



ESTUDIOS DE DERECHO COMERCIAL

PRIMERAS JORNADAS CHILENAS
DE DERECHO COMERCIAL 2010

MARÍA FERNANDA VÁSQUEZ PALMA
(DIRECTORA)

 **AbeledoPerrot**[®]
LegalPublishing Chile

LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT COMO LEY DE FONDO APLICABLE EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

JUAN EDUARDO FIGUEROA VALDES*

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. El uso de los principios de UNIDROIT en la práctica comercial internacional. 3. La elección del derecho de fondo aplicable. 4. Los principios de UNIDROIT usualmente empleados como ley de fondo aplicable por los árbitros internacionales. 4.1. Buena fe y lealtad negocial. 4.2. Interpretación de los contratos. 4.3. Obligación de cooperación entre las partes. 4.4. Excesiva Onerosidad (Hardship). 4.5. Suspensión del cumplimiento. 4.6. Certeza del daño. 4.8. Atenuación del daño. 4.9 Intereses por falta de pago de dinero. 5. La forma de aplicación de los principios de UNIDROIT en el arbitraje comercial internacional. 5.1. La aplicación de los principios UNIDROIT como "lex contractus" al estar expresamente pactados. 5.2. La aplicación de los principios de UNIDROIT al pactarse los principios generales de derecho, principios transnacionales, la "lex mercatoria" o usos. 5.3. La aplicación de los principios de UNIDROIT frente a la omisión de las partes de señalar la ley aplicable al contrato. 5.4. La aplicación de los principios de UNIDROIT para complementar e interpretar la *lex contractus*. 5.5. La aplicación de los principios de UNIDROIT frente a otro tipo de casos y a los arbitrajes de equidad. 6. Conclusiones.

1. GENERALIDADES

Normalmente en la negociación de todo contrato comercial internacional, las partes y sus asesores se desvelan por tratar de regular todos los principales aspectos de la relación comercial, muchas veces con un grado de detalle significativo. Sin embargo, no siempre se presta el debido cuidado en la redacción del convenio arbitral, a pesar de constituir, en palabras de

* Juan Eduardo Figueroa Valdés, profesor de derecho Universidad de los Andes, Árbitro de la International Centre for Dispute Resolution, the International Division of the American Arbitration Association y Árbitro del Centro de Arbitrajes y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago de Chile.

Bernardo Cremades, la verdadera carta magna de todo eventual procedimiento arbitral.¹ Es muy importante que las partes dejen muy claro en la redacción del mismo sus opciones. El arbitraje es una manifestación de la autonomía de la voluntad y, por lo tanto, en la redacción del convenio arbitral se cristaliza el procedimiento deseado por las partes.

Dentro del contenido facultativo del convenio arbitral, y de los elementos recomendables que debe contener, se encuentran no sólo la sede del arbitraje, el número de árbitros y el idioma del arbitraje, sino también el derecho aplicable al fondo de la disputa. Este último aspecto se incluye generalmente en una cláusula separada y distinta del contrato.

Si bien en algunos arbitrajes comerciales internacionales resulta innecesario referirse a la ley de fondo aplicable, ya que las disputas pueden decidirse en base al contrato suscrito por las partes y a las prácticas y usos comerciales en la industria, es claramente aconsejable determinarla. La definición de ella evita discusiones de las partes sobre cuál debería ser el derecho aplicable a una determinada cuestión contractual y, además, dota de mediana certeza a la posición jurídica de cada parte desde el inicio del arbitraje.² Así, por ejemplo, si se trata de un conflicto sobre vicios ocultos en una compraventa en una operación entre Francia y España, las consecuencias serán radicalmente distintas según se haya optado por el derecho español o por el derecho francés.³

Igualmente, el convenir las partes la ley de fondo aplicable al conflicto significa no sólo evitar que la decisión de este asunto por los árbitros pudiera resultar una sorpresa desagradable para unas de las partes, sino también una ventaja práctica al momento en que las partes o la institución de arbitraje nominan un árbitro el considerar que se trate de una persona que conozca

¹ CREMADES, Bernardo. "El Convenio Arbitral", artículo publicado en *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 2003, pp. 43-70.

² CONEJERO ROSS, Cristián. "¿Cláusulas amplias o cláusulas detalladas? Lecciones y reflexiones bajo la Convención de Nueva York", artículo publicado en *El Arbitraje Comercial Internacional, Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario*, Editorial AbeledoPerrot, Argentina, 2008, pp. 147-167.

³ CREMADES, Bernardo, op. cit., p. 53.

o está familiarizada con la ley que se debe aplicar.⁴ En suma, tal como veremos, la omisión en la determinación del derecho aplicable puede resultar ser un proceso extenso y costoso.

A pesar que la elección de la ley de fondo aplicable por los árbitros no constituye un elemento necesario para la validez del convenio arbitral, de un análisis empírico se demuestra que dentro de los elementos más frecuentemente incorporados al contrato o al propio convenio arbitral en un 77% de los casos sometidos a la Corte de la Cámara de Comercio Internacional, en adelante CCI, se indicaba una referencia a la ley de fondo aplicable.⁵

A partir de lo anterior, resulta de especial interés estudiar cómo los principios del Instituto para la Unificación del Derecho Privado, en adelante Unidroit⁶, han estado siendo acogidos por los árbitros internacionales, ya sea como *lex contractus*, como manifestación de la *lex mercatoria*, frente a la omisión de las partes en la fijación de la ley de fondo aplicable, o también para complementar o interpretar un contrato, o tratándose, por último, de los arbitrajes de equidad.

2. EL USO DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT EN LA PRÁCTICA COMERCIAL INTERNACIONAL

Los principios de UNIDROIT son particularmente útiles cuando las partes negocian y redactan un contrato comercial internacional. Existen innumerables razones por las cuales las partes desearán elegir los principios de UNIDROIT como la ley que gobierne el contrato a celebrar entre ellas, y en particular las siguientes: i) ninguna de las partes en un contrato es la

⁴ BOND, Stephen R. "How to Draft an Arbitration Clause", *Journal of International Arbitration*. Vol. 6, N° 2, año 1989, pp. 65-78.

⁵ 2001 12 -1- ICC Bulletin 7.

⁶ El Instituto para la Unificación del Derecho Privado -UNIDROIT- es una organización intergubernamental creada en el año 1926 al amparo de la Liga de las Naciones, cuyo propósito es preparar las vías de adopción gradual por parte de los Estados miembros, que hoy son más de 60, de reglas uniformes de derecho privado; armonizar las normas internacionales con la promoción de intereses específicos de determinados sectores profesionales o comerciales, y reducir los costos de los negocios y promover una competencia libre entre empresas de los distintos Estados asociados.

suficientemente fuerte para imponer como ley del contrato su legislación nacional o interna; ii) las partes pueden no estar de acuerdo en la elección del derecho nacional o interno de un tercer país; iii) Los principios de UNIDROIT proveen de un completo compendio de reglas o normas aplicables en los aspectos más importantes del contrato; iv) Los principios de UNIDROIT, escritos en forma clara y sin terminología técnica, son más fáciles de comprender que cualquier ordenamiento jurídico interno; v) Los principios de UNIDROIT han sido preparados con la participación de expertos de distintos países del mundo, lo que permite que las partes se sientan inmediatamente cómodas con ellos.⁷

Por otro lado, existen importantes instituciones del Comercio Internacional, en cuyos contratos modelos se ha incorporado la estipulación que debe aplicarse como ley de fondo los principios de UNIDROIT. En particular, tanto la Cámara de Comercio Internacional como la Organización Mundial de Comercio, han incluido los principios de UNIDROIT en diversos contratos mercantiles propios del comercio internacional.⁸

3. LA ELECCIÓN DEL DERECHO DE FONDO APLICABLE

Es usual que en la mayor parte de los contratos comerciales internacionales, incluidos aquellos en que es parte un Estado o un organismo estatal, que las partes elijan un ordenamiento jurídico nacional como ley de fondo aplicable al contrato, lo que facilita determinar los derechos y obligaciones de las partes, de modo que en caso de surgir una controversia, los asesores de los contratantes puedan informar a sus clientes con razonable certeza respecto de su situación jurídica o darles una estimación amplia de las probabilidades de éxito o fracaso.

