

Publicado en: *La Justicia Uruguaya*, Año LXXIV, T. 147, marzo 2013, pp. D-47-61 (versión actualizada –teniendo en cuenta la versión 2010 de los Principios-, del anteriormente publicado en *Estudios Jurídicos*, N° 3, 2007, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, pp. 123-162).

## **De la conveniencia práctica de tener en cuenta los “Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales” en el ámbito jurídico uruguayo<sup>1</sup>**

**Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE\***

### **1. ¿Qué son los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales?<sup>2</sup>**

#### ***1.1 Derecho material no estatal***

Los Principios de Unidroit<sup>3</sup> son reglas materiales generales, supranacionales, de fuente privada, aplicables a los contratos mercantiles internacionales<sup>4</sup>. Constituyen una respuesta de carácter a-nacional al reclamo que ya a mediados del siglo XX planteaba Alfonsín<sup>5</sup>: dotar a las relaciones jurídicas extranacionales en general –incluidas obviamente las contractuales<sup>6</sup>- de un derecho privado internacional, elaborado por la comunidad internacional y no por cada sociedad nacional. En el mismo sentido se pronunciaba Juenger<sup>7</sup> acerca de la necesidad de contar con normas materiales especiales

---

<sup>1</sup> Este artículo constituye una versión actualizada (teniendo en cuenta la versión 2010 de los Principios) del anteriormente publicado con el mismo título en *Estudios Jurídicos*, N° 3, 2007, Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, pp. 123-162

\* Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay: Profesora titular (Grado 5) de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de la Universidad de la República: Profesora Agregada (Grado 4) de Derecho Internacional Privado.

<sup>2</sup> Ver texto y abundante material sobre los Principios, en sus versiones 1994, 2004 y 2010, en [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org) o en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, que fuera designada depositaria del Instituto en Uruguay en el año 2001.

<sup>3</sup> UNIDROIT -Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado-, fue creado en 1926 como un órgano auxiliar de la Sociedad de Naciones. Se trata de una organización intergubernamental independiente, con sede en Roma, cuyo objetivo es 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 éstos, de una legislación de derecho privado uniforme. Hoy forman parte de la institución más de 50 países de los cinco continentes, los cuales representan diversos sistemas jurídicos, económicos y políticos; Uruguay adhirió en 1940.

<sup>4</sup> Ver en este sentido el comentario al Preámbulo de los Principios.

<sup>5</sup> ALFONSÍN, Quintín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, Ed. Idea, 1984, p. 21-22

<sup>6</sup> ALFONSÍN, Quintín, *Régimen Internacional de los Contratos*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, 1950, p. 24

<sup>7</sup> JUENGER, Friederich K., *The need for a Comparative Approach to Choice of Law Problems*, 73 TUL.L.REV. 1309 (1999) reimpresión en F.K. JUENGER, *Selected Essays on the Conflict of Laws* (Transnational Publishers, Inc. 2001, citado por GLENN, H. Patrick, “An International Private Law of Contracts”, en *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Edited by P.J. Borchers y J. Zekoll, USA, Transnational publishers, Inc., 2001, pp. 53-64

para regular directamente los contratos internacionales, sin la intervención de las normas de conflicto, las cuales podían diferir de las aplicables a los contratos nacionales.

Los Principios de Unidroit no reflejan las soluciones del derecho positivo de uno o de varios países, no se toman de ningún ordenamiento jurídico en particular, sino que se extraen de todos los principales sistemas jurídicos del mundo<sup>8</sup>. En palabras del propio Consejo de Dirección de Unidroit<sup>9</sup>, “los Principios reflejan conceptos que se encuentran en numerosos sistemas jurídicos, si no en todos”. Su objetivo “es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo, independientemente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que sean aplicados”.

Por su propio carácter internacional, los Principios evitan utilizar terminologías propias de uno u otro sistema jurídico determinado. Asimismo, los comentarios que siguen a cada disposición “se abstienen sistemáticamente de hacer referencia a los derechos nacionales para explicar el origen y el motivo de la solución acogida”<sup>10</sup>.

Dadas las características reseñadas, se ha sostenido que los Principios son una manifestación de la declinación del concepto de exclusividad del derecho estatal y de la reubicación de varios componentes de la soberanía de los Estados en instituciones supranacionales, no gubernamentales o privadas<sup>11</sup>. Si bien ello resulta innegable, e incluso tiene evidentes ventajas en muchos aspectos, entendemos que no elimina por completo la necesidad de acudir al sistema de conflicto como mecanismo ineludible para identificar al orden jurídico de referencia en el caso<sup>12</sup>. Y ello por cierto no va en desmedro de la utilidad del derecho material extra-etático, a-nacional, uno de cuyos principales ejemplos son los Principios de Unidroit<sup>13</sup>. Por el contrario, creemos que no sólo pueden coexistir armónicamente, sino que de hecho en la práctica lo hacen.

