 1988 - Estudio L - Doc. 41 (nota 48 *supra*), 3. Otro ejemplo es el artículo 4.1 (Intención de las partes), inspirado en el artículo 8.1 de la CISG, como se destaca en los trabajos preparatorios. Véase: UNIDROIT 1988 - Estudio L - Doc. 42 (nota 48 *supra*), p. 1. La adhesión literal no es la respuesta como en otros casos; sin embargo, su origen se menciona en la disposición, como ejemplifican el artículo 2.8 original de los UPICC de 1994 y los Comentarios a la misma que hacen referencia al artículo 20 de la CISG.

⁷⁰ H. M. FLECHTNER. «The CISG's impact on international unification efforts: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law». En F. FERRARI (ed.). *The 1980 Uniform Sales Law. Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences. Verona Conference 2003*, Sellier, 2003, pp. 176-181, en el que también se comparan la CISG y los PECL (pp. 181-187), donde se observa la influencia de la primera en 52 disposiciones. Como señala el profesor Flechtner, se trata de una apreciación discrecional (*Id.*, en p. 176).

⁷¹ Flechtner (nota 70 *supra*), p. 188-189, quien también considera que la respuesta se encuentra en el supuesto papel de los UPICC como instrumento para colmar las lagunas de la CISG, y por tanto la afirmación de que los Principios influyen en la CISG.

se habían ceñido a las normas internacionalmente aceptadas (por ejemplo, la CISG) por considerarlas el núcleo común, de modo que no podían apartarse de ellas aunque lo hubieran deseado.⁷² No obstante, también se tomaron en consideración otras fuentes internacionales y nacionales como base para el debate o para comparar soluciones y perspectivas.

La contribución de la CISG a los Principios consiste en un número importante de disposiciones que los redactores consideraron aplicables a cualquier contrato comercial internacional, no solo a los contratos de compraventa. Tal vez los padres de los Principios eran conscientes de que la CISG no solo se utiliza en operaciones de compraventa simples (único y, por lo tanto, singular o aislado), como demuestran el artículo 73 de la CISG (contratos de entrega de mercaderías a plazos) y el artículo 3 de la CISG (contratos de obra y contratos mixtos de compraventa y de servicios). Desde este punto de vista, los Principios y la CISG no requieren intérpretes, ya que mantienen un diálogo fluido utilizando la misma *lingua franca* y componiendo el mismo *ius commune* para los operadores comerciales internacionales (empresas, abogados, académicos, jueces y árbitros).⁷³

En mi opinión, uno de los principales puntos fuertes de los Principios del UNIDROIT es elevar los principios generales de la CISG al nivel común de los contratos comerciales internacionales; sin embargo, los Principios se apartan ocasionalmente de la CISG para precisar las reglas generales que deben aplicarse a los contratos comerciales internacionales. Lo hacen porque se liberan de las limitaciones que se imponen a los representantes de los Estados y porque, en su lugar, optan por un marco más académico, aunque sigan teniendo que transigir. Un ejemplo

⁷² Profesor Bonell, en UNIDROIT 1992 - P. C. - Misc. 18 (nota 10 *supra*), p. 11.

⁷³ M. J. BONELL. «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why?, What?, How?». En *Tulane Law Review*, Vol. 69, 1995, pp. 1143-1144.

claro es el compromiso del artículo 16 de la CISG, sobre el que los redactores de los Principios no llegaron a tomar una decisión.⁷⁴

La influencia de la CISG en los Principios de 1994 se hace evidente al comparar las disposiciones de los textos, como el artículo 1.1 de los UPICC y artículo 1 de la CISG; artículo 1.3 de los UPICC y artículo 29 de la CISG; artículo 2.8 de los UPICC y artículo 20 de la CISG;⁷⁵ artículo 3.2 de los UPICC y artículo 29(1) de la CISG, y así sucesivamente. También existe una influencia indirecta en la medida en que las soluciones adoptadas en los Principios se derivan de una interpretación de las disposiciones de la CISG. Por ejemplo, el artículo 2.12 (actual artículo 2.1.12) (confirmación por escrito), adopta una solución alcanzada en el texto de Viena mediante una interpretación de los artículos 18 y 29 de la CISG.

Según la interpretación que se haga de la CISG, los Principios reafirman lo que es obvio en la CISG (por ejemplo, el principio de buena fe), la reinterpreta mediante formulaciones diferentes⁷⁶ (por ejemplo, el caso de *hardship*) o colmar sus lagunas (por ejemplo, el tipo de interés). También pueden aplicarse en lugar de la legislación nacional (por ejemplo, la validez de los contratos no regidos por la CISG).⁷⁷ Además de la

⁷⁴ P. PERALES VISCASILLAS. *La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías*. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 1996. *Id.* «Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales: Ámbito de aplicación y disposiciones generales». En *The Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 13, 1996, pp. 380-441.

⁷⁵ En la edición de 2004, el artículo 2.8(1) se redactó de nuevo y el 2.8(2) pasó a ser el Art. 1.12(2).

⁷⁶ Los Principios reproducen normas de *antigua data* (*vieja data*), por lo que no es exacto generalizar sobre la falta de fuerza de los Principios porque muchos la tenían *ex proprio vigore*, antes de la formulación del UNIDROIT, como ilustra el principio de buena fe. Véase. G. Parra-Aranguen, «Conclusión» en *Los Principios de UNIDROIT* (nota 9 *supra*), p. 320.

⁷⁷ La CNUDMI intentó elaborar un proyecto de ley para regular las cuestiones relativas a la validez de los contratos de compraventa basándose en un proyecto de ley uniforme sobre el mismo tema elaborado por UNIDROIT. La idea fue finalmente abandonada por la CNUDMI. Véase: P. PERALES VISCASILLAS. «Los Principios de UNIDROIT como objeto y como instrumento de interpretación». En *Los Principios de UNIDROIT* (nota 9 *supra*), pp. 306-37. Proyecto de Ley de UNIDROIT para la Unificación de Algunas Reglas sobre la Validez de los Contratos de

influencia de los escritos académicos y de la historia legislativa mencionada anteriormente, la influencia de la CISG se muestra en algunos de los Comentarios de los UPICC. Un ejemplo es el comentario al artículo 2.11 de los UPICC (actualmente, artículo 2.1.11), que no ha reproducido el artículo 19, apartado 3, en las normas de la letra negra, pero adopta un enfoque similar en los Comentarios. Este enfoque debe considerarse razonable, ya que la lista de elementos esenciales se refiere a aspectos típicos de las compraventas y es imposible redactar una disposición general para todos los tipos de contratos comerciales internacionales.⁷⁸ En este contexto, cabe señalar que la influencia del contrato de compraventa es obvia en muchas de las ilustraciones incluidas en los UPICC: las compraventas y cuestiones relacionadas son las más frecuentes ilustraciones del impacto práctico de las disposiciones de los UPICC.⁷⁹

Además, en cuanto a la estructura, el estilo y la interpretación de los Principios, la publicación o no de *los travaux préparatoires* (las actas resumidas), también se tomó como ejemplo la CISG.⁸⁰

Por último, cabe destacar dos puntos. En primer lugar, los miembros del Grupo de Trabajo aclararon la posible interpretación de la CISG.

Compraventa Internacional de Mercaderías: Análisis crítico; Apéndice II del «Informe del Secretario General: Formación y validez de los contratos de compraventa internacional de mercaderías» (A/CN.9/128, Anexo II) en *Anuario de la CNUDMI*, Vol. VIII: 1977, Nueva York: Naciones Unidas, 1979, p. 118 y ss.

⁷⁸ P. PERALES VISCASILLAS. «Los Principios de UNIDROIT como objeto y como instrumento de interpretación». En *Los Principios de UNIDROIT* (nota 9 *supra*), p. 309: La CISG influye en los UPICC de tal manera que la primera puede utilizarse para completar y también interpretar la segunda.

⁷⁹ J. ADEME 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*. México D. F., UNAM, Universidad Panamericana, 1998, p. 28, señala que de 213 casos, 60 son compraventas de mercaderías, una se refiere a bienes inmuebles, uno al trueque, 6 al arrendamiento de bienes, 25 al arrendamiento de obra o construcción, 54 a la prestación de servicios profesionales, 6 a los contratos de suministro, 7 a los contratos de distribución, 7 a los contratos de franquicia, 3 a los seguros, 8 a los contratos de transporte, 5 a los contratos de asociación, 7 a los contratos de agencia, 9 a los contratos bancarios y 14 a los contratos de carácter general.

⁸⁰ UNIDROIT 1994 - P.C. - Misc. 19 (nota 16 *supra*), pp. 34-50.

Un ejemplo es el acuerdo de las partes sobre una ley nacional en un caso de la CISG (comentando la elección de ley por las partes de los Principios UNIDROIT): «Ley de Nueva Jersey», se aplica la CISG (Farnsworth).⁸¹ En segundo lugar, no se discutió mucho sobre la jurisprudencia de la CISG, probablemente porque se tenía poco conocimiento de la existencia de jurisprudencia en una época en la que no se disponía de fuentes electrónicas. Ocasionalmente, se hizo referencia a la jurisprudencia de la ULIS durante el debate.⁸²

3.3. Conclusión: el nacimiento de un coloso jurídico

El modelo de referencia para la elaboración de los Principios UNIDROIT fue la Convención de Viena, que en 1994 llevaba casi una década en vigor en más de 40 Estados. En mayo de 1994, los Principios UNIDROIT se presentaron al mundo con un «Preámbulo» y siete capítulos que contenían 106 artículos sobre las cuestiones fundamentales del derecho contractual. Si nos fijamos en las normas iniciales de los UPICC, en muchas de ellas se puede encontrar una fuerte inspiración en la CISG. Naturalmente, existen diferencias entre ambos instrumentos, debidas principalmente al proceso de redacción, aprobación, naturaleza, estructura y presentación. La simplicidad normativa de la CISG contrasta con el marco más complejo de los Principios: las Black Letter Rules (BLR), los Comentarios y las Ilustraciones,⁸³ que siguen el enfoque de la UCC/Restatements en EE. UU., pero también guardan relación con el Comentario de la Secretaría sobre el Proyecto de la CISG.⁸⁴ Hay

⁸¹ UNIDROIT 1994 - P.C. - Misc. 19 (nota 16 *supra*), p. 13 y pp. 21-34 en relación con el Art. 4 y los problemas de interacción con el derecho interno y la CISG y las diferencias entre *hard law* y *soft law* en términos de aplicación de los Principios.

⁸² Véase UNIDROIT 1993 - P.C. - Misc. 17 (nota 118 *supra*), p. 68 en relación con las decisiones alemanas sobre transacciones de sustitución.

⁸³ Los ejemplos ayudan al lector a comprender cómo puede interactuar la disposición en la práctica. Durante el debate de algunas normas, al menos en las que él fue ponente, el profesor Bonell confirmó que los ejemplos se inspiraban en casos resueltos, véase: UNIDROIT 1988 - P.C. - Misc. 12 (nota 51 *supra*), p. 2.

⁸⁴ Proyecto de Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías aprobado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional junto con un comentario preparado por la Secretaría (1979).

más similitudes que diferencias. Las similitudes se refieren a las cuestiones abordadas, las soluciones adoptadas y el número de artículos (100 en la CISG y 106 en los Principios del UNIDROIT).

Con el nacimiento de los Principios se creó un texto universal, un *best seller* según el profesor Bonell,⁸⁵ en consonancia con el rápido desarrollo y florecimiento del derecho uniforme en un lugar determinado por el mundo global y la contratación comercial esbozada teniendo en cuenta las fuentes de la *lex mercatoria*, los usos y las prácticas comerciales. Los operadores comerciales disponen de una estructura normativa en la que se reconoce su papel, ya que sus propias experiencias se traducen en un lenguaje jurídico dotado de flexibilidad. Se trata de un texto que ha penetrado en la práctica más allá del ámbito académico, ha obtenido reconocimiento internacional y ha dado forma al derecho contractual para las generaciones presentes y futuras. Los Principios proporcionan un tratamiento uniforme de situaciones y problemas y ofrecen soluciones idénticas (a menudo las mejores soluciones)⁸⁶ en la mayoría de los casos, proporcionando un lenguaje común y expresando un sistema racional y ético común.

Los Principios recogen los principales principios y las mejores soluciones del derecho mercantil y de los contratos internacionales que se reconocen en la CISG y, en ocasiones, la mejoran. Entre ellos figura la libertad contractual, la buena fe y la lealtad negocial, el principio de reciprocidad, el papel de los usos y costumbres, las técnicas de interpretación e integración tanto del contrato como de los propios Principios, el principio de libertad de forma y de prueba, el principio de recepción, el *favor contractus*, el principio *Nachfrist*, el principio de certeza y previsibili-

⁸⁵ M. J. BONELL. «Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales: Presentación general, en un derecho común para las Américas». En *Los Principios de UNIDROIT* (nota 9 *supra*), p. 21.

⁸⁶ F. HINESTROSA. «Los Principios de UNIDROIT: Una nueva lengua franca». En *Los Principios de UNIDROIT* (nota 9 *supra*), pp. 185-191.

dad de los daños, el derecho a la indemnización, el principio de reparación integral, la atenuación de los daños, los daños en las operaciones de reemplazo, el principio de determinación de los daños por referencia al precio corriente, los daños parcialmente imputables a la parte perjudicada, el principio de atenuación de los daños, la separación de los intereses de los daños y perjuicios. Los Principios contribuyen a la selección de las mejores prácticas al hacer hincapié en la necesidad de las partes de observar la buena fe y la equidad como elementos esenciales en la negociación, ejecución e interpretación de su contrato.⁸⁷

La CISG y los UPICC se han ganado un amplio reconocimiento como textos que han ido mucho más allá de las expectativas iniciales, y ello se debe sin duda al hecho de que son textos que proporcionan un marco general para los contratos comerciales internacionales, promoviendo las mejores prácticas y logrando normas internacionales uniformes para los tribunales arbitrales y los juzgados.⁸⁸

4. EL PAPEL INFLUYENTE DE LA CISG EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT: LAS EDICIONES DE 2004, 2010 Y 2016

4.1. *La edición de 2004*

La edición de 2004, también conocida como la edición naranja, contiene nuevos capítulos con 65 nuevos artículos (de 120 a 185) y abarca temas como la autoridad de los agentes, los derechos de terceros, la compensación, la cesión de derechos, la transferencia de obligaciones, la cesión

⁸⁷ B. KOZOLCHYK. «The UNIDROIT Principles as a Model for the Unification of the Best Contractual Practices in the Americas». En *Los Principios de UNIDROIT* (nota 9 *supra*), p. 109.

⁸⁸ Como señala el profesor Bonell, inicialmente se esperaba que los Principios desempeñaran un papel más importante en el contexto del arbitraje que en el litigio: M. J. BONELL. *The UNIDROIT Principles in practice*. 2.^a ed. Transnational Publishers, 2006, p. xvii; sin embargo, como señala el profesor Bonell, en 2006 casi en la mitad de los casos notificados, se utilizaron los Principios UNIDROIT como medio de interpretar y complementar el derecho nacional aplicable, lo que resulta sorprendente si se tiene en cuenta que esta función no se menciona en el Preámbulo de 1994 (*Id.*, en p. xviii). En realidad, esta función se incluyó en el Preámbulo de 2004: «Pueden utilizarse para interpretar o completar el derecho interno».

de contratos y los plazos de prescripción. El «Preámbulo» contiene adiciones, comentarios ligeramente modificados y una enmienda del artículo 2.8(2), que ahora es el artículo 1.12.

Durante su primera sesión en 1998, el Grupo de Trabajo decidió examinar si, y en qué medida, la edición de 1994 de los Principios requería adiciones o enmiendas a las reglas de letra negra y/o Comentarios a la luz de la contratación electrónica. A petición del Grupo, el profesor Takashi Uchida preparó un documento de posición (UNIDROIT 1999 Study L - Doc. 60) comparando las disposiciones básicas de los Principios con las disposiciones correspondientes de la Ley Modelo de UNICTRAL de 1996 sobre Comercio Electrónico y sugiriendo cambios en los Principios. Se debatieron tres propuestas diferentes.⁸⁹ Tras el debate, el Grupo de Trabajo consideró la posibilidad de adoptar una redacción más breve y neutra desde el punto de vista de los medios de comunicación para el apartado 1 del artículo 2.8.⁹⁰ En consecuencia, se redactó de nuevo el apartado 1 del artículo 2.8, y el apartado 2 del artículo 2.8 se convirtió en el apartado 2 del artículo 1.12, manteniendo la misma solución que la CISG pero con una aplicación más amplia, no sólo en la formación de contratos.⁹¹ Se introdujeron otros cambios en los Comentarios.

En la edición de 2004, el impacto de la CISG es menos evidente. Se inspiró en otros instrumentos internacionales, como los Convenios de la CNUDMI sobre la prescripción y la cesión y el Convenio del

⁸⁹ UNIDROIT 2002 - Estudio L - Misc. 24. Grupo de Trabajo para la Preparación de los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales. Actas resumidas de la reunión celebrada en Roma del 3 al 7 de junio de 2002 (Preparado por la Secretaría del UNIDROIT) - Roma, septiembre de 2002, n.º 338-358.

⁹⁰ UNIDROIT 2003 - Estudio L - Doc. 85. Grupo de Trabajo para la preparación de los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales. Edición consolidada de la Parte I y de la Parte II de los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales: preguntas decididas y abiertas (Memorándum preparado por la Secretaría) - Roma, abril de 2003, pp. 10-11.

⁹¹ «Sin embargo, si el último día del plazo es un día festivo oficial o un día no laborable en el establecimiento de la parte que debe realizar el acto, el plazo se prorroga hasta el primer día hábil siguiente, salvo que las circunstancias indiquen lo contrario».

UNIDROIT sobre la representación. Los PECL fueron la base de aproximadamente dos tercios de las disposiciones.⁹² La decisión política fue que «no se haría ninguna referencia a las disposiciones correspondientes de los Principios de Derecho Contractual Europeo: la influencia recíprocamente beneficiosa de los Principios UNIDROIT y de los PECL se reconocería en el Prólogo en términos generales. Las únicas referencias admisibles eran las de los instrumentos de derecho uniforme “universales” existentes (CISG, Convención de las Naciones Unidas sobre la prescripción, o instrumentos más recientes elaborados por organizaciones internacionales como la CNUDMI, UNIDROIT, CCI, etc.)».⁹³

No obstante, la influencia de la CISG se manifiesta, por ejemplo, en el artículo 9.1.15(c) (Compromisos del cedente), que refleja el artículo 41 de la CISG:⁹⁴ el cedente se compromete frente al cesionario a que el derecho *está libre de todo derecho o reclamación de un tercero*.

Inicialmente, se consideró la inclusión de la cuestión de la reducción del precio (artículo 50 de la CISG);⁹⁵ sin embargo, el Grupo de Trabajo finalmente decidió posponer su inclusión dadas las opiniones divergentes y el desacuerdo sobre su prioridad.⁹⁶

⁹² Vogenauer, «Introducción» (nota 20 *supra*), apartado 28.

⁹³ UNIDROIT 2002 - Estudio L - WP.9 bis. Grupo de Trabajo para la elaboración de los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales. Informe sobre la reunión del Grupo del Comité de Redacción (Bristol, 7-10 de enero de 2002) - Roma, febrero de 2002, párrafo 6.

⁹⁴ UNIDROIT 2001 - Estudio L - Doc. 69. Grupo de Trabajo para la preparación de los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales. Capítulo [...] Cesión de derechos, transferencia de obligaciones, cesión de contratos (Proyecto revisado preparado por el Profesor M. Fontaine a la luz de los debates del Grupo de Trabajo en su 3.ª sesión celebrada en El Cairo, del 24 al 27 de enero de 2000) - Roma, mayo de 2001, 23. Siglas en inglés.

⁹⁵ UNIDROIT 1998 - Estudio L - Doc. 55. Grupo de Trabajo para la preparación de los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales. Preparación de una segunda edición ampliada de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (Memorandum de la Secretaría) - Roma, enero de 1998, párrafos 14 y 46-49, mencionaba, entre las nuevas cuestiones que el Consejo de Administración en su 76ª sesión decidió someter a la consideración del Grupo de Trabajo, la de reducción del precio. Como es bien sabido, la CISG contiene una norma sobre la reducción del precio (Art. 50), al igual que los PECL (Art. 9:401).

⁹⁶ UNIDROIT 1998 - Estudio L - Misc. 20. Grupo de Trabajo para la Preparación de los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales. Actas resumidas de la reunión celebrada

4.2. *La edición de 2010*

En la edición de 2010 de los Principios (de color azul), se introdujeron 26 nuevos artículos, con lo que el número total ascendió a 211. Las nuevas disposiciones abordan diversas cuestiones, como la restitución en caso de contratos fallidos, la ilegalidad, las condiciones, la pluralidad de obligados y los acreedores. Además, se introdujeron modificaciones en cinco disposiciones, acompañadas de cambios en sus Comentarios.

El Grupo de Trabajo examinó detenidamente los artículos 81-84 de la CISG relativos a la restitución, un concepto que la CISG suele abordar en el contexto de la resolución (*avoidance*), «terminación» (*termination*) en los UPICC. El debate se centró en cuestiones como la asignación de riesgos por el deterioro o destrucción de los bienes, los tipos de beneficios recibidos por el beneficiario de la prestación (Art. 84 de la CISG y artículos III-3:511 y ss. del Proyecto de Marco Común de Referencia, DCFR, que sugieren que el beneficiario solo debe devolver los beneficios realmente recibidos), y si se debe seguir el artículo 82 de la CISG en los Principios UNIDROIT.⁹⁷ La decisión de no alinearse con la CISG a este respecto se basó en la creencia de que el enfoque de la CISG, que excluye el derecho de resolución si el objeto se deteriora o se destruye, es demasiado rígido. En su lugar, se consideró apropiado un enfoque

en Roma del 16 al 19 de marzo de 1998 (Preparado por la Secretaría del UNIDROIT) - Roma, junio de 1998, párrafos 341-350. El debate se centró en la posible inclusión de la reducción de precios en los Principios. Bonell mencionó los instrumentos internacionales, como la Convención de Viena sobre la Compraventa y los Principios Europeos, que abordan esta cuestión. Schlechtriem esbozó las diferencias conceptuales entre los enfoques de *civil law* y de *common law* sobre la reducción de precios y subrayó la necesidad de describir cómo funcionaría. Farnsworth planteó objeciones sobre su aplicación más allá de los contratos de compraventa y el posible conflicto con los principios del interés de expectativa en Estados Unidos. El Kholý señaló la norma de orden público de los países árabes sobre los honorarios de los agentes, mientras que Lando y Furmston expusieron puntos de vista opuestos sobre el derecho a la reducción del precio basada en el interés de expectativa. Por último, Schlechtriem aclaró la pertinencia de la *fuera mayor* en contextos de *common law* y la aplicabilidad de la reducción del precio en situaciones en las que no se dispone de indemnización por daños y perjuicios.

⁹⁷ UNIDROIT 2007 - Estudio L - Doc. 100. Documento de posición sobre la resolución de contratos fallidos por el profesor Reinhard Zimmermann, Director del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburgo - abril de 2007, n.º 25.

más flexible, especialmente en los casos de deterioro.⁹⁸ El Grupo decidió finalmente no establecer ninguna norma sobre prestaciones e intereses en el contexto de la restitución.⁹⁹

4.3. La edición de 2016

En la edición verde de 2016 de los Principios, se prestó especial atención a los atributos únicos de los contratos a largo plazo. No se introdujeron nuevas disposiciones, sino que se centró la atención en la modificación de los Comentarios. Se modificaron cinco disposiciones: artículos 1.11, 2.1.14, 5.1.7, 5.1.8 y 7.3.7.

5. EPÍLOGO: UNA COLORIDA HISTORIA DE ÉXITO

Existe una gran coherencia entre la CISG y los Principios del UNIDROIT; con el tiempo, la interrelación entre ambos textos se ha hecho evidente. Mientras que la CISG les sirve de fuente de inspiración y modelo, los Principios colman las lagunas y subsanan las deficiencias de la CISG derivadas de su carácter internacional, que no permite modificaciones ulteriores. De hecho, los UPICC, si bien se basa en los sólidos cimientos de la Convención, ha subsanado muchas de sus deficiencias,¹⁰⁰ como se reconoce en el Preámbulo de los UPICC, que hace hincapié en su función interpretativa y de suplementación de lagunas.

Al analizar la influencia de la CISG sobre los Principios, es difícil rastrear sus orígenes normativos por tres razones: (1) no se puede pasar por alto el antecedente de la CISG, los Convenios de La Haya de 1964

⁹⁸ UNIDROIT 2007 - Estudio L - Misc.27. Actas resumidas de la 2.ª sesión del Grupo de Trabajo (4 - 8 de junio de 2007) (preparadas por la Secretaría del UNIDROIT) - noviembre de 2007, n.º 339 y ss.

⁹⁹ UNIDROIT 2008 - Estudio L - Misc.28. Actas resumidas de la 3.ª sesión del Grupo de Trabajo (26 - 29 de mayo de 2008) (preparado por la Secretaría del UNIDROIT) - octubre de 2008, n.º 64.

¹⁰⁰ J. S. ZIEGEL. «The UNIDROIT Contract Principles, CISG and National Law». En *Los Principios de UNIDROIT* (nota 9 *supra*), p. 221.

desarrollados por UNIDROIT; (2) los antecedentes de los Principios y de la CISG fueron textos paralelos; y (3) la CISG reproduce reglas prototípicas de la *lex mercatoria* que eran anteriores a la formulación de la CISG o de los Principios.

Esta historia de éxito abarca ambos instrumentos, en los que triunfan la uniformidad y la internacionalidad —uniformidad en cuanto a las normas y sus efectos jurídicos—. En 1994, el instrumento más joven rindió homenaje a su hermano gemelo, como demuestran dos hechos. En primer lugar, el proyecto inicial de los Principios copiaba muchas disposiciones de la CISG. En segundo lugar, el único texto jurídico al que se hace referencia en los Comentarios a los Principios es la propia CISG, reconociendo así el origen normativo del texto.

Además de la influencia de las disposiciones de la CISG en los UPICC, hemos visto la relevancia de los escritos académicos sobre la CISG y su historia legislativa, así como el impacto de la Convención en algunos de los Comentarios de los Principios. La influencia del contrato de compraventa también se manifiesta en los ejemplos mencionados en los Principios, siendo la compraventa y las materias conexas el tipo más frecuentemente invocado para ilustrar su impacto en los Principios. Por otra parte, en lo que respecta a la estructura, el estilo y la interpretación de los Principios, la publicación o no de los *travaux préparatoires* (actas resumidas), la CISG también se consideró un ejemplo para estos debates.

Este breve viaje retrospectivo no termina en el umbral de la primera edición, la de 1994, donde la Convención de Viena y los Principios del UNIDROIT se erigen como hermanos gemelos.¹⁰¹ El viaje culminó en un trabajo jurídico pionero de gran calidad, integrado en la CISG y coherente con ella, que configuró el derecho mercantil internacional como

¹⁰¹ Para algunos autores, la CISG se considera el padrino de los Principios: U. MAGNUS. «Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht». En *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*(RabelsZ), 1995, pp. 492-493.

modelo para futuros desarrollos. La primera edición (color rojo) no fue el punto final, sino el punto de partida para construir un verdadero código de obligaciones y contratos comerciales internacionales, llenos de colores. La historia de los Principios continuó con las sucesivas ediciones, ampliándose a nuevos ámbitos en los que la relación entre la CISG y los UPICC era más débil, evolucionando de hermanos en la edición de 2004 (en naranja) a primos lejanos en 2010 (en azul); sin embargo, en la edición de 2016 (en verde), la relación puede compararse a la de un matrimonio. Esta edición pretende ajustar las características de los contratos a largo plazo a los Principios, arrojando luz sobre la CISG para adaptarla a los contratos de compraventa de mercaderías a largo plazo, un ámbito que la CISG sin duda puede cubrir.

La historia termina con un arco iris de colores: amarillo, añil y violeta. No sabemos lo que nos depara el futuro, tal vez una vuelta a los Principios en el enfoque de codificación progresiva seguido desde su creación. Se trata de un acontecimiento feliz para la comunidad empresarial internacional: la celebración histórica del 30.º aniversario de los Principios del UNIDROIT, en Roma, sede del UNIDROIT en el mes de mayo, que evoca la firma de la primera edición de los Principios.

TERMINACIÓN DE CONTRATOS A LARGO PLAZO «POR MOTIVOS IMPERIOSOS» SEGÚN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT: LOS ORÍGENES ALEMANES*

*Stefan Vogenauer***

INTRODUCCIÓN

En mayo de 2011, el Consejo de Gobierno del UNIDROIT adoptó los Principios UNIDROIT 2010, la tercera edición de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (los PICC).¹ Al igual que en las dos versiones anteriores, la nueva edición fue elaborada por un grupo de trabajo compuesto por distinguidos académicos y abogados en ejercicio de todo el mundo; sin embargo, durante más de treinta años, una sola persona ha sido la fuerza impulsora detrás de la elaboración y la adopción definitiva del instrumento: Joachim Bonell reactivó la iniciativa del UNIDROIT para una «codificación progresiva del derecho de las obligaciones contractuales» cuando asumió la presidencia del grupo de trabajo correspondiente en 1980, y parece que desde entonces no ha mirado atrás. Casi inmediatamente después de la adopción de la tercera edición de los PICC, se le encargó la redacción de un conjunto de «cláusulas modelo» destinadas a ayudar a las partes

* Traducción a cargo del profesor Sergio García Long, corresponsal del UNIDROIT, y reproducido con el amable permiso del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado - UNIDROIT y de la autora. Publicado originalmente como S. VOGENAUER. «Termination of long-term contracts 'for compelling reasons' under the UNIDROIT Principles: The German origins». En *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, Vol. 2. Roma, UNIDROIT 2016, pp. 1698-1713.

** Director del Instituto Max Planck de Historia Jurídica Europea, Fráncfort del Meno. Estoy muy agradecido al Dr. Felix Steffek, de Cambridge, por su enorme ayuda en la preparación de esta contribución.

¹ UNIDROIT 2011, C.D. (90) 18, julio 2011, párrafo 41.

que deseen utilizar el instrumento.² Incluso antes de que estas cláusulas modelo fueran adoptadas por el Consejo de Gobierno en marzo de 2013, preparó un memorándum sobre «posibles trabajos futuros sobre contratos a largo plazo» que dio lugar a una nueva redacción de los PICC.³

Esta contribución, escrita en honor al profesor Bonell, se centrará en un aspecto concreto, y posiblemente el más controvertido, de esta reciente iniciativa, a saber, el derecho de cualquiera de las partes a terminar un contrato a largo plazo «por razones imperiosas». Según el borrador más reciente de la disposición pertinente, tal motivo existiría «si, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto y sopesando los intereses de ambas partes, fuera manifiestamente irrazonable esperar que la parte que termine el contrato continúe la relación».⁴

Aunque es posible que la enmienda propuesta a los PICC se haya adoptado en el momento de la publicación del presente libro,⁵ algunas cuestiones cruciales aún no se han resuelto o, al menos, no se han hecho

² UNIDROIT, Model Clauses for the Use by Parties of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2013): <<http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses>>; para una visión general, véase M. J. BONELL. «Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts». En *Uniform Law Review*, 2013, p. 473 y ss.

³ UNIDROIT 2013, C.D. (92) 4 (b), marzo 2013.

⁴ Para consultar la última versión preliminar disponible en el dominio público, véase «UNIDROIT News». En *Uniform Law Review*, 2015, p. 662 y ss., p. 676 se sugiere añadir en el capítulo 6 una tercera sección titulada «Terminación por motivos imperiosos», compuesta por uno (o varios) artículos en los que se establezca que:

«Los contratos a largo plazo podrán ser terminados por cualquiera de las partes por motivos imperiosos. Se considerará que existe un motivo imperioso si, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto y sopesando los intereses de ambas partes, resultara manifiestamente irrazonable esperar que la parte que termine el contrato continúe la relación.

El derecho a terminar el contrato por razones imperiosas se ejerce mediante notificación a la otra parte.

En lo que respecta a los efectos de la terminación por razones imperiosas, se aplicarán los artículos 7.3.5 y 7.3.7 con las adaptaciones oportunas.

⁵ Se espera que el Consejo de Gobierno del UNIDROIT tenga la oportunidad de considerar la adopción de las nuevas normas en su 95.^a sesión, que se celebrará en mayo de 2016: <<http://www.unidroit.org/work-in-progress-studies/current-studies/long-term-contracts>>.

públicas en el momento de redactar este artículo. Entre ellas se encuentra la propia definición de lo que es realmente un «contrato a largo plazo».⁶ Por lo tanto, sería prematuro ofrecer comentarios detallados sobre el contenido del nuevo artículo (o artículos) sobre la terminación; sin embargo, es posible decir algunas palabras sobre sus orígenes. Al igual que la mayoría de las disposiciones de los PICC, los antecedentes históricos comprenden dos elementos, que trataré por separado. En primer lugar, está la historia de la redacción en sentido estricto, de la que daré una breve reseña en la parte 1 de esta contribución. En segundo lugar, están los antecedentes más amplios constituidos por los regímenes de derecho contractual internacional y nacional que sirvieron de inspiración en el proceso de redacción. En el caso de las nuevas normas sobre la terminación de contratos a largo plazo, los redactores se remitieron con frecuencia al artículo 314 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB). Por lo tanto, espero que quienes estén interesados en los PICC también deseen conocer más detalles sobre el régimen alemán de terminación de contratos a largo plazo, que analizaré con cierto detalle en la parte 2.

1. REFERENCIAS A LA LEGISLACIÓN ALEMANA DURANTE LA HISTORIA DE LA REDACCIÓN

La idea general de adoptar un enfoque más coherente en todo los PICC con respecto a las cuestiones que surgen especialmente en el contexto de los contratos a largo plazo y, más concretamente, de añadir una regla sobre la terminación de dichos contratos «por causa» (o «por causa justificada») se planteó ya en 2005, durante los trabajos preparatorios que finalmente darían lugar a la tercera edición de 2010.⁷ En aquel momento, el Grupo de Trabajo asignó la tarea de preparar el borrador correspon-

⁶ Si bien el borrador anuncia que se incluirá una definición de «contratos a largo plazo» en las reglas escritas de los PICC, no dice nada sobre la redacción de dicha definición: «UNIDROIT News» (nota 4 *supra*) p. 670.

⁷ UNIDROIT 2006, Study L - Doc. 99, marzo 2006, párrafos 9, 32.

diente a un profesor de derecho suizo, François Dessemontet. Este elaboró un documento de posición con disposiciones provisionales sobre la terminación de contratos a largo plazo «por causa justificada». El documento reconocía que, en los debates anteriores del Grupo de Trabajo sobre la conveniencia de estudiar la introducción de normas de este tipo, «el actual artículo 314 del *BGB* [...] parece haber desempeñado un papel importante».⁸ Para ilustrar el tipo de circunstancias que podrían constituir una «causa justificada» y, por lo tanto, dar derecho a una parte a terminar el contrato, se refirió a tres casos resueltos por la Corte Federal suiza y la Corte Suprema alemana, respectivamente. Toda la bibliografía sobre terminación que citó en su bibliografía era alemana o (alemán-)suiza.⁹ Tras nuevas deliberaciones del Grupo de Trabajo, el profesor Dessemontet elaboró un segundo conjunto de disposiciones provisionales que volvían a hacer referencia al artículo 314 del *BGB*.¹⁰ La esencia del proyecto era que un contrato a largo plazo «podrá ser terminado por cualquiera de las partes en cualquier momento, en circunstancias excepcionales, por causa justificada», entendiéndose que existe «causa justificada para la terminación» cuando «no pueda esperarse razonablemente que la parte que ha terminado el contrato continúe con el mismo».¹¹

Si bien el Grupo de Trabajo se mostró en general favorable a tratar la cuestión en los PICC, existía una gran preocupación por que cualquier regla de este tipo pudiera socavar el principio de vinculatoriedad de los contratos y, por lo tanto, reducir la aceptación de los PICC entre los profesionales.¹² Por lo tanto, se decidió que «debía hacerse hincapié en

⁸ UNIDROIT 2007, Study L - Doc. 104, enero 2007, p. 3. El texto de la disposición figuraba en un Anexo del documento: *ibid.*, p. 11.