⁷ KRONKE, Herbert, "Unidroit Principles of International Commercial Contracts. Use in International Contract Practice", presentación efectuada en Seminario Cam Santiago, de 13 de junio de 2007, que puede consultarse en www.camsantiago.com/publicaciones/articulos.

⁸ ICC Model ocasional Intermediary Contract (art. 13.1.) de 1999; ICC Model Internacional Franchising Contract (art. 32 A) de 2000; ICC Model comercial Agency Contract (art. 24.1^a) de 2002; ICC Model Distributorship Contract-Sole Importer-Distributor (art. 23.1.A) de 2004; ICC Model Selective Distributorship Contract (art. 18.1 B) de 2004; ICC Mergers & Acquisitions Contract (art. 18.1 B) de 2004, y el ICC Contractual Joint Venture Model Agreements (art. 31) de 2004.

Sin embargo, la elección del ordenamiento jurídico nacional más adecuado resulta muchas veces difícil de realizar e implica riesgos. Pueden surgir problemas incluso en aquellos países que favorecen el comercio y desarrollo internacional, por ejemplo, si el Estado impone restricciones laborales o a la importación que tornen más oneroso el cumplimiento del contrato.⁹ En razón de lo anterior, especialmente en contratos de larga ejecución, se incorporan cláusulas de revisión, las de excesiva onerosidad sobreviniente y de fuerza mayor, todas las cuales contribuyen a mantener el equilibrio de la relación contractual, incluso, en algunos contratos las partes “congelan” el derecho nacional al acordar que el derecho del Estado parte se aplicará tal cual se encontraba vigente a una fecha determinada. Sin embargo, bien podría el Estado parte igualmente sancionar una ley que anule la aplicación de semejantes cláusulas dentro de su territorio, por lo que la solución del “congelamiento” puede resultar contraria a las realidades políticas, sociales y económicas. Sobre el particular, cabe recordar la decisión del caso *Aminoil* en que el tribunal arbitral determinó, interpretando la cláusula de estabilización del contrato de concesión –que debía extenderse por 60 años– que no impedía el acto de nacionalización por parte del gobierno de Kuwait¹⁰, lo que viene a confirmar la poca eficacia práctica que tienen este tipo de estipulaciones.

Igualmente es posible identificar al “derecho internacional”, como derecho de fondo de un contrato, especialmente cuando se trata de un contrato suscrito con un Estado o un organismo estatal. Al respecto, cabe recordar las palabras de la jueza de la Corte Internacional de Justicia, Rosalyn Higgins, que plantea que no existe ningún motivo por el cual una persona no pueda invocar directamente el derecho internacional y resultar beneficiada por éste.¹¹

Por otro lado, en el afán de buscar un derecho “neutral” aplicable como ley de fondo al contrato surge la teoría del “trunc commun” o derechos concurrentes o combinados, que se traduce en identificar los elementos

⁹ REDFERN, Alan y HUNTER, Martín. ob. cit., pp. 178-179.

¹⁰ Arbitraje del caso *Aminoil* –1982– 21 I.L.M 976, voto disidente de sir Gerald Fitzmaurice.

¹¹ HIGGINS, Rosalyn, “Problems & process: International Law and how we use it”, Clevedon Press, Oxford, 1994, p. 54.

comunes de los dos ordenamientos jurídicos de las partes intervinientes en el contrato y su aplicación a las cuestiones controvertidas. Ello surge como una renuncia que efectúan las partes de un contrato a aplicar su respectivo derecho nacional. Sin embargo, la experiencia arbitral indica que ésta no ha sido una buena solución. Uno de los casos más emblemáticos en la aplicación de la combinación de ordenamientos jurídicos fue el proyecto de construcción del Túnel del Canal de la Mancha, una de las principales obras de ingeniería en el siglo XX, donde se acordó que el contrato “[s]e regirá e interpretará en todos los aspectos de conformidad con los principios comunes del derecho inglés y del derecho francés y, ante la falta de tales principios en común, con los principios generales del derecho del comercio internacional según hayan sido aplicados por los tribunales nacionales e internacionales”.¹²

En este caso, el sistema jurídico híbrido elegido presentó— según explica uno de los jueces— un atractivo superficial, pero sospechoso que generó una extensa y costosa controversia. Ello fue ratificado por uno de los abogados externos del grupo constructor, quien, por su parte, expresó: “[e]l motivo principal de la dificultad que importa la aplicación de una cláusula que prevé el uso de principios comunes entre el derecho inglés y el derecho francés es que, si bien ambos sistemas tienden a generar resultados similares o idénticos, no llegan a aportar el conjunto de principios comunes que se necesitan para cubrir todas las controversias contractuales”.¹³

4. LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT USUALMENTE EMPLEADOS COMO LEY DE FONDO APLICABLE POR LOS ÁRBITROS INTERNACIONALES

A estas alturas resulta de especial interés el determinar si los árbitros internacionales al resolver la controversia podrían desvincularse del ordenamiento estatal que pudiera resultar aplicable y aplicar la llamada “*lex mercatoria*”¹⁴, entendida como un sistema normativo autónomo de origen

¹² Channel Tunnel Group Ltd. c/ Balfour Beatty Construction Ltda., 1992.

¹³ REDFERN, Alan y HUNTER, Martin, pp. 188-189.

¹⁴ La *lex mercatoria*, tuvo su antecesor en el *ius gentium romano*, descrito como fuente autónoma del derecho aplicable a las relaciones económicas entre ciudadanos y extranjeros, conforme a la explicación dada por el profesor Goldman, reproducida por Alan Redfern y Martin Hunter, ob. cit., p. 192.

transnacional y no codificado, integrado por los principios, usos, costumbres y prácticas reguladoras del tráfico jurídico internacional; y luego aplicar como manifestación de dicha “*lex mercatoria*” los principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales.