La necesidad de identificar un ordenamiento jurídico estatal de referencia está, por otra parte, expresamente reconocida en los propios Principios, cuando en el art. 1.4 reconocen la primacía de las reglas imperativas del derecho estatal que resulte aplicable “conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado”.<sup>14</sup> Lo mismo ocurre con el arbitraje, ya que si bien la voluntad de las partes desempeña un importante papel con relación al mismo, éste “no existe en un vacío ajeno a la esfera del derecho nacional”, ya que para que el arbitraje sea legalmente vinculante debe haber una ley que permita a las partes optar por el arbitraje en vez de someter sus diferencias a un tribunal nacional. También se necesita una ley que ordene a los jueces nacionales remitir a las

<sup>8</sup> LARROUMET, Christian, Conferencia dictada el 12/6/96 en la Sede del Colegio de Abogados del Uruguay. En dicha oportunidad sostuvo también que probablemente los Principios se parecen más a las reglas elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional que a los *Restatements* de Estados Unidos; KRONKE, Herbert, “Most Significant Relationship, Governmental Interests, Cultural Identity, Integration: ‘Rules’ at Will and the Case for Principles of Conflict of Laws”, en *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* 2004-3, pp. 467-478, p. 474

<sup>9</sup> *Principios de Unidroit*, Roma, ed. 1995, Introducción, p. viii

<sup>10</sup> *Principios de Unidroit*, Roma, ed. 1995, Introducción, p. viii

<sup>11</sup> GLENN, H. Patrick, “An International Private Law of Contracts”, en *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Edited by P.J. Borchers y J. Zekoll, USA, Transnational publishers, Inc., 2001, pp. 53-64, p. 56

<sup>12</sup> En este sentido, Ruben B. SANTOS BELANDRO, “Los Principios Aplicables a los Contratos Mercantiles Internacionales: Una Nueva Labor de Unidroit”, *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, Nos 63-64, 1996, pp. 13-30, p. 19

<sup>13</sup> También cabe mencionar aquí a vía de ejemplo los INCOTERMS y otras importantes obras emanadas de la Cámara de Comercio Internacional.

<sup>14</sup> Ver desarrollo de este punto en *infra* 5

partes al arbitraje cuando existe acuerdo válido, y también a la hora de ejecutar un laudo que no se cumple voluntariamente<sup>15</sup>.

## 1.2 Proceso de elaboración, estructura y características generales de los Principios<sup>16</sup>

Los Principios fueron elaborados en el ámbito del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), a lo largo de un proceso de más de veinte años, que culminó con la edición 1994 de los Principios. En el año 2004 se publicó una nueva edición que no pretende ser una revisión –a pesar de que se introducen algunos cambios mínimos- sino una ampliación que contemple otros temas de interés para la comunidad jurídica y también comercial a nivel internacional<sup>17</sup>. En el año 2010, el Consejo Directivo de Unidroit adopta su tercera edición<sup>18</sup>, que contiene algunas disposiciones nuevas, principalmente sobre ilicitud (3.3)<sup>19</sup>, sobre obligaciones condicionales (5.3)<sup>20</sup>, sistemas de restitución (3.2.15, 7.3.6 y 7.3.7)<sup>21</sup> y sobre pluralidad de deudores y de acreedores (11)<sup>22</sup>. Esta versión tampoco pretende ser una revisión de las anteriores sino que su objetivo fue regular otras cuestiones de interés para el comercio internacional y las comunidades jurídicas<sup>23</sup>.

Los Principios se componen de artículos bastante breves, seguidos de comentarios<sup>24</sup>, conformando un verdadero “restatement internacional de los principios generales del derecho de los contratos”. Ofrecen “un sistema de reglas especialmente concebidas en función de las exigencias de los contratos comerciales internacionales”, adoptando “soluciones que puedan considerarse aptas para tales exigencias”, aunque alguna de esas soluciones no sea todavía generalmente aceptada<sup>25</sup>.

Para alcanzar los objetivos planteados, Unidroit se preocupó por que en la elaboración de los mismos participaran especialistas que representaran a los distintos

<sup>15</sup> HOLTZMANN, Howard M., “Application of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts in Arbitrations Governed by the uncitral Model Law of International Commercial Arbitration”, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos par alas Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, pp. 161-166, p. 161

<sup>16</sup> Existe muchísima bibliografía sobre este punto, por lo que sólo daremos una breve noticia del mismo. Puede verse este tema in extenso, entre otros, además de las fuentes indicadas a continuación en las correspondientes notas al pie, en: [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org), BONELL, Michael Joachim, *An International Restatement of Contract Law. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 2<sup>nd</sup> edition, New York, Transnational Publishers, Inc., 1997 o 3<sup>a</sup> edición de 2005.