⁹ UNIDROIT 2007, Study L - Doc. 104, enero 2007, pp. 6-7, 14.

¹⁰ UNIDROIT 2009, Study L - Doc. 109, enero 2009, p. 11 (volviendo a reproducir el texto completo de la disposición).

¹¹ UNIDROIT 2009, Study L - Doc. 109, enero 2009, p. 9, proyecto de artículos 6.3.1 y 6.3.2.

¹² UNIDROIT 2006, Study L - Misc. 26, octubre 2006, párrafo 295 (A. M. Garro); UNIDROIT 2007, Study L - Doc. 104, enero 2007, p. 3. Véase también UNIDROIT 2007, Study L - Misc. 27, noviembre 2007, párrafo 600 (C. Chappuis): «la mera idea de abordar el tema de la terminación de contratos a largo plazo por causa justificada había suscitado algunas reservas bastante fuertes».

la aplicación excepcional de la terminación por causa justificada como último recurso» y que «el alcance de las reglas propuestas debía ser muy limitado y definirse con la mayor precisión posible».¹³ No es descabellado suponer que estas preocupaciones estaban relacionadas con el hecho de que un mecanismo del tipo previsto en el proyecto era completamente ajeno a las tradiciones jurídicas francesa y angloamericana. Así, pues, tal vez fuera cierto, como supuso el profesor Dessemontet, que el UNIDROIT «temía al gran malvado § 314 BGB», una norma que, según él, establecía un proceso más directo y claro para la terminación por causa justificada que cualquier otro mecanismo.¹⁴

Finalmente, en mayo de 2009, quedó claro que era imposible resolver todas las cuestiones a tiempo para la publicación de la edición de 2010 de los PICC, por lo que el Grupo de Trabajo decidió no continuar trabajando en la terminación de los contratos a largo plazo por «causa justificada» y dejar el tema para su debate futuro, posiblemente en el contexto de una cuarta edición de los PICC;¹⁵ sin embargo, a efectos de la presente contribución, es importante señalar que casi todos los miembros del Grupo de Trabajo mencionaron el artículo 314 del BGB en sus sesiones de 2006¹⁶ y 2008.¹⁷⁻¹⁸ La disposición se calificó de «punto de referencia muy útil para la solución que se adoptará en los Principios» y

¹³ UNIDROIT 2008, Study L - Misc. 28, octubre 2008, párrafo 654 (M. J. Bonell); UNIDROIT 2009, Study L - Doc. 109, enero 2009, p. 3. Otro desacuerdo se refería a la cuestión de si la terminación «por causa justificada» debía requerir una decisión de un tribunal o juzgado (como en la tradición francesa) o si podía efectuarse mediante una simple notificación (como en la tradición alemana): *ibid.*, p. 1, 7-8.

¹⁴ F. DESSEMONTET. «Sanctity of Contracts vs. Termination for Cause: Why is UNIDROIT afraid of the Big Bad § 314 BGB?». En A. BÜCHLER y M. MÜLLER-CHEN (eds.). *Private Law: National - Global - Comparative. Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*. Bern, Stämpfli, 2011, p. 395 y ss., pp. 403-404.

¹⁵ UNIDROIT 2009, Study L - Misc. 29, octubre 2009, párrafo 134 (M. J. Bonell); UNIDROIT 2010, Reporte Anual 2009, C.D. (89) 2, p. 16.

¹⁶ UNIDROIT 2006, Study L - Misc. 26, octubre 2006, párrafos 278 y 281 (M. J. Bonell), 302 (A. S. Hartkamp).

¹⁷ UNIDROIT 2008, Study L - Misc. 28, octubre 2008, párrafo 632 (H. Kronke), 634 (A. S. Hartkamp), 652 (A. M. Garro).

¹⁸ El tema no se debatió en la sesión de 2007: UNIDROIT 2007, Study L - Misc. 27, octubre 2007, párrafos 599-603.

de «modelo para los Principios».¹⁹ Incluso aquellos miembros que se mostraban escépticos sobre la introducción de una regla sobre la terminación apreciaron la redacción del artículo 314 del *BGB* y consideraron que era un precedente impresionante.²⁰

El memorándum mencionado anteriormente del profesor Bonell, de marzo de 2013, que proponía «trabajos futuros sobre los contratos a largo plazo», volvió a destacar una cuestión como especialmente importante: ¿debería existir una regla por defecto que estableciera «si, y en qué medida, las partes de los contratos a largo plazo tienen derecho, incluso en ausencia de cualquier disposición especial al efecto en el contrato, a terminar su contrato por ruptura irreparable de la confianza mutua (lo que se denomina “terminación por causa justificada”)?»²¹ Una vez más, se mencionó el artículo 314 del *BGB* como posible modelo.²²

En su sesión de mayo de 2013, el Consejo de Gobierno tomó nota del memorándum e invitó a la Secretaría del UNIDROIT a realizar más investigaciones.²³ Más adelante ese mismo año, la Asamblea General de UNIDROIT aprobó su programa de trabajo para el trienio 2014-2016. Este incluía futuras actividades legislativas relacionadas con los contratos a largo plazo, aunque a estas solo se les asignó una «prioridad baja».²⁴ Una consulta posterior realizada por la Secretaría entre académicos y profesionales con experiencia específica en los PICC puso de manifiesto un deseo general de continuar con estas actividades y, más concreta-

¹⁹ UNIDROIT 2006, Study L - Misc. 26, octubre 2006, párrafos 286 y 294 (O. Lando); cf. párrafo 306 (M. J. Bonell): «un término de referencia muy útil».

²⁰ UNIDROIT 2006, Study L - Misc. 26, octubre 2006, párrafos 299 (H. D. Gabriel), 300 (B. Fauvarque-Cosson); véase también párrafo 298 (P.-A. Crépeau).

²¹ UNIDROIT 2013, C.D. (92) 4 (b), marzo 2013 (nota 3 anterior) párrafo 13. El pasaje ya figuraba en un memorándum preparado por la Secretaría dos meses antes, con la importante diferencia de que el primer memorándum todavía hablaba de la «terminación por causa justificada»: UNIDROIT C.D. (92) 13, enero 2013, párrafo 7.

²² UNIDROIT 2013, C.D. (92) 4 (b), marzo 2013 (nota 3 anterior) párrafo 13.

²³ UNIDROIT 2013, C.D. (92) 17, agosto 2013, párrafo 33.

²⁴ UNIDROIT 2013, A.G. (72) 9, diciembre 2013, párrafo 22, con Anexo III A. Véase UNIDROIT 2013, C.D. (92) 17, agosto 2013, párrafo 111.

mente, encontró un «fuerte apoyo» a la propuesta de «abordar la cuestión de la denominada terminación por causa justificada», incluso por parte de eminentes juristas del *common law*.²⁵ A continuación, el Consejo de Gobierno encargó a la Secretaría que creara un grupo de trabajo para impulsar los trabajos sobre los contratos a largo plazo,²⁶ y el profesor Bonell preparó un documento de posición para el grupo.²⁷

El Grupo de Trabajo sobre Contratos a Largo Plazo se reunió por primera vez en enero de 2015. Estuvo presidido por el profesor Bonell y compuesto por otros tres profesores de derecho (de Alemania, Suiza y Estados Unidos), un juez jubilado de Inglaterra y dos profesionales internacionales con sede en París. Contaron con la asistencia de un grupo de seis observadores que representaban a varias organizaciones internacionales, como la UNCITRAL, la ICC y los intereses empresariales.²⁸ Hubo un amplio consenso en que debía incluirse en los PICC una disposición sobre la terminación de los contratos a largo plazo, aunque tendría que ser una regla por defecto de la que las partes contratantes pudieran apartarse redactando sus propias cláusulas de terminación.²⁹ Se debatieron ampliamente los requisitos precisos de lo que ahora se denominaba «terminación por motivos imperiosos», así como sus consecuencias.³⁰ Se suponía que los resultados de estos debates (resumidos en la introducción de esta contribución) se perfeccionarían en una segunda

²⁵ UNIDROIT 2014, C.D. (93) 3, marzo 2014, párrafo 15, con especial referencia al juez Paul Finn, de la Corte Federal de Australia, y al profesor Neil Cohen, de la Facultad de Derecho de Brooklyn, que ha estado y sigue estando muy involucrado en la reforma del Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos. Algunos de los comentarios y sugerencias recibidos durante la consulta se recogen en el Anexo I del UNIDROIT 2014, Study L - Doc. 126, octubre 2014.

²⁶ UNIDROIT 2014, C.D. (93) Misc. 2, mayo 2014, párrafo 7.

²⁷ UNIDROIT 2014, Study L - Doc. 126, October 2014, párrafos 41 y 42. El documento repetía en su mayor parte los comentarios sustantivos sobre la «terminación por causa justificada» formulados en el Memorándum de marzo de 2013 (nota 21 *supra*) y planteaba una serie de cuestiones para que el Grupo de Trabajo las examinara.

²⁸ Los miembros y observadores del Grupo de Trabajo figuran en el anexo I de UNIDROIT 2015, Study L - Misc. 31 Rev, marzo 2015.

²⁹ UNIDROIT 2015, Study L - Misc. 31 Rev, marzo 2015, párrafos 77-83. Curiosamente, la oposición a dicha norma solo fue expresada por abogados en ejercicio (*ibid.*, párrafo 79).

³⁰ UNIDROIT 2015, Study L - Misc. 31 Rev, marzo 2015, párrafos 84-109.

reunión del Grupo de Trabajo en octubre de 2015, con vistas a su presentación al Consejo de Gobierno para su adopción en mayo de 2016.³¹

Independientemente del resultado final de este proceso, el factor que debe destacarse en esta etapa es que, al igual que durante la preparación de la edición de 2010 de los PICC, el artículo 314 del *BGB* se mencionó como modelo en los documentos y debates importantes a lo largo de la historia de la redacción.³² Una formulación provisional de lo que constituye una «razón imperiosa»³³ fue propuesta por primera vez, con referencia directa a «la redacción de la disposición alemana», por el miembro inglés del Grupo de Trabajo, que contó con el apoyo del Secretario General del UNIDROIT porque dicha redacción «captaba la formulación alemana», y que la convirtió en el borrador definitivo en colaboración con el miembro alemán del Grupo.³⁴

2. LEGISLACIÓN ALEMANA SOBRE LA TERMINACIÓN POR «MOTIVOS IMPERIOSOS»

A estas alturas debería haber quedado claro que la nueva disposición sobre la terminación por motivos imperiosos es uno de los pocos ejemplos en los que una norma de los PICC se inspira muy estrechamente en el ejemplo de una única ley contractual nacional.³⁵ Otras leyes contractuales solo se mencionaron de forma ocasional, por ejemplo, las normas

³¹ UNIDROIT News (nota 4 *supra*), p. 680.

³² UNIDROIT 2013, C.D. (92) 4 (b), marzo 2013, párrafo 13 (nota 22 *supra*); UNIDROIT 2014, Study L - Doc. 126, octubre 2014 párrafo 41; UNIDROIT 2015, Study L - Misc. 31 Rev, marzo 2015, párrafo 84.

³³ Véase la nota 4 *supra*.

³⁴ UNIDROIT 2015, Study L - Misc. 31 Rev, marzo 2015, párrafos 89 (V. Ramsey), 90 (J. A. Estrella Faria) y 125 (R. Zimmermann y V. Ramsey).

³⁵ Otro ejemplo es el artículo 5.1.7 PICC: véase S. VOGENAUER. «Verzicht auf eine vertragliche Forderung im Europäischen Vertragsrecht und im Recht der internationalen Handelsverträge». En S. GRUNDMANN *et al.* (eds.). *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag*. Berlin, de Gruyter, 2010, p. 247 y ss.

italianas sobre la terminación de determinados tipos de contratos relacionales, como las asociaciones, por motivos excepcionales;³⁶ una decisión de la Corte Superior de Justicia de Brasil;³⁷ y un caso resuelto por la Corte Federal de Australia.³⁸ En todo caso, hubo referencias ocasionales a la jurisprudencia de los tribunales suizos, que es muy similar a la solución alemana.³⁹ Los diversos contratos modelo de la CCI sobre agencia, distribución y franquicia, todos los cuales contienen cláusulas relativamente detalladas sobre la terminación en «circunstancias excepcionales», apenas se mencionaron y no se debatieron más a fondo.⁴⁰

¿Cuál es, entonces, la legislación alemana sobre la terminación de contratos a largo plazo por motivos imperiosos? A continuación, analizaré las disposiciones legales pertinentes y ofreceré una breve visión general de la jurisprudencia.

³⁶ UNIDROIT 2006, Study L - Misc. 26, octubre 2006, párrafo 281, con referencia al artículo 2272 del *Codice Civile*. También se podría haber hecho referencia a los artículos 1564 y 1569 del *Codice Civile*.

³⁷ UNIDROIT 2009, Study L - Doc. 109, enero 2009, pp. 12-13.

³⁸ UNIDROIT 2014, Study L - Doc. 126, octubre 2014, párrafo 42.

³⁹ UNIDROIT 2007, Study L - Doc. 104, enero 2007, p. 6 (véase nota 9 supra); UNIDROIT 2008, Study L - Misc. 28, octubre 2008, párrafo 637 (C. Chappuis); F. Dessemontet (nota 14 supra) 404; UNIDROIT 2014, Study L - Doc. 126, octubre 2014, párrafo 77 (C. Chappuis), con referencia a una reformulación (privada) de esta jurisprudencia en el artículo 145 de C. HUGUENIN y R. M. HILTY (eds.). *Schweizer Obligationenrecht 2020: Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil*. Zürich, Schulthess, 2013:

«Art. 145 Terminación extraordinaria.

(1) Un contrato indefinido podrá terminarse en cualquier momento por causa justificada; se considerará causa justificada cualquier circunstancia que haga insostenible la continuación del contrato para la parte que notifique.

(2) Si no existe causa justificada, se presumirá que la terminación del contrato indefinido es una terminación ordinaria».

⁴⁰ UNIDROIT 2006, Study L - Misc. 26, octubre 2006, párrafo 277 (C. Chappuis); UNIDROIT 2015, Study L - Misc. 31 Rev, marzo 2015, párrafos 77, 102 (C. Chappuis) y 88 (N. B. Cohen). Véase, por ejemplo, ICC Model Form of International Sole Distributorship Contract, artículos 20.1 y 20.4., que establecen que cada parte podrá terminar el contrato con efecto inmediato en caso de incumplimiento sustancial por parte de la otra parte o «en caso de circunstancias excepcionales que justifiquen la terminación anticipada», y a continuación enumeran una serie de ejemplos de tales circunstancias: «quiebra, moratoria, administración judicial, liquidación o cualquier tipo de acuerdo entre el deudor y los acreedores, o cualquier otra circunstancia que pueda afectar sustancialmente a la capacidad de esa parte para cumplir sus obligaciones en virtud del presente contrato».

2.1. *Marco legal*

El artículo 314 del Código Civil alemán (*BGB*) establece lo siguiente:

Terminación, por causa justificada, de los contratos para el cumplimiento de una obligación continua:

- (1) Cada parte podrá terminar un contrato para el cumplimiento de una obligación continua por causa justificada sin previo aviso. Existirá causa justificada si la parte que termine, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto y sopesando los intereses de ambas partes, no puede esperar razonablemente continuar la relación contractual hasta la fecha acordada o hasta la expiración del plazo de preaviso.
- (2) Si la causa justificada consiste en el incumplimiento de una obligación contractual, el contrato solo podrá terminarse tras la expiración sin resultado de un plazo especificado para la subsanación o tras una advertencia sin resultado. El artículo 323, apartado 2, números 1 y 2, se aplica, con las modificaciones necesarias, en lo que respecta a la dispensabilidad de especificar un plazo para dicha subsanación y en lo que respecta a la dispensabilidad de una advertencia. También se puede prescindir de la fijación de un plazo para la subsanación y de la emisión de una advertencia si concurren circunstancias especiales que, tras sopesar los intereses de ambas partes, justifican la terminación inmediata.
- (3) La persona con derecho a ello solo podrá notificarlo dentro de un plazo razonable tras tener conocimiento del motivo de la terminación.
- (4) El derecho a exigir una indemnización por daños y perjuicios no queda excluido por la terminación.

La disposición es un poco complicada en el original, y no necesariamente se vuelve más elegante en la traducción semioficial producida

bajo los auspicios del Ministerio de Justicia⁴¹ que se ha utilizado para los fines de esta contribución. Ambos comentarios se aplican con igual fuerza al § 323(2) del *BGB*, al que se hace referencia cruzada en el § 314(2) del *BGB*. Según su título oficial, el artículo 323 del *BGB* trata de la «Resolución por incumplimiento o por cumplimiento no conforme con el contrato», y el segundo párrafo de la disposición dice lo siguiente:

- (2) La especificación de un plazo podrá prescindirse si
1. el deudor se niega de manera seria y definitiva a cumplir,
 2. el deudor no cumple en la fecha especificada en el contrato o dentro del plazo especificado en el contrato, a pesar de que, según una notificación enviada por el acreedor al deudor antes de la celebración del contrato o en función de otras circunstancias existentes en el momento de su celebración, el cumplimiento en la fecha especificada o dentro del plazo especificado es de importancia esencial para el acreedor, o
 3. [...]

El artículo 314 del *BGB* es una incorporación relativamente reciente al Código Civil. Se introdujo en el marco de la revisión fundamental del derecho de obligaciones alemán en 2002;⁴² sin embargo, su esencia era ya una parte generalmente reconocida del derecho alemán desde principios del siglo XX. Basándose en una analogía con las normas específicas sobre la terminación de los contratos de arrendamiento, los contratos de

⁴¹ <www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html>. El profesor Dessemontet se basó en una traducción ligeramente diferente, es decir, <<http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=632>>: UNIDROIT 2007, Study L - Doc. 104, enero 2007, p. 11.

⁴² Para obtener una visión general completa de la reforma, véase R. ZIMMERMANN. *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*. Oxford, Oxford University Press, 2005.

trabajo y los acuerdos por los que se constituyen sociedades civiles (*Gesellschaft bürgerlichen Rechts*) en el Código Civil original de 1900⁴³ y remitiéndose al deber general de las partes de cumplir los contratos de buena fe,⁴⁴ los tribunales y la doctrina jurídica habían desarrollado un principio general del derecho según el cual cualquier tipo de contrato que implicara el cumplimiento de obligaciones continuadas podía terminarse si existía una razón de peso. Más adelante en el siglo, la jurisprudencia se había consolidado hasta tal punto que el principio se consideraba que tenía fuerza de derecho consuetudinario.⁴⁵ Al promulgar el artículo 314 del *BGB*, el legislador se limitó a codificar la legislación anterior mediante la inserción de una disposición en la parte del Código que se ocupa de las «obligaciones contractuales» en general.⁴⁶ No había ninguna intención de apartarse de la jurisprudencia anterior a 2002, por lo que las decisiones pertinentes siguen considerándose jurisprudencia válida y siguen siendo relevantes para la interpretación del artículo 314 del *BGB*.⁴⁷

2.2. *Requisitos*

a) *Contrato para el cumplimiento de una obligación continua*

El artículo 314 del *BGB* se aplica a cualquier «contrato para el cumplimiento de una obligación continuada» (*Dauerschuldverhältnis*), un concepto que resulta muy difícil de definir en abstracto y que también se ha

⁴³ §§ 554 (ahora 543), 626 y 723 *BGB*.

⁴⁴ § 242 *BGB*.

⁴⁵ R. MEYER-PRITZL, §§ 313-314: «Störung der Geschäftsgrundlage. Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund». En M. SCHMOECKEL, J. RÜCKERT y R. ZIMMERMANN (eds.). *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Vol. II/2, Tübingen, Mohr Siebeck 2007, párrafo 78.

⁴⁶ Notas Explicativas al proyecto de reforma parlamentaria, BT-Drs. 14/6040, pp. 94, 177.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, la facilidad con la que el BGH, NJW 2012, 1431, 1433 se refiere al BGH, NJW 1986, 3134 para la interpretación del § 314 *BGB*.

traducido como «contrato para el cumplimiento de una obligación recurrente».⁴⁸ Se ha escrito mucho sobre la «naturaleza» del *Dauerschuldverhältnis*.⁴⁹ Los intentos de definición ponen de relieve que debe existir un «elemento temporal» en los contratos en cuestión que dé lugar a obligaciones continuadas entre las partes:⁵⁰ surgen continuamente obligaciones de cumplimiento y protección entre las partes, lo que distingue a estos contratos de aquellos cuyo objetivo es un mero intercambio puntual de prestaciones.⁵¹ Normalmente, requieren una conducta duradera de las partes o actos recurrentes de cumplimiento.⁵² También se dice que se caracterizan por el hecho de que el importe o volumen real de la obligación contractual no se conoce de antemano, sino que dependerá de la duración del contrato.⁵³

Afortunadamente, existe un consenso mucho más amplio sobre los tipos de contratos que se clasifican como *Dauerschuldverhältnisse* que sobre la definición abstracta del término. En general, se reconoce que estos incluyen algunos tipos de contratos que están específicamente previstos en el Código Civil, como los contratos de arrendamiento, los contratos de préstamo, los contratos de servicios, los acuerdos por los que se establece una sociedad de derecho privado y los contratos de seguro.⁵⁴ También se clasifican como «contratos para el cumplimiento de una obligación continua» diversos tipos de contratos que se han desarrollado en la práctica jurídica y que no están previstos en el *BGB*. Algunos de los ejemplos más destacados son los contratos relacionados con el *factoring*, las franquicias, la gestión de instalaciones, el suministro de cerveza,

⁴⁸ <<http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=632>>.

⁴⁹ Para una visión general, véase L. MICHALSKI. «Zur Rechtsnatur des Dauerschuldverhältnisses». En *Juristische Ausbildung*, 1979, p. 401 y ss.

⁵⁰ R. GAIER, § 314, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*. Vol. II, 7.^a ed. München, Beck, 2015, párrafo 5.

⁵¹ R. GAIER (nota 50 *supra*) § 314 párrafo 5; Ch. GRÜNEBERG, § 314, en *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 74.^a ed. München, Beck, 2015, párrafo 2.

⁵² *Ibid.*

⁵³ R. GAIER (nota 50 *supra*) § 314 párrafo 5; D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, 12.^a ed. München, Vahlen, 2014, párrafo 789.

⁵⁴ Ch. GRÜNEBERG (nota 50 *supra*), § 314 párrafo 2.

la prestación de servicios de cuidado, el almacenamiento, el arbitraje, la concesión de licencias y la edición.⁵⁵

Pero las cosas no son tan sencillas como parecen: ¿qué ocurre con el contrato entre una fábrica de cerveza y un bar para el suministro de cerveza durante un periodo prolongado? Dependerá de si la cantidad total de cerveza que se va a suministrar se ha fijado desde el principio y se mantiene constante durante el período acordado. Si es así, no se trata de un *Dauerschuldverhältnis*, sino simplemente de un contrato de suministro de bienes que se fabrican y se entregan a plazos.⁵⁶ Este ejemplo muestra que la traducción como «contrato para el cumplimiento de una obligación continua» no refleja todos los matices del *Dauerschuldverhältnis* y puede incluso ser engañosa. Si la nueva edición de los PICC se refiere a «contratos a largo plazo», emplea un término igualmente impreciso, ni siquiera la mejor definición eliminará los problemas de categorización;⁵⁷ sin embargo, al menos tiene la ventaja de ser menos torpe. Por la misma razón, utilizaré el concepto de «contratos a largo plazo» cuando me refiera al derecho alemán en el resto de esta contribución.

b) Motivo imperioso para la terminación

El requisito más importante para la terminación de contratos a largo plazo según la legislación alemana es que exista una «razón imperiosa». En este caso, la traducción al inglés refleja mejor el significado jurídico del término que el original, que parece implicar un umbral mucho más débil al referirse a una *wichtiger Grund*, literalmente una (mera) «razón importante». Como se ha visto anteriormente, la segunda frase del artículo 314, apartado 1, del BGB intenta concretar este concepto abierto: existe una razón imperiosa para la terminación:

⁵⁵ Ch. GRÜNEBERG (nota 50 *supra*), § 314 párrafo 5, con más ejemplos.

⁵⁶ Ch. GRÜNEBERG (nota 50 *supra*), § 314 párrafo 2 y comentarios introductorios al § 311 párrafo 27.

⁵⁷ No es casualidad que definir el término «contrato de larga duración» parezca ser la tarea más difícil del Grupo de Trabajo (véase la nota 6 *supra*).

[...] si la parte que termine, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto y sopesando los intereses de ambas partes, no puede esperar razonablemente continuar la relación contractual hasta la fecha acordada o hasta la expiración del plazo de preaviso.

Es imposible pasar por alto que aquí tenemos a un legislador que simplemente sustituye una noción ambigua por una serie de normas igualmente abiertas, aunque de forma consciente: la formulación «general» elegida tenía por objeto crear la flexibilidad necesaria para adaptarse a las especificidades de todos los tipos de contratos imaginables.⁵⁸ Por lo tanto, la evaluación de si existe o no una razón de peso siempre será muy específica para cada caso.

Los tribunales han elaborado al menos algunas directrices y criterios generales: la evaluación requerida de todos los hechos relevantes viene determinada por las particularidades del tipo de contrato en cuestión;⁵⁹ el incumplimiento del contrato puede ser —y a menudo lo es— la base para establecer una razón imperiosa;⁶⁰ una multiplicidad de hechos menos importantes puede sumarse para constituir una razón imperiosa;⁶¹ el momento relevante para la existencia de una razón imperiosa es el momento en que se notifica la terminación;⁶² la mera sospecha de una conducta indebida de la otra parte que no pueda verificarse ni refutarse puede ser motivo de una razón imperiosa⁶³ (sin embargo, las partes deben demostrar los hechos que sustentan las sospechas antes de que el contrato pueda terminarse por ese motivo).⁶⁴

⁵⁸ Notas Explicativas (nota 46 *supra*) p. 178.

⁵⁹ BGH NJW 1981, 1264, 1265; R. GAIER (nota 50 *supra*), § 314 párrafo 10.

⁶⁰ A. STADLER, § 314, en *Jauernig Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch: BGB*, 16.ª ed. München, Beck, 2015, párrafo 6; S. LORENZ, § 314, en H. G. BAMBERGER y H. ROTH (eds.). *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*, Vol. I, 3.ª ed. München, Beck, 2012, párrafo 8; para los detalles véase R. GAIER (nota 50 *supra*), § 314 párrafo 11.

⁶¹ S. LORENZ (nota 60 *supra*), párrafo 8.

⁶² BGH NJW-RR 2008, pp. 1155, 1156.

⁶³ S. LORENZ (nota 60 *supra*), párrafo 14.

⁶⁴ Cf. BGH NJW 1990, pp. 40, 41.

Como regla general, los hechos que dan lugar a la causa de fuerza mayor deben situarse en la «esfera de riesgo» de la otra parte.⁶⁵ La asignación del riesgo depende de los términos del contrato, su finalidad y las normas legales pertinentes.⁶⁶ Si los hechos que dan lugar a la causa de fuerza mayor se sitúan dentro de la esfera de riesgo de la parte que desea terminar el contrato, dicha terminación solo será válida en circunstancias excepcionales.⁶⁷ Un elemento a tener en cuenta para establecer la causa justificada es si es aceptable que la parte que desea terminar el contrato utilice las opciones de terminación por incumplimiento que tiene a su disposición.⁶⁸ Si las partes tienen que interactuar personalmente en la ejecución del contrato, el umbral para encontrar una causa justificada tiende a ser más bajo.⁶⁹

La conducta culposa de la otra parte no es necesaria ni suficiente para alcanzar el umbral de una razón imperiosa.⁷⁰ Si la parte que desea terminar el contrato muestra una conducta culposa, esto no excluye necesariamente una razón imperiosa;⁷¹ sin embargo, si esa parte ha sido la principal responsable de la ruptura de la relación entre las partes o ha actuado de manera deshonesta, los tribunales no suelen considerar que exista una razón imperiosa.⁷²

Las situaciones en las que los tribunales aprobaron la terminación por una razón imperiosa incluyen el embarazo en relación con un contrato de gimnasio⁷³ y las actividades laborales habituales de una parte que reclama el pago en el contexto de un contrato de seguro que prevé una

⁶⁵ BGH, ZIP 2014, pp. 1382, 1385; BGH, NJW 2013, 2021, 2022.

⁶⁶ BGH, NJW 2010, pp. 1874, 1875.

⁶⁷ Ch. GRÜNEBERG (nota 50 *supra*), § 314, párrafo 7.

⁶⁸ W. FIKENTSCHER y A. HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10.^a ed. Berlin, de Gruyter, 2006, p. 292.

⁶⁹ D. LOOSCHELDERS (nota 53 *supra*) párrafo 795.

⁷⁰ BGH, NJW 1986, 3134, 3135; OLG München, NJW-RR 2009, 57, 58; R. GAIER (nota 50 *supra*), § 314 párrafo 10; Ch. GRÜNEBERG (nota 50 *supra*), BGB, § 314 párrafo 7; Notas Explicativas (nota 46 *supra*), p. 178.

⁷¹ BGH NJW 1981, 1264, 1265; LG Hamburg, NJW-RR 2005, pp. 187, 188.

⁷² BGH NJW 1981, 1264, 1265; BGH NJW-RR 2009, pp. 1189, 1192.

⁷³ BGH, NJW 2012, 1341 (véase la nota 122 más abajo); AG München, NJW-RR 2011, p. 67.

indemnización *per diem* por enfermedad.⁷⁴ Por el contrario, los tribunales rechazaron la terminación por una razón imperiosa en los siguientes casos: una persona que se muda a una zona diferente sin banda ancha de alta velocidad no puede terminar el contrato con su proveedor porque este no puede instalar la línea fija necesaria;⁷⁵ la fusión del deudor con otra empresa no es una razón imperiosa si la fusión no supone cambios sustanciales para la parte que desea terminar el contrato;⁷⁶ del mismo modo, no existe una razón imperiosa en el caso de la dimisión de un director de una empresa en relación con una garantía prestada por dicho director para una deuda de la empresa;⁷⁷ un contrato de almacenamiento celebrado por una empresa no puede terminarse simplemente porque la empresa se liquide debido a problemas financieros.⁷⁸

Estos ejemplos muestran que, a diferencia de las nuevas normas sobre terminación de los PICC, el artículo 314 del *BGB* se aplica tanto a los contratos comerciales como a los contratos de consumo. Como resultado, tal vez exista una tendencia a reducir el umbral para determinar la existencia de una causa justificada en los casos en que un consumidor desee terminar el contrato. Sin duda, cabe esperar que los árbitros que apliquen los PICC fijen el umbral en un nivel más alto; al menos, eso es lo que parece haber pretendido el Grupo de Trabajo.⁷⁹

Según la legislación alemana, el derecho a terminar por una razón imperiosa se entiende a menudo como una respuesta a cambios imprevisibles en las circunstancias que las partes habrían tenido en cuenta en el contrato si hubieran previsto dichos cambios.⁸⁰ Desde esta perspectiva, la terminación no constituye, para los abogados alemanes, una ex-

⁷⁴ *BGH NJW*-RR 2009, pp. 1189, 1191.

⁷⁵ *BGH, NJW*-RR 2011, p. 916.

⁷⁶ *BGH, NJW* 2014, pp. 1447, 1450.

⁷⁷ *BGH, NJW*-RR 2011, p. 1518.

⁷⁸ *BGH, NJW* 2005, 1360 (véase la nota 117 más abajo).

⁷⁹ Véase la nota 13 *supra*.

⁸⁰ *BGH, NJW* pp. 1702, 1704; cf. S. LORENZ (nota 60 *supra*), párrafo 7.

cepción injustificada al principio general de la inviolabilidad de los contratos. Esto también explica por qué las razones existentes antes de la celebración del contrato pueden constituir una razón imperiosa si eran desconocidas para la parte que desea terminar.⁸¹

c) *Expiración del plazo de gracia o del plazo de preaviso sin resultado*

Si la causa justificada consiste en el incumplimiento de una obligación, el contrato solo podrá terminarse tras la expiración sin resultado de un plazo especificado para subsanar el incumplimiento o tras una advertencia sin resultado. El objetivo de estos requisitos, previstos en el artículo 314, apartado 2, párrafo 1, del *BGB*, es poner en conocimiento de la otra parte la situación y anunciarle que pronto se tomarán medidas.⁸² La otra parte, al verse así confrontada con las posibles consecuencias de su conducta, tiene la oportunidad de cambiar su comportamiento.⁸³ Además, una advertencia puede contribuir a establecer la causa justificada en la medida en que la confianza en la relación contractual se ve especialmente comprometida si la otra parte no cesa en su conducta perjudicial a pesar de la advertencia.⁸⁴ Un plazo para subsanar el incumplimiento es adecuado si el incumplimiento de la obligación contractual continúa.⁸⁵ Un ejemplo típico es el incumplimiento continuado. Se debe emitir una advertencia si el incumplimiento se ha producido en el pasado, por ejemplo, el incumplimiento de una obligación de proteger los intereses de la otra parte que se produjo una sola vez y no tiene más consecuencias.

La notificación en la que se exige el alivio o se da la advertencia debe especificar claramente la conducta perjudicial y las graves consecuencias que se derivarán de su continuación.⁸⁶ Se debe informar a la otra parte

⁸¹ *BAG*, *NJW* 2002, pp. 162, 163.

⁸² S. LORENZ (nota 60 *supra*), párrafo 16.

⁸³ R. GAIER (nota 50 *supra*) § 314, párrafo 15.

⁸⁴ *BGH*, *NJW* 1992, pp. 496, 497; S. LORENZ (nota 60 *supra*), párrafo 17.

⁸⁵ R. GAIER (nota 50 *supra*) § 314, párrafo 16.

⁸⁶ Ch. GRÜNEBERG (nota 50 *supra*) § 314, párrafo 8.

de que la cooperación futura en virtud del contrato está en peligro.⁸⁷ La parte perjudicada debe especificar, o al menos indicar, el final del período de alivio. Si el período establecido es demasiado corto, comenzará a correr un período adecuado.⁸⁸

De conformidad con el artículo 314, apartado 2, número 2, se podrá prescindir de la fijación de un plazo para el cumplimiento o de la emisión de un aviso de advertencia si se cumplen las condiciones del artículo 323, apartado 2, números 1 y 2, del *BGB*. El número 1 se refiere a la situación en la que la otra parte se niega de forma grave y definitiva a cumplir. El número 2 se refiere a los casos en los que la otra parte no vuelve a adoptar una conducta aceptable y en los que el cumplimiento en la fecha especificada o dentro del plazo especificado en el contrato es de importancia esencial para la parte que desea terminar el contrato.

d) *Notificación de terminación*

Por último, la parte que invoca una causa justificada debe notificar la terminación a la otra parte (art. 314, apartado 1, párrafo 1, del *BGB*). La notificación no tiene que indicar los motivos de la terminación, lo más importante es que no es necesario mencionar la causa justificada;⁸⁹ Sin embargo, a petición de la otra parte, la parte que termine el contrato está obligada a indicar dichos motivos sin demora.⁹⁰

De conformidad con el artículo 314, apartado 3, del *BGB*, la parte con derecho a terminar debe notificarlo en un plazo razonable tras tener conocimiento de la razón imperiosa. El plazo comienza a partir del conocimiento efectivo. El desconocimiento por negligencia grave no da

⁸⁷ *BGH*, *NJW* 2012, p. 53.