Los principios de UNIDROIT constituyen la nueva “*lex mercatoria*”, integrando conceptos que son parte de la “*lex mercatoria*” aunque no son fuente de ésta¹⁵; son una reformulación de los principios generales del derecho contractual, y se refieren no sólo a la interpretación y cumplimiento de obligaciones contractuales sino también se ocupan de las negociaciones tendientes a la formación de los contratos.¹⁶ Mediante ellos se persigue consagrar un conjunto neutral de reglas que puedan utilizarse en todo el mundo sin ningún tipo de parcialidad a favor de determinado ordenamiento jurídico y en detrimento de otro.¹⁷

Así, por ejemplo, los árbitros internacionales han aplicado o considerado en sus laudos arbitrales preferentemente los principios siguientes: de la buena fe y lealtad negocial (art. 1.7); las normas sobre interpretación de los contratos (arts. 4.1 al 4.5); obligación de cooperación entre las partes (art. 5.1.3); excesiva onerosidad o hardship (arts. 6.2.1 al 6.2.3); suspensión del cumplimiento (art. 7.1.3); certeza del daño (art. 7.4.3); atenuación del daño (art. 7.4.8) e intereses por falta de pago de dinero (art. 7.4.9)¹⁸; los cuales pasamos a analizar en particular:

4.1. BUENA FE Y LEALTAD NEGOCIAL

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.7 de los principios de UNIDROIT, las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional, no pudiendo excluir ni limitar este deber.

¹⁵ MAYER, Pierre, “The rol of the UNIDROIT Principles in ICC arbitration practice”, artículo publicado en *Boletín ICC suplemento especial*, denominado *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Reflections on their Use in International Arbitration*, año 2002, p. 111.

¹⁶ Pueden consultarse en www.unidroit.org. Ellos fueron revisados en el año 2004.

¹⁷ REDFERN, Alan y HUNTER, Martin, ob. cit., p. 195.

¹⁸ MAYER, Pierre, ob. cit., pp. 106-107.

La buena fe es ampliamente reconocida como un principio de general aplicación en el comercio internacional y frecuentemente aplicada en el arbitraje comercial internacional.

Sin embargo, la forma en que ha sido recogido este principio no es la misma en la tradición del “civil law” que del “common law”. En la primera su empleo ha sido muy amplio, tanto en materia contractual como no contractual. Por el contrario, tratándose de los países del “common law” han evitado adoptar en forma abstracta el concepto de la buena fe. A partir de mediados del siglo XX ello ha estado cambiando, primero en Estados Unidos, y luego en Canadá. Distinta ha sido la posición del derecho inglés, que ha sido más reticente a seguir esta tendencia.¹⁹

La obligación de actuar conforme a la buena fe es extremadamente amplia; se extiende a las distintas etapas de la relación contractual, desde su inicio, incluyéndose la negociación del contrato hasta la ejecución del mismo, como igualmente las consecuencias de no ser cumplido, y que obligue a exigir compulsivamente su cumplimiento.

Existen diversos principios recogidos por UNIDROIT que son una clara concreción del principio de la buena fe y lealtad negocial, a saber: i) el principio del comportamiento contradictorio conocido también como doctrina de los actos propios, establecido en el artículo 1.8; ii) la irrevocabilidad de la oferta en los casos indicados en el artículo 2.1.4 (2); iii) el principio que las negociaciones deben hacerse en forma leal y respetando la confidencialidad, reconocido en los artículos 2.1.15 y 2.1.16; iv) la regla que las modificaciones de un contrato deben hacerse en la forma pactada, según estatuye el artículo 2.1.18; v) la estipulación que las cláusulas sorpresivas no tienen eficacia, según el artículo 2.1.20; vi) la facultad para requerir la nulidad de un contrato si fue obtenido con dolo, intimidación o excesiva desproporción, según los artículos 3.8, 3.9 y 3.10; vii) las reglas sobre integración de los contratos y obligaciones implícitas, establecidas en los artículos 4.8 y 5.1.2; viii) la facultad del acreedor de rechazar una oferta de cumplimiento parcial o anticipado de una obligación, según lo disponen los

¹⁹ R. MICHALES, in S. Vogenauer & Kleinheisterkamp –eds.–, *Commentary on the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts –PICC-(I)OUP 2009–* para 7, pp. 168-169.

artículos 6.1.3. y 6.1.5; ix) las reglas sobre interferencia de una parte en el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte, y sobre atenuación del daño al no adoptarse medidas razonables para reducirlo, establecidas en los artículos 7.1.2., 7.1.3 y 7.4.8.

El principio de la buena fe ha sido empleado como base para mitigar el rigor de la ley, de modo de lograr un equilibrio entre la certeza legal y la justicia sustantiva, y así lograr una solución justa del conflicto. Es así como es frecuente que este principio juegue un rol importante en la interpretación, complementación, y aplicación tanto de la ley en general como de las estipulaciones de los contratos en particular. Es así como este principio sirve de guía práctica para desentrañar el espíritu de una regulación y podría servir como último recurso para mitigar casos extremos de excesiva onerosidad o hardship que resulten de la aplicación de un contrato.

Asimismo, el principio de la buena fe y lealtad negocial podría ser empleado para combatir el abuso del derecho que podría resultar de una aplicación específica de una estipulación contractual.

4.2. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

Conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 de los principios de UNIDROIT, el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes; si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes.

Que la intención de las partes deba ser común significa que ambas partes deben compartir la misma intención al tiempo de la elaboración del contrato. Para determinar si existe dicha intención en común deberá examinarse, entre otras cosas, los factores que influyeron en el establecimiento de la aludida intención común, tales como sus negociaciones preliminares, las prácticas establecidas entre las partes y su conducta. Sobre el particular, resulta de especial interés la sentencia arbitral, que determinó que la modificación de un contrato en cuanto a la cantidad de productos, su entrega y forma de pago, que ocurre durante su ejecución, no era necesario que cumpliera las mismas formalidades que el contrato primitivo en cuanto a su escrituración,

en la medida que correspondiera a la intención común de las partes a la época de celebración del contrato.²⁰

Si dicha intención común de las partes no fuere posible determinarla, deberá recurrirse a descubrir cuál es el estándar de razonabilidad, el cual no es general y abstracto, ni tampoco corresponde al estándar local, regional o nacional, si estamos en presencia de un contrato comercial internacional. Es por ello que el estándar de razonabilidad deberá buscarse en cada caso concreto en el contexto que se pacta el contrato, debiendo determinarse, por ejemplo, si las partes tienen los mismos conocimientos lingüísticos, la misma habilidad técnica, el mismo conocimiento de los aspectos relevantes del negocio, como también la misma experiencia comercial, de modo que al convenir en el contrato ambas partes hayan razonablemente entendido lo mismo.²¹ Igualmente para desentrañar dicha intención deberán considerarse otros aspectos, tales como la naturaleza y propósito del contrato, el significado dado usualmente a los términos comerciales pactados y los usos comerciales.

La interpretación de los términos uniformes debe hacerse recurriendo a las razonables expectativas de un contratante normal, o a la forma en que lo habría entendido una persona razonable de las mismas características de las partes del contrato.

Luego, el artículo 4.2. de los principios de UNIDROIT, a su turno, estatuye que las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte, siempre que la otra parte la haya conocido o no la haya podido ignorar; o en su defecto, conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

En este caso —a diferencia de la norma del artículo 4.1.— no es necesaria que la intención sea compartida por ambas partes. La intención de una parte es sólo relevante si la otra parte la conocía o debía estar en conocimiento de dicha intención al contratar. Para establecer en el caso particular qué ocurrió,

²⁰ Sentencia de 22.12.2008, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de la Industria y el Comercio de la Federación Rusa, publicada en www.unilex.info.

²¹ *Ibid.*, p. 499.

deberá examinarse las particularidades de la relación entre las partes; así por ejemplo, las negociaciones preliminares entre ellas, las prácticas establecidas entre ellas y su conducta durante la ejecución del contrato.