<sup>17</sup> *Principios de Unidroit*, Roma, ed. 2004, Introducción, p. vii y viii

<sup>18</sup> Concretamente los adopta en la 90<sup>a</sup> sesión del Consejo Directivo.

<sup>19</sup> Ver sobre este tema: BONELL, Michael Joachim, “The New Provisions on Illegality in the UNIDROIT Principles 2010”, en *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* 2011-3, pp.517-536

<sup>20</sup> Ver sobre este tema: FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, “The New Provisions on Conditions in the UNIDROIT Principles 2010”, en *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* 2011-3, pp.537-548

<sup>21</sup> Ver sobre este tema: ZIMMERMANN, Reinhard, “The Unwinding of Failed Contracts in the UNIDROIT Principles 2010”, en *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* 2011-3, pp.563-587

<sup>22</sup> Ver sobre este tema: FONTAINE, Marcel, “The New Provisions on Plurality of Obligors and of Obligees in the UNIDROIT Principles 2010”, en *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* 2011-3, pp. 549-562 Ver información general en <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm> y texto de los Principios en español (sin los Comentarios) en: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf> o en inglés (con los comentarios) en: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>

<sup>23</sup> *Principios de Unidroit*, Roma, ed. 2010, Introducción, p. vii

<sup>24</sup> Su estructura es, en ese sentido, similar a la de los *Restatements* de los Estados Unidos, pero no se limitan como éstos a las reglas y principios de un país.

<sup>25</sup> *Principios de Unidroit*, Roma, ed. 1995, Introducción, p. vii y viii

sistemas jurídicos. Desde el comienzo, al designar a un reducido “comité piloto” encargado de realizar los estudios preliminares acerca de la factibilidad de tal proyecto, se elige a los profesores René David en representación de los sistemas de tradición jurídica romanista, a Clive M. Schmitthoff del *common law* y a Tudor Popescu de los países socialistas. Luego en 1980, cuando se constituye el Grupo de trabajo que asumiría la tarea de redactar los Principios, se incluyeron “representantes de todos los principales sistemas jurídicos del mundo”<sup>26</sup>.

Asimismo, la preparación de la edición 2004 de los Principios fue encomendada a eminentes juristas que representaban a los principales sistemas jurídicos y/o regiones del mundo, algunos de los cuales ya habían trabajado en la preparación de la edición 1994. La novedad fue que para la preparación de la edición 2004 se invitó a representantes de organizaciones internacionales, centros de arbitraje y asociaciones interesadas en el tema, para que asistieran en calidad de observadores a las sesiones del Grupo de Trabajo<sup>27</sup>. La misma técnica se siguió en ocasión de la preparación de la versión 2010<sup>28</sup>.

Como característica general y fundamental de los Principios cabe destacar que son reglas “suficientemente flexibles”<sup>29</sup> para adaptarse a los continuos cambios provocados por el desarrollo tecnológico y económico en la práctica comercial internacional.” Entre sus finalidades, el Consejo Directivo de Unidroit señala las de “asegurar la equidad en las relaciones comerciales internacionales estableciendo el deber de las partes de actuar según la buena fe e imponiendo, en ciertos casos específicos, criterios de comportamiento razonable”<sup>30</sup>.

Con respecto a la edición 2004 (y también la 2010) de los Principios cabe señalar, siguiendo a Bonell<sup>31</sup>, que ya no se limitan a los contratos en sentido estricto, sino que se ocupan de relaciones tripartitas, tales como la agencia y la cesión, o de cuestiones tradicionalmente reguladas por normas imperativas, tales como la prescripción.

## 2. ¿A quién y para qué sirven los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales?

Los Principios de Unidroit son un instrumento de enorme utilidad para los comerciantes que contratan en el ámbito del comercio internacional, para los abogados y otros operadores jurídicos, los jueces, los árbitros y también para los legisladores<sup>32</sup>. Se aplican en tribunales estatales y arbitrales en todo el mundo, como puede verse en las

<sup>26</sup> *Principios de Unidroit*, Roma, ed. 1995, Introducción, p. vii. Ver lista completa de los miembros del Grupo de Trabajo y de otros participantes en el Proyecto en págs. xiii a xvi

<sup>27</sup> *Principios de Unidroit*, Roma, ed. 2004, Introducción, p. vii. Ver lista completa de los miembros del Grupo de Trabajo y de observadores en págs. x-xi

<sup>28</sup> Ver lista de los Miembros del Grupo de Trabajo (y Observadores) de la versión 2010 de los Principios en <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/wg03/wg03-members-e.htm>

<sup>29</sup> Con respecto a la flexibilidad de los Principios de Unidroit: MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, *Temas de contratación internacional, inversiones y arbitraje*, Asunción, Paraguay, Ediciones Jurídicas Catena S.A., 2006, pp. 96-99