⁸⁸ R. GAIER (nota 50 *supra*) § 314, párrafo 16.

⁸⁹ *OLG Nürnberg*, WM 2013, 979; Ch. GRÜNEBERG (nota 50 *supra*) § 314, párrafo 10.

⁹⁰ Esta obligación se basa generalmente en una analogía con el § 626(2)(3) *BGB*.

lugar al plazo de terminación.⁹¹ Esperar demasiado tiempo antes de notificarlo indica que la parte que desea terminar el contrato acepta continuar la relación contractual.⁹² Al garantizar que la notificación se realice con una rapidez razonable, el artículo 314, apartado 3, protege a la otra parte contra la incertidumbre prolongada con respecto a la existencia futura del contrato.⁹³

El plazo razonable depende del tipo de contrato y de las circunstancias específicas de cada caso.⁹⁴ En el caso de un contrato de concesión autorizada, se consideró que el plazo era de dos meses,⁹⁵ cuatro meses para un contrato de arrendamiento,⁹⁶ y tres meses para el arrendamiento de una explotación agrícola⁹⁷ también se consideraron razonables; por el contrario, en el caso de un contrato de agencia comercial, se consideró que dos meses de reflexión eran demasiado tiempo,⁹⁸ al igual que dos meses en el caso de un contrato de préstamo⁹⁹ y cinco años (!) en el caso de un arrendamiento comercial.¹⁰⁰

2.3. Remedios

a) Terminación

Si se cumplen los requisitos del artículo 314 del BGB, el contrato se termina sin más dilación de forma inmediata, aunque solo para el futuro,¹⁰¹ de modo que las obligaciones creadas antes de la terminación siguen vigentes¹⁰² y no es necesario devolver las prestaciones realizadas

⁹¹ Ch. GRÜNEBERG (nota 50 *supra*) § 314 párrafo 10.

⁹² OLG Düsseldorf, MDR 2010, p. 1447.

⁹³ R. GAIER (nota 50 *supra*) § 314, párrafo 20.

⁹⁴ Para los detalles, véase R. GAIER (nota 50 *supra*) § 314, párrafo 20.

⁹⁵ BGH, NJW 1994, p. 722.

⁹⁶ BGH, NJW-RR 2007, pp. 886, 887.

⁹⁷ BGH, NJW-RR 2010, p. 1500.

⁹⁸ BGH, NJW 1994, pp. 722, 723.

⁹⁹ OLG Karlsruhe, NJW-RR 2001, p. 1492.

¹⁰⁰ OLG Düsseldorf, MDR 2010, p. 1447.

¹⁰¹ L. BÖTTCHER, § 314, en *Erman Kommentar BGB*, 14.^a ed. Köln, Otto Schmidt, 2014, párrafo 17.

¹⁰² S. LORENZ (nota 60 *supra*), párrafo 23.

en el pasado.¹⁰³ La restitución de las prestaciones realizadas en el pasado solo se concederá en casos excepcionales si redundará en interés de ambas partes y no existen impedimentos importantes para la restitución.¹⁰⁴ La parte que desee terminar el contrato también puede conceder un plazo de gracia, con el efecto de que el contrato solo se termine al final de dicho plazo.¹⁰⁵

b) Indemnización por daños y perjuicios

La terminación de un contrato por una causa justificada no impide a la parte que ejerce reclamar una indemnización por daños y perjuicios (art. 314, apartado 4, del *BGB*). La indemnización por daños y perjuicios puede reclamarse tanto por hechos pasados como por consecuencias futuras derivadas de la conducta de la otra parte;¹⁰⁶ sin embargo, por lo general, la indemnización por daños y perjuicios por hechos futuros se limita a la terminación hipotética del contrato en la fecha de vencimiento, es decir, a la terminación sin que se produzca la causa justificada.¹⁰⁷

c) Relación con otros remedios

El artículo 314 del *BGB* refleja el principio general de que los contratos a largo plazo pueden terminarse si no cabe esperar razonablemente que continúen. Existen normas más específicas para determinados tipos de contratos a largo plazo.¹⁰⁸ Aunque la mayoría de ellas son anteriores a la promulgación del artículo 314 del *BGB*, prevalecen, de acuerdo con la máxima de *lex specialis* que se aplica a la interpretación y aplicación de

¹⁰³ R. GAIER (nota 50 *supra*) § 314, párrafo 20.

¹⁰⁴ BGH, NJW 2002, p. 1870.

¹⁰⁵ R. GAIER (nota 50 *supra*) § 314, párrafo 20.

¹⁰⁶ Ch. GRÜNEBERG (nota 50 *supra*) § 314, párrafo 10.

¹⁰⁷ W. FIKENTSCHER y A. HEINEMANN (nota 68 *supra*), p. 292; véase Ch. GRÜNEBERG (nota 50 *supra*), § 314, párrafo 11, con más información sobre las decisiones judiciales.

¹⁰⁸ Véase la nota 43 más abajo.

todas las disposiciones legales; sin embargo, en la medida en que el artículo 314 del *BGB* trata cuestiones específicas que han sido omitidas en las disposiciones más específicas, se plantea la cuestión de si el primero puede utilizarse para completar las segundas. La respuesta es mayoritariamente afirmativa.¹⁰⁹ En virtud de los PICC, esta cuestión no será relevante.

Mucho más pertinente es la relación entre la terminación por motivos imperiosos prevista en el artículo 314 del *BGB* y las medidas correctivas previstas en los casos de «desaparición de la base del negocio» (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) que se establecen en el artículo 313 del *BGB*. Existe un posible solapamiento, ya que ciertos cambios imprevisibles en las circunstancias pueden cumplir los requisitos de ambas disposiciones,¹¹⁰ por lo que existe una considerable incertidumbre sobre cuál de las dos prevalece en tales casos. Algunos sugieren que prevalece el § 313 del *BGB*, otros que prevalece el § 314, y una tercera opinión sostiene que ambos coexisten independientemente el uno del otro, y que el demandante puede acogerse a sus remedios combinados.¹¹¹ Sea como fuere, la adaptación del contrato solo es posible en virtud de la norma de tipo *hardship* sobre el colapso de la base de la transacción.

A pesar de las repetidas afirmaciones en sentido contrario,¹¹² no sería sorprendente que la delimitación de los dos desencadenantes estrechamente relacionados de las medidas correctivas (*hardship* y razón imperiosa) se convirtiera también en una cuestión candente en los nuevo PICC.

¹⁰⁹ K. VON HASE. «Fristlose Kündigung und Abmahnung nach neuem Recht». En *NJW*, 2002, p. 2278 y ss; D. LOOSCHELDERS (nota 53 *supra*), párrafo 802.

¹¹⁰ Véase la nota 80 más abajo.

¹¹¹ Para una visión general, véase L. BÖTTCHER (nota 101 *supra*), párrafo 16.

¹¹² Véase UNIDROIT 2007, Study L - Doc. 104, enero 2007, p. 4.

2.4. *Carácter obligatorio*

En esencia, el artículo 314 del *BGB* es una norma imperativa.¹¹³ Las cláusulas contractuales estándar para los consumidores no pueden excluir el derecho de terminación por motivos imperiosos ni establecer requisitos adicionales para su ejercicio que puedan impedir al consumidor ejercer dicho derecho;¹¹⁴ por el contrario, los acuerdos contractuales individuales pueden limitar el derecho de terminación por motivos imperiosos, aunque no pueden excluirlo en su totalidad.¹¹⁵ El hecho de que se dificulte a las partes desviarse del artículo 314 del *BGB* puede reflejar nuevamente el ámbito de aplicación de la disposición, que se extiende en gran medida a los contratos de consumo.

Los PICC adoptarán una posición diametralmente opuesta, como corresponde a un régimen que establece normas para los contratos comerciales internacionales. Desde el principio de los trabajos de redacción de las nuevas reglas sobre la terminación por motivos imperiosos, quedó claro que estas reglas serían por defecto, es decir que las partes serían libres de incluir disposiciones contractuales que excluyeran las normas o previeran soluciones diferentes,¹¹⁶ y que no importaría si dichas cláusulas eran condiciones estándar o se habían negociado individualmente. Como resultado, prevalecerán las «cláusulas de terminación» o «cláusulas de ruptura» que se utilizan con frecuencia en la práctica comercial.

¹¹³ Ch. GRÜNEBERG (nota 50 *supra*) § 314, párrafo 3.

¹¹⁴ *BGH, NJW* 2012, pp. 1431, 1432.

¹¹⁵ L. BÖTTCHER (nota 101 *supra*), párrafo 3.

¹¹⁶ Véase, por ejemplo, UNIDROIT 2007, Study L - Doc. 104, enero 2007, p. 5; UNIDROIT News (nota 4 *supra*), p. 678.

2.5. *Estudios de casos*

Dos casos resueltos por la Corte Suprema alemana pueden servir para ilustrar cómo funciona en la práctica el artículo 314 del BGB. Uno se refería a una transacción comercial y el otro a un contrato de consumo.

a) *Dificultades financieras*

En las relaciones comerciales, a menudo surge la pregunta de si las dificultades financieras o los problemas de rentabilidad de una de las partes constituyen una razón de peso para que dicha parte termine un contrato a largo plazo. En 2004, la Corte Suprema aprovechó la oportunidad que le brindó un litigio relativo a un contrato de almacenamiento comercial para aclarar la situación jurídica en esta materia y reestructurar la jurisprudencia pertinente anterior al artículo 314 del BGB.¹¹⁷

Las partes litigaban, entre otras cosas, sobre si un contrato de almacenamiento de petróleo había sido debidamente terminado por una razón imperiosa. La parte que proporcionaba las instalaciones de almacenamiento había recibido la orden de la agencia estatal de medio ambiente de mejorar los tanques de petróleo con una capa protectora adicional. La parte argumentó que esto era económicamente insostenible y que los costes resultantes conducirían inevitablemente a su insolvencia. En consecuencia, la parte había notificado la terminación alegando la amenaza de insolvencia como razón imperiosa. La Corte Suprema consideró que en este caso no se había alcanzado el umbral de una razón imperiosa. Basó su decisión en dos argumentos:¹¹⁸ en primer lugar, la viabilidad financiera, la rentabilidad y la prevención de la insolvencia formaban parte de la esfera de riesgo empresarial de la parte que proporcionaba las instalaciones de almacenamiento y, por regla general, las cuestiones que se inscriben en la esfera de riesgo de una de las partes no pueden constituir

¹¹⁷ BGH, NJW 2005, p. 1360.

¹¹⁸ BGH, NJW 2005, pp. 1360, 1361.

una razón imperiosa para que dicha parte termine el contrato; en segundo lugar, la agencia medioambiental ya había solicitado formalmente al proveedor de almacenamiento que realizara las mejoras necesarias antes de celebrar el contrato. Por lo tanto, el proveedor debería haber sido consciente en la fase de contratación de que la transacción estaba plagada de posibles costes adicionales.

La Corte Suprema ilustró la importancia de los hechos a la hora de determinar la existencia de una razón imperiosa citando dos sentencias anteriores del mismo tribunal en las que se *había* considerado que las dificultades financieras constituían una razón imperiosa. Una de ellas se refería a la terminación de un contrato de agencia comercial debido al deterioro financiero del principal.¹¹⁹ La otra se refería a la terminación de un contrato de servicios entre un director de empresa y la empresa por la misma razón.¹²⁰ Según la Corte Suprema, la diferencia entre estas dos situaciones y el caso del almacenamiento de petróleo era doble: en primer lugar, a diferencia del contrato de almacenamiento, la relación de agencia y los contratos de servicios se basaban en una relación particular de lealtad y confianza; en segundo lugar, estos dos acuerdos no eran meros contratos de intercambio a largo plazo, sino que conllevaban un interés de ambas partes, respectivamente, en la misma empresa comercial.

Por lo tanto, la posición de la Corte Suprema con respecto a las dificultades financieras como posible «motivo imperioso» que permita la terminación de un contrato comercial a largo plazo puede resumirse de la siguiente manera: por regla general, las dificultades financieras no justifican la terminación; sin embargo, existen excepciones a esta regla, que pueden basarse en una relación particular de lealtad y confianza y en la participación de ambas partes en el éxito financiero de la empresa.¹²¹

¹¹⁹ Cf. *BGH, VersR* 1958, pp. 243, 244.

¹²⁰ Cf. *BGH, WM* 1975, p. 761.

¹²¹ *BGH, NJW* 2005, pp. 1360, 1362.

b) Embarazo

El derecho a terminar contratos a largo plazo por una razón de peso ha sido objeto de litigios en casos relacionados con contratos de gimnasios.¹²² Por lo general, el consumidor desea terminar el contrato debido a un acontecimiento imprevisto en el momento de celebrarlo, como una lesión o enfermedad grave o un traslado para aceptar un trabajo en una nueva ubicación. El propietario del gimnasio suele insistir en una cláusula contractual estándar que excluye dicha terminación extraordinaria. En 2012, la Corte Suprema alemana resolvió uno de estos casos y reforzó la posición de los consumidores.¹²³ Las partes habían celebrado un contrato de gimnasio por un período inicial de dos años y habían acordado una renovación automática por un año adicional si el contrato no se terminaba tres meses antes del final de cada período. Una cláusula estándar establecía que la terminación anticipada requería un certificado médico que especificara la lesión o enfermedad que impedía al cliente utilizar el gimnasio hasta el final del período correspondiente. En esencia, la Corte Suprema sostuvo que las cláusulas contractuales estándar no pueden excluir el artículo 314 del BGB.¹²⁴ Además, el tribunal consideró que las cláusulas estándar que establecen requisitos adicionales para el ejercicio del derecho de terminación por una razón imperiosa no serán aceptadas si dichos requisitos impiden al cliente ejercer dicho derecho.

En cuanto a los hechos del caso, la Corte Suprema destacó dos cuestiones. En primer lugar, una razón de peso para terminar un contrato con un gimnasio no se limitaba a lesiones o enfermedades.¹²⁵ Otras razones, como un embarazo, por ejemplo, también podían crear una situación en la que la continuación ya no fuera aceptable.¹²⁶ Según la corte, el factor decisivo era si la parte podía influir en la razón de peso o no.¹²⁷

¹²² See, e.g., *BGH*, NJW 2012, p. 1341; *AG München*, NJW-RR 2011, p. 67.

¹²³ *BGH*, NJW 2012, p. 1341 (el llamado caso *Attestierte Krankheit*).

¹²⁴ *BGH*, NJW 2012, pp. 1341, 1342, refiriéndose al *BGH*, NJW 1986, p. 3134.

¹²⁵ *BGH*, NJW 2012, pp. 1341, 1343.

¹²⁶ *Ibid.*; cf. *AG München*, NJW-RR 2011, p. 67.

¹²⁷ *BGH*, NJW 2012, pp. 1341, 1343.

En segundo lugar, exigir un certificado médico del tipo en cuestión era excesivo, lo que creaba un umbral inaceptablemente alto para ejercer el derecho de terminación.¹²⁸ Dada la fiabilidad general de los certificados médicos, bastaría con que el documento indicara que el cliente ya no podría utilizar el gimnasio, sin entrar en detalles sobre su estado de salud. Dado que el propietario del gimnasio no tenía la obligación de mantener la confidencialidad con sus clientes, esta cláusula podría disuadir a estos últimos de terminar el contrato.

CONCLUSIONES

Rastrear el origen alemán de las nuevas normas de los PICC sobre la terminación por motivos imperiosos no es un ejercicio puramente académico. Los modelos nacionales y supranacionales forman parte del contexto histórico de las disposiciones de los PICC que se basan en dichos modelos. Pueden ayudar a comprender mejor estas disposiciones y, en este sentido, son ayudas legítimas para la interpretación de los PICC.¹²⁹ Por supuesto, estos modelos nunca deben *determinar* el resultado del proceso interpretativo en virtud de los PICC, que se rige por el «carácter internacional» del instrumento, lo que exige su «interpretación autónoma»; sin embargo, el principio de interpretación autónoma no impide *ningún* recurso al contexto nacional y supranacional en el que se redactó los PICC.¹³⁰

A modo de conclusión, cabe señalar que este breve resumen de los orígenes de las nuevas disposiciones ha puesto de relieve otras dos cuestiones de carácter más general. En primer lugar, a pesar de las frecuentes afirmaciones de que los PICC son una reformulación de la *lex mercatoria* y prestan especial atención a la práctica comercial internacional, esta

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ S. VOGENAUER, «Article 1.6: Interpretation and Supplementation of the Principles» en *Id.* (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. 2.^a ed. Oxford, Oxford University Press, 2015, párrafo 27.

¹³⁰ *Ibid.*, párrafo 8.

misma práctica suele ignorarse. En este caso concreto, los contratos modelo de la CCI, con su sistema relativamente detallado de normas pertinentes, podrían haber sido una fuente de inspiración útil, sobre todo teniendo en cuenta que los PICC se diseñaron para regular los contratos comerciales internacionales; sin embargo, parece que estos contratos modelo apenas se tuvieron en cuenta. En segundo lugar, la enorme influencia del profesor Bonell en la elaboración de los PICC volvió a quedar patente: logró dirigir con éxito un tema controvertido y difícil a lo largo del proceso de redacción y consiguió el acuerdo del Grupo de Trabajo. Por el bien de los PICC, solo podemos desearle: *ad multos editiones*.

LAS REGLAS SOBRE CLÁUSULAS ESTÁNDAR EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT: INADECUADAS Y ENGAÑOSAS*

Christina Ramberg^{**}

INTRODUCCIÓN

Joachim Bonell es un importante modelo a seguir para los juristas académicos. Admiro su entusiasmo y compromiso por garantizar que su investigación marque la diferencia para las empresas y los abogados en ejercicio. Ha tenido una influencia extraordinaria en este sentido. La explicación de su éxito es la perseverancia, un gran sentido del humor, la emoción y la pasión por los debates difíciles. En su papel de misionero de los Principios UNIDROIT, ha participado en debates con todo tipo de personas: importantes y sin importancia, jóvenes y mayores, de cualquier jurisdicción. No es un diplomático astuto, sino todo lo contrario. Su encanto, su enfoque en las cuestiones jurídicas y su apertura a las opiniones de los demás lo llevan más lejos que cualquier adulación servil.

Para honrar a Joachim Bonell, intentaré utilizar su propio método de presentar ideas provocativas de manera directa y apasionada. Me atreveré a sugerir una revisión sustancial de los Principios UNIDROIT,

* Traducción a cargo del profesor Sergio García Long, corresponsal del UNIDROIT, y reproducido con el amable permiso del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado - UNIDROIT y de la autora. Publicado originalmente como C. RAMBERG. «The rules of standard terms in the UNIDROIT Principles: misplaced and misleading». En *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, Vol. 2. Roma, UNIDROIT 2016, pp. 1640-1648.

** Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Estocolmo, Suecia.

confiando en que él conoce mi firme apoyo a los Principios en su versión actual y que mi sugerencia solo pretende mejorar aún más los Principios.

Las cláusulas estándar plantean cuestiones difíciles al derecho. El problema fundamental es la falta de una intención subjetiva «real» con respecto al contenido del contrato. El problema se ha resuelto en todo el mundo reconociendo las cláusulas estándar a pesar de la falta de intención subjetiva. Los Principios UNIDROIT hacen lo mismo, con disposiciones especiales en los artículos 2.1.19-22.

En este trabajo, llamaré la atención sobre algunas deficiencias en la estructura del UNIDROIT. Terminaré con una propuesta de mejora para la próxima revisión de los Principios UNIDROIT.

1. LA TRADICIONAL CONFUSIÓN ENTRE FORMACIÓN Y CONTENIDO: ALGUNAS OBSERVACIONES GENERALES

Tradicionalmente, la legislación sobre derecho contractual no se ocupaba del contenido de los contratos, sino solo de su formación. Se argumentaba que, en teoría, no era necesario un método especial para determinar el contenido y la interpretación de un contrato, ya que el contenido se establece en el momento de la formación. La idea era que el contenido del contrato se crea en el mismo momento en que se forma el contrato. La teoría es lógicamente sólida: si el contrato se forma mediante la correspondiente oferta y aceptación, el contenido se corresponde con el contenido de la oferta y la aceptación.

Ejemplo: «A» ofrece proporcionar asesoramiento técnico a «B» por 100 € la hora. «B» acepta comprar el asesoramiento técnico de «A» por 100 € la hora. El contenido del contrato se establece como asesoramiento técnico por 100 € la hora. ¡Sencillo y sin problemas!

Sin embargo, la teoría no funciona bien en la práctica.

Ejemplo: en el caso anterior, ¿qué nivel de calidad debe proporcionar «A»? ¿Qué pasa si «B» no tiene ningún uso para el resultado? ¿Cuáles son las consecuencias si «A» es negligente? ¿Cuántas horas está obligado a proporcionar «A» y a comprar «B»? ¿Cuándo debe cumplir cada una de las partes? Estas preguntas sobre el contenido del contrato no reciben respuesta al analizar la formación a través de la oferta y la aceptación.

Los Principios UNIDROIT distinguen entre la formación, por un lado (capítulo 2), y la interpretación y el contenido, por otro (capítulos 4-6). La distinción es muy útil. Una de las innovaciones más importantes que ofrecen los Principios UNIDROIT son las disposiciones sobre cómo establecer el contenido del contrato.¹ Anteriormente, era habitual aplicar un razonamiento ficticio o análogo basado en el modelo de oferta y aceptación para establecer el contenido de las obligaciones de las partes, lo que tenía efectos adversos.

La gran ventaja de separar la cuestión del contenido de la cuestión de la formación es que el razonamiento se adapta a la realidad empresarial y es menos «legalista». Algunos pueden argumentar que la estructura de los Principios UNIDROIT conduce a una menor previsibilidad y certeza en comparación con los antiguos métodos ficticios basados en el modelo de oferta y aceptación. En mi opinión, la estructura del UNIDROIT produce tanto previsibilidad como certeza. Las partes no logran más certeza mediante un razonamiento ficticio que mediante una evaluación global que tenga en cuenta los factores previstos en los artículos 4.1-3 y 4.8.

¹ Stefan Vogenauer en S. VOGENAUER (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. 2.^a ed. Oxford University Press, 2015, p. 570 y ss.

2. CLÁUSULAS ESTÁNDAR EN LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

Los problemas relacionados con las cláusulas estándar se resuelven mejor estableciendo una distinción clara entre las dos cuestiones siguientes:

1. ¿Están las partes *vinculadas* por un contrato a pesar de las referencias a las cláusulas estándar?
2. Cuando las partes han celebrado un contrato, ¿cómo influyen las cláusulas estándar en el *contenido* de las obligaciones de las partes? O, en otras palabras, ¿se incluyen las cláusulas estándar en el contrato?

Es adecuado y necesario establecer una norma que determine en qué medida las partes pueden quedar vinculadas por un contrato cuando se hace referencia a cláusulas estándar. Es natural que dicha regla se encuentre en el capítulo 2, relativo a la formación. El artículo 2.1.19 de los Principios UNIDROIT hace referencia a las reglas generales sobre la formación y, por lo tanto, aclara indirectamente que las partes pueden estar vinculadas en circunstancias excepcionales, aunque solo una de ellas haya hecho referencia a las cláusulas estándar o las partes no hagan referencia a las mismas cláusulas estándar. Estoy a favor de esta regla, tanto en lo que respecta a su contenido como a su ubicación.

Los Principios UNIDROIT no mencionan en el artículo 2.19 si las cláusulas estándar forman parte del contrato, lo cual es adecuado; sin embargo, el comentario al artículo 2.19 es bastante contradictorio. Por un lado, el comentario afirma que la incorporación de las cláusulas estándar depende «de las circunstancias del caso», lo que considero una

referencia tácita a los capítulos posteriores sobre interpretación y contenido;² por otro lado, el comentario afirma que la «incorporación» implícita solo puede admitirse si existe una práctica establecida entre las partes o un uso a tal efecto (véase el artículo 1.9), lo que supone una valoración más limitada que la que se establece en el capítulo 4. Hubiera sido más apropiado incluir en el comentario una referencia a la aplicación, entre otros, de los artículos 4.3(b) y 4.3(f) relativos a la relevancia de las prácticas entre las partes y los usos.³

Los redactores de los Principios UNIDROIT decidieron incluir todas las reglas sobre cláusulas estándar en el capítulo 2 sobre la formación del contrato. Los artículos 2.1.20 a 2.1.22 de los Principios UNIDROIT se refieren a la medida en que una cláusula estándar es «eficaz» (2.1.20(1)), si una cláusula estándar «prevalece» sobre una cláusula no estándar (2.1.21) y sobre qué «base se celebra un contrato» cuando las partes se han remitido a diferentes cláusulas estándar. Es evidente que las cuestiones de la *eficacia*, *prevalencia* y la *base del contrato* no se refieren a si las partes han celebrado un contrato vinculante; por el contrario, se refieren a lo que las partes han acordado en una situación en la que ya están vinculadas por un contrato. Así, pues, vemos que los Principios UNIDROIT tratan cuestiones relativas a lo que las partes están obligadas a cumplir en el capítulo sobre la formación, que debería limitarse a la cuestión de si las partes están vinculadas por un contrato.

Critico las reglas de los Principios UNIDROIT sobre las cláusulas estándar en la medida en que no distinguen entre formación y contenido.

² La misma contradicción se encuentra en la literatura jurídica sobre los Principios. Tjakkie Naudé, en S. VOGENAUER (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, op. cit., p. 382, afirma que los Principios UNIDROIT «reflejan el principio general de que una parte solo está vinculada por una cláusula estándar». Obsérvese que este comentario no se refiere a la vinculación por el *contrato*, sino a la vinculación por el *término*.

³ Stefan Vogenauer, en S. VOGENAUER (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, op. cit., p. 581 y ss., contiene un capítulo especial sobre la interpretación de las cláusulas estándar según los Principios UNIDROIT, capítulo 4.

Considero que es engañoso incluir reglas sobre el contenido en el capítulo sobre la formación. En mi opinión, es preferible establecer una distinción clara entre, por un lado, si las partes están vinculadas por un contrato y, por otro, lo que las partes de un contrato vinculante están obligadas a cumplir.

Ejemplo: «A» ha comenzado a construir una oficina para «B», que ha pagado una cuota a «A». Existe un desacuerdo sobre la responsabilidad de «A» por el retraso. «A» sostiene que se aplican sus cláusulas estándar y «B» sostiene que se aplican sus propias cláusulas estándar. Las partes están de acuerdo en que están vinculadas por un contrato. La controversia se refiere a cuáles son sus derechos y obligaciones en caso de retraso en el cumplimiento por parte de «A».

La controversia del ejemplo anterior no es fundamentalmente diferente de la situación en la que las partes han negociado los términos del contrato y ninguna de ellas ha hecho referencia a las cláusulas estándar. Por consiguiente, no tiene sentido que los Principios UNIDROIT establezcan reglas diferentes sobre cómo resolver el problema y, desde luego, no tiene sentido encontrar estas reglas diferentes en capítulos distintos.

Hay ejemplos en la jurisprudencia relativos a las cláusulas estándar en los que se han confundido las normas sobre la formación y el contenido.

Ejemplo (caso UNILEX n.º 1235, de 10 de febrero de 2005, en un laudo arbitral del Instituto de Arbitraje de los Países Bajos): el caso se refería a un contrato de venta de mercancías. El comprador alegó que no había aprobado la cláusula de arbitraje contenida en las cláusulas generales del vendedor. El tribunal arbitral aplicó, en primer lugar, un método similar al modelo de oferta y aceptación y concluyó que el hecho de que el comprador no pudiera desconocer la intención del vendedor de aplicar sus cláusulas generales equivalía a una aceptación implícita de

las mismas. En cuanto a la cuestión de si el comprador tenía que estar en condiciones de conocer el contenido de las cláusulas generales del vendedor antes o en el momento de la celebración de los contratos, el tribunal declaró que los Principios UNIDROIT «solo responden a la cuestión de si es necesaria la aceptación explícita de una determinada cláusula y no a la de si la parte aceptante tenía una posibilidad razonable de conocer el contenido de las cláusulas generales y si la buena fe implica que el usuario de las cláusulas generales tome la iniciativa de ofrecer dicha posibilidad a la parte aceptante». Este es un ejemplo de la estructura engañosa de los Principios UNIDROIT, ya que en el artículo 4.3(c) se establece que la conducta posterior a la celebración del contrato es relevante para interpretar el contrato.⁴

Ejemplo (caso UNILEX n.º 1586 de 13 de marzo de 2009 del Tribunal de Apelaciones de Buenos Aires, Argentina): según el tribunal de apelaciones, el hecho de que las cláusulas estándar fueron elaboradas por una de las partes era irrelevante y las cláusulas estándar deben interpretarse básicamente de la misma manera que las cláusulas negociadas individualmente. En apoyo de su decisión basada en la legislación argentina aplicable, el tribunal se remitió a los artículos 2.20, 2.21 y 2.22 de los Principios UNIDROIT (ahora artículos 2.1.20, 2.1.21 y 2.1.22). El resultado es convincente, aunque los artículos de los Principios UNIDROIT a los que se refiere la decisión no establecen realmente que las cláusulas estándar deban interpretarse de la misma manera que las cláusulas negociadas individualmente.⁵

⁴ Para un razonamiento similar, véase el caso UNILEX n.º 959, de 16 de octubre de 2002, del tribunal neerlandés *Hof 's-Hertogenbosch*. Véase otro tipo de confusión entre la formación y el contenido en relación con la batalla de los formularios, el caso UNILEX n.º 911, de 13 de julio de 2001, de la Corte Suprema de los Países Bajos (C99/315HR). Véase también Tjakie Naudé, en S. VOGENAUER (ed.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, op. cit., p. 386, donde se afirma que del artículo 2.1.19(1) se desprende «que las cláusulas estándar se incorporan si forman parte de una oferta que ha sido aceptada». La siguiente frase hace referencia al artículo 4.2 de los Principios UNIDROIT (no a todo el capítulo 4) sin explicar la relación con el modelo de oferta y aceptación.

⁵ Para una interpretación similar del artículo 2.19 (ahora 2.1.19) de los Principios UNIDROIT, véase el caso UNILEX n.º 662 de abril de 1998, resuelto mediante arbitraje (en la Corte de Arbitraje de la CCI).

No solo los Principios UNIDROIT confunden los problemas con las cláusulas estándar. Vemos la misma confusión prácticamente en todas partes.⁶ La literatura jurídica también suele tratar la cuestión de si las cláusulas estándar forman parte del contrato en los capítulos relativos a la formación. La mayoría de los comentaristas de la CISG parecen abordar la cuestión de la inclusión de las cláusulas estándar en relación con las disposiciones sobre la formación de los contratos.⁷

3. UNA MEJOR SOLUCIÓN PARA LAS CLÁUSULAS SORPRESIVAS

El artículo 2.1.20 de los Principios UNIDROIT se refiere al contenido del contrato (y no a su formación). Trata de las cláusulas estándar sorprendivas y establece que una cláusula estándar «de tal naturaleza que la otra parte no podía razonablemente haberla previsto, es ineficaz». La cláusula sorprendiva no forma parte del contrato y las partes no están obligadas por ella, a menos que haya sido expresamente aceptada. Para determinar si el término es sorprendivo, «se tendrá en cuenta su conte-

⁶ *Inter alia* en el artículo 19(2) de la CISG y en la Opinión n.º 13 del Consejo Consultivo de la CISG; Principios del Derecho Contractual Europeo 2:104 y 2:209, el Proyecto de Marco Común de Referencia II. - 4:208(2) y II. - 4:209(1).

⁷ Ulrich G. Schroeter, en *Schlechtriem/Schwenzer Commentary* artículo 14, párrafos 32-33; Ulrich Magnus, *Kommentar* al artículo 14, párrafo 41; F. Ferrari, en KRÖLL, MISTELIS y PERALES VISCASILLAS, CISG, artículo 14, párrafo 38; Austria, 31 de agosto de 2005, Corte Suprema (caso del polvo de tantilio) <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050831a3.html>>; Austria, 31 de agosto de 2005, Corte Suprema (caso del tantilio) <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050831a3.html>>; Austria, 17 de diciembre de 2003, Corte Suprema (caso del polvo de tantilio) <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031217a3.html>>; Alemania, 31 de octubre de 2001, Corte Suprema (caso de la maquinaria) <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>>; Alemania, 26 de junio de 2006, Tribunal de Apelación de Fráncfort (caso de productos impresos) <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060626g1.html>>; Italia, 21 de noviembre de 2007, Tribunale [Tribunal de Distrito] Rovereto (Takap B.V. v. Europlay S. R. L.) <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071121i3.html>>; Países Bajos, 29 de mayo de 2007, Gerechtshof [Tribunal de Apelación] de 's-Hertogenbosch (caso de maquinaria) <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070529n1.html>>; Suiza, 11 de diciembre de 2003, Tribunal de Distrito de Zug (caso de granulado plástico) <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031211s1.html>>; Estados Unidos Travelers Property Casualty Company of America et al v. Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Ltd, Tribunal de Distrito de los Estados Unidos (D Minn), 31 de enero de 2007 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070131u1.html>>.

nido, su redacción y su presentación». Esta disposición difiere en su redacción, pero es similar en su resultado a las reglas generales del capítulo 4 de los Principios UNIDROIT sobre cómo establecer las obligaciones de las partes.

El artículo 4.1 de los Principios UNIDROIT establece que un contrato se interpretará de acuerdo con la intención común de las partes y que «el contrato se interpretará de acuerdo con el significado que le darían personas razonables del mismo tipo que las partes en las mismas circunstancias». El comentario al artículo 4.1 se refiere específicamente a las cláusulas estándar y establece:

Ni el criterio «subjetivo» establecido en el párrafo (1), ni la referencia a la «razonabilidad» al que se refiere el párrafo (2) pueden ser adecuados para interpretar las cláusulas estándar. Dada su especial naturaleza y finalidad, estas cláusulas deben ser interpretadas, en primer lugar, de acuerdo a lo que podría esperarse de la mayoría de los usuarios de dichas cláusulas, independientemente de la intención común de las partes en un determinado contrato o del significado que le habrían dado personas razonables de la misma condición que las partes. En cuanto a la definición de las cláusulas estándar, véase el Artículo 2.1.19(2).

El artículo 4.2(2) establece que «tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte».

El artículo 4.3(a), (b) y (f) se refiere a las negociaciones preliminares, las prácticas que las partes han establecido y los usos.

La razón subyacente al artículo 2.1.20 de los Principios UNIDROIT, según la cual las cláusulas estándar sorpresivas deben acordarse expresamente, se trata mejor en el capítulo 4 sobre la interpretación de los contratos. En mi opinión, no es necesario incluir una disposición especial relativa a las cláusulas estándar sorpresivas, ya que los

artículos 4.1 y 4.2 ya establecen un umbral bastante alto y la evaluación global que debe realizarse de conformidad con los artículos 4.3 y 4.8 permite tener en cuenta que una cláusula era sorpresiva e inesperada. Los siguientes ejemplos ilustran que el resultado sería el mismo tanto si se aplica el capítulo 2 sobre cláusulas estándar como el capítulo 4 sobre interpretación general.

Ejemplo: el vendedor y el comprador han celebrado un contrato de compraventa. El comprador se ha remitido a sus cláusulas estándar, que contienen una disposición en letra pequeña según la cual el comprador tiene derecho a quedarse con la mercancía y recuperar el precio si esta es defectuosa. Se trata de una cláusula inusual y sorpresiva. Según el artículo 2.1.20 de los Principios UNIDROIT, la cláusula es «ineficaz», es decir, no forma parte del contrato. Si, en cambio, aplicamos los artículos 4.1, 4.3(a) y (f), vemos que es muy probable que el vendedor no tuviera la intención de quedar vinculado por la cláusula sorpresiva (4.1), teniendo en cuenta que el comprador no la señaló durante las negociaciones preliminares (4.3[a]) y que es inusual (4.3[f]).