Enseguida, en el artículo 4.3. de los principios de UNIDROIT, recurre a las circunstancias relevantes para interpretar los contratos, señalando que deben tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo especialmente: las negociaciones previas entre las partes; las prácticas que hayan establecido entre sí; los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato; la naturaleza y finalidad del contrato, y el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial y los usos.

Sobre el particular, cabe señalar que la enumeración de esta norma no es taxativa: lo que significa que el juzgador podrá considerar otras circunstancias relevantes para desentrañar la intención de los contratantes.

Para establecer las circunstancias relevantes, los términos empleados por los contratantes es el factor más importante a considerar, para lo cual debe considerarse su uso natural u ordinario, salvo que las partes hubieren querido atribuirle un significado distinto al común. También deben interpretarse los términos o expresiones considerando el contexto del contrato en su conjunto.

Dentro de las negociaciones preliminares entre las partes debe incluirse toda la información que se entrega, tales como catálogos, páginas web, minutas de reuniones, carta de intenciones, etc. No obstante que exista un contrato final, que recoge los acuerdos de las partes, ello no impide que para los fines interpretativos se consideren otros documentos preliminares o anteriores al acuerdo final.

En cuanto a las prácticas establecidas entre las partes durante la ejecución del contrato, como método de interpretación, resulta especialmente útil tratándose de contratos de larga ejecución o cuando existen varios contratos sucesivos similares o relativos al mismo asunto durante un largo período de tiempo.

En lo tocante a la conducta asumida por las partes con posterioridad a la celebración del contrato, como elemento de interpretación, resulta de interés

analizar los compromisos asumidos por las partes durante la ejecución del contrato, los reclamos de incumplimiento, etc.

Igualmente es importante tener en cuenta la naturaleza y objeto del contrato como factor de interpretación, dentro de lo cual se consideran las bases económicas de la transacción.

En lo relativo a los términos y expresiones comerciales que se usan frecuentemente en el comercio internacional, como elemento de interpretación contractual, deberá siempre privilegiarse su significado internacional por sobre el sentido que tiene en el ámbito local o nacional, en el evento que exista contradicción o diferencias entre ambos.

Tratándose de los usos comerciales, como factor de interpretación de los contratos, no es necesario que las partes que celebran el contrato conozcan dichos usos.

Asimismo, podrá considerarse por el árbitro internacional al interpretar un contrato, las consecuencias económicas y legales de una determinada interpretación; la racionalidad de ella, para lograr resultados razonables; como también la justicia y la equidad de una determinada interpretación.

Por su parte, en el artículo 4.4 de los principios de UNIDROIT, se consagra la interpretación sistemática del contrato, en el sentido que los términos y expresiones se interpretarán conforme a la totalidad del contrato o la declaración en la que aparezca en su conjunto.

Constituye un principio esencial de hermenéutica que las palabras o expresiones de los contratos no pueden ser interpretadas en forma aislada, sino en armonía con las demás partes del contrato. Las expresiones deben ser leídas en el contexto en que aparecen y entendidas a la luz de la cláusula, considerando que forman parte de un contrato.

Luego, en el artículo 4.5 de los principios de UNIDROIT, se establece que la interpretación contractual debe hacerse dando efecto a todas las disposiciones, toda vez que los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos.

Esta norma que proviene del derecho romano, parte del presupuesto que las partes buscan un resultado razonable y, por consiguiente, quieren un acuerdo que sea efectivo, de modo que al interpretar un contrato, debe buscarse que dicho acuerdo o estipulación produzca todos sus efectos, lo que constituye una aplicación del principio de *favor contractus*.

Por último, en materia de interpretación contractual, cabe destacar el principio de *contra proferentem*, consagrado en el artículo 4.6 de los principios de UNIDROIT, según el cual si los términos de un contrato redactado por una parte no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.

En esta norma ya no se trata de desentrañar la intención de las partes, sino que quien redactó el contrato se haga responsable y cargue con las consecuencias si su formulación fue ambigua; la forma en que está consagrado este principio es amplio, lo que significa que no sólo se aplica en contra del acreedor, sino también a favor del mismo.

4.3. OBLIGACION DE COOPERACIÓN ENTRE LAS PARTES

En cuanto al contenido de las obligaciones contractuales en el comercio internacional, el artículo 5.1.2 consagra el deber de cooperación entre las partes, de modo que una parte debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última.

Este principio resulta especialmente importante para los contratos de larga ejecución, donde las partes deben colaborar durante la vida del contrato para que funcione adecuadamente.

El deber de cooperación tiene dos dimensiones: una pasiva y otra activa. La primera se traduce en que las partes deben evitar obstruir los esfuerzos de la otra parte para la debida ejecución del contrato o si no ejecuta una obligación correlativa. Por su parte, el deber de cooperación activa significa acciones positivas para hacer posible o facilitar la ejecución del contrato por la otra parte. Una concreción de este principio es el deber de mitigar el **daño** en el evento de no ejecución del contrato por la otra parte (artículo 7.4.8)

y en el deber de asistir a la otra parte en la obtención de permisos públicos (artículos 6.1.14 y 6.1.15).

Dentro de la práctica arbitral internacional se ha recogido expresamente este principio especialmente en un arbitraje que tuvo lugar en Colombia, donde una de las partes no cumplió con su deber de colaboración en orden a obtener la inscripción del contrato para que la electricidad pudiera ser vendida.²²

Igualmente, el deber de cooperación puede significar informar a la otra parte todo lo que se requiera para la ejecución del contrato, y dentro de ello revelar toda la información que incida en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Con todo, el deber de cooperación tiene como límite la razonabilidad esperada, la cual es de carácter objetiva. Así, por ejemplo, el deber del mandante de guardar los equipos o materiales del constructor, lo cual puede ser ejecutado a un costo mínimo. Distinto es si dichos equipos o materiales son extremadamente delicados o valiosos, en cuyo caso no existiría dicha obligación, ya que implicaría un costo financiero no contemplado en el contrato.²³

4.4. EXCESIVA ONEROSIDAD (HARDSHIP)

El principio de la excesiva onerosidad o hardship, persigue que frente a ciertas circunstancias excepcionales se pueda modificar el contrato, adaptando sus términos. Ello no debe ser confundido con la “*fuera mayor*”, que constituye una causal de liberación de responsabilidad en el cumplimiento de un contrato, que permite, entre otras cosas, su suspensión o terminación.

Sobre el particular, en primer lugar, el artículo 6.2.1. de los principios de UNIDROIT establece que cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser

²² Sentencia arbitral de diciembre de 2000 (Barranquilla, Colombia), caso ICC número 10.346, en www.unilex.info.

²³ R. MICHALES, in S. Vogenauer & Kleinheisterkamp –eds.–, *Commentary on the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts –PICC-IOUP 2009–* para 7, pp. 545-546.

más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada a cumplir sus obligaciones, salvo que concurren todos los requisitos que configuran una excesiva onerosidad o hardship, que veremos.