<sup>30</sup> *Principios de Unidroit*, Roma, ed. 1995, Introducción, p. viii. Boris Kozolchik también destaca la importancia del énfasis de los Principios en el respeto de la buena fe como elemento esencial en la negociación, ejecución e interpretación del contrato (“The Unidroit Principles as a Model Law for the Unification of the Best Contractual Practices in the Americas”, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos para las Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, pp. 93-117, p. 109

<sup>31</sup> BONELL, Michael Joachim, “UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law”, en *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* 2004-1, pp. 5-40, p. 6

<sup>32</sup> *Principios de Unidroit*, Roma, ed. 2004, Introducción, p. viii

reseñas jurisprudenciales y trabajos doctrinarios que relevan jurisprudencia –judicial y arbitral-, publicados por Unidroit en su Revista (*Uniform Law Review / Revue de Droit Uniforme*)<sup>33</sup>.

Apuntamos con este trabajo a ampliar su difusión en nuestro medio<sup>34</sup>, destacando no sólo su valor técnico sustantivo sino sus ventajas prácticas para los operadores jurídicos<sup>35</sup>. Entre ellas cabe destacar el bajo costo que implica su aplicación, ya que no requiere de consultas con abogados extranjeros, como ocurre en general cuando resulta aplicable el derecho interno de un Estado distinto al del juez. Por el contrario, se trata de un conjunto de reglas simples, neutrales, prontas para ser fácilmente utilizadas<sup>36</sup> por cualquier abogado en cualquier país.

Sin perjuicio de analizar a continuación las distintas utilidades que los Principios pueden tener para los distintos operadores que intervienen en la contratación internacional y en la solución de las controversias a que ella da lugar, debe tenerse en cuenta que si bien ellas están establecidas en su Preámbulo, su rol no está definido en forma rígida<sup>37</sup>. Por el contrario, ellos pueden desempeñar diferentes funciones dependiendo del objetivo que persigan<sup>38</sup>.

## 2.1 A las partes contratantes

### a) Referencia directa

Cuando las partes negocian y discuten los términos de un contrato internacional descuidan muchas veces el tema de la ley aplicable al mismo, o cuando lo encaran expresamente enfrentan dificultades para llegar a una solución aceptada por todas las partes contratantes. Acordar someter el contrato a las disposiciones de los Principios, en forma expresa, directa, en cuyo caso su aplicación será preceptiva (Preámbulo, 2º lit. de las tres ediciones), aparece como una excelente opción, ya que evita la tendencia natural de cada una de las partes a pretender imponer su propia ley nacional o la ley más favorable a los propios intereses, lo cual suele llevar a largas y estériles discusiones que muchas veces culminan con la imposición de la voluntad de una de las partes sobre las demás. Se trata de una opción mucho más conveniente que la de elegir el derecho

<sup>33</sup> También en [www.unilex.info](http://www.unilex.info) o en [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)

<sup>34</sup> En este mismo sentido, Didier OPERTTI BADÁN (en el Debate en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos para las Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, p. 247) afirmó que los Principios iban a ser extraordinariamente útiles en su país, y que debía trabajarse para mostrar “la conveniencia de este nuevo derecho material que bajo los auspicios de UNIDROIT se abre camino en el comercio internacional”. Posteriormente, Vivien MATTEO TERRA, “Los Principios de UNIDROIT y la Contratación Internacional”, *Tribuna del Abogado*, N° 142, Marzo/Mayo 2005, pp. 27-28 y Ruben B. SANTOS BELANDRO, “Los Principios Aplicables a los Contratos Mercantiles Internacionales: Una Nueva Labor de unidroit”, *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, Nos 63-64, 1996, pp. 13-30

<sup>35</sup> Se acotará este trabajo a los aspectos referidos, tales como qué son, para qué sirven, a quién le sirven, cómo y cuándo se aplican Los Principios. Excedería largamente los límites de este artículo entrar en el análisis del contenido de los Principios, tema sobre el cual existe muy abundante material en papel y on line.

<sup>36</sup> BRÖDERMANN, Eckart, “The Growing Importance of the UNIDROIT Principles in Europe –A Review in Light of Market Needs, the Role of Law in the 2005 Rome I Proposal”, en *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.*, 2006-4, pp. 749-770, p. 769

<sup>37</sup> Ver comentario N° 8 al Preámbulo de la edición 2004, p. 7 y de la edición 2010, p. 6

<sup>38</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo, “The Unidroit Principles- A Possible Model for the Harmonization of International Contract law in the Context of the Regional Integration of the Americas, with Special Reference to Mercosur”, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos par alas Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, pp. 119-135, p. 131

supuestamente neutral de un tercer Estado<sup>39</sup>, ya que los Principios constituyen un instrumento que por sus características garantizan una auténtica e indiscutible “neutralidad”, que no puede compararse a la de ningún derecho estatal. Se trata de una accesible recopilación y sistematización del derecho internacional de los contratos fácilmente aceptable por contratantes de diversas culturas<sup>40</sup>.