Ejemplo (del comentario de los Principios UNIDROIT al artículo 2.1.20): «“A”, un agente de viajes, ofrece planes de viajes con fines de negocios. Las estipulaciones incorporadas en los anuncios dan la impresión de que “A” actúa como agente de viajes que asume total responsabilidad por los diversos servicios comprendidos en el plan de viaje. “B” reserva un tour con base en cláusulas estándar de “A”. A pesar de que “A” aceptó las cláusulas en su conjunto, no podría hacer valer una cláusula que expresa con respecto a las comodidades de hostelería, que actúa simplemente como mandatario del hotel y, por lo tanto, no asume ninguna responsabilidad por dicho servicio». El resultado sería similar si aplicáramos el capítulo 4. Ni «B» ni una persona razonable podrían haber esperado razonablemente que «A» actuara simplemente como agente. Además, las negociaciones preliminares indican una conducta contradictoria por parte de «A» en el anuncio y en las cláusulas estándar. En la

evaluación global realizada de acuerdo con el capítulo 4, «A» no puede basarse en la cláusula sorpresiva.

Ejemplo (del comentario de los Principios UNIDROIT al artículo 2.1.20): «“A”, una compañía aseguradora que opera en el país “X”, es una filial de “B”, una compañía del país “Y”. Las cláusulas estándar de “A” incluyen 50 cláusulas impresas en carácter pequeño. Una de dichas cláusulas designa como ley aplicable a la ley del país “Y”. Dicha cláusula carece de efectos a menos de que haya sido impresa en caracteres de mayor relieve o sea presentada de manera idónea para atraer la atención de la parte adherente, puesto que los clientes en el país “X” no podrían razonablemente esperar en las cláusulas estándar de una empresa que opera en su propio país que una estipulación sujete el contrato a una ley extranjera». El resultado sería similar si aplicáramos el capítulo 4. Ni el cliente individual ni una persona razonable podrían haber esperado razonablemente la cláusula de elección de la ley aplicable. Además, «A» podría haber señalado la cláusula de elección de la ley aplicable con mayor claridad durante las negociaciones preliminares. En la evaluación global realizada de conformidad con el capítulo 4, «A» no puede invocar la cláusula de elección de la ley aplicable.

Ejemplo (del comentario de los Principios UNIDROIT al artículo 2.1.20): «“A”, un vendedor de mercaderías que opera en Hamburgo, utiliza para los contratos con sus clientes cláusulas estándar que establecen, entre otras disposiciones, lo siguiente: “Hamburg – Freund-schaftliche Arbitrage”. En el ambiente de negocios del lugar, se entiende que dicha cláusula significa que toda eventual controversia deberá someterse a un arbitraje especial que se rige por normas procesales de origen local. Esta cláusula podría carecer de efectos en contratos con clientes extranjeros, a pesar de la aceptación de las cláusulas estándar en su conjunto, dado que no puede esperarse razonablemente que un cliente extranjero entienda todas sus implicaciones independientemente de si dicha cláusula ha sido traducida al idioma del cliente extranjero». El resultado sería similar si aplicáramos el capítulo 4. Ni el cliente extranjero individual ni

una persona extranjera razonable podrían haber esperado razonablemente las implicaciones locales de la cláusula de resolución de controversias. Además, el cliente extranjero podría remitirse a los usos internacionales (artículo 4.3(f)) y señalar que «A» podría haber expresado más claramente las implicaciones de la cláusula de resolución de controversias durante las negociaciones preliminares. En la evaluación global realizada de conformidad con el capítulo 4, «A» no puede basarse en su interpretación de la cláusula de resolución de controversias.

4. UNA MEJOR SOLUCIÓN PARA EL CONFLICTO ENTRE LAS CLÁUSULAS ESTÁNDAR Y LAS CLÁUSULAS NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE

El artículo 2.1.21 de los Principios UNIDROIT se refiere a los conflictos entre cláusulas estándar y cláusulas no estándar. Establece que una cláusula no estándar prevalece sobre las cláusulas estándar. El mismo resultado puede lograrse aplicando la evaluación global prevista en el artículo 4.3.

Ejemplo: el comprador y el asesor han celebrado un contrato de asesoramiento técnico. El asesor ha hecho referencia a las cláusulas estándar con una cláusula que limita su responsabilidad por daños y perjuicios a 1 millón de euros. La breve carta de encargo proporcionada por el comprador contiene cláusulas sobre el crédito de pago, la tarifa por hora y que la responsabilidad del asesor por daños y perjuicios se limitará a tres veces el pago.

Las partes negocian las tres cláusulas de la carta de encargo y acuerdan *inter alias* limitar la responsabilidad del asesor al doble del importe del pago. Teniendo en cuenta la intención común de las partes (4.1) y que las partes negociaron expresamente la responsabilidad durante las negociaciones preliminares (4.3[a]), el resultado más probable es que la cláusula de limitación de la carta de encargo del comprador prevalezca sobre la cláusula estándar del Asesor.

La norma del artículo 2.1.21 de los Principios UNIDROIT pertenece a la antigua era del derecho contractual en blanco y negro.⁸ En la mayoría de los casos, probablemente esté en armonía con la intención común de las partes de aplicar la cláusula no estándar, pero no siempre. Es mejor tener una norma menos rígida en forma de presunción.

Ejemplo: en un arbitraje noruego (ND 1961 s. 127), el tribunal anuló una cláusula redactada de forma especial (deficiente) en favor de una cláusula estándar de un contrato de fletamento de uso frecuente.

5. UNA MEJOR SOLUCIÓN PARA LA BATALLA DE LOS FORMULARIOS

El artículo 2.1.22 de los Principios UNIDROIT se refiere a la «batalla de formularios», es decir, cuando las partes han hecho referencia a condiciones estándar diferentes. El artículo expresa la doctrina del *knock-out*: las condiciones comunes en cuanto al fondo pasan a formar parte del contrato. Esta disposición está en armonía con el artículo 4.1 de los Principios UNIDROIT sobre la intención común de las partes y, por lo tanto, es superflua. El resultado es el mismo independientemente de si se aplica el artículo 2.1.22 o el artículo 4.1.

Ejemplo: el comprador encarga una máquina al vendedor indicando el tipo de máquina, el precio y las condiciones de pago, así como la fecha y el lugar de entrega. El comprador utiliza un formulario de pedido con sus «cláusulas generales de compra» impresas en el reverso. El vendedor acepta enviando una confirmación del pedido, en cuyo reverso figuran sus «cláusulas generales de venta». Tanto las cláusulas estándar del comprador como las del vendedor contienen una disposición según la cual la indemnización por demora es del 1 % del precio de compra por semana. Las partes están de acuerdo en que han celebrado un contrato.

⁸ Véase la misma norma en la Opinión n.º 13:8 del Consejo Consultivo de la CISG: «8. Cuando exista un conflicto entre las cláusulas negociadas y las cláusulas estándar del contrato, las cláusulas negociadas prevalecerán sobre las cláusulas estándar».

Las cláusulas relativas a la indemnización por semana son comunes en cuanto al fondo y expresan la intención común de las partes. Por lo tanto, forman parte del contrato.

Ni el artículo 2.1.22 de los Principios UNIDROIT ni los comentarios aclaran qué hacer con las cláusulas estándar que no son similares en esencia. ¿Qué ocurre con las lagunas restantes? Para los usuarios de los Principios UNIDROIT no es evidente que, tras descubrir que el capítulo 2 no ofrece una respuesta, deban aplicar el capítulo 4 y, en ocasiones, también otras disposiciones.⁹

Ejemplo: en el caso anterior, las cláusulas estándar del vendedor contienen una disposición según la cual la indemnización máxima por demora es del 10 % del precio de compra, mientras que las cláusulas estándar del comprador establecen que la indemnización máxima por demora es del 15 % del precio de compra. Las partes están de acuerdo en que han celebrado un contrato. Las cláusulas sobre la indemnización máxima no son comunes en cuanto al fondo. Por lo tanto, es necesario recurrir al artículo 4.8 y determinar la cláusula adecuada teniendo en cuenta, entre otras cosas, las intenciones de las partes, la naturaleza y el objeto del contrato, la buena fe y la equidad y la razonabilidad. Además, es relevante que la regla por defecto del artículo 7.4.2 de los Principios UNIDROIT establece que el vendedor es responsable de indemnizar íntegramente todos los daños y perjuicios causados por el retraso. Si el daño real del comprador supera el 15 % del precio de compra, es probable que se aplique la cláusula del comprador relativa a la indemnización por daños y perjuicios, ya que se acerca más a la regla por defecto.

⁹ Tjakie Naudé, en S. VOGENAUER. *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, *op. cit.*, p. 410 y ss., resuelve el problema de la laguna mediante el método de oferta y aceptación, los principios generales y la buena fe, en lugar de remitirse al método de interpretación del capítulo 4. Esto ilustra la necesidad de establecer una conexión estructural entre las cláusulas generales y la interpretación.

6. UNA FUTURA REVISIÓN DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

Sugiero que en una futura revisión de los Principios UNIDROIT se establezca una distinción clara entre las cláusulas estándar en relación con la formación y el contenido. Podría ser algo así:

El artículo 2.1.19 permanece sin cambios en el capítulo 2 tal y como está *hoy en día*:

Artículo 2.1.19 (Contratación con cláusulas estándar)

- (1) Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los Artículos 2.1.20 al 2.1.22.
- (2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte.

El artículo 2.1.20 sobre cláusulas sorprendivas se suprime por completo o se traslada al artículo 4.3:

Artículo 4.3 (Circunstancias pertinentes)

- (g) Ninguna cláusula contenida en las cláusulas estándar que sea de tal naturaleza que la otra parte no pudiera haberla previsto razonablemente será efectiva a menos que haya sido expresamente aceptada por dicha parte. Para determinar si una cláusula es de tal naturaleza, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.

El artículo 2.1.21 sobre el conflicto entre las cláusulas estándar y las cláusulas no estándar se suprime, ya que es demasiado rígido. En la mayoría de los casos es apropiado que la cláusula estándar ceda ante otras cláusulas, pero no siempre. Es mejor resolver este problema aplicando la evaluación global descrita en el artículo 4.3. Si se prefiere una regla

específica, se podría modificar una adición al artículo 4.3 para convertirla en una norma de presunción y redactarla de la siguiente manera:

Artículo 4.3 (Circunstancias relevantes)

- (h) En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una cláusula que no sea estándar, se presume que prevalece esta última.

El artículo 2.1.22 se traslada al capítulo 4 y se divide en dos partes, una relativa a las cláusulas que son comunes en cuanto al fondo y otra relativa a las cláusulas que no son comunes en cuanto al fondo.¹⁰

Artículo 4.3 (Circunstancias pertinentes)

- i) Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar, las cláusulas estándar que son comunes en cuanto a su contenido pasan a formar parte del contrato. (Las cláusulas estándar que no son comunes en cuanto a su contenido se resolverán aplicando el artículo 4.8).

Artículo 4.8 (Sustitución de una cláusula omitida y cláusulas estándar contradictorias)

- (1) Cuando las partes de un contrato no hayan acordado una cláusula que sea importante para la determinación de sus derechos y obligaciones, se sustituirá por una cláusula que sea adecuada a las circunstancias.
- (2) Para determinar qué es una cláusula adecuada, se tendrán en cuenta, entre otros factores
 - (a) la intención de las partes;

¹⁰ Soy consciente de que el artículo 4.8 de los Principios UNIDROIT ha sido criticado por considerarse superfluo (véase Stefan Vogenauer, en S. VOGENAUER (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, op. cit., p. 611 y ss., con las referencias). Mi sugerencia aquí pretende mantenerse fiel a la versión actual de los Principios UNIDROIT. La cuestión que me preocupa en este trabajo se resolvería fácilmente si los artículos 4.3 y 4.8 se fusionaran en una futura revisión.

- (b) la naturaleza y el propósito del contrato;
- (c) la buena fe y la lealtad negocial;
- (d) la razonabilidad.

OBSERVACIÓN FINAL

Mi propuesta no implica ningún cambio fundamental con respecto al contenido de los Principios UNIDROIT. El resultado en un caso práctico probablemente será el mismo, se realicen o no los cambios; sin embargo, mi propuesta tiene un alcance bastante amplio con respecto a la estructura de los Principios UNIDROIT. No debe subestimarse la importancia y la dificultad de reformar la mentalidad de los abogados para que abandonen las ideas tradicionales que vinculan la formación y el contenido y se orienten hacia la separación de ambas cuestiones. He proporcionado varios ejemplos de cómo la estructura actual de los Principios UNIDROIT es engañosa. Una estructura revisada, moderna y coherente para los Principios UNIDROIT contribuiría a este cambio necesario y fundamental.

LA RENEGOCIACIÓN EN LA *HARDSHIP* BAJO LOS PRINCIPIOS UNIDROIT: DISCUSIONES Y PROPUESTAS

Sergio García Long*

1. INTRODUCCIÓN

Nadie puede negar que los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (UPICC) son unos de los instrumentos internacionales de derecho uniforme y *soft law* más exitosos. Un ejemplo específico se encuentra en sus disposiciones sobre *hardship* y el modelo propuesto al respecto.

El texto del artículo 79 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) tiene una redacción neutral que usa el término «impedimento», que suele entenderse como sinónimo de *force majeure*. Bajo esta literalidad, la CISG no tendría *hardship*, sin perjuicio de la interpretación que ha hecho el Consejo Consultivo de la CISG (CISG-AC) en sus Opiniones 7 y 20 sobre el artículo 79 CISG y la posibilidad de invocar *hardship*.¹

* Abogado *summa sum laude* por la Pontificia Universidad Católica del Perú. LLM (*Master of Laws*) en International Business and Commercial Law por la University of Manchester, United Kingdom. Miembro del European Law Institute (ELI) y la Society of European Contract Law (SECOLA). Corresponsal del UNIDROIT por Perú. Profesor de Derecho Privado y Comercial en la Pontificia Universidad Católica del Perú. *Visiting scholar* en la Universitat de Girona (España) y Università Cattolica del Sacro Cuore (Italia). Su práctica, docencia e investigación incluye contratos, derecho corporativo, M&A, inversiones y arbitraje.

¹ CISG-AC Opinión n.º 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Professor Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., USA. Adopted by the CISG-AC at its 11th meeting in Wuhan, People's Republic of China, on 12 October 2007, and CISG-AC Opinión n.º 20, Hardship under the CISG, Rapporteur: Prof. Dr. Edgardo Muñoz, Universidad Panamericana, Guadalajara, México. Adopted by the CISG Advisory Council following its 27th meeting, in Puerto Vallarta, México on 2-5

Considerando el panorama anterior, restrictivo o sujeto a interpretación, los UPICC desde su versión de 1994, incluyeron un modelo particular de *hardship* bajo sus artículos 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3, el cual se mantuvo en sus posteriores ediciones del 2004, 2010 y 2016, que son disposiciones distintas a aquellas que regulan a la *force majeure*. El modelo de *hardship* de los UPICC fue visto como más adecuado y moderno, en comparación a otros modelos existentes. De manera específica, uno de sus atractivos fue el reconocimiento de un deber de renegociación.²

En efecto, con el paso de los años se pudo observar la fuerte influencia que tuvo el modelo de *hardship* de los UPICC en posteriores instrumentos internacionales de derecho uniforme como los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL), el Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR), los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC), entre otros. Pero este éxito no se limitó al derecho internacional, sino también al derecho doméstico. Con ocasión de diversas reformas de códigos civiles, el modelo de los UPICC fue incorporado en los códigos civiles de Argentina, Francia, China y Bélgica.

Si bien el deber de renegociación fue un éxito, es necesario contextualizar ese éxito. En jurisdicciones del *civil law* se acepta a la renegociación debido a las ideas basadas en el solidarismo, equidad y buena fe, que existen sin problemas en tal familia jurídica; por el contrario, los mismos valores no existen como tal en ciertas jurisdicciones del *common*

February 2020. También véase recientemente Denis Philippe, «Article 79 of the CISG, hardship, risk and renegotiation of the contract» en *Europäisches und internationales Privatrecht. Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag*, C.H.Beck, 2022, pp. 281-294.

² Sobre la *hardship* en los UPICC a lo largo de los años, véase J. M. PERILLO. «Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts». En *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol. 5, 1997, pp. 5-28; A. VENEZIANO. «UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court». En *Uniform Law Review*, Vol. 15, n.º 1, 2010, pp. 137-149; J. DEWEZ, C. RAMBERG, R. MOMBERG, R. CABRILLAC y L. P. SAN MIGUEL PRADERA. «The Duty to Renegotiate an International Sales Contract under CISG in Case of Hardship and the Use of the UNIDROIT Principles». En *European Review of Private Law*, Vol. 19, n.º 1, 2011, pp. 101-154.

law como EE. UU. o UK. En el derecho uniforme también existe una tendencia similar. El modelo de *hardship* de los UPICC fue seguido por instrumentos internacionales civilistas, pero no por los anglosajones, como se observa en la CISG conforme a las Opiniones 7 y 20 del CISG-AC y en los Principios OHADAC sobre Contratos Comerciales Internacionales (Principios OHADAC) para las jurisdicciones del Caribe. Usualmente, se cuestiona la falta de contenido de la renegociación y la incertidumbre que ello genera.

Los modelos de cláusula *hardship* de la International Chamber of Commerce (ICC), la ICC Hardship Clause 2003 y ICC Hardship Clause 2020, por un lado, tienen renegociación privada, pero por otro lado, prefieren la terminación sobre la adaptación, de manera que puede discutirse su naturaleza híbrida, aunque considero que es un modelo más cercano al *common law*.

Con base en el escenario anterior, resulta pertinente desarrollar dos puntos importantes. El primero consiste en explicar la razón del éxito de la renegociación en el modelo de *hardship* de los UPICC. Para tales efectos, se hace recurso al *framing* —un concepto de la psicología— para explicar cómo la renegociación puede tener un efecto beneficioso en alinear los intereses de las partes. El segundo punto consiste en proponer un marco teórico que sirva de guía para darle contenido a la renegociación. Para ello, me baso en la práctica contractual y en la estructura de las cláusulas *hardship* con renegociación para poner en evidencia los aspectos omitidos en las disposiciones sobre *hardship* de los UPICC, incluyendo sus comentarios a los artículos, y así identificar las mejoras que podrían incorporarse al respecto, sea en una próxima revisión de los UPICC o en una cláusula *hardship* que siga el modelo de los UPICC.

Explicado lo anterior, este capítulo se estructura de la siguiente manera. La sección 2 explica el modelo de *hardship* de los UPICC. La sección 3 trata sobre el *framing* en la *hardship* bajo los UPICC. La sección 4

desarrolla la estructura contractual de la cláusula *hardship* con renegociación. La sección 5 concluye con las lecciones para los UPICC.

2. EL MODELO DE *HARDSHIP* DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

El modelo de *hardship* de los UPICC³ está regulado en sus artículos 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3. Son tres disposiciones generales, inteligentemente estructuradas, ubicadas en el capítulo 6 sobre «Performance», en una sección 2 dedicada a la *hardship*, después de la sección 1 dedicada al cumplimiento en general.

La primera disposición, el artículo 6.2.1 UPICC, es probablemente un de las más importantes por cómo inicia la regulación de la *hardship*. La disposición reconfirma la primacía del *pacta sunt servanda* al señalar que incluso si un contrato se vuelve más oneroso, ello no es excusa para que una parte incumpla el contrato, salvo que ocurra *hardship* —una excesiva onerosidad— según las disposiciones siguientes.

De esta manera, queda claro la naturaleza excepcional de la *hardship*, sobre todo, que no cualquier onerosidad justifica el incumplimiento del contrato. La parte afectada, en principio, debe seguir ejecutando el contrato aunque este se haya vuelto más oneroso. Solo podrá excusarse el cumplimiento contractual si la dificultad llega a convertirse en *hardship*.

ARTÍCULO 6.2.1

(Obligatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir

³ Sobre el modelo de *hardship* de los UPICC, véase Michael J. BONELL. *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. 3.^a ed. New York, Transnational Publishers, 2005; E. MCKENDRICK. «Hardship». En S. VOGENAUER (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*. 2.^a ed. Oxford University Press, 2015, pp. 808-822; E. BRÖDERMANN. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. An Article-by-Article Commentary*. 2.^a ed. Wolters Kluwer, 2023.

sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre «excesiva onerosidad» (*hardship*).

¿Cuándo ocurre *hardship*? La segunda disposición, el artículo 6.2.2 UPICC, empieza precisando el estándar que debe cumplirse para que una parte pueda alegar *hardship*. Para iniciar, debe tratarse de un evento que genera una «alteración fundamental en el equilibrio del contrato», de manera que quedan excluidos los supuestos de mera onerosidad. A continuación, se precisa que *hardship* puede ocurrir en dos escenarios, por incremento de costos en la prestación o devaluación del valor de la contraprestación. De esta manera, se define la noción de *hardship*.

A continuación, la disposición formula las condiciones que deben verificarse para que pueda alegarse *hardship*. Se formulan cuatro: (a) que el evento ocurra, o sea conocido, después de la celebración del contrato; (b) que el evento no haya podido ser razonablemente tomado en cuenta a la fecha de celebración del contrato; (c) que el evento esté más allá del control de la parte afectada; y, (d) y que el riesgo del evento no haya sido asumido por la parte afectada.

ARTÍCULO 6.2.2

(Definición de la «excesiva onerosidad» [*hardship*])

Hay «excesiva onerosidad» (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;

- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

Finalmente, la tercera disposición, el artículo 6.2.3 UPICC, señala cuáles son los efectos de invocar exitosamente *hardship* según lo señalado en el artículo 6.2.2 anterior. Acá es donde se encuentra el mayor atractivo del modelo de *hardship* de los UPICC, y que ha sido seguido por otros instrumentos de derecho uniforme y derechos domésticos.

Para empezar, una primera novedad está en el deber de renegociar. La disposición indica que la parte afectada tiene el derecho a solicitar la renegociación a la otra parte, la cual deberá realizarse sin demora y deberá indicar los fundamentos en los que se basa. En segundo lugar, y siguiendo la lectura del artículo 6.2.1 anterior, se indica que la solicitud de renegociación no permite a la parte afectada a suspender la ejecución del contrato. Esta precisión es muy relevante, y usualmente es omitida por los derechos domésticos, donde se suele pensar que la acción por excesiva onerosidad permite a una parte suspender la ejecución de su contrato. En tercer lugar, se indica que si las partes no llegan a un acuerdo, cualquiera de ellas podrá recurrir a una corte. En cuarto lugar, y acá también otra novedad relevante, es que después de admitir la intervención de las cortes en el asunto, se precisa que se podrá solicitar la terminación del contrato en una fecha y según los términos que se definan, o —muy relevante y polémico— solicitar la adaptación del contrato con el objetivo de restaurar su equilibrio.

ARTÍCULO 6.2.3

(Efectos de la «excesiva onerosidad» (*hardship*))

- (1) En caso de «excesiva onerosidad» (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

- (2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.
- (3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.
- (4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de «excesiva onerosidad» (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:
 - (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o
 - (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

En general, lo que permite el modelo de *hardship* de los UPICC, y que suele ser limitado en los derechos domésticos, es que se permite la combinación de renegociación y adaptación judicial.

Muestra del éxito del modelo de *hardship* de los UPICC es que fue seguido por otros instrumentos internacionales de derecho uniforme como el artículo 6:111 de los PECL, artículo III. – 1:110 del DCFR, artículo 89 Common European Sales Law (CESL), y el artículo 84 de los PLDC, así como en los derechos domésticos como se observa en el artículo 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, artículo 1195 del Código Civil de Francia, artículo 533 del Código Civil de la República Popular de China y el artículo 5.74 del Código Civil de Bélgica.

3. LA SOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT: EL *FRAMING*

Fuera de que el modelo de *hardship* de los UPICC haya sido visto como uno más complejo y moderno, ¿qué problema resolvió en el fondo? Desde una perspectiva cognitiva, logró alinear los intereses de las partes, quienes usualmente eran colocadas en posiciones adversariales según el procedimiento de excesiva onerosidad de los códigos civiles.

Usualmente, el derecho doméstico le otorga a la parte afectada el derecho a demandar la resolución del contrato y a la otra parte el derecho a oponer la adaptación a través de términos equitativos (véase el artículo 1467 del Código Civil italiano), o le otorga a la parte afectada el derecho a solicitar la adaptación del contrato y a la otra parte el derecho a oponer la terminación (véase el artículo 1440 del Código Civil peruano). De manera particular, resulta relevante tomar como referencia al derecho italiano porque su modelo de excesiva onerosidad fue importado en varias jurisdicciones europeas y latinas,⁴ de manera que es uno influyente, mientras que el modelo peruano es una versión inversa al modelo italiano.⁵ A manera de ejemplo, el modelo italiano fue importado en Portugal, Bolivia, Perú, Brasil, Colombia, Panamá, entre otros, con ciertas adaptaciones.

Ante el escenario anterior, la *hardship* de los UPICC permite corregir esa posición inicial de las partes para que estén más propensas a transar en lugar de litigar. Ello se logra, en principio, con el deber de renegociación y la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda acudir a una corte ante el fracaso de las negociaciones.

El *framing* es importante cuando percibimos los efectos cognitivos que pueden generarse en ambas partes frente a la eventual solución de un conflicto. Las partes se comportan de manera distinta según vean las cosas como ganancias o pérdidas. Las personas no valoran las ganancias y pérdidas de la misma manera. Ganar 100 se siente como ganar 100, pero perder 100 se siente como perder 200. Es una asimetría de 1 a 2.⁶

⁴ Véase S. GARCÍA LONG. «The influence of the Italian model of hardship in Latin American and international trade (with some notes from social sciences)». En *Uniform Law Review*, Vol. 28, 2023, pp. 57-77.

⁵ Sobre la excesiva onerosidad en el Perú, véase Sergio García Long, *Derecho de contratos y sus circunstancias inesperadas*. Instituto Pacífico, 2023, pp. 266-288 (parte IV).

⁶ R. THALER. D. KAHNEMAN y J. KNETSCH. «The endowment effect, loss aversion, and status quo bias». En R. THALER (ed.). *The Winner's Curse. Paradoxes and anomalies of economic life*. Nueva Jersey, Princeton University Press, 1992, p. 70. Véase también S. GARCÍA LONG. «Fusiones y adquisiciones y psicología financiera: El arrepentimiento en comprar una empresa». En A.

Este tipo de percepción se conoce como *loss aversion* (aversión a la pérdida) y fue propuesto por Kahneman y Tversky en *prospect theory* (teoría prospectiva o teoría de las apuestas).⁷ Esta aversión a la pérdida condiciona cómo las personas se comportarán con relación al riesgo.

Las personas pueden ser amantes al riesgo, adversas al riesgo o neutrales al riesgo. Cuando las personas perciben las cosas en términos de ganancias, son adversas al riesgo porque prefieren la ganancia cierta a una posibilidad de ganancia. Pero cuando perciben las cosas como pérdidas, son amantes al riesgo porque prefieren asumir el riesgo de perder que asumir una pérdida cierta desde el comienzo.⁸

Frente a un eventual litigio, es importante verificar cómo el derecho encuadra las opciones de los litigantes para predecir cómo se comportarán.⁹ Si el demandante ve el litigio como un beneficio, entre litigar o transar preferirá por transar, pues ello le otorga una ganancia cierta (es adversa al riesgo); por el contrario, si el demandado ve el litigio como una pérdida, entre litigar y transar preferirá por litigar pues así solo asume el riesgo de perder y no una pérdida cierta desde el comienzo (es amante al riesgo). Si el demandado no quiere llegar a un acuerdo, el demandante no tiene otra alternativa más que demandar (aunque prefiera transar).

Entonces, si el demandante y demandado ven el litigio de manera opuesta (uno como beneficio y el otro como pérdida), no habrá posibilidad para negociar y se iniciará un litigio. Por el contrario, si ambas partes ven el litigio como un beneficio, se comportarán de manera adversa

BULLARD y J. M. DE LA JARA (eds.). *Análisis Psicológico del Derecho*. Lima, Themis, 2018, pp. 493-514.

⁷ D. KAHNEMAN y A. TVERSKY. «Prospect theory: An analysis of decision under risk». En *Econometrica*, Vol. 47, n.º 2, 1979, pp. 263-291.

⁸ D. KAHNEMAN y A. TVERSKY. «Choices, values, and frames». En *American Psychologist*, Vol. 39, 1984, pp. 343-344.

⁹ J. RACHLINSKI. «Gain Losses, and the Psychology of Litigation». En *Southern California Law Review*, Vol. 70, 1996, pp. 113-185; C. GUTHRIE, J. RACHLINSKI y A. WISTRICH. «Inside the judicial mind». En *Cornell Law Review*, Vol. 86, 2001, pp. 777-830.

al riesgo y preferirán llegar a un acuerdo, porque así ambas ganan definiendo un monto fijo.

Teniendo en cuenta los efectos cognitivos del *framing* en las opciones de los litigantes, vemos que el esquema tradicional de la excesiva onerosidad bajo los derechos nacionales impide que las partes puedan llegar a una renegociación. Por ejemplo, conforme al esquema del legislador italiano, la parte afectada demanda la resolución y la parte demandada responde con la adaptación. La parte afectada ve el litigio como una pérdida mientras que la parte demandada como una ganancia. Si el demandante resuelve el contrato, se evitará la pérdida que está sufriendo con la excesiva onerosidad. Entonces es amante del riesgo y prefiere demandar para no tener que asumir una pérdida cierta; por otro lado, el demandado ve el litigio como una ganancia porque está recibiendo una prestación de mayor valor y, en consecuencia, preferirá transar al ser adverso al riesgo, aunque sea para proponer un reajuste del precio, pero uno cierto. Si una parte quiere liberarse y la otra seguir con el contrato, se iniciará un litigio. Dado que ambos litigantes ven el litigio desde perspectivas opuestas no podrán ponerse de acuerdo. Finalmente, la decisión cae en manos del juez o árbitro.

Algo similar se aprecia en el modelo del legislador peruano, pero a la inversa. Si la parte afectada tiene derecho a solicitar la adaptación del contrato, verá el litigio como una ganancia porque la demanda le permite perseguir un beneficio adicional (o se reduce la prestación o se aumenta la contraprestación), mientras que el demandado ve el litigio como una pérdida porque ahora deberá gastar más en su contrato. Si el demandante visualiza el litigio como una ganancia preferirá por negociar, pero si el demandado ve el litigio como una pérdida preferirá por litigar. Como no podrán ponerse de acuerdo, se iniciará un litigio. Nuevamente, la decisión caerá en manos del juez o árbitro.

Como vemos, tanto el modelo del legislador italiano como el del peruano regulan esquemas que no permiten que las partes puedan espontáneamente lograr la renegociación del contrato. Ambos esquemas están hechos para ir a litigio y que sea el juez quien emita la última palabra.

Dentro de este contexto, el Estado debe corregir la regla legal e imponer un esquema que favorezca la negociación. Esto será posible si tanto el demandante como el demandado ven el litigio como una ganancia, de manera que les resulte más atractivo transar que litigar (ambos serían adversos al riesgo). Esto se lograría imponiendo el deber jurídico de renegociación como primer paso para corregir la excesiva onerosidad. Así es como se intenta eliminar la inicial posición adversarial de las partes.

Si ante una excesiva onerosidad las partes no logran ponerse de acuerdo entre adaptar o resolver el contrato, el derecho no puede imponer una regla que fuerce a las partes a seguir en la misma posición adversarial. Si el esquema procedimental de la excesiva onerosidad otorga a ambas partes pretensiones antitéticas, lo único que hará es replicar la posición en la cual ya se encuentran, esto es, una parte viendo el litigio como beneficio y la otra parte como pérdida. Esto, además, genera costos administrativos y judiciales innecesarios. Para corregir dicha patología se podría imponer un deber legal de renegociación y así generar una nueva oportunidad para que las partes puedan alinear sus intereses y ambas vean el litigio como una ganancia. Si esto es así, las partes serán adversas al riesgo y preferirán transar.

La imposición de un deber legal de renegociación no solo le da fuerza legal a la espontaneidad del mercado, sino que genera otras consecuencias legales que pueden alinear los intereses de las partes. La renegociación debe cumplir con el requerimiento de la buena fe, de manera que si no se llega a un acuerdo porque una de las partes se comportó de manera oportunista para no llegar a una solución, surgirá una acción

por daños en sede contractual. Y no solo eso. Si el juez toma en cuenta que no se ha llegado a un acuerdo porque una de las partes no actuó de buena fe, difícilmente procederá a resolver el contrato a pedido de parte interesada, pues ello significaría premiar la mala fe (recuérdese que cualquiera de las partes puede acudir ante el juez ante el fracaso de la renegociación).

Los nuevos desarrollos del derecho de contratos se percataron de esta deficiencia en la solución que tradicionalmente se propuso para corregir a la excesiva onerosidad. El protagonismo lo tuvo el modelo de *hardship* bajo los UPICC, luego seguido por los PECL, CESL, DCFR y PLDC, que en general regulan un procedimiento antiadversarial que impone como deber/remedio la renegociación del contrato. La parte perjudicada con la excesiva onerosidad no puede demandar directamente ni la resolución ni la adaptación del contrato, sino que debe iniciar una renegociación en primer lugar.

El nuevo procedimiento ante el cambio de las circunstancias está destinado a alinear los intereses de las partes para que ellas puedan llegar a un acuerdo por sí mismas. El juez recién intervendrá como *ultima ratio*. Esta opción pretende imitar el resultado espontáneo del mercado al cual llegarían las partes de poder negociar a bajos costos de transacción.

Ciertamente, se trata de una primera aproximación. Si las partes se someten a un instrumento internacional que contiene la renegociación como los UPICC, se asume que este esquema favorece a las partes. Pero también hay cláusulas *hardship* que excluyen la renegociación y, como tal, se debe asumir que ello es lo mejor para la particular operación de las partes.¹⁰

¹⁰ Véase S. GARCÍA LONG. «Excesiva onerosidad, *hardship* y cláusula *hardship*». En *Foro Jurídico*, Vol. 20, 2022, pp. 53-83.

Finalmente, es importante resaltar un aspecto práctico sobre el cual se profundiza en la siguiente sección 4. Si bien la renegociación permitiría corregir el *framing* en la *hardship*, aún queda pendiente definir el contenido de la renegociación, y este es el principal problema de la renegociación como deber jurídico, aunque en principio pueda parecer una buena solución. Lo anterior ha sido motivo suficiente para que la CISG o el derecho inglés, por ejemplo, rechacen la renegociación basada en su falta de contenido y la incertidumbre que ello genera. Entonces, si bien se puede considerar acertado que ciertos instrumentos internacionales como los UPICC hayan incluido a la renegociación en la *hardship*, se han quedado a mitad de camino porque faltan guías sobre qué hacer durante la renegociación. Este mayor detalle suele encontrarse en las cláusulas de renegociación o *hardship* según la práctica contractual internacional. Para ello, la subsección 4.3 siguiente es muy ilustrativa al respecto, ya que pone en evidencia todo lo que ley nacional o instrumentos internacionales de derecho uniforme han omitido.

4. LA RENEGOCIACIÓN COMO DEBER CONTRACTUAL

4.1. *La práctica contractual*

En la práctica contractual existen diversas cláusulas de renegociación. Este es un dato importante a tener en cuenta ya que a veces se insiste en buscar en la ley nacional una base legal para poder argumentar que existe un deber jurídico de renegociar. Usualmente, se invoca a la buena fe contractual, presente en cualquier Código Civil; sin embargo, lo anterior omite que las partes suelen redactar pactos de renegociación, entonces, lo que hay que hacer es mirar al mismo contrato, en lugar de buscar una base legal que no existe.¹¹

¹¹ Véase S. GARCÍA LONG. «Usos y abusos del deber de renegociación del contrato». En S. GARCÍA LONG (ed.). *Estudios sobre los remedios en el derecho privado. Perspectivas desde el derecho contractual nacional y comparado*. Lima, Instituto Pacífico, 2022, pp. 419-494.