De este modo, queda en claro que la regla general es que el contrato es obligatorio y debe ser cumplido conforme a los términos pactados. Excepcionalmente, un contratante podrá ser liberado de cumplirlo. Así, por ejemplo, en el caso CCI 8486, una empresa turca encargó la compra de la producción de azúcar a una compañía alemana. Sin embargo, la empresa turca no pudo pagar por cambios económicos inesperados en el mercado azucarero de su país. Ello, conforme a la ley alemana, permitía declarar terminado el contrato. Sin embargo, el tribunal arbitral estimó que dentro de un contexto internacional debía prevalecer por sobre la ley alemana aplicable al contrato el principio de la excesiva onerosidad o hardship, por verse alterado el equilibrio del contrato por sobrevenir ciertos eventos, reconocido por UNIDROIT.²⁴

Conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2.2. de UNIDROIT, hay excesiva onerosidad 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 siempre que: 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.

En cuanto a que la alteración en el equilibrio del contrato debe tener el carácter de “*fundamental*”, ello dependerá de los hechos y circunstancias particulares que deben ser apreciados por el juzgador en cada caso. Al respecto, en los comentarios oficiales a los principios de UNIDROIT en su versión original de 1994, se consignó que para calificar dicho carácter “*fundamental*”, la alteración monetaria del contrato debía ser de un 50%

²⁴ Sentencia arbitral número 8486, de septiembre de 1996, de la ICC, en www.unilex.info.

o superior. Sin embargo, esta precisión fue eliminada en la versión actual de los principios de UNIDROIT del año 2004, donde se criticó fijar dicha cifra del 50%, por ser muy baja y arbitraria.²⁵

En lo tocante a la exigencia establecida en la letra b) precedente, significa que se excluye de la definición de excesiva onerosidad, por ejemplo, eventos de guerras o terremotos, tratándose de un contrato donde es probable que ocurran dichos fenómenos. Sobre el particular, resulta de especial interés la reciente sentencia de un Tribunal Arbitral ad hoc de La Haya, que frente a un terremoto que redujo la explotación de petróleo, estimó que, por aplicación del principio del hardship, debían distribuirse entre las partes de modo equitativo las pérdidas y ganancias derivadas de un evento imprevisto.²⁶

En lo relativo a la exigencia de la letra d) precedente, debemos tener presente que la asunción del riesgo no necesita ser siempre expresada en el contrato, también puede inferirse de las circunstancias o naturaleza del contrato. Así, por ejemplo, en un contrato de provisión de productos del mar, el demandado señaló que no había podido cumplir con las cantidades comprometidas por el fenómeno climático conocido como “Corriente El Niño”, por las fuertes lluvias e inundaciones ocurridas. Dicha defensa fue rechazada como invocación de “*excesiva onerosidad*”, ya que era un riesgo típico que debía ser asumido por el proveedor.²⁷ En el mismo sentido, se resolvió por un Tribunal Arbitral que el aumento del precio de la energía no configuraba una “*excesiva onerosidad*”, sino que se enmarcaba dentro de los riesgos ordinarios del negocio de suministro de energía.²⁸

Luego, en el artículo 6.2.3. de los principios de UNIDROIT se establecen los efectos de la excesiva onerosidad, consignándose que la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato, debiendo el reclamo ser

²⁵ R. MICHALES, in S. Vogenauer & Kleinheisterkamp -eds.-, *Commentary on the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts -PICC-(OUP 2009-* para 7, p. 719.

²⁶ Sentencia 30.3.2010. Chevron Corporation & Texaco Petroleum Corporation v. Ecuador, publicada en www.unilex.info.

²⁷ Sentencia de 30 de noviembre de 2006, del Centro de Arbitraje de México, publicada en www.unilex.info.

²⁸ Sentencia 9.2.2009. Cámara FGV de Conciliación y Arbitraje de Sao Paulo, causa Delta Comercializadora de Energía Ltda. v. Aes Infoenery Ltda., publicada en www.unilex.info.

fundado y formularse sin demora injustificada. Dicho reclamo no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento. En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal, en cuyo caso si éste concluye que existe excesiva onerosidad, podrá resolver el contrato en la fecha y condiciones a ser fijadas o también adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

En la práctica, en la mayoría de los casos, el tribunal optará por **adaptar** el contrato, para restablecer su equilibrio, lo que significará, **por ejemplo**, buscar la forma de distribuir las pérdidas entre las partes de la manera más justa posible.

4.5. SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO

En cuanto a la regulación del cumplimiento del contrato, se consigna en el artículo 7.1.3 de los principios de UNIDROIT, que en el evento que las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación; cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido.

Esta norma constituye un principio jurídico de carácter universal, recogido por los ordenamientos jurídicos de los distintos países, fundado en que sería injusto que la parte que no cumpla un contrato pudiera exigir a la otra su cumplimiento.

La facultad contenida en esta norma puede ejercitarse por el contratante diligente, tanto frente a un incumplimiento total como parcial, sin que se requiera invocar razones para ejercitar este derecho. Igualmente, puede invocarse este derecho frente a un incumplimiento grave de las obligaciones del contrato como frente a otro tipo de incumplimientos, lo que no habilita que frente a incumplimientos menores pueda hacerse uso de este derecho, ya que ello atentaría contra el principio de la buena fe que debe gobernar todo contrato.

Por otro lado, cabe tener presente que la aplicación de este derecho resulta evidente en los contratos en que las partes tienen claramente obligaciones

correlativas. Sin embargo, igualmente puede ser aplicado si no existieran éstas, en la medida que exista suficiente conexión entre ellas, ya que de lo contrario se vulneraría el principio de la buena fe.²⁹

4.6. CERTEZA DEL DAÑO

En lo relativo al resarcimiento de los perjuicios, los principios de UNIDROIT, en su artículo 7.4.3. consagran la “*certeza del daño*”, estableciéndose que la compensación sólo se debe por el daño, incluyéndose el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza; la compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca; agregándose que cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento.

Sobre el particular, es interesante determinar qué debemos entender por “*un grado de razonable certeza*”. Por ejemplo, tratándose del derecho inglés, se establece que la víctima debe probar que existe al menos un 50% de probabilidad que el daño sufrido y su magnitud es consecuencia del incumplimiento del contrato, para concluir que existe un grado de razonable certeza.³⁰

Por su parte, en una sentencia arbitral se estableció en cuanto a la determinación discrecional del daño por el tribunal que son las partes las que deben acreditar la relación entre el daño y el no cumplimiento del contrato, debiendo, por su parte, el tribunal considerar una amplia cantidad de factores, tales como el tipo de pérdidas sufridas y la conducta asumida por las partes frente a ellas, lo que no significa en todo caso que los árbitros puedan resolver como amigables componedores.³¹

4.7. ATENUACIÓN DEL DAÑO

En materia de atenuación del daño, el artículo 7.4.8. de los principios de UNIDROIT señala que la parte incumplidora no es responsable del daño

²⁹ *Ibid.*, pp. 739-743.

³⁰ *Ibid.*, p. 881.

³¹ Sentencia arbitral caso 9950 de la ICC, de junio de 2001, publicado en www.unilex.info.

sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables; la parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño.

Este principio igualmente se encuentra consagrado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo. Ahora bien, determinar si han existido “*medidas razonables*” es una cuestión de hecho, que se traduce en que deberá probarse en el juicio que la víctima no tomó las medidas suficientes para solucionar el incumplimiento del contrato o para no hacerlo más gravoso, por ejemplo, ofreciendo soluciones alternativas al no cumplimiento del contrato.

4.8. INTERESES POR FALTA DE PAGO DE DINERO

En lo tocante a la regulación de los intereses por falta de pago, en el artículo 7.4.9 se establece que si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago; que el tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y predominantemente en la moneda de pago del lugar donde éste ha de ser efectuado y, en ausencia de ésta, el tipo de interés será el que sea apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda del pago, y que la parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de pago causa mayores daños.