También, señala Bonell<sup>41</sup>, han servido muchas veces para superar las barreras idiomáticas que normalmente se presentan en la negociación de un contrato internacional, así como lista de control<sup>42</sup> de las diferentes cuestiones que deben ser abordadas en la negociación y redacción del contrato, o como modelo para las cláusulas del contrato.

### ***b) Referencia indirecta***

También pueden aplicarse los Principios cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la “*lex mercatoria*”<sup>43</sup> o expresiones semejantes. En estos casos su aplicación es facultativa (Preámbulo, 3er lit. de las tres ediciones).

## **2.2 A los jueces y árbitros**

### ***a) A falta de ley aplicable***

Con respecto a la tarea de jueces y árbitros, los Principios preveían en su edición 1994 que sus disposiciones podían “proporcionar una solución a un punto controvertido” cuando no fuera posible “determinar cuál es la regla de derecho aplicable a dicho contrato” (Preámbulo, 4º lit. de la edición 1994).

La edición 2004 sustituye el referido literal 4º por el siguiente: “Estos Principios pueden ser aplicados cuando las partes no hayan elegido ninguna ley para regular su contrato.” La nueva fórmula –mantenida en la edición 2010- no implica en realidad eliminar la hipótesis prevista en el texto de 1994. Por el contrario, en el comentario Nº 8

<sup>39</sup> BONELL, Michael Joachim, “The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: General Presentation”, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos par alas Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, pp. 21-28, p. 24

<sup>40</sup> HOLTZMANN, Howard M., “Application of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts in Arbitrations Governed by the uncitral Model Law of International Commercial Arbitration”, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos par alas Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, pp. 161-166, p. 166

<sup>41</sup> BONELL, Michael Joachim, “The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: General Presentation”, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos par alas Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, pp. 21-28, p. 23 y BONELL, Michael Joachim, “UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law”, en *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* 2004-1, pp. 5-40, p. 9. En el mismo sentido: MARZORATI, Osvaldo J., *Derecho de los negocios internacionales*, T. 1, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, p. 26

<sup>42</sup> También Farnsworth les reconoce utilidad a estos efectos (FARNSWORTH, E. Allan, “The Unidroit Principles: A New *Lingua Franca* for the Drafting of International Commercial Contracts?”, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos par alas Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, pp. 193-199, p. 198

<sup>43</sup> Señala Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, en *Contratación internacional en el sistema interamericano*, México, Oxford University Press, 2000, p. 79, citando a S. LEIBLE, que “los Principios de Unidroit no son otra cosa que una parte de la *lex mercatoria*, sólo que expresados de forma escrita y sistemática.” En igual sentido se pronuncia ARAUJO, Nadia, “A Cláusula de *Hardship* nos Contratos Internacionais e a sua Regulamentação nos Principios para os Contratos Comerciais Internacionais do Unidroit”, en *Contratos Internacionais. Tendências e perspectivas*, Naiara Posenato (Organizadora), Brasil, Ed. Unijuí, 2006, pp. 317-341, p. 331

al Preámbulo de las ediciones 2004 y 2010 se incluye expresamente, entre los “otros posibles usos de los Principios, el del numeral 4º del Preámbulo de la edición 1994.

En suma, en todas las ediciones es posible que los abogados, jueces o árbitros recurran a los Principios como derecho aplicable al contrato cuando “resulte extremadamente difícil, si no imposible, establecer cuál es la regla de derecho aplicable al problema específico”. La dificultad puede obedecer “a las características especiales de las fuentes jurídicas y/o al costo que implica acceder a ellas”<sup>44</sup>.

En la práctica tanto judicial como arbitral los Principios han sido generalmente aceptados, alcanzando a nivel universal un éxito que superó las expectativas iniciales con respecto a su aplicación práctica<sup>45</sup>. Existen incontables ejemplos de ello<sup>46</sup>.

### ***b) Como instrumento de interpretación y complementación***

En las tres ediciones se establece que los Principios “pueden ser utilizadas para interpretar o complementar textos internacionales de derecho uniforme” (Preámbulo, 5º lit.)<sup>47</sup>. Las ediciones 2004 y 2010 agregan incluso que pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho interno (Preámbulo, 6º lit.). Así por ejemplo, al aplicar sus normas de fuente interna -tanto materiales como de conflicto- a una cuestión contractual internacional, el juez uruguayo podría perfectamente recurrir a los Principios de Unidroit amparado por el art. 16 de nuestro Código Civil, que lo habilita a recurrir a los principios generales del derecho<sup>48</sup>. Si se trata de un contrato internacional, esos principios serán los recopilados y sistematizados por Unidroit.

