

PREÁMBULO

(Propósito de los Principios)

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

Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos ^(*).

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

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

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

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

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

(*) Las partes que deseen aplicar a su contrato los Principios pueden usar la siguiente cláusula, con la adición de eventuales excepciones o modificaciones:

“El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2004) [excepto en lo que respecta a los Artículos ...]”.

Si las partes desearan pactar también la aplicación de un derecho nacional en particular pueden recurrir a la siguiente fórmula:

“El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2004) [excepto en lo que respecta a los Artículos ...], integrados cuando sea necesario por el derecho [del Estado “X”].

Principios UNIDROIT

COMENTARIO

Los Principios establecen reglas generales que han sido fundamentalmente concebidas para “los contratos mercantiles internacionales”.

1. “Internacionalidad” del contrato

El carácter “internacional” de un contrato puede definirse de varias formas. Las soluciones adoptadas tanto en las legislaciones nacionales como internacionales oscilan entre aquellas que requieren que el establecimiento o a la residencia habitual de las partes se encuentren en países diferentes y otras que adoptan criterios más generales, como el requisito de que el contrato ofrezca “vínculos estrechos con más de un Estado”, “implique una elección entre leyes de diversos Estados” o “afecte los intereses del comercio internacional”.

Los Principios no adoptan expresamente ninguno de estos criterios. Sin embargo, existe la presunción de que el concepto de “internacionalidad” de los contratos debe ser interpretado en el sentido más amplio posible, para que únicamente queden excluidas aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad (esto es, cuando todos los elementos trascendentes del contrato tengan puntos de conexión con una sola nación).

2. “Mercantilidad” del contrato

La restricción del ámbito de aplicación de los Principios a los contratos “mercantiles” no pretende apoyarse en la tradicional distinción que existe en algunos sistemas jurídicos entre el carácter “civil” y “mercantil” de las partes y/o de los negocios jurídicos. No se trata de condicionar la aplicación de los Principios al carácter formal de comerciantes (*commerçants, Kaufleute*) que puedan tener las partes o a la naturaleza mercantil del contrato. El propósito es excluir del ámbito de los Principios las llamadas “operaciones de consumo”. En algunos ordenamientos jurídicos estas operaciones de consumo son reguladas por normas especiales, muchas de ellas de carácter imperativo destinadas a proteger al consumidor, entendiéndose por tal a la parte que celebra el contrato sin llevar a cabo un acto de comercio o en el ejercicio de su profesión.

Los criterios adoptados tanto a nivel nacional como internacional también varían con respecto a la distinción entre contratos de consumo y los que no lo son. Los Principios tampoco brindan una definición expresa de este tipo de contratos, pero se da por sentado que el concepto de contratos “mercantiles” debe ser entendido en su sentido más

Preámbulo

amplio. Se trata de incluir no solamente a las operaciones comerciales para el abastecimiento o intercambio de mercaderías o servicios, sino también otros tipos de operaciones económicas, como las de inversión y/o otorgamiento de concesiones, los contratos de prestación de servicios profesionales, etc.

3. Los Principios y los contratos entre particulares a nivel nacional

A pesar de que los Principios han sido concebidos para los contratos mercantiles internacionales, no existe ningún impedimento para que los particulares puedan aplicarlos a contratos estrictamente internos o nacionales. Sin embargo, tal acuerdo se encuentra sujeto a las normas imperativas del país cuyo ordenamiento jurídico sea aplicable al contrato.

4. Consideración de los Principios como conjunto de reglas aplicables al contrato

a. Elección expresa de las partes

Los Principios constituyen un conjunto de principios y normas de derecho contractual comunes a diversos ordenamientos jurídicos, mejor adaptadas a las exigencias del comercio internacional. Existen razones de peso para que las partes decidan expresamente elegir los Principios como derecho aplicable al contrato. De esta manera, las partes pueden referirse a los Principios como el único derecho aplicable, o bien junto con un derecho nacional en particular para que rija aquellos aspectos que no son cubiertos por los Principios. Véase la Cláusula Modelo en la nota de pie de página que acompaña el segundo párrafo del Preámbulo.