Entre las cláusulas de renegociación que destacan están las cláusulas escalonadas para la resolución de controversias, las cláusulas de estabilización en contratos internacionales de inversión y —ciertamente— la cláusula *hardship* en contratos comerciales domésticos o internacionales.

En primer lugar, se han estandarizado las cláusulas escalonadas como una forma de convenio arbitral. En estas cláusulas, antes de solicitar un arbitraje, se regula una etapa de trato directo para que las partes, con sus debidos representantes (se indica el tipo de apoderado), hagan sus mejores esfuerzos (se indica el tipo de deber) para llegar a una solución pacífica durante cierto plazo (se indica el resultado deseado y el espacio temporal), y así se evite llegar a un arbitraje costoso y complejo. Solo si las negociaciones fallan, recién cualquiera de las partes podrá solicitar el inicio de un arbitraje.¹²

En segundo lugar, en contratos de inversión se incluyen diversos tipos de pactos de renegociación. Por un lado, están las cláusulas preventivas de renegociación, por el cual, las partes indican que, por ejemplo, cada cinco años de su contrato de treinta años deberán sentarse en la mesa de negociación para revisar el contrato y definir si necesita alguna modificación; por otro lado, están las cláusulas de renegociación que se activan ante supuestos específicos, como el cambio normativo o el desequilibrio económico.¹³

Finalmente, está la cláusula *hardship* con renegociación, que se desarrolla en la subsección 4.2. siguiente.

Entonces, se observa que existen diversos pactos de renegociación para situaciones específicas, y ello nos enseña dos cosas:

¹² Véase K. PETER BERGER. «Law and practice of escalation clauses». En *Arbitration International*, Vol. 22, 2006, pp. 1-18; B. M. CREMADES. «Cláusulas escalonadas de resolución de conflictos». En Y. VEGA MERE y S. GARCÍA LONG (eds.). *Derecho Internacional de la Construcción*. Lima, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2025, pp. 111-134.

¹³ Véase F. BENATTI y S. GARCÍA LONG. «Las cláusulas de estabilización en los contratos de inversión y el arbitraje internacional». En *Ius Et Praxis*, Vol. 54, 2022, pp. 95-126.

- a) Que es mejor mirar al contrato en lugar de forzar una base legal como la buena fe.
- b) Que la renegociación puede funcionar para situaciones específicas, no de manera general, lo cual significa que la renegociación no puede ser vista como un deber jurídico general como lo es la buena fe, que sea invocada en cualquier momento sin mayor reflexión.

4.2. La cláusula *hardship*

Debido a que en el derecho comparado se usan diferentes terminologías para referirse al problema del desequilibrio económico del contrato, en la práctica internacional se optó por la uniformización y se empleó el término *hardship* en virtud del desarrollo de las cláusulas *hardship*. Como señala el comentario 2 al artículo 6.2.1 de los UPICC:

2. El cambio de circunstancias es relevante solo en casos excepcionales

El carácter obligatorio del contrato no es, sin embargo, absoluto. Si las circunstancias sobrevinientes son de tal importancia que llegan a alterar en forma fundamental el equilibrio de las prestaciones, se produce una situación excepcional que en estos Principios se conoce como «excesiva onerosidad» (*hardship*), de la que se ocupa los siguientes artículos de esta Sección.

El fenómeno de la excesiva onerosidad sobreviniente ha sido contemplado en diversos sistemas jurídicos bajo diversas figuras tales como «frustración de la finalidad del contrato», *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *imprévision*, *eccessiva onerosità sopravvenuta*, etc. Sin embargo, se ha escogido la expresión «excesiva onerosidad» (*hardship*) por ser ampliamente reconocida como parte integrante de los usos del comercio internacional, lo que se confirma por la frecuencia con la que se incluyen en los contratos internacionales las llamadas «cláusulas *hardship*».

La cláusula *hardship* hace referencia a un pacto que se incorpora en el contrato para lidiar de manera particular frente al desequilibrio económico. Como la fuente es el pacto de las partes, puede reemplazar, modificar o complementar el modelo de excesiva onerosidad o *hardship* conforme a la ley aplicable o instrumento internacional de derecho uniforme.

Si bien no hay uniformidad en los modelos de excesiva onerosidad conforme a los derechos nacionales, se puede identificar dos características comunes:

- a) Se trata de un remedio judicial.
- b) Permite la intervención de las cortes para adaptar y/o resolver el contrato.

Partiendo de estas características, los instrumentos internacionales de derecho uniforme de perfil civilista, liderados por los UPICC, propusieron un modelo que se considera como complejo y mejorado:

- a) Se incluye el deber jurídico de renegociar el contrato, de manera que se inicia una etapa de renegociación con el objetivo de otorgar a las partes la posibilidad de llegar a un acuerdo,
- b) Se reconoce la intervención de las cortes ante la falta de acuerdo, a pedido de cualquiera de las partes, para adaptar o resolver el contrato, y
- c) Se prefiere los efectos conservatorios del contrato, esto es, renegociación más adaptación, en lugar de la resolución.

Considerando el escenario anterior con base en los diversos modelos de excesiva onerosidad o *hardship* bajo el derecho doméstico o derecho uniforme se puede pactar una cláusula *hardship* en tres escenarios:

1. En un contrato bajo una ley nacional que no reconoce la excesiva onerosidad, de manera que la cláusula *hardship* suple ese vacío.
2. En un contrato sujeto a una ley civilista que reconoce la excesiva onerosidad, pero se incorpora un esquema más complejo y moderno.
3. Independientemente de cuál sea la ley aplicable al contrato (una ley doméstica o derecho uniforme), se incorpora un esquema contractual privado que solo permite la exoneración o terminación del contrato por la parte invocante, sin renegociación e intervención de las cortes en el contrato.

El primer escenario es claro. Por ejemplo, la ley chilena no reconoce la excesiva onerosidad.¹⁴ Una solución es la incorporación de una cláusula *hardship*. El segundo escenario tampoco tiene mayor novedad. Por ejemplo, la ley italiana tiene la excesiva onerosidad para demandar la resolución del contrato, pero las partes podrían incorporar un esquema más complejo con una primera etapa de renegociación y la posibilidad de demandar la adaptación del contrato.¹⁵ Estos dos escenarios demuestran que la cláusula *hardship* es utilizada para superar las deficiencias de los derechos nacionales.¹⁶

El tercer escenario es interesante. En contratos internacionales las partes desconfían de la intervención de las cortes para terminar y, sobre todo, adaptar el contrato, lo cual significa una modificación por parte de un tercero. Aunque los contratantes internacionales saben que la *hardship*

¹⁴ Véase R. MOMBERG y A. PINO EMHART. «The impact of Covid-19 in Chilean Contract Law». En *Opinio Juris in Comparatione. Studies in Comparative and National Law. Special Issue: Impact of Coronavirus Emergency on Contract Law*, 2020, pp. 1-12.

¹⁵ Véase P. SIRENA y F. P. PATTI. «Hardship and renegotiation of contracts. In the prospective recodification of Italian civil law». En *Bocconi Legal Studies Research Paper Series*, n.º 3706159, 2020, pp. 1-24.

¹⁶ C. M. SCHMITTHOFF. «Hardship and intervener clauses». En CHIA-JUI CHENG (ed.). *Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law*. Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 417; BONELL. *An International Restatement of Contract Law*, *op. cit.*, p. 255.

es una excusa que está reconocida en la mayoría de las jurisdicciones nacionales del *civil law*, no quieren que un tercero defina el futuro del contrato, y menos que lo modifique. Ante ello, el punto medio puede encontrarse en una cláusula *hardship* con efectos privados y liberatorios (exoneración y/o terminación) sin la intervención de las cortes. La presencia adicional de la renegociación dependerá de las partes. Este modelo de *hardship* se caracteriza por lo siguiente:

- a) Privatiza el procedimiento contractual para corregir la *hardship*, lo cual significa que el remedio es extrajudicial.
- b) Tiene preferencia por los efectos liberatorios en el contrato, esto es, exoneración y/o terminación del contrato, según corresponda.

Este modelo de *hardship* presente en la contratación internacional se encuentra reconocido por la CISG según la Opinión 20 del CISG-AC, los Principios OHADAC, la ICC Hardship Clause 2003 y la ICC Hardship Clause 2020 (párrafo 3A), por ejemplo. Por un lado, se considera que el artículo 79 de la CISG puede ser invocado para cubrir *hardship* para exonerar de responsabilidad a la parte afectada mientras dura el impedimento, sin renegociación ni intervención de las cortes en el contrato (sin perjuicio del ejercicio de otros remedios que no sean incompatibles con la exoneración), mientras que los Principios OHADAC (artículo 6.3.1) permiten a la parte invocante terminar el contrato de manera privada ante la ocurrencia de *hardship* sin renegociar, a diferencia de los modelos de cláusula *hardship* de la ICC que tienen renegociación, pero preferencia por la terminación sobre la adaptación del contrato.

Ciertamente, los modelos anteriores tienen características más familiares a un modelo de *common law* que de *civil law*. Por ejemplo, el derecho americano admite una doctrina de *impracticability* con efectos privados y

liberatorios, mientras que derecho inglés no reconoce una doctrina sobre *hardship*, rechaza la buena fe y los pactos de renegociación. Un punto medio podría encontrarse en un modelo de cláusula *hardship* como el mencionado, que sería un pacto en contra de los modelos civilistas con relación a la intervención de las cortes en el contrato, siempre que lo permite la ley aplicable. Al final, la cláusula *hardship* es una forma de deslocalizar el contrato de las jurisdicciones nacionales o el derecho uniforme.

4.3. La estructura contractual de la renegociación en la *hardship*

En virtud de la regulación de los instrumentos de uniformización se puede identificar diversos aspectos que conforman la estructura contractual de la renegociación en la *hardship*; sin embargo, lo dispuesto por los instrumentos internacionales es solo el punto de partida, ya que hay diversos aspectos omitidos. El comercio internacional es cambiante y las cláusulas *hardship* suelen tener una estructura incluso más compleja que el regulado bajo los UPICC y otros instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Entonces, aunque el modelo de *hardship* de los UPICC haya sido muy exitoso, aun es un modelo perfectible. En virtud de lo anterior, la discusión se enfoca en determinar el mejor camino para mantener actualizado los UPICC con relación al dinamismo de las cláusulas *hardship*.¹⁷ Tenemos dos alternativas:

¹⁷ Sobre las cláusulas *hardship*, véase R. MOMBERG. «Las cláusulas *hardship* como mecanismo de adaptación del contrato». En *Estudios de Derecho Privado en Homenaje a Profesor Daniel Peñailillo Arévalo*. Thomson Reuters, 2020, pp. 463-493; F. BENATTI. «Modificación de circunstancias y cláusulas contractuales». En W. VÁSQUEZ REBAZA (ed.). *Principales cláusulas de la contratación privada contemporánea*. Lima, Ius et Veritas, 2021, pp. 87-98; S. GARCÍA LONG. «Excesiva onerosidad, *hardship* y cláusula *hardship*», *op. cit.*

1. Podría revisarse el modelo de *hardship* en una próxima versión de los UPICC para incorporar aspectos ausentes en los artículos 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3.
2. Podría dejarse la regulación de los UPICC como regla supletoria. El modelo de *hardship* de los UPICC estaría bien como está; sin embargo, conforme al artículo 1.5 de los UPICC, las partes podrán derogar los artículos 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3 para incluir características adicionales.

A continuación, se presenta todas las «características adicionales» que están ausentes en los UPICC. Ciertamente, parte de la discusión es analizar cuáles de todas las características son lo suficientemente importantes para justificar una revisión y modificación de los artículos 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3, y cuáles quedarían a disposición de las partes para que sean incorporadas en el contrato. Esta reflexión final se realiza en la sección 5.

a) *Tipo de renegociación*

Un primer aspecto a definir es si la renegociación será llevada por las mismas partes o sometida a un tercero intermediador (como el centro de mediación y conciliación de una cámara de comercio). Mientras algunos instrumentos internacionales señalan que las partes deberán entrar en renegociaciones, otros proponen que esta renegociación sea sometida a un tercero mediador y conciliador.¹⁸

Lo anterior es una alternativa interesante y de utilidad práctica porque si una parte ha invocado la cláusula es porque se presume que no ha sido posible renegociar hasta el momento. Entonces, invocar una nueva renegociación privada podría ser inútil si las partes ya se encuentran en

¹⁸ Por ejemplo, los Principios OHADAC proponen modelos de cláusulas *hardship* como alternativa a lo dispuesto en su artículo 6.3.1, y en ellas, se dispone la posibilidad de acudir a un tercero para que conduzca la renegociación.

una posición litigiosa. Ante ello, mejor opción sería que la renegociación sea conducida por un tercero imparcial que apoye a las partes.

Ciertamente, para que pueda intervenir un tercero, el pacto deberá ser claro al respecto, sobre todo con relación a la designación del tercero. Además, si interviene un tercero, tiene que definirse la naturaleza de su intervención, esto es, si solo será un intermediario o si podrá dar algún tipo de recomendación, y si esta será vinculante o no. Finalmente, este tercero no ejerce jurisdicción como lo hace un juez o árbitro.

b) Naturaleza de la renegociación

¿Cuál es la naturaleza de la etapa de renegociación? Primero, es recomendable que la cláusula se redacte de tal manera que quede claro que la renegociación es un deber que aplica a las partes del contrato, no un remedio o una condición. Esta es una precisión relevante porque los instrumentos internacionales de derecho uniforme, curiosamente, no son uniformes en la formulación de la renegociación, aunque el punto de partida haya sido los UPICC. Mientras los UPICC indican que una parte podrá solicitar la renegociación a la otra («is entitled to request renegotiation...»), los PECL indican que las partes están obligadas a renegociar («parties are bound to enter into negotiations...»), mientras que el DCFR incluye la renegociación como si fuera una condición previa («the debtor has attempted... to achieve by negotiation...»).

Sin perjuicio de cómo haya sido formulada la renegociación, en el fondo lo que se busca es que las partes se pongan a negociar, y ello significa la imposición de un deber sobre ambas partes. Entonces, al momento de redactar una cláusula *hardship*, la renegociación debe ser formulada como un deber contractual a cargo de las dos partes en conflicto.

En segundo lugar, el pacto debe indicar que se trata de un deber de realizar mejores esfuerzos (*best efforts*). Si bien se trata de un deber, no consiste en uno de obtener un resultado, sino de realizar los mejores

esfuerzos para lograr un resultado sin garantizarlo,¹⁹ que consistiría en la posibilidad de obtener un acuerdo que defina el futuro del contrato a través de la resolución o la adaptación. Como tal, el objeto del deber de renegociación no consiste en obtener un acuerdo, sino solo en negociar.²⁰ Como se indicó en el caso arbitral *Aminoil* (1982): «An obligation to negotiate is not an obligation to agree. Yet the obligation to negotiate is not devoid of content, and when it exists within a well-defined juridical framework it can well involve fairly precise requirements».²¹

De hecho, el tema del contenido del deber es una de las razones controversiales del mismo, ya que hay casos donde el pacto no tiene contenido definido y ello genera incertidumbre en su aplicación. Por tal motivo, ante un contenido incierto, se considera que no tiene valor legal como ha ocurrido en el derecho inglés. Entre las razones, se considera que la renegociación, como tal, no necesita de coerción legal para que ocurra, pues si sucede será de manera espontánea, y en caso no ocurra no se podrá culpar a una parte por no llegar a un acuerdo ya que se parte de la premisa que ambas partes se encuentran en una posición adversarial y, como tal, quieren cosas distintas. Si el objeto del deber de renegociar es solo negociar, sería complicado definir cuándo se cumple o incumple con tal deber, y de ser posible definir lo anterior, ello tendrá poca

¹⁹ Mientras que en los derechos nacionales, sobre todo de influencia francesa, se habla de *obligations de moyens* y *obligations de résultat*, en el derecho internacional se prefiere por la denominación «deber de mejores esfuerzos» (*best efforts*) como equivalente a *obligation de moyens* al ser el *best efforts* el término estandarizado en la práctica. Véase el artículo 5.1.4 de los UPICC. Como alternativa, en el derecho inglés se usa *best endeavours*. Lo anterior es independiente de que por pacto las partes pueden acordar un estándar superior de diligencia como se observa en la práctica contractual del *common law* con la inclusión de una jerarquía de *efforts* (*best efforts*, *reasonable best efforts*, *reasonable efforts*). Lo mismo con los *endeavours*. Véase S. GARCÍA LONG. «Lo que importa es la intención: la cláusula de mejores esfuerzos (*best efforts*)». Apuntes desde el derecho peruano hacia el derecho comparado». En *Revista de Derecho - Facultad de Derecho UCSC*, n.º 39, 2021, pp. 125-161; S. GARCÍA LONG. «Los mejores esfuerzos (*best efforts*) en la contratación corporativa y financiera». En *Forseti*, Vol. 11, n.º 15, 2022, pp. 92-116.

²⁰ Véase L. RUSSI. «Chronicles of a failure: from a renegotiation clause to arbitration of transnational contracts». En *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 24, n.º 1, 2008, pp. 89-90.

²¹ Véase S. P. NG'AMBI. «Efficient and flexible: the case for renegotiation clauses in concession agreements». En *Zambia Law Journal*, Vol. 45, 2014, p. 24.

utilidad práctica si ante su incumplimiento no procederá la pretensión de cumplimiento ya que no se puede obligar a una parte a renegociar.²²

Lo anterior es sin perjuicio del surgimiento de responsabilidad por renegociar de mala fe, sobre todo en jurisdicciones del *civil law* donde se admite la existencia de la buena fe y que pueda ser fuente de responsabilidad civil. En principio, los daños se extenderían hasta el interés negativo y el costo de oportunidad, lo cual también es otro tema debatible (la extensión de los daños).

c) *El contenido de la renegociación*

Entonces, ¿qué se debe hacer durante la renegociación? Aunque se precise que la renegociación es un deber de mejores esfuerzos, aún no queda claro qué deben hacer las partes durante la renegociación, y aunque no se garantice un resultado, una parte podría incurrir en responsabilidad frente a la otra si actúa de mala fe. ¿Durante qué plazo debe renegociarse? ¿Cuándo se incumple o cumple la renegociación? ¿Cómo se vulnera la buena fe durante la renegociación? ¿La falta de acuerdo significa que se renegoció de mala fe?

Ante las diversas dudas, es necesario una guía sobre cómo renegociar de buena fe. Una interesante guía se encuentra en los Principios on Transnational Law («Principios TransLex») bajo el liderazgo de profesor Klaus Peter Berger.

Los artículos VIII.1 y VIII.2 de los Principios TransLex regulan a la *hardship*, y al respecto, el comentario 1 al artículo VIII.2 de los Principios TransLex señala lo siguiente:

²² Véase la discusión en J. CARTWRIGHT. «Negotiation and renegotiation: An English perspective». En J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER y S. WHITTAKER (eds.). *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')*. Hart Publishing, 2009, pp. 51-70.

1 *See* for the guidelines which must be observed by parties in a contractual renegotiation process Trans-Lex Commentary to Principle IV.6.7, Para 3.

A su vez, el artículo IV.6.7 señala lo siguiente:

N.º IV.6.7 - Duty to renegotiate

Each party has a good faith obligation to renegotiate the contract if there is a need to adapt the contract to changed circumstances and the continuation of performance can reasonably be expected from the parties.

El artículo IV.6.7 de los Principios TransLex es una novedad en los instrumentos de uniformización pues consiste en una disposición adicional a la que regula la *hardship* y que precisa que la renegociación debe realizarse de buena fe. Además, la intención de esta disposición es dejar constancia que la preferencia está en la conservación del contrato y no en la resolución ante la ocurrencia de *hardship*.

Otra novedad, y la más importante, se encuentra en los comentarios al artículo IV.6.7. El profesor Klaus Peter Berger publicó un trabajo sobre el deber de renegociación y en el mismo propuso un listado de conductas que las partes deben ejercer durante la etapa de renegociación.²³ Tal listado fue replicado como parte del comentario 3 al artículo IV.6.7 de los Principios TransLex:

3 In renegotiating their contract, the parties must always seek to maintain the commercial equivalence of their respective contractual obligations. The idea that the performance obligations of the parties should be commercially equivalent is a general principle of international commercial contract law and must therefore be observed in the renegotiation context. Apart from that, there are a number of guidelines which must be observed by the parties in a renegotiation process:

²³ K. P. BERGER. «Renegotiation and adaptation of international investments contracts: the role of the contract drafters and arbitrators». En *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, n.º 4, 2003, pp. 1347-1368.

1. Respecting the remaining provisions of the contract,
2. Having regard to the prior contractual practice between the parties,
3. Making a serious effort to reach agreement,
4. Paying attention to the interests of the other side,
5. Producing information relevant to the adaptation,
6. Showing a sincere willingness to reach a compromise,
7. Maintaining flexibility in the conduct of negotiations,
8. Searching for reasonable and appropriate adjustment solutions,
9. Making concrete and reasonable suggestions for adjustment instead of mere general declarations of willingness,
10. Avoiding rushed adjustment suggestions,
11. Giving appropriate reasons for one's own adjustment suggestions,
12. Obtaining expert advice in difficult and complex consensus proceedings,
13. Responding promptly to adjustment offers from the other side,
14. Making an effort to maintain the price-performance relationship taking into consideration the parameters regarded as relevant by the parties,
15. Avoiding an unfair advantage or detriment to the other side («no profit, no loss» principle),
16. Prohibition on creating established facts during negotiations except in emergency situations (ban on «escalation» strategies),

17. Maintaining efforts to reach agreement over an appropriate length of time,
18. Avoiding unnecessary delays in the consensus proceedings.

Ante la falta de una guía sobre cómo proceder en la etapa de renegociación, la propuesta de Berger puede ser de utilidad para las partes y, a la vez, ser tomado como referencia para evaluar una eventual responsabilidad por mala fe.

Eventualmente, los UPICC podrían agregar el listado de Berger en una nueva edición o, simplemente, las partes podrían incluir tal lista en su contrato o hacer referencia precisa a la misma.

d) Deber de notificación y mitigación

Se debe regular el deber de notificación ante la ocurrencia de *hardship*, cuál es el plazo para hacerlo y desde cuándo se computa el mismo.

La parte afectada debe notificar a la otra la ocurrencia de *hardship* así como la probanza de sus presupuestos a efectos de que surjan las respectivas consecuencias. Debe pactarse un plazo específico para notificar, caso contrario se entenderá que es uno razonable y de acuerdo al caso concreto. También debe indicarse desde cuándo corre el plazo. Podría iniciar desde que se toma conocimiento de la *hardship* o desde que cesan sus consecuencias. El envío oportuno de esta solicitud es parte del deber de la parte afectada de mitigar los daños generados a la otra por el evento impeditivo.

Anteriormente, se consideraba que la notificación tardía impedía reclamar frente a la contraparte. Por ejemplo, las guías de la ICC de 1985 sobre cláusula *hardship* señalaban que su segundo párrafo lo siguiente:

The Party shall make a request for revision within a reasonable time from the moment it becomes aware of the event and of its effect on the economy of the contract. The request shall indicate the grounds on which it is based.

A su vez, el comentario 5 señalaba:

Paragraph 2 bars a party from invoking the clause if he does not request a revision of the contract within a reasonable time from the moment he became aware of the event and its effects on the economy of the contract. The request has to indicate the grounds on which it is based. What is a reasonable time depends upon the circumstances of the case.

La disposición anterior es una particular porque usualmente los instrumentos internacionales regulan el deber de notificación para la *force majeure* y no para la *hardship*. Véase el artículo 79(4) de la CISG, artículo 7.1.7(3) de los UPICC, artículo 8:108(3) de los PECL, artículo III. – 3:104(5) del DCFR, artículo 88(3) del CESL y el artículo VI.3(d) de los Principios TransLex. La ICC Force Majeure Clause 2020 (Long Form) también regula este deber de notificación, aunque en forma de carga porque señala que los efectos de la *force majeure* surgen desde la notificación, de manera que si la parte afectada se demora en notificar, ello le resultará perjudicial para el ejercicio de su derecho.

Por el contrario, otros instrumentos sí regulan el deber de notificación para la *hardship* (aunque estos no reconocen la renegociación). Por un lado, el artículo 6.3.1(3) de los Principios OHADAC señala que la parte afectada debe notificar a la otra parte sobre la ocurrencia del evento y que debe tomar las medidas de mitigación necesarias en favor de la contraparte. De manera similar, el artículo 79(4) de la CISG regula el deber de notificación sobre la parte que sufre los efectos de un impedimento, el cual deberá realizarse dentro de un plazo razonable, caso contrario, será responsable de los daños sufridos por la contraparte. La Opinión 20 del CISG-AC confirma que el deber de notificación también aplica para los casos de *hardship* como impedimento.

Sea cual fuese el escenario, la parte que sufre *hardship* debe notificar a la otra parte la ocurrencia de tal circunstancia. Además, esta solicitud debe ser fundamentada y contener la información necesaria que le demuestre a la parte no afectada la verificación de la *hardship*. Lo anterior es necesario para mitigar los daños que pueda sufrir tal parte.

Es importante precisar que el deber de mitigación inicia con el deber de notificación, pero no se limita a ello. La parte afectada debe cumplir con el deber de mitigación durante toda la gestión del evento impeditivo, hasta que el mismo pueda ser superado y se reanude la ejecución del contrato.

e) Suspensión del contrato

Es relevante precisar en el pacto si el inicio de la renegociación suspende o no la ejecución del contrato, y de suspenderse cuándo se reinicia. La tendencia en los instrumentos internacionales es que el inicio de una renegociación no suspende el contrato. Véase el cuarto párrafo y comentario respectivo de las guías ICC de 1985 sobre la cláusula *hardship*, el artículo 6.2.3(2) de los UPICC, el artículo 84(2) de los PLDC, y el último párrafo del numeral 2 del modelo B de cláusula *hardship* de los Principios OHADAC.

Esta disposición es importante porque evita acciones oportunistas. Si la parte afectada quiere y puede suspender el contrato, podría ver la acción por *hardship* como una buena excusa para suspender su obligación, y así generarle una pérdida a su contraparte. Por el contrario, la prohibición de suspensión reconfirma la regla que señala que el deudor debe ejecutar su prestación aunque la misma se convierta en más onerosa (véase el artículo 6.2.1 de los UPICC). Si ocurre la *hardship*, la parte afectada deberá seguir ejecutando la prestación a su cargo a menos que logre obtener alguna medida procesal que le permita suspender la ejecución del contrato mientras dure el proceso y hasta que haya un fallo definitivo.

Finalmente, si el pacto indica que procede la suspensión, deberá señalarse cuándo cesa la misma. Por ejemplo, si las partes logran llegar a un acuerdo en la renegociación, se reanudará la ejecución del contrato. Si las partes no llegan a un acuerdo y acuden a las cortes, el futuro del contrato dependerá del fallo a emitirse y mientras tanto el contrato seguirá suspendido. Finalmente, si una parte se precipita y suspende su prestación sin tener la razón, podría ser responsable por los daños causados a la otra parte.

f) *Aplicación de otros deberes específicos*

Durante la renegociación aplican los deberes de buena fe, cooperación, mitigación de daños, entre otros.²⁴ Este esquema tiene sentido en instrumentos internacionales de perfil civilista que reconocen de manera expresa el deber de buena fe, que puede servir de fuente o inspiración de otros deberes específicos. Lo anterior pretende que la parte que invoca la excusa tenga una acción activa para solucionar el problema. Como explica Fucci, «the disadvantaged party cannot simply throw up its hands in the face of the adverse circumstances».²⁵

En instrumentos internacionales de perfil civilista se encuentra a la buena fe y otros deberes específicos. En los UPICC, el artículo 1.7 regula a la buena fe contractual, el artículo 5.1.3 al deber de cooperación, el artículo 6.2.3 a la renegociación en la *hardship* y el artículo 7.4.8 al deber de mitigación. Incluso el comentario 5 al artículo 6.2.3 de los UPICC señala que aplican a la etapa de renegociación el deber de buena fe contractual del artículo 1.7 y el deber de cooperación del artículo 5.1.3. En los PECL, el artículo 1:201 regula a la buena fe contractual, el artículo 1:202 al deber de cooperación, el artículo 1:302 a la razonabilidad, el

²⁴ Véase BERGER. «Renegotiation and adaptation of international investments contracts», *op. cit.*, pp. 1364-1365; A. FLOROU. *Contractual Renegotiations and International Investment Arbitration. A Relational Contract Theory Interpretation of Investment Treaties*. Leiden, Brill Nijhoff, 2020, pp. 76-77.

²⁵ F. R. FUCCI. «Hardship and changed circumstances as excuse for non-performance of contracts. Practical considerations in international infrastructure investment and finance». En OGEL, Vol. 5, n.º 2, 2007, p. 33.

artículo 6:111 a la renegociación en la *hardship* y el artículo 9:504 a la mitigación de daños (en la forma de no compensación de daños ocasionados por el acreedor). En el DCFR el artículo III. - 1:103 regula a la buena fe contractual, el artículo III. - 1:104 al deber de cooperación, el artículo III. - 1:110 a la renegociación en la *hardship* y el artículo III. - 3:704 a la mitigación de daños (en la forma de no compensación de daños ocasionados por el acreedor). En los Principios TransLex el artículo I.1.1 regula a la buena fe contractual, el artículo I.2.1 a la razonabilidad, el artículo IV.6.9 al deber de cooperación, el artículo VII.4 al deber de mitigación y los artículos IV.6.7 y VIII.2 a la renegociación en la *hardship*. En los PLDC el artículo 7 regula a la buena fe, el artículo 84 a la renegociación en la *hardship* y el artículo 109 al deber de mitigación.

Al considerar que la buena fe es el concepto madre, una pregunta evidente es ¿qué es la buena fe, para empezar? La buena fe es mejor entendida como un concepto negativo (*excluder*), por el cual podemos identificar qué comportamientos son de mala fe y de ahí elaborar un concepto de manera inductiva (de los casos a la teoría), en lugar de definirla como un concepto positivo y de contenido vacío o circular de manera deductiva.²⁶ Por su parte, el deber de cooperación es un deber específico que deriva de la buena fe²⁷ y que se enfoca en la colaboración para conseguir los intereses involucrados en el contrato.²⁸ Mientras que

²⁶ Véase R. S. SUMMERS. «“Good Faith” in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code». En *Virginia Law Review*, Vol. 54, n.º 2, 1968; R. S. SUMMERS. “The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization”. En *Cornell Law Review*, Vol. 67, n.º 4, 1982. Véase también S. GARCÍA LONG. “Towards a formalistic approach of good faith in comparative contract law”. En *European Business Law Review*, Vol. 35, n.º 7, 2024, pp. 947-976.

²⁷ C. PÉDAMON. “The new French contract law and its impact on commercial law: good faith, unfair contract terms and hardship”. En M. HEIDEMANN y J. LEE (eds.). *The future of the commercial contract in scholarship and law reform. European and comparative perspectives*. Springer, 2018, p. 109. Véase también C. PÉDAMON y R. VASSILEVA. «The “duty to cooperate” in English and French contract law: one channel, two distinct views». En *Journal of Comparative Law*, Vol. 14, n.º 1, 2019, pp. 1-24.

²⁸ L. SAN MARTÍN NEIRA. «La necesidad de la colaboración entre las partes de la obligación. Reflexiones a la luz del Código de Bello». En Felipe NAVIA ARROYO y Carlos Alberto CHINCHILLA IMBETT (eds.). *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello. Análisis y prospectivas en la sociedad contemporánea*. Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 350.

la buena fe busca mitigar los intereses individuales y opuestos de las partes, que son naturales a las posiciones opuestas y adversariales de «deudor» y «acreedor», el deber de cooperación pretende ser más específico para exigir en una de las partes cierta disposición en favor de la otra para solucionar una cuestión contractual, sin llegar hasta el sacrificio completo de sus propios intereses. Por otro lado, el deber de mitigación se refiere a una cooperación específica: hacer lo posible para que una parte no sufra más daños.

De manera específica, algunos instrumentos de uniformización precisan que la buena fe aplica a la renegociación, sin perjuicio de la cláusula general de buena fe. Los PECL son claros en señalar en el último párrafo del artículo 6:111 sobre cambio de circunstancias que la renegociación de mala fe es fuente de indemnización; por otro lado, los Principios TransLex contienen una disposición autónoma, el artículo IV.6.7, que señala que la renegociación para la *hardship* debe realizarse de buena fe. Esta disposición es distinta de aquellas que regulan a la *hardship* de manera específica (artículos VIII.1 y VIII.2). Los UPICC no mencionan expresamente a la buena fe en sus reglas sobre *hardship*, pero el comentario 5 al artículo 6.2.3 de los UPICC explica que la cláusula general de buena fe del artículo 1.7 aplica directamente.

Finalmente, precisar el contenido de los deberes específicos puede ser relevante si el contrato se somete a una ley anglosajona. En Inglaterra no se reconoce la buena fe ni los pactos de renegociación. Como la negociación es aleatoria, no existe certeza del resultado de las negociaciones y, en consecuencia, resultaría complicado determinar si hubo mala fe en caso no se llegase a un acuerdo. Si esto es así, tampoco quedaría claro cuándo habría responsabilidad, sobre todo si se parte de la premisa que la renegociación es un deber de mejores esfuerzos, no de resultado.²⁹ Por ello, es necesario que el pacto sea preciso.

²⁹ BERGER. «Renegotiation and adaptation of international investments contracts», *op. cit.*, p. 1368.

g) *Objetivo de la renegociación*

Un tema pendiente es si la renegociación es libre o si las partes deben darle preferencia a la adaptación sobre la resolución o a la inversa. Los instrumentos internacionales civilistas, sea en el texto de la regulación o en sus comentarios, muestran una preferencia por la adaptación del contrato basada en el *favor contractus*. Esta preferencia puede servir de guía para analizar si el deber de renegociación fue cumplido o no en caso no se haya llegado a un acuerdo.

Por ejemplo, si la renegociación tenía como objetivo restablecer el equilibrio del contrato y una de las partes insistió en la terminación, el juez podrá considerar el objetivo de la renegociación en su análisis para concluir si una parte puede ser encontrada responsable por no haber negociado de buena fe, y la extensión de los daños. El análisis sería distinto si la renegociación es libre.

Lo anterior es una importante guía que debería quedar expresa, ya que podría condicionar la ejecución de las conductas durante la renegociación. Por ejemplo, si se incluyen determinados comportamientos específicos como los de la lista de Berger, aún quedaría la duda sobre la dirección que deberían tomar tales comportamientos; por el contrario, si el pacto indica que las partes deben renegociar con el objetivo de adaptar el contrato, se entenderá que los esfuerzos de las partes deben dirigirse a ese objetivo, caso contrario, si —por ejemplo— se insiste por la resolución, ello podría ser considerado como de mala fe.

h) *Plazo para renegociar*

Algo esencial pero usualmente omitido es el plazo de duración de la renegociación. Así como hay un plazo para notificar, debe definirse un plazo para renegociar, el cual tiene que ser uno razonable. Este periodo funciona como uno gracia para definir la tolerancia de las partes y el tiempo temporal en que deberán realizar sus esfuerzos para llegar a una

solución. Si no se define un plazo, no quedará claro hasta dónde llega la tolerancia de las partes y hasta qué punto deben realizar sus esfuerzos para lograr un acuerdo.

Además, la ventaja de definir un plazo es que sirve de guía para establecer el eventual incumplimiento del deber. Por ejemplo, si hay un plazo determinado y se observa que una de las partes no realiza las conductas objetivas y serias necesarias para intentar llegar a un acuerdo, se podría asumir que tal parte solo está esperando el vencimiento del plazo.