Meyer<sup>49</sup> destaca la importancia del rol que desempeñan los Principios en la interpretación y complementación del derecho uniforme internacional, como la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

Esta aplicación de los Principios por parte de jueces y árbitros resulta de fundamental importancia, desde que toda norma, nacional o internacional, “plantea interrogantes respecto al significado preciso de sus artículos. Más aún, para dicha ley resultará imposible prever todos los problemas que puedan surgir en su aplicación. (...)” Hoy día, los jueces y tribunales arbitrales tienden a dejar de lado los métodos tradicionales de interpretación y efectuarla “en base a principios uniformes, autónomos e internacionales (...)”. Hasta ahora correspondía a cada juez o árbitro buscar esos

<sup>44</sup> Comentario Nº 5 al Preámbulo en la edición 1994, y Nº 8 en las ediciones 2004 y 2010.

<sup>45</sup> No hemos podido encontrar sin embargo ningún caso en nuestra jurisprudencia en que se hayan aplicado de alguna forma los Principios.

<sup>46</sup> Ver los distintos números de la *Uniform Law Review*, así como el sitio web de Unidroit ([www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)), [www.unilex.info](http://www.unilex.info) y numerosos trabajos de doctrina, como por ejemplo: BONELL, Michael Joachim, “The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: General Presentation”, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos para las Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, pp. 21-28, en especial p. 24 a 27

<sup>47</sup> Jacob S. ZIEGEL (“The Unidroit Contract Principles, CISG and National Law”, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos para las Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, pp. 221-233, p.232), llega a la conclusión de que los Principios tendrán alguna influencia en la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG por su sigla en inglés), pero ella no será profunda, debido a las disposiciones relativamente detalladas de la Convención y a la estructura de su art. 7.

<sup>48</sup> ABASCAL, José María, “Los Principios de Unidroit como instrumento para interpretar o complementar textos internacionales de derecho uniforme o textos de derecho interno”, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos para las Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, pp. 211-220, p. 219, hace el mismo razonamiento en base al art. 19 del Código Civil mexicano.

<sup>49</sup> Olaf MEYER, “The Unidroit Principles and their Impact in European Private Law”, *Unif. L. Rev.* 2002-4, p. 1222-1227)

principios; a partir de la elaboración por UNIDROIT de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales, éstos “podrían facilitar considerablemente esta tarea”<sup>50</sup>. Los Principios de Unidroit sirven a jueces y árbitros para adaptar las leyes nacionales a las “realidades del mercado internacional”, en palabras de Juenger<sup>51</sup>, quien basó su afirmación en los postulados del maestro uruguayo Alfonsín<sup>52</sup>.

Por otra parte, resulta de fundamental importancia este papel a desempeñar por los Principios ya que si los textos uniformes son interpretados de distintas maneras por los diversos jueces y árbitros que los aplican, la uniformidad del texto perderá todo sentido<sup>53</sup>.

***c) El arbitraje comercial: “campo natural” pero no exclusivo de los Principios***

Existe una amplia jurisprudencia arbitral en que los árbitros han aplicado los Principios de Unidroit como derecho material aplicable al fondo del asunto, o al menos como reglas supletorias al mismo, o para interpretar el derecho material aplicable. Esto es lógico, ya que como señalara Abascal<sup>54</sup>, “la flexibilidad del procedimiento arbitral y la inclinación de los árbitros a la aplicación liberal y flexible hace que el campo natural de los Principios se encuentre en el arbitraje comercial”. Es por eso que como lo reconoce expresamente el comentario N° 4 a) al Preámbulo, resulta conveniente acompañar la cláusula de elección de los Principios como normas reguladoras del contrato con un acuerdo de arbitraje.

Incluso cuando se ha pactado solamente el arbitraje, sin incluir una cláusula expresa respecto a los Principios ni al derecho aplicable al contrato, los árbitros pueden recurrir a ellos.

No obstante lo dicho con respecto al campo de los Principios en el arbitraje, nada obsta a que los jueces recurran a todas las aplicaciones referidas, beneficiándose también de las ventajas prácticas de los principios para interpretar o complementar textos internacionales de derecho uniforme e incluso el derecho interno.

**2.3 A los abogados y otros operadores jurídicos**

Durante las etapas de negociación y redacción del contrato, los abogados de las partes contratantes pueden recurrir a este valioso instrumento para solucionar los problemas que en general plantea el tema de la ley aplicable al contrato internacional, proponiendo la inclusión de una cláusula que establezca expresamente la voluntad de las partes de que su contrato sea regulado por los Principios. Para facilitarles aún más la

<sup>50</sup> Comentario N° 6 al Preámbulo de los Principios de UNIDROIT.

<sup>51</sup> JUENGER, Friedrich K., Debate, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos para las Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, p. 239

<sup>52</sup> La cita de Alfonsín que efectúa Juenger es la siguiente: “¿Será adecuado un derecho privado nacional para regular una relación extranacional? No el derecho privado de A fue creado por el Estado A para satisfacer las necesidades de la sociedad A. Por lo tanto no puede ser aplicado a una relación que por ser extranacional supone otras necesidades nacionales.”