Cuando las partes deseen elegir los Principios como el derecho aplicable al contrato, es aconsejable combinar esta cláusula de derecho aplicable con un acuerdo de arbitraje.

La conveniencia de esta combinación radica en que la libertad para escoger la ley aplicable al contrato suele estar limitada en la mayoría de los ordenamientos jurídicos a las leyes nacionales. Por lo tanto, la selección de los Principios sería normalmente considerada como un simple acuerdo destinado a incorporarlos al contrato, mientras que el derecho aplicable al mismo tendría que determinarse en base a las reglas de derecho internacional privado del foro. Los Principios serían obligatorios entonces para las partes sólo en la medida en que no afectaran las disposiciones del derecho aplicable que las partes no pueden derogar. Véase el comentario 2 al Art. 1.4.

Principios UNIDROIT

La situación es otra si las partes acuerdan someter al arbitraje las controversias surgidas del contrato. Los árbitros no se encuentran necesariamente ligados a un ordenamiento jurídico en particular. Esto es obvio en los casos en que sean autorizados por las partes a decidir como amigables componedores (*ex aequo et bono*). Aún en ausencia de este supuesto, suele estar permitido que las partes elijan normas o “reglas de derecho” diferentes al derecho nacional en la que los árbitros deben fundamentar sus decisiones. Véase en particular el Art. 28(1) del 1985, *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional* adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”); Art. 42(1) del *Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convención de Washington de 1965 o “CIADI”)*.

De acuerdo con este enfoque, las partes quedan en libertad para elegir los Principios como el derecho aplicable conforme al cual los árbitros deben resolver las controversias. Así, los Principios se aplicarán con exclusión a cualquier otra legislación nacional, con excepción de las normas nacionales de carácter imperativo que sean aplicables al contrato. Véase comentario 3 al Art. 1.4.

En la resolución de controversias contempladas en la Convención del CIADI, los Principios podrán aplicarse incluso con exclusión de todo derecho nacional.

b. *Los Principios aplicados como una manifestación de los “principios generales del derecho”, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes en el contrato*

Algunas veces, las partes que negocian un contrato mercantil internacional no logran ponerse de acuerdo respecto del derecho aplicable a su contrato, limitándose a estipular que el contrato quedará sujeto a los “principios generales del derecho”, los “usos y costumbres del comercio internacional”, o la “*lex mercatoria*”, etc.

El concepto de *lex mercatoria* ha sido criticado, entre otros motivos, por su extrema vaguedad, puesto que no identifica con precisión las reglas de carácter supranacional o transnacional que lo conforman. Con el fin de eliminar, o por lo menos reducir considerablemente, la incertidumbre que implica el uso de estos conceptos tan vagos, es aconsejable para precisar su contenido recurrir a un conjunto de normas sistemáticas y bien definidas como las que componen los Principios.

Preámbulo

c. Los Principios aplicados en ausencia de selección del derecho aplicable por las partes

Los Principios pueden aplicarse, sin embargo, en caso de que las partes guarden silencio respecto del derecho aplicable. Si las partes no han seleccionado el derecho aplicable al contrato, éste debe ser determinado en base a las reglas pertinentes del derecho internacional privado. Estas reglas son sumamente flexibles en el caso del arbitraje comercial internacional, ya que permiten al tribunal arbitral aplicar “las reglas de derecho que estime apropiadas” (véase, *v.gr.*, Art. 17(1) de las *Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 1998*; Art. 24(1) de las *Reglas de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo*). Por lo general los tribunales de arbitraje suelen aplicar un derecho nacional determinado como ley aplicable al contrato, pero excepcionalmente pueden recurrir a un derecho a-nacional o supranacional como los Principios. Esto puede resultar de una inferencia extraída de las circunstancias del caso, que pueden revelar la intención de las partes de no someterse a ningún derecho nacional (*v.gr.*, en el caso de que una de las partes sea un Estado o una agencia del gobierno y ambas partes hayan dejado constancia de su voluntad de no someterse al derecho nacional de la contraparte o de un tercer país), o en el supuesto de un contrato que tiene contacto con varios países, ninguno de los cuales prevalece lo suficiente como para justificar la aplicación del derecho nacional de un país, con exclusión de todos los demás.