Finalmente, lo mejor es definir un plazo fijo que hace recurso a la razonabilidad. Eventualmente, si las partes no pueden ponerse de acuerdo en un plazo determinado, siempre podrán pactar un «plazo razonable», de manera que si surge la controversia, las partes deberán definir allí mismo la extensión del plazo. Ciertamente, esta estrategia permite reducir costos de transacción *ex ante* aunque lo puede aumentar *ex post* si las partes no cooperan entre ellas para decidir cuál será el plazo razonable aplicable.

i) La falta de acuerdo en la renegociación

De nada sirve una renegociación si no está definido qué ocurre ante la falta de acuerdo³⁰ dado que la renegociación solo impone un deber de negociar y no un deber de llegar a un acuerdo.³¹ Las negociaciones no son vinculantes entre las partes y no obligan a ninguna de ellas hasta que se haya llegado a un acuerdo.

Si a pesar de haberse renegociado de buena fe no es posible llegar a un acuerdo, se procederá a la siguiente etapa de la estructura contractual

³⁰ SCHMITTHOFF, *op. cit.*, p. 420. Cfr. H. VAN HOUTTE. «Changed circumstances and pacta sunt servanda». En E. GAILLARD (ed.). *Transnational rules in international commercial arbitration*. ICC Publication, 1993, p. 121.

³¹ BERGER. «Renegotiation and adaptation of international investments contracts», *op. cit.*; S. KRÖLL. «The renegotiation and adaptation of investment contracts». En R. HORN (ed.). *Arbitrating Foreign Investments Disputes*. Kluwer Law International, 2004, p. 448.

de la *hardship*, que consiste en la posibilidad de acudir a las cortes para que se proceda con la resolución o adaptación del contrato según corresponda. Igualmente, se pasará a la siguiente etapa en caso las negociaciones hayan fracasado de mala fe, con la diferencia que en este escenario podría imponerse el pago de daños. Por la naturaleza misma del deber, la pretensión de cumplimiento específico no tendrá mayor eficacia práctica.³²

En virtud de lo anterior, tenemos los siguientes escenarios:

- i. Las partes podrían renegociar de buena fe y llegar a un acuerdo. En este caso, la renegociación es exitosa. Dado que hay acuerdo, no necesitan intervenir las cortes, salvo para ejecutar lo acordado por las partes en la renegociación.
- ii. Las partes podrían renegociar de buena fe y no llegar a un acuerdo. En este caso se cumple la renegociación, pero sin resultado. Como no se llega a un acuerdo, intervendrán las cortes a iniciativa de cualquiera de las partes, sea para resolver o adaptar el contrato según corresponda.
- iii. Las partes podrían renegociar pero no llegan a un acuerdo, y se puede identificar un comportamiento de mala fe en alguna de las partes. Como la renegociación consiste en un deber de realizar los mejores esfuerzos no se puede cuestionar a una parte por no llegar a un acuerdo, pero sí se le puede culpar si actuó de mala fe y hacerle responsable por los daños causados. Sin perjuicio de esta responsabilidad, como las partes no llegaron a un acuerdo, procede continuar con la siguiente etapa que consiste en la intervención de las cortes a iniciativa de cualquiera de las partes, sea para resolver o adaptar el contrato según corresponda.

³² FUCCI, *op. cit.*, p. 33.

Fíjese que lo anterior tiene como base el modelo civilista. Otros modelos anglosajones prefieren privatizar el procedimiento contractual, de manera que ante la falta de acuerdo procedería la resolución privada del contrato, por ejemplo.

j) *Remedio por el incumplimiento del deber de renegociación*

Es claro que no procede la pretensión de cumplimiento específico ante el incumplimiento de la renegociación sino solo el pago de daños, pero podría precisarse y además definir la extensión de los daños resarcibles, e incluso pactarse una penalidad para facilitar la liquidación y cobro de una compensación.

Es importante subrayar que no todos los instrumentos de uniformización son expresos en torno a la procedencia del pago de daños. Por un lado, el artículo 6:111 de los PECL señala de manera clara en su último párrafo: «In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing». Por otro lado, en los Principios TransLex los artículos iv.6.7, viii.1 y viii.2 no hacen referencia al pago de daños por renegociación de mala fe; sin embargo, el comentario 6 al artículo IV.6.7 precisa:

A party's liability for damages arising from a breach of the duty to renegotiate can be assumed only in exceptional cases. Here too, the special legal nature of this duty should be taken into account. Merely not reaching agreement will not in itself constitute a breach of obligation. Instead, this is assumed where the non-agreement is proven to be caused by a gross breach of obligation in bad faith by the other side. This could be the case for example where proceedings are unjustifiably delayed or negotiations are intentionally obstructed or where proposals by one side are obviously rejected for other reasons than normal business judgment. Only under those circumstances can it be assumed that a **reasonable** person in a comparable situation would have made greater efforts.

En los UPICC, los artículos 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3 no hacen mención alguna al pago de daños por renegociación de mala fe, y tampoco lo hacen sus comentarios, pero podría considerarse la aplicación del artículo 2.1.15 sobre la negociación de mala fe, que indica en su párrafo (2) que «[...] la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte». Adicionalmente, el comentario 3 al artículo 2.1.15 precisa que la regla se aplica a pactos de negociación y renegociación, y que al tratarse de un incumplimiento, podrían ser aplicables todos los remedios que estén disponibles. En todo caso, con relación al pago de daños, el comentario 2 señala que por regla es procedente el interés negativo y no el positivo, así como el costo de oportunidad.

Finalmente, con relación a la extensión de los daños, podría tenerse en cuenta cierta jurisprudencia americana como *SIGA Technologies Inc v. PharmAthene* (2013),³³ que señala que si negociando de buena fe se hubiera llegado a determinado acuerdo, en virtud de la regla de la previsibilidad se debería resarcir incluso el interés positivo.³⁴ Ciertamente, se trata de un tema muy debatible. En virtud de lo anterior, el pacto podría aclarar la extensión de la indemnización.

k) Poderes para adaptar el contrato

Uno de los temas más controversiales se refiere a los poderes de las cortes para adaptar (entiéndase, modificar) el contrato. Tal vez en jurisdicciones del *civil law* como Alemania no haya mayor complicación en admitir que las cortes pueden modificar el contrato ante ciertas circunstancias.

³³ *SIGA Techs, Inc. v. Pharmathene, Inc.* - 67 A.3d 330 (Del. 2013).

³⁴ Véase S. GARCÍA LONG. «¿Casados, comprometidos o solo amigos? Pactando acuerdos no vinculantes». En SOTO COAGUILA (ed.). *Fusiones & Adquisiciones*. Lima, Instituto Pacífico, 2018, pp. 193-257.

Por el contrario, en jurisdicciones del *common law* como la inglesa, se considera que las cortes no tienen un poder inherente para modificar los contratos. Incluso se podría considerar que un pacto que les otorgue tales poderes no tendría valor jurídico (*unenforceable*).³⁵ Por ello, ciertos modelos como las guías de la ICC 1985 proponían que la adaptación lo realice un tercero sin poder jurisdiccional, cuya recomendación podría pactarse como vinculante o no.

En el campo del arbitraje, el pacto podría incluirse en el convenio arbitral, ya que la cuestión de los poderes del árbitro no es solo un tema sustantivo. Tal vez en jurisdicciones del *civil law* la procedencia de los remedios sea un tema de la ley aplicable al fondo de la controversia; sin embargo, en jurisdicciones del *common law* ciertos reglamentos arbitrales de Estados Unidos, por ejemplo, hacen referencia expresa a los poderes del árbitro y el contenido del laudo. Esto también va de la mano con la idea de que los árbitros interpretan y ejecutan el contrato, mas no lo modifican.³⁶

Por lo anterior, la figura misma de la *hardship* genera diversos sentimientos porque en el fondo uno de los remedios procedentes es la adaptación del contrato, que significa un paternalismo jurídico. De allí que en el derecho inglés ni existe la doctrina de la *hardship*, a diferencia de su admisión expandida en el *civil law*.

1) Objeto de la adaptación

En caso se pacte la adaptación judicial es conveniente definir qué pueden hacer las cortes o árbitros por adaptación, por ejemplo, si se trata

³⁵ SCHMITTHOFF, *op. cit.*, p. 420.

³⁶ Este tema ha sido discutido en S. GARCÍA LONG. «Laudos punitivos: la imposición de *punitive damages* en el arbitraje comercial internacional». En S. GARCÍA LONG (ed.). *Derecho de Arbitraje: Estudios en Homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su Centenario*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú y Normas Jurídicas, 2019, pp. 47-116.

de amplios poderes para adaptar según lo que el juez o árbitro considera pertinente, o unos poderes limitados.

De manera enunciativa, la adaptación puede consistir en reducir la obligación que sufre de un incremento de costos, aumentar la contraprestación debido a su devaluación, suspender el contrato, exonerar de responsabilidad por daños, distribuir pérdidas, ampliar plazos, entre otros. Con base en los supuestos anteriores, se puede observar que la adaptación podría consistir en un ajuste dinerario (para arriba o para abajo), o en una modificación no dineraria.

Lo anterior va de la mano con los poderes que puede tener un juez o árbitro. Ciertamente, en jurisdicciones del *civil law* se podría admitir un amplio poder del juez para realizar cualquier tipo de ajuste o modificación, mientras que en jurisdicciones del *common law* ello podría ser más cuestionable.

Así como una de las cuestiones más debatibles de la renegociación es su falta de contenido, de manera similar la adaptación suele concebirse como un poder general sin guías para su ejecución. De allí que la adaptación haya sido considerada como el gran misterio sin resolver.³⁷ Ante ello, el pacto puede hacer la diferencia.

m) Plazo para demandar

Se debe pactar un plazo para demandar ante las cortes desde que no se llegue a un acuerdo. Así como se necesita de un plazo para notificar la ocurrencia de *hardship* y de un plazo para renegociar, debe definirse un plazo para presentar la demanda una vez que las partes no logran llegar a un acuerdo en la renegociación.

³⁷ E. HONDIUS y H. C. GRIGOLEIT. «General comparative remarks: Converging tendencies, remaining differences and the unsolved mystery of adjustment». En E. HONDIUS y H. C. GRIGOLEIT. (eds.). *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. Cambridge University Press, 2011, p. 653.

Este es un tema procesal y práctico que usualmente no está regulado y que no se comenta. En todo caso, podría aplicar los plazos de caducidad o prescripción según corresponda bajo la ley aplicable; sin embargo, usualmente estos plazos tienen carácter general y no estarían pensados para situaciones de inmediatez como lo es el caso de dos partes que ya iniciaron un plazo de renegociación para corregir un desequilibrio económico y que representa el periodo de tolerancia previo al inicio de una acción judicial.

Por lo anterior, lo adecuado sería incluir en el pacto un plazo para demandar y que sirva como uno de caducidad, en el sentido de que vencido el plazo, ninguna de las partes podrá accionar. Esto daría certeza jurídica. Lo anterior será posible siempre que no existan normas imperativas sobre los plazos de caducidad o prescripción, esto es que solo la ley pueda definirlos haciendo nulos los plazos convencionales.

n) Existencia de una controversia

Finalmente, se debe precisar que la falta de acuerdo será suficiente para que ello califique como una controversia a efectos de que proceda la cláusula de solución de controversias.³⁸ Como las negociaciones son libres, y cada una de las partes busca la satisfacción de su propio interés, se discute si la falta de acuerdo en la renegociación es realmente una controversia entre las partes, sobre todo si se cumplió con la buena fe. Recordemos que la renegociación es un deber de mejores esfuerzos y no un deber de resultados.

Lo anterior es más debatible en jurisdicciones del *common law* como la inglesa, donde no se reconoce la buena fe en las tratativas ni los pactos de negociación o renegociación. Bajo tales perspectivas, con mayor razón la falta de acuerdo no calificaría como una controversia. El pacto puede aclarar lo anterior.

³⁸ Véase RUSSI, *op. cit.*, p. 104.

Aunque se haya puesto como el último punto, al ser uno procedimental, probablemente sea el más importante ya que si no hay «controversia», en primer lugar, no sería posible acudir al arbitraje, que suele ser el principal medio de resolución de conflictos de contratos comerciales, y si no puede iniciarse un arbitraje no podría demandarse *hardship* ante un tribunal para resolver o adaptar el contrato según corresponda.

5. REFLEXIONES FINALES: ¿QUÉ PODRÍA APRENDER LOS PRINCIPIOS UNIDROIT?

El repaso realizado sirve para observar el motivo del éxito del modelo de *hardship* de los UPICC, así como lo que le espera en el futuro.

Desde el punto de vista cognitivo, la renegociación podría ser una buena solución para corregir las situaciones opuestas en que se encuentran las partes ante la *hardship*, a diferencia del modelo de los derechos domésticos que promueven el conflicto entre las partes al reconocer derechos opuestos en favor de ellas.

Sin embargo, aunque la renegociación pueda ser una buena idea como primer paso para corregir la *hardship*, aún hay características adicionales que considerar. En este aspecto, las leyes nacionales e instrumentos internacionales no suelen dar muchas guías.

Ante la verificación de «características adicionales» que están ausentes en el derecho uniforme, ¿qué deberían hacer los UPICC al respecto? Para empezar, el modelo de *hardship* de los UPICC es exitoso y podría considerarse que el mismo es una buena norma supletoria. Por ejemplo, no habría mayor inconveniente sobre la aplicación de deberes específicos como la buena fe, cooperación o mitigación. Cualquier aspecto adicional quedaría a disposición de las partes.

Sin embargo, hay dos aspectos que sí deberían tener una guía en los mismos UPICC: la renegociación y adaptación judicial. Podría discutirse

cuál sería la mejor técnica legislativa al respecto, por ejemplo, si debe modificarse los artículos 6.2.1, 6.2.2 y 6.2.3 para incluir aspectos sobre el contenido de la renegociación y adaptación judicial, o si bastaría con ampliar los comentarios a tales disposiciones para aclarar las dudas en favor de las partes, de manera que sean ellas las que decidan cómo incorporarlas al contrato. Sea la alternativa que se elija, lo que se debe lograr es darle contenido a la renegociación y adaptación judicial para reducir la incertidumbre y dotarle de valor práctico.

Lo anterior queda como un tema de agenda en una futura revisión de los UPICC, y este trabajo puede ser un buen punto de partida para la discusión.

LOS PRINCIPIOS UNIDROIT Y LA TEORÍA DE LOS CONTRATOS RELACIONALES*

Olaf Meyer**

1. INTRODUCCIÓN

Las raíces del derecho contractual se remontan muy atrás en el tiempo. En comparación con la actualidad, las transacciones comerciales eran mucho más sencillas en aquella época. El escenario típico consistía en un intercambio en un mercado local, como la compra de un caballo. Los autores de las grandes codificaciones del siglo XIX tenían precisamente en mente estos casos cuando establecieron las normas que, en esencia, siguen vigentes hoy en día.¹

Sin embargo, en las últimas décadas, la complejidad de las relaciones comerciales ha aumentado rápidamente. El modelo de intercambio de bienes entre dos socios locales ya no es válido de forma universal. Los contratos se celebran a menudo a gran distancia, e incluso más allá de las fronteras nacionales, en el marco de la globalización. Además, el con-

* Traducción a cargo del profesor Sergio García Long, corresponsal del UNIDROIT, y reproducido con el amable permiso del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado - UNIDROIT y del autor. Publicado originalmente como O. MEYER. «The UNIDROIT Principles and Relational Contract Theory». En *Thirty Years of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Past, Present and Future Relevance. Acts of the Conference to celebrate the 30th Anniversary of the adoption of the UNIDROIT Principles (Rome, 6-7 May 2024)*. Roma, UNIDROIT, 2025, pp. 449-465.

** Olaf Meyer es profesor de Derecho Contractual en la Universidad de Ciencias Aplicadas de Frankfurt.

¹ El término «caballo» aparece 56 veces en el material legislativo de la primera versión del derecho de obligaciones en el BGB alemán, véase B. MUGDAN (ed.). *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*. Vol. 2, R. v. Decker's Verlag, Berlín, 1899.

trato de compraventa ya no es el arquetipo indiscutible del derecho contractual. Cada vez más se le suman contratos con elementos de servicio. Por otra parte, las relaciones contractuales no siempre se limitan a un intercambio puntual, sino que a menudo se diseñan a largo plazo.

Desde hace tiempo se critica que el modelo tradicional de derecho contractual no refleja adecuadamente la complejidad de la contratación moderna.² Para que la ley cumpla eficazmente sus funciones debe adaptarse a estos cambios y ofrecer soluciones eficientes. Los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales también deben enfrentarse a esta prueba si quieren ocupar su lugar en la regulación de los contratos complejos y ser algo más que una ley para la compra de caballos.

2. UN CAMBIO DE PERSPECTIVA: LA TEORÍA DEL CONTRATO RELACIONAL

La doctrina de los contratos relacionales ha cobrado especial importancia para evaluar las relaciones contractuales complejas. Se originó en EE. UU. en los años sesenta y setenta. Dos juristas, Stewart Macaulay e Ian Macneil, son citados habitualmente como los padres de la idea, lo que resulta llamativo en la medida en que estos dos difícilmente podrían haber sido más diferentes en su punto de partida. Macaulay representa a la Facultad de Derecho de Wisconsin, conocida por su enfoque del derecho en acción, caracterizado por la sociología jurídica y la crítica social. Su interés por el tema surgió a raíz de un estudio empírico sobre los beneficios de los contratos.³ En sus respuestas, los participantes en su encuesta habían revelado una clara tendencia a no hacer cumplir los contratos a toda costa; por el contrario, en caso de conflicto, los empresarios

² R. AUSTEN-BAKER. «A Relational Law of Contract?». En *Journal of Contract Law*, Vol. 20, 2004, p. 125 y ss.

³ Stewart Macaulay publicó por primera vez sus conclusiones no en una revista jurídica, sino sociológica: «Non-contractual relations in business: a preliminary study». En *American Sociological Review*, Vol. 28, 1963, p. 55 y ss. Más tarde revisó su contribución en S. MACAULAY. «An Empirical View of Contract». En *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 465 y ss.

encuestados preferían llegar a un acuerdo amistoso y también estaban dispuestos a transigir en aras del mantenimiento de la relación comercial. Por otra parte, evitan, en la medida de lo posible, la intervención de abogados. Las observaciones más bien sociológicas de Macaulay fueron traducidas en un sistema dogmático por Macneil, especialista en derecho contractual formado en Harvard.⁴

Según el modelo clásico reconocido internacionalmente, un contrato se celebra mediante la oferta y la aceptación. Adopta su forma definitiva en el momento mágico del encuentro de las voluntades. Si, posteriormente, surge una disputa sobre el alcance de los derechos y obligaciones, la solución se deriva principalmente del consenso contractual incluso si el contrato se celebró algún tiempo antes y las circunstancias subyacentes han cambiado desde entonces. Se aplica el principio *pacta sunt servanda*. Una modificación posterior del contrato sin el consentimiento de la otra parte solo es posible en raros casos excepcionales.

La teoría de los contratos relacionales contrarresta esta situación con su propio modelo. Distingue entre contratos discretos y relacionales.⁵ Los contratos discretos son transacciones relativamente sencillas, de duración manejable y normalmente de escaso valor, como la compra de un periódico en un quiosco o el repostaje de un coche en una estación de servicio de una autopista. Las cuestiones jurídicas esenciales de una transacción de este tipo pueden preverse fácilmente y tratarse de forma concluyente en el contrato. El modelo clásico de contrato es totalmente suficiente para este tipo de relación.

⁴ I. MACNEIL. «The Many Futures of Contract». En *Southern California Law Review*, Vol. 47, 1974, p. 691 y ss.; I. MACNEIL. «Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law». En *Northwestern University Law Review*, Vol. 72, 1978, p. 854 y ss. El autor desarrolló posteriormente su planteamiento en muchas otras publicaciones, véase por ejemplo I. MACNEIL. «Relational contract: What we do and what we do not know». En *Wisconsin Law Review*, 1985, p. 483 y ss.

⁵ I. MACNEIL. *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*. Yale University Press, 1980, p. 10 y ss.; M. HVIID. «Long-Term Contracts and Relational Contracts». En B. BOUCKAERT y G. DE GEEST (eds.). *Encyclopaedia of Law and Economics: The Regulation of Contracts*, Vol. 3. Edward Elgar, 2000, p. 46 y ss., p. 53.

En cambio, los contratos relacionales son tan complejos que no pueden planificarse completamente en el momento de su celebración. Nadie puede prever —o, como lo denomina Macneil,⁶ «presentir»— todos los escenarios posibles que podrían intervenir durante la vigencia del contrato. Si se intentara formular un contrato basado en la exhaustividad se cargaría con tantas normas individuales que, en última instancia, estas solo serían el caldo de cultivo de innumerables disputas sobre su correcta interpretación.⁷ La otra parte también podría interpretar la insistencia en la exhaustividad como una expresión de desconfianza.

Los contratos relacionales no pueden entenderse como una instantánea tomada en el momento preciso en que se celebra el contrato. Estos contratos deben considerarse más bien como una relación dinámica a lo largo de un periodo de tiempo más prolongado.⁸ A diferencia de un contrato discreto, una transacción relacional no suele tener ni un principio ni un final claros; por el contrario, se construye lentamente, luego gana en intensidad y finalmente se desvanece y expira.⁹ No todos los contratos a largo plazo son relacionales en este sentido.¹⁰ Un contrato con un proveedor de telefonía móvil o un contrato con un banco para gestionar una cuenta corriente pueden durar años, pero apenas tienen elementos relacionales. Las partes no se basan en la confianza personal, pueden poner fin a su relación en cualquier momento y simplemente cambiar de socio contractual; sin embargo, es naturalmente diferente en el caso de un proyecto plurianual de construcción de una planta, por ejemplo, para un aeropuerto o una estación de metro. En este caso, cancelar la relación

⁶ I. MACNEIL. *The New Social Contract* (nota 5 *supra*), p. 60.

⁷ P. LINZER. «Uncontracts: Context, Contorts, and the Relational Approach». En *Ann. Surv. Am. L.*, 1988, p. 139 y ss, p. 153.

⁸ R. AUSTEN-BAKER. «Comprehensive Contract Theory: A Four Norm Model of Contract Relations». En *Journal of Contract Law*, Vol. 25, 2009, p. 216 y ss.; C. CIRCO. «The Evolving Role of Relational Contract in Construction Law». En *The Construction Lawyer*, Vol. 32, 2012, p. 16 y ss.

⁹ J. OECHSLER. «Wille und Vertrauen im privaten Austauschvertrag – Die Rezeption der Theorie des Relational Contract im deutschen Vertragsrecht in rechtsvergleichender Kritik». En *RabelsZ*, Vol. 60, 1996, p. 91 y ss, p. 95.

¹⁰ M. HVIID. «Long-Term Contracts and Relational Contracts» (nota 5 *supra*), p. 46; C. GOETZ y R. SCOTT. «Principles of Relational Contracts». En *Virginia Law Review*, Vol. 67, 1981, p. 1089 y ss.

y buscar un nuevo socio podría retrasar el proyecto varios años y provocar enormes costes adicionales. Esto produce un efecto de bloqueo que une a las partes en una comunidad de destino.¹¹

En los contratos relacionales, la importancia del contrato escrito pasa a un segundo plano frente a la relación comercial en su conjunto. Es una estrategia racional que las partes no se esfuercen inicialmente por conseguir un contrato completo, sino que se centren primero en los puntos clave y solo busquen una solución a los problemas posteriores cuando surjan.¹² En estas relaciones, las partes no miran hacia atrás desde el problema hasta la celebración del contrato, sino hacia el futuro en busca de la mejor solución para ambas partes. Por lo tanto, a diferencia del modelo clásico, el contrato no representa el final de las negociaciones. Aunque puede seguir siendo el punto de partida y la ley de fondo de las renegociaciones, no está grabado en piedra. Insistir en determinadas normas e iniciar un litigio largo y costoso ante los tribunales dañaría permanentemente o incluso destruiría irreparablemente la confianza entre las partes, lo que constituye la base de su relación.

Esto deja la cuestión de cómo puede evitarse el comportamiento oportunista de las partes en el caso de un contrato incompleto. Si no existe una obligación legal específica en el contrato, otros medios deben garantizar la continuación de la relación comercial. Por un lado, se trata de una cuestión de diseño del contrato. Aunque los contratos relacionales se abstienen deliberadamente de incluir obligaciones específicas para todos los escenarios hipotéticos, esto no significa que el contrato no pueda crear estructuras de gobernanza con ayuda de las cuales las partes

¹¹ Y. ADAR y M. GELBARD. «The Role of Remedies in the Relational Theory of Contract: A Preliminary Inquiry». En *European Review of Contract Law*, Vol. 7, 2010, p. 399 y ss, p. 414.

¹² G. CALDARELLI. «Unilateral Modification of Long Term Contracts: American Change of Terms Clauses and Italian *Ius Variandi* from a “Relational” Point of View». En *European Review of Contract Law*, Vol. 17, 2021, p. 37 y ss.

puedan encontrar una solución conjunta en caso de conflicto.¹³ Entre las opciones a considerar se encuentran las normas de cooperación contractual, como las cláusulas de renegociación. El contrato también puede prever mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación. Al menos tan importantes como el marco jurídico son los incentivos extrajurídicos para el control. Un contrato bien planificado crea incentivos económicos para cumplir el trato porque la cooperación aumenta los beneficios para ambas partes.¹⁴ Además, las normas éticas o sociales, así como las costumbres comerciales, también pueden tener un efecto estabilizador en la relación contractual junto con la ley.

3. ELEMENTOS RELACIONALES EN EL MODELO CONTRACTUAL DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT

3.1. *Localización de la teoría del contrato relacional en los Principios UNIDROIT*

La comparabilidad de los Principios UNIDROIT con los enunciados centrales de la doctrina de los contratos relacionales depende inicialmente del grado de solapamiento de los ámbitos de regulación. Los Principios UNIDROIT se conciben a sí mismos como reglas generales para los contratos comerciales internacionales, pero no establecen ninguna regla especial para tipos específicos de contratos;¹⁵ sin embargo, los contratos relacionales no deben entenderse como un nuevo tipo de contrato junto a los contratos de compra, de servicios o de arrendamiento. Se

¹³ L. DiMATTEO. «Strategic Contracting: Contract Law as a Source of Competitive Advantage». En *American Business Law Journal*, Vol. 47, 2010, p. 727 y ss.; L. DiMATTEO, G. SIEDEL y H. HAPIO. «Strategic Contracting: Examining the Business-Legal Interface». En G. BERGER-WALLISER y K. ØSTERGAARD (eds.). *Proactive Law in a Business Environment*. Copenhagen, Djøef Publishing, 2012, p. 59 y ss.

¹⁴ La teoría de los contratos relacionales ha tenido una gran influencia en el tratamiento de los contratos de autoaplicación en la Nueva Economía Institucional, véase V. GOLDBERG. «Relational Exchange: Economics and Complex Contracts». En *The American Behavioral Scientist*, Vol. 23, 1980, p. 337 y ss.; O. WILLIAMSON. *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, Free Press, 1985.

¹⁵ R. MICHALES. «Preamble». En S. VOGENAUER (ed.). *Commentary on the UNIDROIT Principles*, 2.^a ed. OUP, 2015.

trata, más bien, de un concepto de aplicación general. Todos los contratos tienen elementos relacionales y discretos, solo cambia la intensidad.¹⁶ Cabe imaginar dos polos opuestos de una escala, que van desde los contratos muy discretos a los contratos muy relacionales. En este sentido, las ideas que subyacen a esta doctrina pueden compararse favorablemente con las reglas de los Principios UNIDROIT.

Los Principios UNIDROIT no hacen referencia explícita a la teoría de los contratos relacionales; sin embargo, desde la revisión de 2016, como primer conjunto de normas de derecho mercantil internacional, incluyen adiciones específicas para los contratos a largo plazo.¹⁷ La teoría de los contratos relacionales se tuvo en cuenta durante las consultas para estas nuevas reglas.¹⁸ El término «contrato a largo plazo» se define ahora en el artículo 1.11 de los UPICC. Según este, el elemento temporal es primordialmente decisivo.

Como hemos visto, no todos los contratos a largo plazo son automáticamente también relacionales. Por lo tanto, la definición de los Principios señala adicionalmente que estos contratos normalmente implican, en un grado variable, complejidad de la transacción y una relación continua entre las partes. En definitiva, esto no es otra cosa que la descripción de los Principios UNIDROIT para los contratos relacionales. En otras palabras, los Principios reconocen los contratos a largo plazo discretos que simplemente se llevan a cabo durante un periodo más largo y los contratos a largo plazo que tienen un carácter más relacional debido a su complejidad y a su relación continua. En varios puntos de los Prin-

¹⁶ I. MACNEIL. «Relational Contract Theory as Sociology». En *J Institutional & Theoretical Econ.*, Vol. 143, 1987, p. 272 y ss., p. 276; M. EISENBERG. «Why There Is No Law of Relational Contracts». En *Nw. U. L. Rev.*, Vol. 94, 1999, p. 805 y ss.

¹⁷ R. ZUNIGA PERALTA. «Long-term contracts and the UNIDROIT PICC: towards a realistic regulation». En *Uniform Law Review*, Vol. 26, 2021, p. 492 y ss.

¹⁸ G. CORDERO-MOSS. «The UNIDROIT Principles: Long-term Contracts». En P. GALIZZI, G. ROJAS EELGUETA y A. VENEZIANO (eds.). *The Multiple Uses of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Theory and Practice*. Milán, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 77 y ss., p. 78.

cipios UNIDROIT se retoma la distinción entre contratos de larga duración discretos y relacionales señalando que la complejidad del contrato puede influir en la aplicación de una disposición concreta. Este es el caso, por ejemplo, del artículo 4.3 Comentario 3 de los UPICC para la interpretación de los contratos a la luz de las prácticas establecidas entre las partes y del artículo 5.1.3 Comentario 2 de los UPICC para el alcance de las obligaciones de cooperación.

Una diferencia importante radica en la perspectiva que se elija para la evaluación. Los Principios UNIDROIT pueden utilizarse para muchos fines, pero uno de ellos es, sin duda, la resolución de litigios por parte de tribunales judiciales o arbitrales. El «Preámbulo» hace referencia explícita a ello; en cambio, la teoría de los contratos relacionales no se desarrolló para la resolución de litigios. Tiene tendencias más descriptivas, explica el comportamiento de las partes contratantes a la luz de sus intereses, pero no establece ningún derecho u obligación específicos exigibles judicialmente.¹⁹ Incluso en EE. UU., su país de origen, es poco probable que un juez modifique las implicaciones jurídicas de un acuerdo invocando esta teoría. La idea es precisamente superar cualquier problema que surja a través de la negociación. Los abogados suelen ser vistos por los empresarios como una molestia. Si el litigio acaba en los tribunales, la relación de confianza entre las partes contratantes suele destruirse sin remedio. Un contrato que está siendo litigado no es un organismo vivo, se ha convertido en una materia muerta diseccionada por el juez como por un patólogo. Por tanto, la teoría del contrato relacional solo tiene sentido mientras las partes mantengan viva su relación a través de la negociación. El destinatario de la teoría del contrato relacional no es el juez o el árbitro, debe entenderse más bien desde la perspectiva de las partes antes de que estalle un litigio.

¹⁹ I. MACNEIL. «The Many Futures of Contract» (nota 4 *supra*), p. 806 y ss., p. 812.

3.2. Reglas individuales para los contratos relacionales

a) Celebración del contrato

En el artículo 2.1.1 de los UPICC, los Principios UNIDROIT adoptan como punto de partida el teorema clásico del derecho contractual, según el cual un contrato se perfecciona mediante la oferta y la aceptación. Según el artículo 1.3 de los UPICC, cualquier modificación posterior del contrato solo es posible mediante el correspondiente acuerdo entre las partes.

Sin embargo, los Principios reconocen que esta imagen simple de la celebración de un contrato no siempre es fácil de aplicar en la práctica. El comentario oficial al artículo 2.1.1 de los UPICC señala acertadamente que «[e]n la práctica comercial los contratos, en particular cuando están relacionados con transacciones complejas, se celebran a menudo tras prolongadas negociaciones sin una secuencia identificable de oferta y aceptación. En tales casos puede ser difícil determinar si se ha alcanzado un acuerdo contractual y cuándo». Esta afirmación podría haberse tomado literalmente de un ensayo sobre contratos relacionales. Los Principios UNIDROIT van aquí más allá que las codificaciones tradicionales del derecho al reconocer expresamente que también puede existir un contrato vinculante en tales situaciones, siempre que la conducta de las partes sea suficiente para demostrar el acuerdo.²⁰

Los contratos relacionales no están diseñados para ser completos, sino que las partes los actualizan constantemente durante la vigencia del contrato mediante negociaciones cuando surgen problemas. Esta situación se aborda en el artículo 2.1.14 de los UPICC sobre contratos con cláusulas dejadas deliberadamente abiertas. Según este artículo, el con-

²⁰ E. BRÖDERMANN. «Art. 2.1.1». En *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts – An Article-by-Article Commentary*. 2.^a ed. Nomos, Baden-Baden, 2023; L. Nottage, «Art. 2.1.1» en S. Vogenauer (ed), *Commentary* (nota 15 supra).

trato puede ser efectivo a pesar de que las partes hayan dejado intencionalmente abierta una cláusula para que se acuerde en negociaciones posteriores. Es entonces una cuestión de interpretación si las partes ya han formado un contrato vinculante a pesar de la evidente laguna. Los comentarios citan como indicadores, por ejemplo, que las cláusulas abiertas se refieren a elementos que por su propia naturaleza solo pueden determinarse en una fase posterior, así como el hecho de que el acuerdo ya se haya ejecutado parcialmente. Si las partes son incapaces de llegar a un acuerdo sobre el punto abierto en una fase posterior, los Principios sugieren varios medios alternativos para completar el contrato y evitar que la relación se rompa.

En los Principios UNIDROIT, toda la relación entre las partes se rige por el principio de buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional, artículo 1.7 de los UPICC. Este principio supletorio es obligatorio y las partes no pueden excluirlo mediante acuerdo. Negociar de mala fe puede acarrear la obligación de indemnizar por daños y perjuicios (artículo 2.1.15 de los UPICC). La buena fe y la lealtad negocial son también los ideales para realizar negocios en un entorno relacional. La mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales también contienen una cláusula general como la buena fe, aunque con límites diferentes.²¹ El hecho de que los Principios UNIDROIT hayan optado por el significado más amplio posible de este principio rector es totalmente coherente con el enfoque de la teoría del derecho contractual relacional.

La comprensión relacional de los contratos también incluye la función estabilizadora de los usos y costumbres.²² Si las partes intentan resolver los problemas principalmente fuera de los tribunales, las prácticas comerciales de los círculos empresariales afectados desempeñan una función de fomento de la confianza. Hasta cierto punto se puede confiar

²¹ M. J. BONELL. *An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. 3.^a ed. Transnational Publications Inc., 2005, p. 127 y ss.; S. VOGENAUER. «Art. 1.7». En S. VOGENAUER (ed.). *Commentary* (nota 15 *supra*).

²² P. LINZER. «Uncontracts: Context» (nota 7 *supra*), p. 152.

en que las cuestiones pendientes se resuelvan en el contrato de la forma habitual en el sector. El papel de los usos en el comercio internacional se destaca en el artículo 1.9 de los UPICC y, por supuesto, también se reconoce en todas las legislaciones nacionales e internacionales.