<sup>53</sup> A este respecto afirma José María ABASCAL (“Los Principios de Unidroit como instrumento para interpretar o complementar textos internacionales de derecho uniforme o textos de derecho interno”, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos para las Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, pp. 211-220, p. 213) que “si se quiere derecho uniforme es indispensable contar con jurisprudencia uniforme. (...) Los Principios de Unidroit se esfuerzan por atender a ese problema y pueden ser una ayuda eficaz.”

<sup>54</sup> ABASCAL, José María, “Los Principios de Unidroit como instrumento para interpretar o complementar textos internacionales de derecho uniforme o textos de derecho interno”, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos para las Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, pp. 211-220, p. 215

tarea, el propio texto de las ediciones 2004 y 2010 de los Principios incluye modelos de cláusulas, a las cuales se les podrá agregar excepciones, exclusiones u otras modificaciones.

Si las partes acuerdan que su contrato se rija por los Principios, la cláusula recomendada es la siguiente:

“Este contrato se regirá por los Principios de Unidroit (2010)”. Se le puede agregar: “...excepto los artículos...”

Si las partes desean que el contrato se rija además por la ley de un determinado Estado (o jurisdicción legislativa), la fórmula sugerida es la siguiente:

“Este contrato se regirá por los Principios de Unidroit (2010) [excepto los artículos...], suplementados cuando sea necesario por la ley del Estado X”<sup>55</sup>.

También pueden recurrir a los Principios como modelo en la redacción de las cláusulas del contrato o para incorporar directamente alguna de las reglas previstas en los Principios como cláusulas del contrato<sup>56</sup>. Asimismo, los Principios pueden resultarles de enorme utilidad en la redacción de contratos entre partes provenientes de distintas culturas jurídicas, al proporcionarles una verdadera “*lingua franca* para las transacciones internacionales –una terminología no limitada por fronteras nacionales”<sup>57</sup>.

#### 2.4 A los legisladores nacionales e internacionales

Los Principios pueden servir de modelo a los legisladores nacionales e internacionales (Preámbulo, 6º lit. en la edición 1994 y 7º lit. en las ediciones 2004 y 2010) a la hora de codificar la temática de la contratación internacional. La evidencia de esta utilidad exime de mayores comentarios.

### 3. ¿Cuándo se aplican los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales?

Como primera reflexión parece ineludible señalar lo expresado por Brödermann<sup>58</sup>: “En el contexto actual –donde no existe un legislador internacional legitimado sino nuevas necesidades en la comunidad internacional como resultado de la globalización-, no podemos (como comunidad jurídica) permitirnos ser formales en nuestros puntos de vista relativos a los argumentos doctrinales. Por el contrario (...), es tiempo de despertar y trabajar en soluciones creativas para adaptar el derecho a las necesidades del comercio en un ‘mundo globalizado’.”

<sup>55</sup> Traducción no oficial de las fórmulas incluidas en nota al pie al literal 2º del Preámbulo de la edición 2010 en su versión en inglés. La versión en español de la edición 2010 completa (incluyendo los comentarios) no está disponible aún.

<sup>56</sup> A favor de esta posibilidad se pronunció Antenor MADRUGA FILHO (Debate, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos para las Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, p. 279).

<sup>57</sup> FARNSWORTH, E. Allan, “The Unidroit Principles: A New *Lingua Franca* for the Drafting of International Commercial Contracts?”, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos para las Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, pp. 193-199, p. 195. ILLESCAS ORTIZ, en cambio, se muestra más escéptico al respecto, y considera que para llegar a ser una verdadera *lingua franca* los Principios necesitan “mayor precisión y adaptación a cada clase de contrato para cuya redacción se pretenden usar” (en “Los Principios de Unidroit: ¿Una nueva *lingua franca* para la redacción de los contratos comerciales internacionales?”, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos para las Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, pp. 201-209, p. 205).

<sup>58</sup> BRÖDERMANN, Eckart, “The Growing Importance of the UNIDROIT Principles in Europe –A Review in Light of Market Needs, the Role of Law in the 2005 Rome I Proposal”, en *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.*, 2006-4, pp. 749-770, p. 765.

Los Principios de Unidroit han demostrado ser – a casi veinte años de su primera edición- la solución creativa a la que refiere el jurista referido. Desde dicha óptica analizaremos el tema planteado en este capítulo.

La realidad judicial y arbitral parece dejar de lado muchas veces los formalismos teóricos, como constata Bonell<sup>59</sup>, quien afirma que a pesar de las dudas y reservas que la doctrina plantea con respecto a la posibilidad de utilizar los Principios a los efectos de la interpretación y complementación de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 conforme a su art. 7, “tanto los jueces como los árbitros no parecen demasiado preocupados por las justificaciones teóricas a la hora de recurrir a los Principios de Unidroit para interpretar y complementar la (referida) Convención”.