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

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

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

En los últimos años tanto los tribunales judiciales como de arbitraje han dejado paulatinamente de lado esta aproximación “conflictual”, tratando de interpretar y complementar el derecho uniforme internacional en base a criterios y principios autónomos e internacionalmente uniformados. Esta aproximación es la que ha sido sancionada de

Principios UNIDROIT

manera expresa por las convenciones más recientes (véase, por ejemplo, el Art. 7 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG)*), que parten de la base de que el derecho uniforme internacional, aún luego de incorporarse al derecho interno de un país, sólo se integra a éste de manera formal, sin perder, desde un punto de vista sustantivo, su carácter original de un cuerpo jurídico que se ha desarrollado de manera autónoma a nivel internacional, aspirando a ser aplicado de manera uniforme en todo el mundo.

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

6. Los Principios como medio para interpretar y complementar el derecho nacional

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

7. Los Principios como modelo para legisladores nacionales e internacionales

En virtud de sus características propias, los Principios pueden además servir como modelo a legisladores nacionales e internacionales para la redacción de leyes en materia de contratos en general u operaciones específicas. A nivel nacional, los Principios pueden ser de utilidad especialmente para aquellos países que no cuentan con un cuerpo legislativo avanzado en materia contractual y tienen el propósito de modernizar su legislación, o al menos ajustarla a los niveles inter-

Preámbulo

nacionales en lo que se refiere a relaciones jurídicas surgidas del comercio exterior. Una situación similar se presenta en aquellos países con un ordenamiento jurídico bien definido, pero que se encuentran ante la necesidad urgente de reformar su legislación, especialmente en lo que se refiere a sus aspectos económicos y negocial, debido a cambios drásticos y recientes en su estructura político-social.

A nivel internacional, los Principios podrían convertirse en un punto de referencia para la elaboración de convenciones internacionales y leyes modelo.

Hasta el momento, la terminología empleada para referirse al mismo concepto difiere significativamente de un instrumento al otro, situación que presenta un riesgo evidente de desentendimiento e interpretación errónea. Este tipo de incongruencia podría evitarse si la terminología de los Principios fuera adoptada como glosario uniforme internacional.

8. Otros usos posibles de los Principios

La lista que figura en el Preámbulo acerca de los diversos usos que se puede dar a los Principios no es exhaustiva.

Así, los Principios pueden ser utilizados como una guía para redactar contratos. En particular, los Principios pueden facilitar la identificación de aquellos puntos que deben integrar el contrato, proveyendo una terminología neutra comprensible para todas las partes involucradas en el contrato. Este uso de los Principios resulta particularmente provechoso en razón de que los Principios se encuentran disponibles en varios idiomas.

Los Principios también pueden ser utilizados en lugar del derecho nacional que resulte de otro modo aplicable al caso. Este sería el caso cuando resulte imposible o extremadamente difícil determinar cuál es la regla de derecho de un ordenamiento jurídico en particular aplicable a un tema específico, es decir, cuando dicha determinación conlleve un costo o esfuerzo desproporcionado. Esta dificultad suele obedecer a las características especiales de las fuentes jurídicas y/o al costo que implica acceder a ellas.

Además, los Principios pueden ser utilizados como material didáctico en universidades y facultades de derecho, promoviendo de esta forma la enseñanza del derecho contractual sobre una base genuinamente comparada.