Existen innumerables sentencias arbitrales en que se ha recurrido a esta norma para regular los intereses, para el caso de contratos en que éstos no hubieran sido pactados, como igualmente tratándose de operaciones de compraventa internacionales, reguladas por el artículo 78 de la Convención de Viena, que establece que frente a un contratante incumplidor se pueden exigir intereses sin perjuicio de reclamar otros daños.³²

³² Sentencia Arbitral de 19 de mayo de 2004, de la ICC caso número 11/2002; sentencia arbitral de diciembre de 1996 de la ICC caso número 8769; sentencia arbitral de 1995, de la ICC caso número 8128; sentencia arbitral de 15 de junio de 1994, Viena, caso número SCH-4366, todos ellos publicados en www.unilex.info.

La norma indicada no expresa si podrían calcularse intereses compuestos, por lo que debemos concluir que el asunto deberá ser resuelto por la ley de fondo aplicable, ya que los distintos ordenamientos jurídicos difieren en este asunto.

5. LA FORMA DE APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Con el objeto de poder determinar en qué casos los árbitros internacionales podrían aplicar los principios de UNIDROIT, conviene recordar lo consignado en el propio preámbulo de su formulación, que señala que ellos deben aplicarse cuando las partes hayan acordado en su contrato que se rija por ellos³³; que pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales de derecho, la "*lex mercatoria*" o expresiones semejantes; cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato; para interpretar o complementar el derecho nacional, y como modelo para los legisladores nacionales e internacionales; situaciones que pasamos a estudiar.

5.1. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT COMO "*LEX CONTRATUS*" AL ESTAR EXPRESAMENTE PACTADOS

A diferencia de los tribunales nacionales, los árbitros internacionales no tienen una "*lex fori*" en el sentido de ley de fondo aplicable por el solo hecho que el tribunal está establecido en un determinado país. La elección del lugar del arbitraje no determina la aplicación de la ley de fondo, pero sí la "*lex arbitri*". Tradicionalmente, las "*leges arbitri*" obligaban a los árbitros a aplicar la ley nacional para determinar la ley de fondo aplicable. Sin embargo, en la actualidad, las leyes de arbitraje modernas facultan a los árbitros para determinar la ley aplicable.

En la práctica, los tribunales arbitrales cuando las partes han acordado, ya sea en el contrato o en el procedimiento arbitral, que la controversia

³³ En el propio texto de la formulación de los principios se sugiere el uso de la siguiente cláusula: "*El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT 2004, excepto en lo que respecta a los Artículos*".

sea resuelta conforme a los principios de UNIDROIT, aplican éstos. Así, por ejemplo, en un conflicto entre una compañía italiana y una compañía estadounidense que habían celebrado un contrato de representación comercial, en que no había opción de legislación, las partes acordaron que la disputa fuera resuelta de acuerdo con los principios UNIDROIT atemperados por la equidad.³⁴ Igualmente, en un conflicto entre un organismo comercial ruso y una compañía de Hong Kong, que celebraron un contrato de venta, donde no pactaron una opción legislativa, las partes una vez surgido el conflicto acordaron que el tribunal arbitral debía aplicar los principios UNIDROIT para resolver cualquier duda que no estuviera expresamente en el contrato.³⁵

Sin embargo, bien podría ocurrir que las partes hubieran elegido como ley aplicable una ley nacional conjuntamente con los principios de UNIDROIT, y si ambos entran en conflicto, el tribunal arbitral deba determinar cuál fue la intención de las partes, esto es, qué normativa debe aplicarse preferentemente. En todo caso, las normas imperativas de la legislación nacional deben prevalecer sobre los principios de UNIDROIT.³⁶

Igualmente, las partes al convenir la aplicación de los principios de UNIDROIT podrían restringir su uso sólo para interpretar o complementar los acuerdos contractuales o la ley nacional elegida. Así, por ejemplo, se hizo en el caso ICC número 8331 (1998), en que las partes acordaron que el tribunal arbitral aplicara los acuerdos entre ellas, y en lo que encontrara necesario y apropiado los principios de UNIDROIT.³⁷

³⁴ Sentencia arbitral de 1 de diciembre de 1996, de la Cámara Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano, consultada en www.unilex.info.

³⁵ Sentencia arbitral de 20 de enero de 1997, de la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, consultada en www.unilex.info.

³⁶ R. MICHALES, in S. Vogenauer & Kleinheisterkamp (eds.), *Commentary on the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts -PICC-(OUP 2009-* para 11, p. 86.

³⁷ Consultado en www.unilex.info.

5.2. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT AL PACTARSE LOS
PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO, PRINCIPIOS TRANSNACIONALES,
LA “*LEX MERCATORIA*” O USOS

Si las partes han convenido que sus controversias sean decididas conforme a los principios generales de derecho, principios transnacionales, la “*lex mercatoria*” o usos, sin señalar expresamente la aplicación de los principios de UNIDROIT, corresponde preguntarse si es posible aplicar éstos por parte de los árbitros.

No sólo el preámbulo de la formulación de los principios de UNIDROIT –tal como hemos visto anteriormente– se pronuncia afirmativamente, sino también la doctrina y los propios tribunales arbitrales.

Las partes al convenir la aplicación de principios generales de derecho, principios transnacionales, la “*lex mercatoria*” o usos, lo que busca es escapar muchas veces a la imprecisión de la normativa nacional para solucionar conflictos de comercio internacional; las partes desean elevar el contrato desde un nivel nacional o uno internacional, y que los conflictos sean resueltos conforme a criterios internacionales más que locales, y también suele ocurrir que no están de acuerdo en la aplicación de una normativa nacional específica. En estos casos, la aplicación de los principios de UNIDROIT por parte de los árbitros internacionales, como manifestación de normativa transnacional, se encuentra plenamente justificada. Con todo, en cada caso en particular, deberá desentrañarse la intención de las partes, en el sentido que si al referirse a “*principios generales*” se ha querido expresar una opción negativa, excluyendo la aplicación de los principios de UNIDROIT.³⁸

En el caso CCI número 7110, en que en varios contratos suscritos entre una empresa inglesa y una agencia gubernamental extranjera, relativos a la venta, mantenimiento y operación de equipos, se contenía una cláusula según la cual las disputas se resolverían conforme a la justicia natural, el tribunal arbitral estimó que la voluntad de las partes había sido excluir la aplicación de cualquier derecho nacional, conviniendo en un arbitraje comercial internacional, justificando la aplicación de los principios UNIDROIT

³⁸ R. MICHELS, in S. Vogenauer & J. Kleineistekamp, ob. cit., pp. 88-89.

por tener un amplio reconocimiento internacional y reflejar los usos y las prácticas internacionales.³⁹

Por su parte, en el caso CCI número 8264, en que las partes habían acordado que la ley aplicable fueran la de Algeria, los principios generales de derecho y los usos internacionales, el tribunal arbitral aplicó el artículo 7.4.3 de los principios de UNIDROIT en lo tocante a la certeza del daño y la compensación por pérdida de una expectativa, por considerar que se trata de normas ampliamente aceptadas en los diversos sistemas legales y en la práctica de los contratos internacionales.⁴⁰

La misma solución ha sido adoptada cuando la referencia en el contrato a los principios generales de derecho, a la "*lex mercatoria*" es combinada con la elección de una ley nacional. Así, por ejemplo, fue resuelto por los árbitros en el conflicto derivado de la construcción del Metro en Atenas, Grecia, donde el contrato estipulaba que la ley nacional elegida debía ser leída, construida e implementada conforme a la ley suiza y a los usos internacionales aplicables a los *Joint-Ventures*, donde el tribunal arbitral resolvió aplicar los principios de UNIDROIT.⁴¹

Con todo, tratándose de los usos en el comercio internacional, desde el momento que no están expresamente mencionados en el Preámbulo de los principios de UNIDROIT, la referencia a ellos en el convenio arbitral o en las reglas de arbitraje, tal como, por ejemplo, en el artículo 17 de las reglas de la CCI, no debe ser interpretada como una directriz para aplicar dichos principios.⁴² Los usos son sólo una práctica habitual entre las partes o los actores de una misma industria. Sin embargo, no son lo mismo que los principios generales de derecho.