Además del mero acuerdo entre las partes, los Principios UNIDROIT vinculan la eficacia del contrato al menor número posible de otros factores. En particular, según el artículo 3.1.2 de los UPICC, no se requiere *consideration*. La insistencia del *common law* en la *consideration* para la validez de las promesas es quizás una de las razones por las que la doctrina de los contratos relacionales ha atraído tanta atención en EE. UU. en particular, a diferencia de lo que ocurre en las jurisdicciones de *civil law*. La contraprestación no desempeña un papel importante en la celebración del contrato en sí, ya que los contratos comerciales no se celebran por motivos altruistas y, por su naturaleza, casi siempre crean obligaciones bilaterales de todos modos; sin embargo, si un contrato existente debe modificarse posteriormente, la falta de contraprestación por la concesión de una de las partes puede dar lugar a desagradables sorpresas más adelante. La regulación jurídica en este caso no es en absoluto compatible con las ideas de la teoría de los contratos relacionales, que se basa en la buena voluntad y la renuncia a los propios derechos en aras del mantenimiento de la relación. En la legislación estadounidense, esto ha dado lugar a lo largo de los años a un principio de regla-excepción bastante complicado, según el cual los contratos sin *consideration* pueden salvarse en virtud de la doctrina del *promissory estoppel*. Los Principios han decidido acertadamente prescindir por completo de la *consideration*.²³

Sin embargo, también existen disposiciones en los Principios UNIDROIT que se alejan del ideal de una relación relacional y flexible. Un ejemplo es el artículo 2.1.17 de los UPICC que declara vinculantes

²³ M. J. BONELL. *An International Restatement of Contract Law* (nota 21 *supra*), p. 113 y ss.

en principio las cláusulas de fusión (*merger clauses*). Las partes son así libres de hacer de su texto contractual escrito la única fuente vinculante de sus obligaciones contractuales, con exclusión de cualquier otro compromiso contraído durante las negociaciones. En realidad, esta decisión es sorprendente, teniendo en cuenta que dichas cláusulas de fusión son, en principio, una variante contractual de la *parol evidence rule*, que los Principios no incluyeron (véase el artículo 1.2 de los UPICC).²⁴ Lo mismo puede decirse de las cláusulas de no modificación oral, que se refieren a compromisos contraídos después de la celebración del contrato y que, en general, son vinculantes en virtud del artículo 2.1.18 de los UPICC. Este tipo de cláusula suele incluirse en los contratos por insistencia de los abogados internos para que el contrato escrito sea hermético ante los tribunales y para evitar cambios involuntarios en el contenido del contrato por declaraciones descuidadas y sin asesoramiento jurídico previo. Aquí no habla el empresario que siempre se esfuerza por llegar a un acuerdo, sino el abogado que quiere proteger al primero de sí mismo, por así decirlo.

b) Interpretación del contrato

Para determinar las obligaciones derivadas del contrato, el derecho contractual tradicional se centra en el momento en que coinciden la oferta y la aceptación. En cambio, la doctrina de los contratos relacionales examina toda la duración del contrato. Reconoce que los derechos y obligaciones pueden cambiar con el tiempo, especialmente en el caso de

²⁴ O. MEYER. «Die privatautonome Abbedingung der vorvertraglichen Abreden – Integrationsklauseln im internationalen Wirtschaftsverkehr». En *RabelsZ*, Vol. 72, 2008, p. 562 y ss., p. 596. Véase también A. SURESH. «Interpreting merger clauses in contracts governed by the CISG: delineating the scope for the use of extrinsic evidence». En *Uniform Law Review*, Vol. 26, 2021, p. 223 y ss., p. 232.

contratos a largo plazo. En consecuencia, el mero hecho de que las partes celebraran el contrato en el contexto de su relación a largo plazo debe tenerse en cuenta como contexto a la hora de interpretarlo.²⁵

Esta idea también se expresa en relación con las reglas de interpretación de los contratos de los Principios UNIDROIT. Por lo general, debe investigarse la intención común de las partes (artículo 4.1 de los UPICC); sin embargo, esta intención común no solo se desprende del texto escrito del contrato, sino que el artículo 4.3 de los UPICC declara que toda una serie de otras circunstancias de la relación comercial son relevantes, a saber, las negociaciones preliminares entre las partes, así como su conducta posterior a la celebración del contrato, refiriéndose también a las prácticas y usos. Mediante esta amplia inclusión del curso de los negocios y el curso de la ejecución se puede dar más importancia a los antecedentes de la transacción para determinar los derechos y obligaciones de las partes.²⁶ La referencia a la conducta posterior a la celebración del contrato, en particular, permite crear un margen para la evolución de la relación contractual en los contratos complejos a largo plazo, con el fin de adaptarlos a las circunstancias cambiantes a lo largo de toda la duración del contrato, en caso necesario.

Sin embargo, los Principios no dan luz verde a la prórroga retroactiva ilimitada de los contratos. Se limitan a señalar que la necesidad de hacerlo puede ser mayor en los contratos a largo plazo con características fuertemente relacionales que en los contratos discretos;²⁷ sin embargo, la cuestión de si pueden leerse obligaciones ocultas adicionales en el contrato en cuestión debe decidirse siempre caso por caso. Si las partes han dividido conscientemente el riesgo entre ellas en el contrato, no

²⁵ S. GALLETTI. «Contract interpretation and relational contract theory: a comparison between common law and civil law approaches». En *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 47, 2014, p. 248 y ss., p. 274.

²⁶ R. ZÚÑIGA PERALTA. «Long-term contracts and the UNIDROIT PICC» (nota 17 *supra*), p. 492, p. 522 y ss.

²⁷ E. BRÖDERMANN. «Art. 4.3» en *Commentary* (nota 20 *supra*).

sería apropiado, ni siquiera según la teoría de los contratos relacionales, socavar posteriormente su compromiso.²⁸

c) *Obligaciones de las partes*

El contenido de las obligaciones contractuales se define con más detalle en el quinto capítulo de los Principios UNIDROIT. Según este capítulo, las partes también pueden tener obligaciones implícitas en virtud del artículo 5.1.2 de los UPICC, además de la redacción expresa del contrato. En general, los Principios están abiertos a la idea de obligaciones adicionales. Su existencia no debe depender únicamente del objeto del contrato en sentido estricto. También pueden servir de base las prácticas establecidas entre las partes, así como los usos comerciales, es decir, las circunstancias de la relación comercial en su conjunto. Además, hay que tener en cuenta el principio de buena fe y lealtad negocial.

Una manifestación particular del principio general de buena fe y lealtad negocial es el deber de las partes de cooperar, según el artículo 5.1.3 de los UPICC. Así, los Principios UNIDROIT expresan que consideran el contrato, ante todo, como un «proyecto común» de las partes.²⁹ Las partes contratantes pueden tener intereses antagónicos, pero deben, no obstante, trabajar para alcanzar un objetivo común del que ambas se beneficiarán en última instancia. Los comentarios a este artículo subrayan que tales deberes de cooperación pueden desempeñar un papel especialmente importante en los contratos complejos a largo plazo, es decir, los de naturaleza relacional.

²⁸ G. CORDERO-MOSS. «The UNIDROIT Principles: Long-term Contracts» (nota 18 *supra*), p. 96.

²⁹ E. BRÖDERMANN. «Art. 5.1.3» en *Commentary* (nota 20 *supra*); S. VOGENAUER. «Art. 5.1.3» en S. VOGENAUER (ed.). *Commentary* (nota 15 *supra*).

d) Remedios en caso de incumplimiento

El sistema clásico de remedios legales es objeto de críticas especialmente duras desde la perspectiva de la teoría de los contratos relacionales. En la práctica judicial predominan las acciones de resolución y de daños y perjuicios; sin embargo, ambas demandas no suelen dar a las partes lo que realmente necesitan.³⁰

Imaginemos una cadena de suministro, por ejemplo. El fabricante del equipo original, una conocida marca de moda, encarga la producción de gran parte de sus productos a un proveedor de un país con salarios bajos. Establecer esta relación comercial supuso un gran esfuerzo. El fabricante apoyó financieramente a su proveedor en la compra de las máquinas necesarias para la producción y formó a su personal para utilizarlas correctamente. Al cabo de unos años, la producción funciona por fin sin problemas, los responsables de ambas empresas se conocen y trabajan bien juntos, y también se han encontrado las mejores rutas de transporte para las mercancías. Supongamos que ahora se produce un único incidente de trabajo infantil en la empresa del proveedor. Esto es malo, pero la situación no se aborda adecuadamente en las normas clásicas sobre incumplimiento de contrato. La indemnización como remedio suele fracasar porque es poco probable que el fabricante haya sufrido un daño cuantificable. Incluso si se ha producido un escándalo en los medios de comunicación como consecuencia del trabajo infantil, la pérdida de buena reputación asociada es notoriamente difícil de cuantificar en términos monetarios.³¹ La resolución de la relación contractual, por otra parte, dejaría al fabricante sin proveedor. Primero habría que encontrar un sustituto y reconstruir la relación comercial desde cero.

³⁰ Y. ADAR y M. GELBARD. «The Role of Remedies in the Relational Theory of Contracts» (nota 11 *supra*) p. 399 y ss.; D. ROBERTSON. «Long-term Relational Contracts and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts». En *Australian International Law Journal*, 2010, p. 185 y ss, p. 187; P. GUDEL. «Relational Contract Theory and the Concept of Exchange». En *Buffalo Law Review*, Vol. 46, 1998, p. 763 y ss., p. 766.

³¹ CISG-AC, Opinión n.º 6: Cálculo de daños y perjuicios bajo el artículo 74 de la CISG, Rapporteur: John Gotanda (2006), comentario 7.3.

Las soluciones relacionales tienen por objeto continuar y mejorar la relación contractual. En el caso del ejemplo, los objetivos de la renegociación de la relación contractual podrían incluir el reciclaje de los empleados del proveedor, posiblemente también una reorganización operativa con el despido del principal responsable (un proceso conocido como autodepuración). Además, el proveedor podría conceder derechos de supervisión y auditoría al fabricante para que este pueda controlar que estas infracciones no se repitan en el futuro. Por regla general, sin embargo, tales derechos solo se derivan del acuerdo contractual entre las partes y no son una característica directa de ningún sistema de remedios en virtud de la legislación aplicable.

Los Principios UNIDROIT también tienen una concepción bastante convencional de los remedios legales. Su sistema se inspira en gran medida en la CISG, es decir, en el modelo de los contratos de compra-venta y no necesariamente en el de los contratos relacionales. En ocasiones han incluido reglas especiales para los contratos de larga duración como, por ejemplo, el artículo 7.3.7 de los UPICC sobre la restitución tras la terminación de un contrato de larga duración. La inclusión de un derecho especial de terminación para los contratos de larga duración por razones imperiosas en una nueva sección 3 del capítulo 6 de los UPICC se consideró para la enmienda de 2016 de los Principios UNIDROIT,³² sin embargo, la propuesta finalmente no se aplicó.

Las disposiciones sobre *hardship* (artículos 6.2.1-6.2.3 de los UPICC) y *force majeure* (artículo 7.1.7 de los UPICC) son importantes en relación con las relaciones contractuales relacionales. La distinción entre estos

³² S. VOGENAUER. «Termination of Long-term Contracts “for Compelling Reasons” under the UNIDROIT Principles: The German Origins». En UNIDROIT (ed.). *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*. Rome, UNIDROIT, 2016, p. 1698 y ss.; G. CORDERO-MOSS. «The UNIDROIT Principles: Long-term Contracts» (nota 18 *supra*). p. 88 y ss.

dos ámbitos de regulación no es clara.³³ Tienen en común que se refieren a acontecimientos que las partes no previeron cuando se celebró el contrato. Naturalmente, esto ocurre con más frecuencia en las relaciones contractuales complejas y a largo plazo que en las transacciones de intercambio discreto.

En caso de *hardship*, los Principios UNIDROIT, en consonancia con la teoría contractual relacional, dan prioridad a un procedimiento de renegociación de conformidad con el artículo 6.2.3 de los UPICC. El cambio imprevisto de las circunstancias materiales deshace así el paquete contractual, y las partes deben ahora encontrar una solución al problema específico para restablecer el equilibrio entre ellas.³⁴ Las condiciones marco para estas negociaciones también se describen con más detalle, por ejemplo, la parte en desventaja tiene que notificar la aparición de la *hardship* a la otra parte y solicitar renegociar o revisar el contrato en un plazo razonable.³⁵ Esta disposición es una de las normas innovadoras de los Principios de UNIDROIT.³⁶ Cuando se publicó la primera edición de los Principios en 1994, las renegociaciones todavía no estaban previstas en las codificaciones nacionales.³⁷ En su lugar, los Principios se

³³ Véase a detalle J. PERILLO. «Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts». En *Tulane J. of Int'l & Comp. Law*, Vol. 5, 1997, p. 5 y ss.; A. DOUDKO. «Hardship in Contract: The Approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia». En *Uniform Law Review*, Vol. 5, 2000, p. 483 y ss.

³⁴ G. ROJAS ELGUETA. «From “Antagonistic” to “Empathic”: The Long-term Contracts' Continuum and the Role of the UNIDROIT Principles». En P. GALIZZI, G. ROJAS ELGUETA y A. VENEZIANO (eds.). *The Multiple Uses of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Theory and Practice*. Milán, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, pp. 97, 117 y ss.; P. GUO. *Good Faith in Long-Term Relational Supply Contracts in the Context of Hardship from A Comparative Perspective*. Viena, Springer, 2022, p. 113 y ss.

³⁵ Comentario 2 al art. 6.2.3 de los UPICC; P. GUO. *Good Faith in Long-Term Relational Supply Contracts* (nota 34 *supra*), p. 150 y ss.

³⁶ E. MCKENDRICK. «Introduction to Section 6.2 of the PICC». En S. VOGENAUER (ed.). *Commentary* (nota 15 *supra*); D. ROBERTSON. «Long-term Relational Contracts» (nota 30 *supra*), p. 188.

³⁷ Sobre la función ejemplar de la sección 6.2 de los UPICC para las reformas nacionales, véase E. BRÖDERMANN. «Art. 6.2.1» en *Commentary* (nota 20 *supra*).

inspiraron en una práctica establecida en la redacción de cláusulas *hardship* en los acuerdos comerciales internacionales.³⁸

La solución propuesta por los Principios UNIDROIT para los casos de *force majeure* es algo diferente. Aquí no se prevé ninguna renegociación obligatoria; las consecuencias jurídicas —la responsabilidad por daños y perjuicios queda excluida, mientras que la resolución del contrato sigue siendo posible en principio— se producen automáticamente. No obstante, los comentarios sobre el artículo 7.1.7 de los UPICC recuerdan que la resolución no redundaría necesariamente en interés de las partes, especialmente en el caso de contratos a largo plazo. Por ello, animan a estas a incluir una cláusula contractual de *force majeure* según la cual el contrato siga ejecutándose si es posible y la resolución solo se considere como último recurso.³⁹

4. EVALUACIÓN

A veces se dice que una de las razones del éxito de la teoría de los contratos relacionales en EE. UU. es que el sistema de *common law* no tiene suficientemente en cuenta las características especiales de los contratos a largo plazo.⁴⁰ Por un lado, la libertad contractual se considera un activo especialmente valioso, lo que significa que las partes son en gran medida libres de regular sus relaciones; sin embargo, por otro lado, los tribunales estadounidenses rara vez intervendrían para corregir un contrato una

³⁸ M. FONTAINE. «Cause, Good Faith and Hardship – Three Issues in the Process of Harmonizing Contract Law». En UNIDROIT (ed.). *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*. Rome, UNIDROIT, 2016, p. 1131 y ss., p. 1142.

³⁹ Véase también E. BRÖDERMANN. «Art. 7.1.7». En *Commentary* (nota 20 *supra*).

⁴⁰ M. EISENBERG. «Why There Is No Law of Relational Contracts» (nota 16 *supra*) p. 805 y ss.; A. FONDRIESCHI. «“Discrete” and “Relational” Approaches in Implied Contractual Relationships». En *European Review of Contract Law*, Vol. 15, 2019, p. 421 y ss., p. 428. Véase también desde la perspectiva inglesa H. BEALE. «Relational Values in English Contract Law». En D. CAMPBELL, L. MULCAHY y S. WHEELER (eds.). *Changing Concepts of Contract – Essays in Honour of Ian Macneil*. London, Palgrave Macmillan, 2013, p. 116 y ss.

vez celebrado, incluso si las circunstancias que lo rodean hubieran cambiado significativamente.

Frente a esto, los Principios UNIDROIT contienen ahora toda una serie de disposiciones que hacen especial hincapié en el carácter relacional de los contratos complejos a largo plazo, sobre todo tras las modificaciones de 2016. Prevén consecuencias jurídicas especiales, destinadas en particular a promover las negociaciones entre las partes. Reconocen que los contratos no siempre pueden remontarse al momento exacto en que se celebraron, sino que a veces evolucionan con el tiempo. Cuando no es posible alcanzar un acuerdo entre las partes, los Principios UNIDROIT actúan en última instancia como una ley de resolución de litigios en el sentido clásico; sin embargo, la inclusión de ciertos elementos de la teoría relacional de los contratos es sin duda un punto a favor de los Principios UNIDROIT, que han aprovechado una vez más la oportunidad de ofrecer reglas más modernas y prácticas que muchos ordenamientos jurídicos nacionales.

LOS PRINCIPIOS UNIDROIT Y LOS CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN FIDIC*

*Christopher Seppälä***

Pocas normas, reglas o estándares en los contratos comerciales internacionales se complementan mejor entre sí que los Principios del UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (UPICC), por un lado, y los modelos de contratos internacionales de construcción publicados por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (comúnmente conocida por sus siglas en francés, FIDIC),¹ por otro. Los UPICC establecen reglas modelo para los contratos comerciales internacionales, mientras que los formularios de la FIDIC proporcionan un estándar para los contratos internacionales de construcción. Los UPICC ya han influido en los formularios de la FIDIC, y sería natural que estos dos conjuntos de reglas o normas siguieran influyendo y contribuyendo al desarrollo del otro, como se mostrará en la respuesta a las preguntas siguientes.

* Traducción a cargo del profesor Sergio García Long, corresponsal del UNIDROIT, y reproducido con el amable permiso del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado - UNIDROIT y del autor. Publicado originalmente como C. SEPPÄLÄ. «The UNIDROIT Principles and FIDIC Construction Contracts». En *Thirty Years of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Past, Present and Future Relevance. Acts of the Conference to celebrate the 30th Anniversary of the adoption of the UNIDROIT Principles (Rome, 6-7 May 2024)*. Roma, UNIDROIT, 2025, pp. 81-91.

Este artículo fue presentado en la conferencia «Thirty Years of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Past, Present and Future Relevance», celebrada en Roma los días 6 y 7 de mayo de 2024, y se publicó junto con otros documentos de la conferencia en un libro con el mismo título y el subtítulo «Acts of the Conference to celebrate the 30th Anniversary of the adoption of the UNIDROIT Principles (Rome, 6-7 May 2024)», UNIDROIT 2025.

** Árbitro independiente y abogado, París. Asesor jurídico del Comité de Contratos de la FIDIC y autor de *The FIDIC Red Book Contract: An International Clause-by-Clause Commentary*, Wolters Kluwer, 2023, que cita con frecuencia los UPICC.

¹ FIDIC es la sigla de Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils.

1. ¿QUIÉNES SON EL UNIDROIT Y LA FIDIC?

El UNIDROIT o, para utilizar su nombre completo, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado es una organización intergubernamental independiente establecida sobre la base de un acuerdo multilateral, el Estatuto del UNIDROIT, y tiene su sede en Roma, Italia. Cuenta con 63 Estados miembros procedentes de los cinco continentes y que representan diferentes sistemas jurídicos, económicos y políticos, así como diferentes contextos culturales. Su objetivo es estudiar las necesidades y los métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho privado y, en particular, el derecho mercantil entre Estados y grupos de Estados, y formular instrumentos, principios y normas jurídicas uniformes para alcanzar esos objetivos.²

La FIDIC es una federación internacional de asociaciones nacionales de ingenieros consultores de todo el mundo. Cuenta con alrededor de cien asociaciones nacionales como miembros, lo que la convierte en el organismo representativo mundial de las asociaciones nacionales de ingenieros consultores. La FIDIC representa a más de un millón de profesionales de la ingeniería consultora y cuarenta mil empresas en cien países de todo el mundo.³ Aunque participa en diversas actividades en nombre de sus asociaciones miembros, la FIDIC es más conocida, para el mundo exterior, como editora de formularios estándar de contratos de construcción para uso internacional.

2. ¿CÓMO PARTICIPAN UNIDROIT Y FIDIC EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES?

Están involucrados con ellos de diferentes maneras. Los UPICC (de UNIDROIT) es una reformulación internacional de los principios generales del derecho contractual. El objetivo de los UPICC es:

² Véase <www.unidroit.org> (consultado el 29 de septiembre de 2024).

³ Véase <www.fidic.org> (consultado el 29 de septiembre de 2024).

Establecer un conjunto equilibrado de reglas diseñadas para su uso en todo el mundo, independientemente de las tradiciones jurídicas y las condiciones económicas y políticas de los países en los que se vayan a aplicar.⁴

Abarcan todos los aspectos de un contrato comercial: formación, autoridad de los agentes, validez, interpretación, contenido, derechos y condiciones de terceros, cumplimiento, incumplimiento, compensación, cesión, pluralidad de deudores u acreedores, resolución y plazos de prescripción. Incorporando principios tanto del *civil law* como del *common law*, encarnan lo que se considera que son las mejores soluciones, aunque todavía no sean las que se adoptan de forma generalizada, ya que están destinadas a servir tanto de ley modelo para los legisladores como de guía para los contratos entre partes individuales. Establecen que en su interpretación:

[...] se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.⁵

La primera edición de los UPICC fue elaborada por expertos de los principales sistemas jurídicos y publicada en 1994. Los UPICC se ampliaron y actualizaron en 2004, 2010 y 2016. Por lo tanto, la edición actual es la de 2016.

La FIDIC publica diversos modelos de contratos de construcción para uso internacional. El primer y más conocido formulario de la FIDIC, el Libro Rojo de la FIDIC para obras de ingeniería civil, se publicó en 1957. Aunque originalmente se basaba en un formulario de contrato nacional inglés,⁶ con cada edición posterior la FIDIC trató de internacionalizar aún más su formulario para eliminar la terminología jurí-

⁴ Introducción a la edición de 1994 de los UPICC.

⁵ Artículo 1.6 (Interpretación y suplementación de los Principios) de los UPICC.

⁶ Condiciones contractuales de la Institución de Ingenieros Civiles.

dica específicamente inglesa en favor de un lenguaje neutral y no específico de ningún sistema jurídico. En consonancia con ello, el Libro Rojo prevé la resolución de controversias por parte de comisiones de controversias y arbitraje internacional.

Los formularios de contrato de la FIDIC son reconocidos por sus principios de reparto equilibrado de riesgos entre las partes (el empleador y el contratista), ya que se consideran no solo justos y razonables, sino que también dan lugar al menor coste total global para los proyectos completados.⁷

Desde 1957, la FIDIC ha publicado múltiples ediciones del Libro Rojo (la última en 2017, actualizada en 2022), así como otros modelos de contratos de construcción para diferentes tipos de obras, en particular el Libro Amarillo para contratos de planta y diseño-construcción, el Libro Plateado para proyectos EPC/llave en mano y el Libro Verde, un modelo de contrato abreviado para obras de menor envergadura. A la hora de elaborar sus formularios estándar, la FIDIC consulta ampliamente al sector de la construcción y otros sectores.

Aunque, a diferencia del UNIDROIT, la FIDIC es una organización privada, sus formularios de contratos de construcción se incorporan (con pequeñas modificaciones) a los documentos de licitación estándar del Banco Mundial y otros importantes bancos multilaterales de desarrollo (BMD) y, por lo tanto, cuentan con el apoyo de los principales organismos o instituciones públicos que financian proyectos de construcción internacionales.

Aunque el UNIDROIT y la FIDIC trabajan de forma independiente entre sí —los UPICC está elaborado por expertos jurídicos procedentes principalmente del mundo académico y los formularios de la FIDIC están redactados principalmente por ingenieros en ejercicio— y

⁷ FIDIC *Procurement Procedures Guide* (FIDIC, 2011), p. 35.

aunque el UNIDROIT se ocupa de los contratos comerciales en general y la FIDIC solo de los contratos de construcción, ambas organizaciones se esfuerzan por lograr las mejores prácticas contractuales internacionales. Quizás como resultado de tener este objetivo común, son, con algunas excepciones que se señalan en la sección 5 más adelante, notablemente coherentes entre sí y ofrecen soluciones similares a problemas comunes.⁸

3. ¿CÓMO SE COMPLEMENTAN ENTRE SÍ LOS MODELOS DE CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS UPICC Y LA FIDIC?

Los UPICC pueden complementar los formularios de la FIDIC de manera más evidente al ser elegido o aplicado como la «ley aplicable» para un contrato de construcción basado en un formulario de la FIDIC o, si el contrato ya establece una ley aplicable, al ser utilizado para interpretar o complementar dicha ley.⁹ Aunque no parece que se haya elegido con frecuencia como ley aplicable a un contrato, no hay ninguna razón de peso por la que los UPICC no pueda servir como ley aplicable a un contrato basado en un formulario de la FIDIC. Las condiciones generales del Libro Rojo son exhaustivas y superan las 100 páginas. Por consiguiente, es probable que aborden la gran mayoría de las cuestiones que se plantean en un proyecto de construcción internacional, dejando solo un papel residual a la ley aplicable.

Sin embargo, en el caso de un contrato del Libro Rojo es más probable que los UPICC se utilicen para interpretar o complementar la ley aplicable. Esto se debe a que el empleador o propietario suele ser el Estado u otra entidad pública y, por esta razón, insistirá en que su propia ley sea la ley aplicable y solo estará dispuesto a aceptar una posición subordinada, como mucho, para los UPICC.

⁸ A modo de ejemplo, compare el artículo 5.1.3 (Cooperación entre las partes) de los UPICC con el apartado c) de la subcláusula 1.13 [Cumplimiento de las leyes], la subcláusula 2.2 [Asistencia] y la subcláusula 4.6 [Cooperación] del Libro Rojo de la FIDIC.

⁹ Véase el preámbulo (Objetivo de los Principios) de los UPICC.

Tanto los UPICC como los formularios de la FIDIC están disponibles en varios idiomas. Los UPICC se publican en inglés, francés y español, tres de los idiomas oficiales del UNIDROIT (los otros son el alemán y el italiano). Pero el UNIDROIT ofrece traducciones al menos de los principios fundamentales (de los UPICC) al alemán, italiano, chino, japonés, coreano, portugués, rumano, ruso, turco y ucraniano.¹⁰ Si bien la FIDIC considera que los textos oficiales y auténticos de sus formularios son las versiones en inglés, las traducciones de las ediciones actuales (es decir, las de 2017, reimpresas y modificadas en 2022) de los contratos del Libro Rojo, Amarillo y Plateado están disponibles (o se espera que estén disponibles) en, entre otros, árabe, francés, chino, portugués y español.¹¹

4. ¿CÓMO HA INFLUIDO LOS UPICC EN LOS MODELOS DE CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LA FIDIC?

Al igual que los UPICC «puede servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales»,¹² también puede servir de modelo o guía para la redacción de formularios estándar de contratos comerciales internacionales, incluidos los contratos de construcción. Se trata de una declaración clara, culturalmente neutra y autorizada de importantes normas contractuales. Por ejemplo, tratan de (1) la obligación de alcanzar un resultado específico y la obligación de realizar los mejores esfuerzos, en el artículo 5.1.4; (2) el plazo en el que debe ejecutarse un contrato cuando este no contiene un plazo fijo para su ejecución, en el artículo 6.1.1(c); (3) cuándo un incumplimiento contractual constituye un «incumplimiento fundamental» (o incumplimiento sustancial) que justifica la resolución del contrato, en el artículo 7.3.1; (4) el tratamiento de los plazos de prescripción, que (con sujeción a las normas imperativas del derecho interno) consideran sustantivos y no procesales (como en el *common law*), en el capítulo 10; y (5) las obligaciones de los socios de una

¹⁰ Véase <www.unidroit.org> (consultado el 2 de octubre de 2024).

¹¹ Véase <www.fidic.org> (consultado el 2 de octubre de 2024).

¹² Véase el preámbulo (Objetivo de los principios) de los UPICC.

empresa conjunta (pluralidad de deudores) frente a la otra parte contratante (el acreedor), así como entre ellos, en el capítulo 11.

Un ejemplo concreto de cómo los UPICC ha influido en los formularios de la FIDIC lo encontramos en la subcláusula 14.8 de los contratos del Libro Rojo, Amarillo y Plateado de la FIDIC. Definir qué tipo de interés (denominado «gastos de financiación» en los formularios de la FIDIC) se debe aplicar en caso de retrasos en los pagos en un formulario de contrato estándar para uso internacional es una tarea difícil, dadas las diferentes monedas y las diferentes leyes y prácticas financieras que prevalecen en los países de todo el mundo. Al preparar la última edición de sus formularios en 2017, la FIDIC llegó a la conclusión de que los UPICC había resuelto esta dificultad mejor que la propia FIDIC anteriormente. En consecuencia, en el segundo párrafo de la subcláusula 14.8 (Retraso en el pago) de sus formularios publicados en 2017, la FIDIC incorporó la definición de la tasa de interés contenida en el artículo 7.4.9(2) (Intereses por falta de pago) de los UPICC.

5. ¿LOS MODELOS DE CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE LA FIDIC ADOPTAN UN ENFOQUE DIFERENTE AL DE LOS UPICC EN MATERIA CONTRACTUAL?

Dado que los UPICC se refieren a contratos comerciales en general, mientras que los formularios de la FIDIC se refieren exclusivamente a contratos de construcción, cada uno de ellos tiene necesariamente un enfoque diferente; sin embargo, aunque los UPICC y los formularios de la FIDIC son notablemente coherentes entre sí, como se ha dicho, los UPICC no tratan determinados asuntos que no son específicos de los contratos de construcción y que sí tratan los formularios de la FIDIC. Entre ellos se incluyen los siguientes:

1. Mientras que los UPICC no se pronuncian sobre si se deben pagar intereses compuestos en caso de retraso en los pagos (artículo

7.4.10), los contratos de la FIDIC prevén gastos financieros compuestos mensualmente sobre dichos pagos (subcláusula 14.8).

2. Mientras que los UPICC no tratan la validez de los plazos contractuales (excluidos por el artículo 10.1[2]), la FIDIC los trata en profundidad, incluyendo cuándo pueden dejar de aplicarse (cláusula 20).
3. Mientras que los UPICC utilizan el término *force majeure* (artículo 7.1.7), la FIDIC consideró que este término jurídico francés (que significa «fuerza superior») resultaba confuso, al menos para los usuarios anglófonos, y lo sustituyó por «eventos excepcionales» (cláusula 18).
4. Mientras que los UPICC contiene una definición de «contrato a largo plazo» (artículo 1.11), no aborda cuestiones comunes en este tipo de contratos (si una parte puede ordenar cambios en el contrato o suspender su ejecución y, en caso afirmativo, durante cuánto tiempo), mientras que la FIDIC trata estas cuestiones en profundidad (cláusula 13, subcláusulas 8.9 y 16.1).
5. Mientras que los UPICC no tratan, o lo hacen de forma mínima, los procedimientos para la resolución amistosa de reclamaciones o controversias, ni las comisiones de controversias (cada vez más utilizadas a nivel internacional, al menos en los contratos de construcción) ni el arbitraje, la FIDIC los trata en profundidad (cláusulas 20 y 21).

Por consiguiente, el UNIDROIT podría considerar si los UPICC deberían abordar algunas de las cuestiones mencionadas.

6. ¿PERSPECTIVAS DE FUTURO?

A continuación, se presentan algunas sugerencias que el UNIDROIT podría considerar en relación con los UPICC y que la FIDIC podría considerar en relación con sus formularios:

(1) UPICC: varios autores han sugerido que el amplio uso y difusión de los formularios de FIDIC y su aceptación por parte del Banco Mundial y otros bancos multilaterales de desarrollo, entre otras cosas, están contribuyendo a la creación de una *lex mercatoria* de la construcción. El primer autor en sugerir esto fue Charles Molineaux, un abogado estadounidense especializado en construcción, en un artículo titulado «Moving Toward a Construction *Lex Mercatoria* - A *Lex Constructionis*», publicado en 1997.¹³ En su artículo, propuso diez principios que podrían constituir los cimientos de una *lex constructionis*. En un artículo publicado en 2021, Donald Charrett, un abogado australiano especializado en construcción, basándose en el artículo del Sr. Molineaux, fue más allá y propuso veinte principios que sirvieran de base para la *lex constructionis*¹⁴ y que «pudieran fomentar proyectos que ofrecieran una mejor relación calidad-precio, promovieran el comercio internacional y una mayor cortesía entre las naciones, al tiempo que cumplieran las expectativas legítimas de las partes».¹⁵

Este no es el lugar para examinar estos principios propuestos, algunos de los cuales ya están incorporados en los UPICC. El objetivo aquí es señalar que algunos abogados especializados en construcción consideran que se debe prestar atención a la elaboración de un conjunto de principios de derecho internacional de la construcción, cuyas bases pueden ya existir. La mayor parte de la construcción internacional tiene lugar en países menos desarrollados, donde la legislación puede estar aún poco

¹³ *J Int'l Arb.*, Vol. 14, 1997, p. 55 y ss.

¹⁴ Para obtener una lista de estos principios, consulte el Apéndice adjunto.

¹⁵ D. CHARRETT. «*Lex Constructionis* – Or My Country's Rules?». En *ICLR*, Vol. 61, 2021, p. 86 y ss.

desarrollada o en fase de formación. En ellos, la construcción suele implicar la provisión de infraestructuras básicas (carreteras modernas, puentes, puertos y aeropuertos) y la satisfacción de necesidades humanas básicas (suministro de agua, saneamiento, tratamiento de aguas residuales, transporte, energía, fertilizantes). La presencia de estas preocupaciones humanitarias, así como el estado menos desarrollado del derecho en estos países, pueden ser una buena razón, entre otras, para que un organismo público con la misión del UNIDROIT elabore normas para la construcción internacional.

(2) Formularios de la FIDIC: dado que los formularios de la FIDIC para contratos de construcción se utilizan normalmente en los países en desarrollo y a menudo se expresan como regidos por sus leyes, y dado que esas leyes pueden estar poco desarrolladas, la FIDIC debería considerar la posibilidad de ofrecer como opción en sus formularios de contrato que la ley nacional seleccionada se interprete y complemente de acuerdo con los principios y normas internacionalmente aceptados que figuran en los UPICC. Para lograrlo, los formularios deberían establecer lo siguiente:

El presente contrato se regirá por la legislación del [Estado X] y, en la medida en que no sea incompatible con el presente contrato, se interpretará y complementará con los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016).¹⁶

Es necesario añadir la expresión «en la medida en que no sea incompatible», o ser aún más explícito, a fin de excluir las disposiciones de los UPICC que son inadecuadas —y más apropiadas para los contratos de consumo—, como el artículo 3.2.7 (Disparidad manifiesta), o que sean incompatibles con el equilibrio de riesgos en un formulario FIDIC, como el artículo 6.2 (*hardship*), o que ya estén cubiertas por un formulario FIDIC, como el artículo 7.1.7 (*force majeure*).

¹⁶ Véase <www.unidroit.org>, en particular «Cláusulas modelo de los UPICC» para ver ejemplos relacionados (consultado el 1 de octubre de 2024).

Como opción adicional, se podría estipular que el contrato se rija por reglas uniformes a nivel internacional, concretamente los UPICC, sin referencia a ninguna legislación nacional. Esta es la solución prevista en algunos de los contratos modelo de la Cámara de Comercio Internacional.¹⁷ En este caso, la disposición pertinente podría redactarse de la siguiente manera:

El presente contrato se regirá por los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2016), en la medida en que no sean incompatibles con el presente contrato y, en lo que respecta a las cuestiones no contempladas en dichos Principios, por los principios generalmente aceptados del derecho mercantil internacional.¹⁸

Si se incorporara una disposición de este tipo a un contrato FIDIC, este se regiría por los principios internacionales, con exclusión de cualquier ley nacional, salvo las normas imperativas.¹⁹ Una disposición de este tipo sería especialmente coherente con el carácter internacional de un contrato FIDIC.