³⁹ LEW, Julian. "The Unidroit Principles as Lex Contratus chosen by the parties and without an explicit Choice-of-Law clause: the perspective of Counsel", artículo publicado en *Boletín ICC suplemento especial*, denominado *UNIDROIT Principales of International Commercial Contracts. Reflections on their Use in International Arbitration*, año 2002, p. 92.

⁴⁰ Sentencia arbitral comentada por R. MICHELS, in S. Vogenauer & J. Kleineisterkamp, ob. cit., p. 88.

⁴¹ *Ibid.*, p. 88.

⁴² *Ibid.*, p. 89. En sentido contrario, puede consultarse el caso CCI 10002, de octubre de 2000, en que la ley de Lituania se aplicó al fondo, sin embargo, el tribunal arbitral indicó en el laudo arbitral dentro de los usos comerciales habituales los principios de UNIDROIT.

5.3. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT FRENTE A LA OMISIÓN DE LAS PARTES DE SEÑALAR LA LEY APLICABLE AL CONTRATO

Las leyes de arbitraje y las reglas de arbitraje entregan usualmente una amplia discreción al tribunal arbitral para que determine la norma de fondo aplicable. Sin embargo, el nivel de discrecionalidad no es siempre el mismo. Por ejemplo, las reglas de la CCI señalan que el tribunal arbitral aplicará la ley que determine más apropiada. Por su parte, las reglas suizas indican que el tribunal arbitral aplicará la ley respecto a la cual la disputa tenga la más cercana conexión.⁴³

Los árbitros internacionales al determinar el derecho aplicable, frente a la omisión de los contratantes en indicarlo en el contrato, deben responder, tal como lo señala Yves Derains, a las legítimas expectativas de las partes, para lo cual el uso de normas neutrales, tales como los principios de UNIDROIT, constituye una excelente opción.⁴⁴

Lo anterior no significa que exista una carta blanca para que los árbitros apliquen siempre los principios de UNIDROIT en ausencia de una opción de legislación contenida en el contrato. Como regla, tal como lo consignan los comentarios a dichos principios entregados por sus redactores, el tribunal arbitral deberá determinar, en primer lugar, si existe una particular ley nacional aplicable; si el contrato presenta factores de conexión con varios países, pero ninguno de ellos muestra una conexión que justifique la aplicación de una ley nacional; los principios de UNIDROIT podrán ser aplicados si se puede inferir de las circunstancias que las partes quisieron excluir la aplicación de toda ley nacional.⁴⁵

Con todo, es aconsejable que el tribunal arbitral oiga a las partes acerca de una posible aplicación de los principios de UNIDROIT y que las invite a formular sus presentaciones considerando dichos principios, de modo

⁴³ Artículo 17 -1- de las reglas de la CCI y artículo 33 -1- de las reglas suizas.

⁴⁴ DERAINS, Yves, "The role of the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration. A European Perspective", artículo publicado en *Boletín ICC suplemento especial*, denominado *UNIDROIT Principales of International Commercial Contracts. Reflections on their Use in International Arbitration*, año 2002, pp. 9-20.

⁴⁵ R. MICHELS, in S. Vogenauer & J. Kleinsteinkamp, ob. cit., p. 91.

que la aplicación de los mismos no resulte una sorpresa para las partes, que pudiera constituir una violación del derecho fundamental de las partes a presentar su caso.⁴⁶

Por otro lado, debemos considerar que la aplicación de los principios de UNIDROIT por parte de los árbitros internacionales podría derivar de una elección negativa de ley aplicable. En muchos casos, el contrato no excluye expresamente la aplicación de una ley nacional, sino que simplemente guarda silencio; también puede ocurrir que las partes no logren acuerdo respecto a la ley de fondo aplicable, en cuyo caso puede interpretarse como una elección negativa de ley. Cuando un arbitraje involucra a un Estado, los árbitros son más proclives a admitir la elección negativa de ley aplicable, prefiriendo en dicho caso aplicar los principios de UNIDROIT por sobre una ley nacional. Así ha quedado demostrado, por ejemplo, en los casos CCI números 7.110, 7375 y 8261.⁴⁷

Igualmente, los principios de UNIDROIT podrían ser empleados como "*lex contractus*" en el evento que en el contrato se designen dos o más leyes nacionales que se neutralicen entre ellas. En este caso, las partes podrían acordar dividir la elección de ley de fondo, en términos que algunas materias sean resueltas conforme a una ley nacional específica y otras de acuerdo a los principios de UNIDROIT. Fue lo que precisamente ocurrió en el caso ICC número 9479, en que las partes eligieron la ley de Nueva York aplicable sólo a cuestiones relativas a la validez del contrato, sin señalar otra ley aplicable a los demás asuntos que se plantearan, en cuyo caso el tribunal arbitral resolvió aplicar el contrato, complementado por los principios de UNIDROIT.⁴⁸

5.4. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT PARA COMPLEMENTAR E INTERPRETAR LA *LEX CONTRACTUS*

Tal como lo reconoce la Doctrina, el mayor uso que los tribunales arbitrales han dado de los principios de UNIDROIT ha sido como instrumento de

⁴⁶ Ibid., p. 92.

⁴⁷ MAYER, Pierre, ob. cit., p. 111.

⁴⁸ Sentencia Arbitral de febrero de 1999, publicada en ICC Int'l Ct Arb Bull 67.

interpretación de las leyes nacionales aplicables a un contrato internacional, como auxiliares y complementarios de la ley de fondo aplicable, sin excluir por ello la aplicación de las primeras, sino, por el contrario, ayudando a una aplicación más adecuada al carácter internacional del contrato.⁴⁹

La aplicación de los principios de UNIDROIT para determinar si una cláusula de un contrato es exigible puede resultar muy importante. Por ejemplo, en un contrato de construcción en que se establezca que el contratista no será responsable por el lucro cesante resultante del incumplimiento del contrato, ya sea por culpa o por cualquier otra inobservancia. Cabe preguntarse, ¿cómo podría un tribunal arbitral interpretar esta cláusula si la legislación nacional aplicable nada dice al respecto? El artículo 7 (1) (6) de los principios de UNIDROIT nos dan la respuesta, al establecer que: “[U]na cláusula que limita o excluye la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato”.⁵⁰

Por otro lado, atendida las características propias de los contratos comerciales internacionales, suele ocurrir que la ley nacional elegida por las partes como ley de fondo aplicable, presente vacíos o sea inadecuada para resolver las diversas cuestiones que se plantean.