APÉNDICE

Los principios propuestos por el Dr. Donald Charrett sobre *lex constructionis*²⁰

Principios generales

1. *Pacta sunt servanda.*

¹⁷ Estos temas son analizados por el profesor Fabio Bortolotti en su interesante artículo titulado «The UPICC and the ICC model clauses», presentado (al igual que este) en la conferencia celebrada con motivo del 30.º aniversario de los UPICC los días 6 y 7 de mayo de 2024 en la sede de UNIDROIT en Roma.

¹⁸ Véase <www.unidroit.org>, en particular «Cláusulas modelo de los UPICC» para ver ejemplos relacionados (consultado el 1 de octubre de 2024).

¹⁹ Véase el artículo 1.4 (Normas obligatorias) del UPICC.

²⁰ CHARRETT, *op. cit.*, pp. 61, 84.

2. *Rebus sic stantibus* - doctrinas o normas relativas a cambios en las condiciones.
3. Las partes deben actuar de buena fe y con equidad en los contratos de construcción.

Ámbito de aplicación

4. El contrato define por escrito el alcance original de los trabajos y las condiciones conocidas en la obra.
5. El empleador tiene derecho a ordenar modificaciones coherentes con el alcance original del contrato, y el contratista tiene la obligación de llevar a cabo todas esas modificaciones.
6. Las obras de construcción deben realizarse de manera que se proteja la salud y la seguridad de los trabajadores.
7. Las obras de construcción no deben afectar negativamente al medio ambiente ni a los intereses de terceros.
8. Sin perjuicio de los requisitos contractuales, el contratista selecciona los métodos y el calendario de las obras.

Riesgo

9. Cada riesgo se asigna a la parte más capacitada para gestionarlo y controlarlo, así como las consecuencias si se materializa, o a la parte que obtendrá algún beneficio o sufrirá las menores consecuencias si el riesgo se materializa.
10. No se asignarán a una parte riesgos que no pueda asegurar o para los que no disponga de recursos financieros suficientes.

11. El contratista es responsable de las obras mientras esté en posesión de la obra.

Plazo

12. Las partes disponen de un plazo razonable para cumplir sus obligaciones y ejercer sus derechos.
13. El contratista notificará al empleador de forma rápida y adecuada cualquier circunstancia imprevista que afecte a su rendimiento, la ocurrencia de cualquier evento de riesgo y cualquier reclamación.
14. El empleador notificará al contratista de forma rápida y adecuada la ocurrencia de cualquier evento de riesgo que afecte al contratista, las instrucciones y las respuestas a las reclamaciones.
15. El contratista será responsable de pagar daños y perjuicios si no completa las obras en la fecha acordada contractualmente.

Costo

16. El empleador dispone de recursos financieros suficientes para completar el contrato.
17. El contratista proporciona garantías para el cumplimiento de sus obligaciones.
18. El empleador paga al contratista sus derechos contractuales con prontitud.

Calidad

19. El contratista rectifica los defectos de sus obras o paga una indemnización por daños y perjuicios para restablecer las obras a la calidad especificada en el contrato.

Controversias

Las controversias no resueltas se dirimen definitivamente mediante arbitraje.

LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT EN EL ARBITRAJE: UNA REVISIÓN TRAS TREINTA AÑOS*

Lauro Gama**

Al celebrar el 30.º aniversario de los Principios del UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (UPICC), debemos mirar atrás y evaluar su impacto práctico en las disputas contractuales, especialmente en el arbitraje.

En 1994, los UPICC aspiraban a convertirse en un marco jurídico transnacional para la resolución de controversias comerciales internacionales. El arbitraje se consideraba un escenario ideal para su aplicación debido a la flexibilidad que ofrecía a las partes y a los árbitros a la hora de elegir las normas jurídicas aplicables.¹

* Traducción a cargo del profesor Sergio García Long, corresponsal del UNIDROIT, y reproducido con el amable permiso del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado - UNIDROIT y del autor. Publicado originalmente como L. GAMA. «The Application of the UNIDROIT Principles in Arbitration: A 30-year review». En *Thirty Years of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Past, Present and Future Relevance. Acts of the Conference to celebrate the 30th Anniversary of the adoption of the UNIDROIT Principles* (Rome, 6-7 May 2024). Roma, UNIDROIT 2025, pp. 157-170.

** Profesor de Derecho en la PUC - Río de Janeiro, miembro del Grupo de Trabajo del UNIDROIT (2010), miembro de la Corte de la CCI (2015-2021).

¹ Desde su primera edición en 1994, los Comentarios al Preámbulo de los UPICC han establecido que: «4. Los Principios como reglas de derecho que rigen el contrato. [...] Las partes que deseen elegir los Principios como reglas de derecho que rigen su contrato harían bien en combinar dicha cláusula de elección de la ley aplicable con un acuerdo de arbitraje. La razón de ello es que la libertad de elección de las partes a la hora de designar la ley que rige su contrato se limita tradicionalmente a las leyes nacionales. Por lo tanto, la referencia de las partes a los Principios se considerará normalmente como un mero acuerdo para incorporarlos al contrato, mientras que la ley que rige el contrato seguirá teniendo que determinarse sobre la base de las normas de derecho internacional privado del foro. [...] En consonancia con este enfoque, las partes serían libres de elegir los Principios como las “reglas de derecho” con arreglo a las cuales los árbitros decidirían la controversia, con el resultado de que los Principios se aplicarían con

Este es un breve resumen de la presentación que realicé durante la conferencia celebrada en la sede del UNIDROIT en Roma, los días 6 y 7 de mayo de 2024. En ella se examina la evolución de los UPICC en el arbitraje durante las últimas tres décadas, basándose en datos empíricos extraídos de la base de datos UNILEX y de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), así como en estudios de casos.

El objetivo de este artículo es ofrecer una visión realista a quienes siguen considerando que los UPICC son los más adecuados (o los únicos adecuados) para el contexto del arbitraje.

Para ello, en primer lugar recordaré la aspiración de los Principios y sus múltiples usos como ley aplicable al fondo de una controversia (1). A continuación, mostraré algunas cifras sobre la aplicación de los Principios en la resolución de controversias, tanto nacionales como internacionales, tanto en el ámbito arbitral como en el contencioso (2). A continuación, me centraré en la aplicación de los Principios, en particular en el arbitraje de la CCI (3). Dichas cifras se ilustrarán con un breve resumen de algunos casos en los que se ha recurrido a los Principios como ley aplicable, a saber: a) como normas jurídicas que rigen el contrato, elegidas por las partes; b) como ley determinada por los árbitros para resolver el fondo de la controversia; c) como ley subsidiaria, aplicable para interpretar o complementar la ley nacional o internacional aplicable (4).

Al final, presentaré algunas conclusiones (que espero que den que pensar) sobre el papel futuro de los UPICC en el arbitraje y su posible expansión como ley aplicable.

exclusión de cualquier ley nacional en particular, con sujeción únicamente a la aplicación de aquellas normas de derecho interno que sean imperativas independientemente de la ley que rija el contrato (véase el comentario 4 al artículo 1.4). En las controversias que entran en el ámbito de aplicación del Convenio del CIADI, los Principios podrían incluso ser aplicables con exclusión de cualquier norma jurídica nacional».

1. LOS UPICC ASPIRABAN A APLICARSE PRINCIPALMENTE EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Desde el principio, los Principios de UNIDROIT han tenido como objetivo servir como una ley contractual transnacional que pudiera proporcionar mejores soluciones a las disputas comerciales internacionales que las que se encuentran en las leyes nacionales. Tal y como afirma el Consejo de Gobierno de UNIDROIT en la introducción a la edición de 1994 de los Principios:

[ellos] no son un instrumento vinculante y [...] en consecuencia, su aceptación dependerá de su autoridad persuasiva [...] El Consejo de Gobierno confía en que aquellos a quienes se dirigen los Principios UNIDROIT apreciarán sus méritos intrínsecos y sacarán el máximo provecho de su uso.

En 1994, el arbitraje, más que los litigios ante las cortes estatales, parecía ser el marco más prometedor para la aplicación de los Principios debido a dos factores clave:

- i. Las limitaciones existentes en los regímenes nacionales e internacionales de conflicto de leyes para la elección de un conjunto de normas no vinculantes y no legislativas, como la ley que rige el contrato, planteaban dificultades para la aplicación de los UPICC por las cortes estatales.²

² La Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales limitó la libertad de las partes para designar la ley aplicable al contrato a las leyes nacionales. El Reglamento Roma I, de la misma manera, no permite la elección de los UPICC como ley aplicable. La mayoría de los regímenes nacionales de conflicto de leyes no hacen cumplir la elección de la ley aplicable realizada por las partes a favor de un conjunto de normas no estatales o «reglas de derecho». En la actualidad, unos pocos Estados permiten expresamente la elección de una ley no estatal: Bahrein (Ley 6 de 2015), Seychelles (Código Civil de 2020), Paraguay (Ley 2555 de 2005) y Venezuela (Ley de Derecho Internacional Privado de 1998). Cabe señalar también los Principios de La Haya de 2015 sobre la elección de la ley aplicable en los contratos comerciales internacionales, un instrumento de derecho indicativo —al igual que los UPICC— que también permite la elección de una ley no estatal con algunas salvedades.

- ii. La libertad sin restricciones de las partes, en el ámbito arbitral, para elegir las normas jurídicas aplicables a su controversia, tal y como se establece en el artículo 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI y en el artículo 21 del Reglamento de la CCI.³

Como se puede recordar del preámbulo de los UPICC, los Principios tienen múltiples usos como ley que rige el fondo de una controversia judicial o arbitral.

Pueden aplicarse como (a) ley primaria, o como (b) ley secundaria (o subsidiaria).⁴

Como *ley primaria* que rige el contrato o la controversia, los Principios pueden haber sido elegidos por las partes, ya sea directa o indirectamente, o determinados como ley aplicable, en ausencia de una elección, por la corte estatal o el tribunal arbitral.

Además, los UPICC puede desempeñar el papel de *ley subsidiaria*. Esto ocurre cuando la ley primaria que rige el contrato o el fondo de la

³ A este respecto, el artículo 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI (1985, modificada en 2006) establece lo siguiente:

«Artículo 28. Normas aplicables al fondo de la controversia

1) El tribunal arbitral resolverá la controversia de conformidad con las normas de derecho que las partes hayan elegido como aplicables al fondo de la controversia. Toda designación de la ley o del sistema jurídico de un Estado determinado se interpretará, salvo que se indique lo contrario, como una referencia directa al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

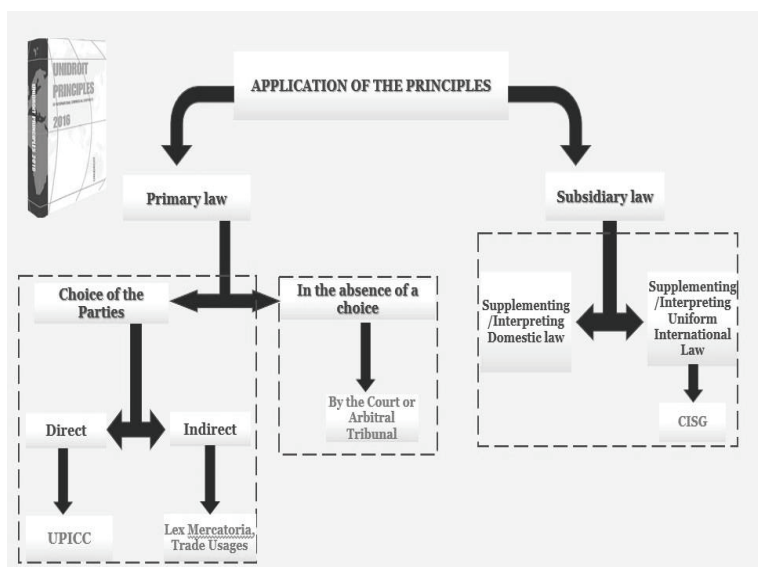
(2) A falta de designación por las partes, el tribunal arbitral aplicará la ley determinada por las normas de conflicto de leyes que considere aplicables. [...]».

El artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la CCI (2021) dice lo siguiente: «Artículo 21. Normas jurídicas aplicables. Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral aplicará al fondo de la controversia. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas. [...]».

⁴ Para un análisis más detallado, véase: L. GAMA. «Les Principes d'UNIDROIT et la loi régissant les contrats de commerce international». En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law – Recueil des cours*, Vol. 406. Brill, 2020.

controversia es un sistema jurídico nacional o un instrumento internacional, que debe interpretarse a través del prisma de un marco jurídico contractual transnacional o complementarse con él.

El siguiente diagrama explica las múltiples funciones de los principios como ley que rige el contrato o la controversia.

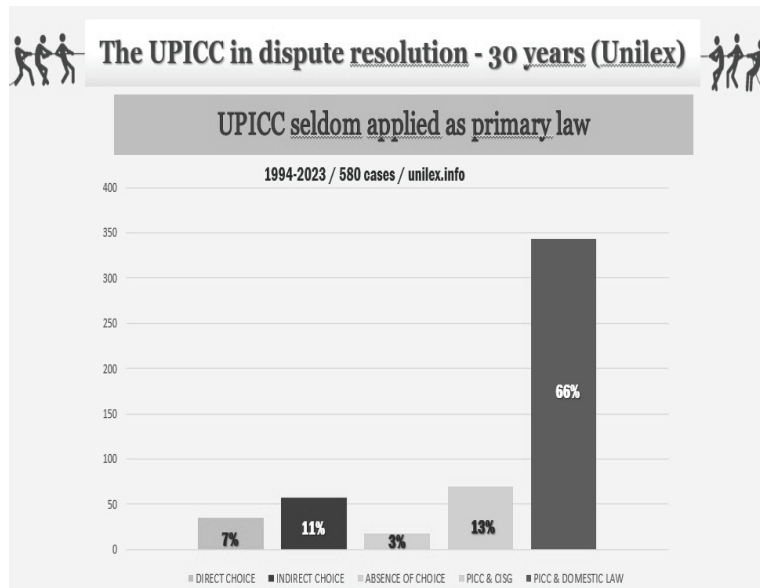


Han pasado treinta años. ¿Qué podemos pensar de esa aspiración inicial de los Principios, es decir, que prosperarían en un entorno arbitral?

2. DATOS EMPÍRICOS SOBRE LA APLICACIÓN DE LOS UPICC

En las últimas tres décadas se han registrado 580 casos en los que se aplicaron los UPICC en la base de datos UNILEX.⁵ Estos datos respaldan dos conclusiones preliminares:

- *Ley primaria*: las partes, las cortes o los tribunales arbitrales rara vez eligen los Principios como ley primaria que rige un contrato o el fondo de una controversia.
- *Ley subsidiaria*: en la mayoría de los casos notificados ($\approx 79\%$), los UPICC se emplearon como ley subsidiaria, principalmente para interpretar o complementar el derecho interno aplicable o la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) de 1980.



⁵ UNILEX en <<https://www.unilex.info/instrument/principles>> (último acceso el 25 de septiembre de 2024).

Si desglosamos estos casos en períodos de cinco años, se hace evidente que, en la primera década de los UPICC (1994-2004), aproximadamente el 70 % de los litigios notificados eran casos de arbitraje.

Sin embargo, en las dos últimas décadas (2005-2024) esta tendencia se invirtió y las cortes estatales aplicaron los UPICC con más frecuencia que los tribunales arbitrales. Estas cifras reflejan sin duda el hecho de que, en general, cada día se someten muchos más litigios al sistema judicial que al arbitraje. Quizás también reflejen una adopción más lenta y cautelosa de los Principios en el arbitraje a lo largo del tiempo. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que otros factores pueden influir en la exactitud de estas cifras, como la confidencialidad de los laudos arbitrales o las dificultades para recopilar datos sobre la aplicación de los Principios en la práctica.

Pero sea como fuere, podemos concluir que si bien el uso del arbitraje internacional en todo el mundo ha crecido significativamente en las últimas tres décadas,⁶ los UPICC sigue estando infrautilizada como fuente primaria de derecho, es decir, como sistema jurídico en los procedimientos arbitrales.

3. EL USO DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT EN EL ARBITRAJE DE LA CCI

Como una de las instituciones arbitrales internacionales más destacadas y con mayor trayectoria, la base de datos de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI proporciona información valiosa sobre el uso de los Principios en el arbitraje.

⁶ Véase, por ejemplo: W. MATTLI y T. DIETZ. «Mapping and Assessing the Rise of International Commercial Arbitration in the Globalization Era: An Introduction». En W. MATTLI y T. DIETZ (eds.). *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence*. Oxford University Press, 2014, p. 3.

Al igual que la mayoría, si no todas, las instituciones, el reglamento de arbitraje de la CCI otorga a las partes amplia libertad para elegir la ley (*rectius*: reglas de derecho) aplicable al fondo del litigio, incluido un sistema de derecho no estatal como los UPICC.⁷ A falta de elección por parte de las partes, el tribunal arbitral puede determinar las reglas de derecho aplicables sin recurrir a un sistema de conflicto de leyes, es decir, por *voie directe*.⁸

A pesar de la libertad que ofrecen las leyes y normas de arbitraje modernas a las partes para seleccionar como ley aplicable marcos jurídicos no estatales como los UPICC, su uso sigue siendo limitado:

- Durante la última década, los Principios se eligieron como ley principal (es decir, como sistema jurídico) solo en el 0,3 % de los nuevos casos presentados ante la Corte de la CCI que incluían una cláusula de elección de ley aplicable (y, en promedio, el 98 % de todos los casos presentados contenían una cláusula de elección de ley aplicable).

⁷ Véase la nota 3 *supra*.

⁸ Mediante este método, el tribunal no está obligado a aplicar una norma de conflicto de leyes para determinar la ley aplicable al fondo del asunto. En su lugar, puede tener en cuenta elementos como el contrato, las circunstancias del caso y las alegaciones de las partes para determinar la ley más pertinente para la resolución de la controversia (o la cuestión controvertida).

**Non-state law (UPICC included) in new cases
(ICC 2013-2023)**

0,3% of new cases filed

ICC Court	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
New cases filed	767	791	801	966	810	842	869	946	853	710
Choice of law clause		84% (664)	85% (680)	90% (869)	87% (704)	87% (732)	88% (764)			
National law chosen		98%	99%	97%	99%	98%	99%	98%	97%	98,5%
vs.		vs.	vs.	vs.	vs.	vs.	vs.	vs.	vs.	vs.
Non-state law chosen		2% (13)	1% (7)	3% (26)	1% (7)	2% (14)	1% (8)	2%	3%	1,5%
UPICC chosen (new cases)	2	1	1	6	1	3	n/a	4	4	3
Awards approved by the Court		459	498	479	512	599	586	564	630	

- Según los datos extraídos de *Jus Mundi*, de los 5327 laudos aprobados por la Corte de la CCI en los últimos 10 años, los UPICC se aplicó o mencionó solo en 23 casos.

Se mire como se mire, se llega a una conclusión clara: la elección de los sistemas jurídicos nacionales, ya sea por las partes o por los árbitros, sigue prevaleciendo incluso en el entorno flexible del arbitraje. Si bien las partes pueden elegir libremente los UPICC como ley aplicable a su contrato o controversia, esto rara vez ocurre en la práctica.

4. ESTUDIOS DE CASOS SELECCIONADOS

Los recientes casos de la CCI que se resumen a continuación ilustran las diferentes aplicaciones de los Principios UNIDROIT como ley aplicable en el arbitraje:

- **Caso CCI 26241 (2022):** en este caso, las partes europeas y asiáticas firmaron en 2014 un acuerdo de cooperación a largo plazo

y acordaron una cláusula de elección de ley aplicable inoperante que decía lo siguiente: «El presente contrato se registrará e interpretará de conformidad con las leyes internacionales».

La parte europea terminó el contrato, alegando incumplimiento por parte de la parte asiática. Al inicio del arbitraje, las partes acordaron que el tribunal arbitral debía aplicar los UPICC a las cuestiones jurídicas en litigio, a fin de evitar la incertidumbre jurídica.

Así, de conformidad con el acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicó 23 disposiciones de la edición de 2016 de los UPICC. Al evitar un enfoque fragmentario, los árbitros trataron los Principios como un sistema autónomo de derecho contractual transnacional.⁹

- **Caso CCI 20731 (2014):** también en este caso, el tribunal arbitral trató los UPICC como un sistema de derecho contractual transnacional. Una empresa india (proveedor) y un comprador rumano discutían sobre el suministro adecuado de tubos de acero inoxidable. La parte rumana reclamaba daños y lucro cesante al proveedor indio.

A falta de una elección clara de la ley aplicable por las partes, el comprador rumano abogó por la aplicación de la ley rumana, mientras que la parte india sostuvo que debía aplicarse la ley india al fondo del asunto. El tribunal arbitral, tras escuchar a las partes, decidió aplicar la versión de 2010 de los Principios UNIDROIT. A tal fin, consideró la falta de intención común de las partes, ya fuera expresa o implícita, a favor de una ley nacional concreta, y

⁹ K. P. BERGER. «The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts as a System of Transnational Contract Law: Two Recent Arbitral Awards». En *Journal of International Arbitration*, Vol. 41, 2024, pp. 266-269.

determinó por *voie directe* que los UPICC era la ley aplicable, haciendo hincapié en su idoneidad en litigios internacionales en los que no se aplicaba ninguna ley nacional específica.

Por lo tanto, los árbitros consideraron que no había prescrito el plazo de prescripción, ni desde el punto de vista de las disposiciones del contrato, ni desde el de los Principios UNIDROIT de 2010. Reconocieron la aplicación al caso en cuestión de los principios básicos de *pacta sunt servanda* (artículo 1.3) y la observancia de la buena fe y el trato justo (artículo 1.7). Además, aplicaron el artículo 7.1.1 a las cuestiones de incumplimiento y el artículo 5.1.4(1) para determinar la naturaleza de una determinada obligación contraída por la parte, es decir, si se trataba de una obligación de alcanzar un resultado específico o de una obligación de realizar los mejores esfuerzos.

- **Caso CCI 26051 (2021):** este caso involucraba a un inversor canadiense y una empresa estatal cubana que constituyeron una empresa conjunta mediante, *inter alia*, un acuerdo de asociación. La controversia se refería a un supuesto incumplimiento del contrato por parte del socio cubano y a la existencia y *cuantía* de los supuestos daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento.

De acuerdo con la cláusula de elección de la ley aplicable acordada por las partes, el acuerdo de asociación debía interpretarse y ejecutarse con arreglo a las leyes de Canadá y Cuba. En caso de incompatibilidad entre estas leyes sobre una cuestión controvertida, los árbitros estaban autorizados a aplicar los principios que se consideraran comercialmente razonables en el comercio internacional. También podían actuar como *amiable compositeurs*.

En sus escritos, las partes defendieron sus respectivos casos no solo sobre la base de las leyes nacionales aplicables, sino que también reconocieron el valor de los Principios UNIDROIT. En

particular, se invocaron los UPICC para determinar la obligación de alcanzar un resultado específico (artículo 5.1.4), el derecho a una indemnización íntegra (artículo 7.4.2) y la certeza del daño (artículo 7.4.3).

- **Caso CCI 18981 (2014):** Las disposiciones de los UPICC, que figuran en un instrumento de *soft law*, se invocaron en este arbitraje para colmar las lagunas existentes en la CISG, un instrumento de *hard law*, en lo que respecta a las pérdidas y daños futuros. Estas cuestiones no se abordan explícitamente en esta última.

El contrato CISG en el caso que nos ocupa se celebró entre un comprador indio y un vendedor turco.

El árbitro único (i) consideró que el comprador había demostrado con certeza razonable que el vendedor había incumplido el contrato al no suministrar los bienes acordados, y que el vendedor no estaba exento de responsabilidad en virtud de la CISG (que se aplicaba como parte del derecho suizo, elegido por las partes) ni del contrato; y (ii) estimó parcialmente las pretensiones del comprador.

En cuanto a la pérdida futura alegada por el comprador, el tribunal arbitral invocó los Principios UNIDROIT y estableció que dicha pérdida debía demostrarse suficientemente para establecer un grado razonable de certeza del daño (artículo 7.4.3). En el presente caso, el comprador indio no logró demostrar su pérdida futura con el grado de certeza requerido.

Estos casos ilustran la flexibilidad de los Principios UNIDROIT como ley aplicable, una característica que rara vez se encuentra en la

legislación nacional. Los UPICC no solo son flexibles como ley aplicable, sino que también se adaptan bien a las necesidades especiales del comercio internacional.

5. FACTORES QUE INFLUYEN EN LA ADOPCIÓN LIMITADA DE LOS UPICC

¿Por qué las partes en los contratos internacionales se muestran reacias a adoptar los Principios UNIDROIT como ley aplicable a sus transacciones? Al fin y al cabo, los UPICC son un conjunto de reglas de derecho *neutrales* que, en la mayoría de los casos, *salvan las diferencias* entre la tradición del *common law* y la del *civil law* en lo que respecta a cuestiones relevantes que suelen surgir en las transacciones comerciales internacionales.

La *calidad intrínseca* de los Principios ha sido elogiada en todo el mundo por juristas de diversos orígenes.¹⁰ A diferencia de la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales, los Principios UNIDROIT son fáciles de entender. Contienen reglas *precisas y estrictas*, comentarios oficiales que explican el propósito de cada disposición e ilustraciones de aplicación práctica.

La reticencia de los comerciantes a elegir los Principios como ley que rige sus transacciones internacionales puede atribuirse a varias razones, entre las que se incluyen:

- El carácter incompleto de los UPICC: los Principios no contienen normas sobre contratos internacionales específicos (como acuerdos de venta, acuerdos de distribución, acuerdos de licencia, acuerdos de empresa conjunta, acuerdos de inversión, etc.),

¹⁰ Véanse, por ejemplo, las referencias citadas en E. BRÖDERMANN. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Article-by-Article Commentary*. 2.^a ed. Kluwer Law International, 2023. Véase también, M. J. BONELL. *An International Restatement of Contract Law – the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. 3.^a ed. Transnational Publishers, 2005.

lo que algunos consideran una desventaja de los UPICC en comparación con los sistemas jurídicos nacionales.

- El carácter no vinculante de los UPICC: debido a su carácter no legislativo, los Principios carecen de la autoridad vinculante de las leyes promulgadas por el legislador nacional. Esta es una característica de los Principios que puede preocupar a las partes con menos experiencia en el comercio internacional.
- Desconocimiento de los Principios: la mayoría de los abogados especializados en transacciones aún no están familiarizados con los UPICC y prefieren la comodidad de sus propios sistemas jurídicos nacionales, o incluso los retos que supone elegir uno extranjero, a adoptar los Principios como ley aplicable.

Sin embargo, estos obstáculos no han impedido que los Principios UNIDROIT hayan promovido continuamente el cambio en el entorno jurídico de los contratos internacionales en las últimas décadas. Si no extraordinarias, las perspectivas de los UPICC son sin duda prometedoras, incluso en el ámbito del arbitraje.

6. EL FUTURO DE LOS UPICC EN EL ARBITRAJE: TRANSPARENCIA Y ADOPCIÓN GLOBAL

La globalización, un proceso contemporáneo a la creación de los UPICC, ha alterado sustancialmente la lógica del comercio y las transacciones y ha tenido consecuencias evidentes en los sistemas jurídicos nacionales. Los avances en tecnología, transporte y cooperación internacional han dado lugar a un mundo más conectado que nunca en la historia. Las instituciones estatales se vieron obligadas a adaptarse a los nuevos retos que planteaban las nuevas relaciones globales. El proceso legislativo y el papel del legislador nacional también se vieron muy afectados por la globalización.

Los Principios UNIDROIT representan hoy en día un marco jurídico contractual desterritorializado, forjado en las lagunas entre los sistemas jurídicos nacionales y los instrumentos tradicionales del derecho internacional, como los tratados y las convenciones. Los Principios han promovido la aparición de la transculturalidad jurídica contractual a nivel mundial y han fomentado una identidad compartida entre comerciantes, agentes económicos y funcionarios estatales, que trasciende las fronteras nacionales.

En este contexto, los UPICC han desempeñado un papel relevante en la modernización del derecho estatal en numerosas jurisdicciones. Los Principios (entonces en fase de proyecto) influyeron en la redacción del Código Civil de la Federación de Rusia (1994-1995), la Ley aplicable a las obligaciones contractuales en la República de Estonia, el Código Civil de Lituania (2000) y en la reforma legislativa de Letonia. También han influido en la redacción de la Ley de Contratos de China de 1999, así como en el Código Civil de China de 2020. En las jurisdicciones occidentales, los UPICC han influido en las enmiendas a la Ley de Obligaciones de Alemania (2001), el proyecto de Código Mercantil de España, el Código Civil argentino de 2015, el Código Civil revisado de Japón y la reforma francesa de 2016 del Derecho de obligaciones.¹¹

Por otra parte, las nuevas generaciones de estudiantes de derecho de todo el mundo se familiarizan con los Principios desde el comienzo de sus estudios jurídicos, especialmente mediante la participación en concursos educativos como el Willem C. Vis Moot Arbitration.¹²

¹¹ J. A. ESTRELLA FARIA. «The Influence of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts on National Laws». En *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*. UNIDROIT, 2026, pp. 1318-1349, esp. pp. 1323-1326.

¹² Los problemas del Vis Moot de los últimos años han aplicado sistemáticamente los Principios UNIDROIT.

Como resultado, la supuesta falta de conocimiento que impedía una aplicación más generalizada de los Principios UNIDROIT se ha ido reduciendo gradualmente.

Otra tendencia significativa que contribuirá a desarrollar no solo el conocimiento, sino también el uso de los UPICC como ley aplicable, es la tendencia general hacia una mayor transparencia en el arbitraje internacional. Varias organizaciones de arbitraje, como la CCI, el ICDR, la LCIA, el SIAC y el CAM-CCBC, y otras entidades destacadas, como la IBA y la CNUDMI, han puesto en marcha proyectos para fomentar una mayor transparencia y confianza general en el sistema y sus resultados.¹³

Lo más importante es que algunas instituciones arbitrales líderes¹⁴ han modificado sus normas para facilitar un mayor acceso público a la información sobre los laudos y decisiones arbitrales, incluyendo así una nueva norma por defecto de publicación de los laudos, las órdenes procesales e incluso las alegaciones escritas, de modo que las partes deben

¹³ Véase, por ejemplo, las Directrices de la IBA de 2024 sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional (disponibles en <<https://www.ibanet.org/document?id=Guidelines-on-Conflicts-of-Interest-in-International-Arbitration-2024>>). La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y el CAM-CCBC publican ahora los nombres y la nacionalidad de los árbitros, su función como árbitro único, presidente o coárbitro, y si el caso está activo. La Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) y el SIAC (Centro Internacional de Arbitraje de Singapur) han adoptado normas que exigen la motivación de sus decisiones sobre las recusaciones de árbitros y publican periódicamente resúmenes de sus decisiones sobre recusaciones. La CNUDMI aprobó en 2013 las Normas sobre transparencia en el arbitraje entre inversores y Estados basado en tratados (disponibles en <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/rules-on-transparency-e.pdf>>).

¹⁴ El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) modificó su reglamento de arbitraje en 2022 e introdujo un nuevo capítulo dedicado a la transparencia. La regla 62 establece ahora que «los laudos, las decisiones complementarias sobre un laudo y la rectificación, interpretación y revisión de un laudo, así como las decisiones sobre anulación» se publicarán automáticamente, salvo que una de las partes se oponga por escrito en un plazo de 60 días. El reglamento de arbitraje del ICDR de 2021 establece ahora, en su artículo 40(3), que el ICDR puede publicar el texto completo de un laudo con el consentimiento de las partes, y el artículo 40(4) permite al ICDR publicar versiones anónimas de los laudos, órdenes, decisiones y resoluciones, a menos que una de las partes se oponga en un plazo de seis meses. La Nota de la CCI a las partes y a los tribunales arbitrales sobre la conducción del arbitraje de 2021 destaca su esfuerzo por lograr una mayor transparencia.

optar por no participar para imponer el nivel de confidencialidad que hasta ahora ha sido la práctica habitual.

Desde 2021, todos los laudos definitivos de la CCI dictados a partir del 1 de enero de 2019 están sujetos a publicación, salvo que las partes opten por no aplicar la norma de transparencia. Además, la CCI se ha asociado con *Jus Mundi*,¹⁵ una herramienta de investigación jurídica líder, para proporcionar acceso público a todos los laudos de la CCI que pueden publicarse y a la biblioteca de resolución de controversias de la CCI, que contiene más de 7500 documentos, incluidos laudos arbitrales.

La mejor ventana para conocer el enfoque de los árbitros en la toma de decisiones son sus propios laudos y resoluciones. A medida que se hagan públicos más laudos arbitrales, es probable que los Principios UNIDROIT ganen más visibilidad y credibilidad como ley aplicable en las disputas comerciales.

La transparencia también es clave para el desarrollo del derecho mercantil. A medida que se publiquen y comenten con mayor frecuencia los laudos arbitrales y las decisiones que aplican los UPICC, se ampliará su papel en la mejora del derecho contractual y mercantil internacional.

Por último, el creciente reconocimiento del derecho no estatal como fuente autorizada por los regímenes de conflicto de leyes favorece una adopción más generalizada de los UPICC y promueve la seguridad jurídica y la previsibilidad en las transacciones internacionales. En este sentido, se dio un paso importante con la adopción de los Principios de La Haya de 2015 sobre la elección de la ley aplicable en los contratos comerciales internacionales. En algunos países latinoamericanos, como Venezuela, Argentina y Paraguay, las cortes pueden hacer cumplir la elección de las partes a favor de los Principios. Más recientemente, los

¹⁵ Véase *Jus Mundi* (disponible en <<https://jusmundi.com/en>>).

regímenes de conflicto de leyes se han vuelto más liberales también en otras partes del mundo, como en Bahrein y las Seychelles.¹⁶

7. CONCLUSIÓN: LOS UPICC COMO MARCO JURÍDICO TRANSNACIONAL NO ES SOLO UNA CUESTIÓN DE FE

Al reflexionar sobre los treinta años de trayectoria de los UPICC, queda claro que, si bien su adopción en el ámbito del arbitraje ha sido más lenta de lo inicialmente previsto, siguen ofreciendo soluciones valiosas para las controversias comerciales internacionales.

Su creciente influencia en la modernización de las leyes contractuales nacionales es innegable y a medida que aumenta la transparencia en el arbitraje es probable que los Principios no solo se acepten más ampliamente como ley aplicable, sino que también contribuyan al desarrollo del derecho mercantil internacional.

Los UPICC han demostrado ser más que una simple «cuestión de fe».¹⁷ Representan un marco práctico y en evolución que está remodelando tanto el derecho contractual estatal como el transnacional. El papel de los Principios en el futuro del arbitraje internacional es, sin duda, prometedor.

¹⁶ Véase la nota 2 *supra*.

¹⁷ Véase R. MICHAELS. «Dreaming Denationalized Law – Scholarship on Autonomous International Arbitration as Utopian Literature». En *London Review of International Law*, Vol. 1, 2013, pp. 35-62, disponible en SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2322693>>.

LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS
CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES.
HOMENAJE POR EL CENTENARIO DE UNIDROIT

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
JUNIO DEL 2026, CON FM SERVIGRAF E.I.R.L.
CALLE EL ALHELÍ 108-B DPTO. 201, SURQUILLO,
TELÉFONO: 774-9972
LIMA, PERÚ