Los principios de UNIDROIT han sido invocados no sólo en el ámbito arbitral, sino también por las jurisdicciones estatales. Así, por ejemplo, resulta de especial interés el reciente fallo del Tribunal Supremo Español, tratándose del conflicto entre dos empresas españolas que celebraron un contrato de suministro de carbón. La compradora después de quejarse de la mala calidad del carbón, demandó al vendedor por incumplimiento, demanda que fue acogida por dicho Tribunal Supremo, invocando el artículo 7.3.1 de los principios de UNIDROIT como complementario de la legislación española, en el sentido que si un producto no puede ser usado para el fin

⁴⁹ GARCÍA PUJOL, Ignacio, “La lex mercatoria y los principios de UNIDROIT en el arbitraje comercial internacional. Análisis de una nueva tendencia jurisprudencial”, artículo publicado en el libro *Estudios de Arbitraje*, Editorial Jurídica de Chile, año 2007, p. 620.

⁵⁰ REDFERN, Alan y HUNTER, Martin, ob. cit., p. 198.

previsto al contratar se ven frustradas las expectativas de la compradora, al no proveerse la calidad del carbón contratada, existiendo un incumplimiento fundamental del contrato.⁵¹

Igualmente, existen innumerables ejemplos de sentencias arbitrales en que se ha consignado “*obiter dicta*” que la solución adoptada por el derecho nacional refleja un consenso internacional, reconociendo los principios de UNIDROIT. Es así como los tribunales arbitrales han usado especialmente los principios de UNIDROIT como ratificación de las normas de derecho nacional, especialmente en las siguientes materias: en las reglas de interpretación de los contratos (casos CCI 9651 y 10.355), los principios de buena fe negocial (casos CCI 9753 y 10346); del nominalismo monetario (caso CCI 8240); determinación de precios (caso CCI 7819); cuantificación de las pérdidas (caso CCI 9950); pérdida de utilidades (caso CCI 10.346); mitigación de daños (caso CCI 9594); excesiva onerosidad (caso CCI 9994).⁵²

En el ámbito de los arbitrajes del CIADI también han sido empleados los principios de UNIDROIT para complementar la legislación nacional aplicable. Así, por ejemplo, ocurrió en el caso *African Holding Company et al. v. Congo*,⁵³ en que se aplicaron los principios contenidos en los artículos 1.2, sobre la libertad de forma de los contratos, en que no necesariamente deben constar por escrito y 7.1.1., sobre la definición amplia de incumplimiento.

También cabe consignar que los tribunales arbitrales han empleado los principios de UNIDROIT para complementar e interpretar instrumentos internacionales uniformes. Así, por ejemplo, al interpretar las normas sobre compraventa internacional de mercaderías, el tribunal arbitral aplicó los principios de UNIDROIT como norma complementaria en virtud de los poderes conferidos conforme al artículo 17(1) de las reglas de CCI.⁵⁴

⁵¹ Sentencia 17.2.2010, causa Unión Fenosa S.A. vs. Agrupación Minera del Bierzo AIE, publicada en www.unilex.info.

⁵² R. MICHELS, in S. Vogenauer & J. Kleinsteckamp, ob. cit., p. 99.

⁵³ Caso ARB 05 21, sentencia arbitral de fecha 28 de julio de 2008, publicada en www.icsid.worldbank.org.

⁵⁴ Sentencia Arbitral CCI 8547, que puede consultarse en www.unidroit.org.

En el mismo sentido pueden consultarse igualmente los laudos arbitrales número 100 de la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio y de la Industria de la Federación Rusa, de fecha 19 de mayo de 2004, y aquél dictado por la Corte Mediadora del Pueblo de Xiamen, China, en el año 2006, en el caso Xiamen Xiang Yu Group v. Mechel Trading AG.⁵⁵

5.5. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT FRENTE A OTRO TIPO DE CASOS Y A LOS ARBITRAJES DE EQUIDAD

En la versión revisada de los principios de UNIDROIT del año 2004, en sus comentarios oficiales, se precisó que los casos indicados en el preámbulo no eran taxativos, de modo que dichos principios también podrían aplicarse a otro tipo de situaciones, como por ejemplo, como "*lex contractus*" si el contenido de la ley nacional aplicable no es posible establecerlo. Igualmente, podrían aplicarse, *verbi gratia*, si el tribunal arbitral decide no aplicar una ley nacional, sino sólo las estipulaciones del contrato, el cual no contiene la ley de fondo aplicable y es difícil determinarla por existir conexiones con varias leyes. Así ha sido reconocido en el caso CCI 8261, en la sentencia dictada con fecha 27 de septiembre de 1996.⁵⁶

Finalmente, cabe consignar que tratándose de los arbitrajes *ex a quo et bono*, en los cuales las partes expresamente facultan al tribunal arbitral para resolver sin la obligación de aplicar el derecho, la extensión de dicha facultad difiere dependiendo del contrato y de la ley nacional aplicable. Al efecto, puede significar que el tribunal arbitral debe aplicar las normas jurídicas de la controversia, pero pasar por alto aquellas que son meramente formalistas; debe aplicar las normas jurídicas aplicables a la controversia, pero puede pasar por alto aquellas que parezcan acarrear efectos demasiado rigurosos o injustos para el caso específico; debe decidir en conformidad con los principios generales de derecho; o puede ignorar por completo las normas jurídicas y decidir el fondo según entienda el tribunal arbitral. En general, la doctrina rechaza esta última opción, los autores parecen sostener que incluso cuando el tribunal arbitral decida en equidad, debe hacerlo de conformidad con algún principio jurídico generalmente aceptado.⁵⁷

⁵⁵ Estas sentencias pueden consultarse en www.unilex.info.

⁵⁶ R. MICHELS, in S. Vogenauer & J. Kleinsteckamp, ob. cit., p. 101.

⁵⁷ REDFERN, Alan y HUNTER, Martin, ob. cit., p. 203.

Estimamos que los principios de UNIDROIT pueden ser muy útiles para que los árbitros internacionales puedan fundar sus sentencias al resolver *ex a quo et bono*, a pesar que entre los redactores de dichos principios no hubo unanimidad en usarlos con dicho propósito.

6. CONCLUSIONES

Al momento de redactar un contrato comercial internacional es útil tener en consideración no sólo los elementos propios de todo convenio arbitral, sino especialmente regular cuál debiera ser la ley de fondo aplicable a las disputas que pudieran surgir entre las partes.

Frente a la insuficiencia de las estipulaciones del contrato, la circunstancia que no sea aplicable a la controversia una ley nacional determinada, o a la necesidad de los árbitros internacionales de interpretar las materias objeto de la controversia de forma de cumplir con las expectativas de las partes, entre otros casos, resulta conveniente recurrir a los principios de UNIDROIT, ya que constituyen un conjunto de reglas que bien pueden utilizarse en todo el mundo, sin ningún tipo de parcialidad a favor de determinado ordenamiento jurídico y en detrimento de otro.

Estimamos que el sólido prestigio ganado por UNIDROIT significará a futuro que cada vez veremos recogidos sus principios sobre contratación comercial internacional con mayor frecuencia por los árbitros internacionales, frente a las dificultades que muchas veces surgen en determinar el derecho de fondo aplicable.