### **3.1 Instrumento no vinculante. Fundamento de su obligatoriedad**

#### ***a) Voluntad de las partes contratantes***

Los Principios no requieren para su aplicación la aprobación por los Estados, como los tratados y convenciones, sino que constituyen un instrumento privado no vinculante –“no son obligatorios de manera autónoma”<sup>60</sup>- sino que su obligatoriedad proviene fundamentalmente de la voluntad de las partes: cuando éstas hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones, los Principios “deberán” aplicarse preceptivamente.

Se trata de reglas de “naturaleza dispositiva”<sup>61</sup>, cuya aplicación puede ser excluida por las partes, las que también pueden “derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones” para adaptarlos a las necesidades específicas del negocio jurídico en cuestión. Pueden hacerlo de forma expresa o tácita, incluyendo cláusulas incompatibles con alguno de los artículos de los Principios. Ello es posible siempre que en los Principios no se disponga algo diferente<sup>62</sup>. Se trata de aquellas disposiciones de los Principios de carácter imperativo, cuya importancia es tal que las partes no pueden derogarlas o excluirlas a su arbitrio, como es por ejemplo el caso del art. 1.7 sobre la buena fe y la lealtad negocial<sup>63</sup>.

#### ***b) Referencia a los principios generales o a la lex mercatoria***

También resultan aplicables –en forma facultativa- los Principios de Unidroit “cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los ‘principios generales del derecho’, la ‘lex mercatoria’ o expresiones semejantes” (Preámbulo, 3er lit. en ambas ediciones). En este sentido coincidimos con Siqueiros<sup>64</sup> cuando afirma que ello “zanjaría las dificultades de interpretación de lo que deba entenderse como ‘principios generales de derecho’ y ‘lex mercatoria’, conceptos que han sido criticados, entre otros

<sup>59</sup> BONELL, Michael Joachim, “UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law”, en *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* 2004-1, pp. 5-40, p. 14

<sup>60</sup> LARROUMET, Christian, Conferencia dictada el 12/6/96 en la Sede del Colegio de Abogados del Uruguay.

<sup>61</sup> Comentario 1 al art. 1.5; SIQUEIROS, José Luis, “Los Principios de Unidroit como normativa aplicable por los árbitros en controversias comerciales internacionales”, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos para las Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, pp. 151-159, p. 154

<sup>62</sup> Art. 1.5

<sup>63</sup> Ver Comentario 3 al art. 1.5

<sup>64</sup> Comentario 1 al art. 1.5; SIQUEIROS, José Luis, “Los Principios de Unidroit como normativa aplicable por los árbitros en controversias comerciales internacionales”, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos para las Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, pp. 151-159, p. 157

motivos, por su extrema vaguedad, ya que no identifican con precisión las reglas de carácter supranacional que los conforman. Con el efecto de eliminar o reducir considerablemente la incertidumbre que implican estos conceptos tan vagos, resulta aconsejable recurrir a un conjunto de normas sistemáticas y bien definidas como las que conforman los Principios.”<sup>65</sup>

En este sentido y dado que los Principios de Unidroit podrían considerarse incluidos dentro de los “principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales” a que alude el art. 9 inc. 2 de la Convención de México de 1994 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP-V), podrían jugar, cuando corresponda, en la determinación del derecho aplicable a los contratos conforme al art. 9 y también a los efectos del art. 10 de la misma<sup>66</sup>.

De lo anteriormente expuesto se infiere que la voluntad de las partes no necesita ser expresa sino que podría ser tácita, hipótesis que se da cuando las partes establecen que quisieron sujetar su contrato a los principios generales del derecho o a la *lex mercatoria*<sup>67</sup>. Y no sólo eso, sino que los Principios podrían ser de aplicación, más allá de toda referencia expresa o tácita de las partes a ellos. Cuando la ley aplicable al contrato refiere a “los principios generales de derecho” (por ejemplo el art. 16 del Código Civil uruguayo) como fuente de interpretación e integración, la referencia a los Principios de Unidroit como expresión codificada y generalmente admitida de dichos principios en materia de contratos comerciales, se transforma en una solución conveniente e incluso inevitable.

Ello significa que los Principios de Unidroit van más allá del valor meramente contractual (lit. 2º del Preámbulo) para adquirir valor autónomo como fuente de derecho<sup>68</sup> en las demás aplicaciones que de ellos establece su Preámbulo: para regular el contrato cuando las partes no hayan elegido ninguna ley a esos efectos (lit. 4 del Preámbulo ediciones 2004 y 2010) o para interpretar o complementar textos internacionales de derecho uniforme (lit. 5 del Preámbulo las tres ediciones) o del derecho interno aplicable (lit. 6 del Preámbulo de las ediciones 2004 y 2010).

### ***c) Fundamento intrínseco de su obligatoriedad***

En última instancia y dejando de lado los aspectos formales, coincidimos con Hinestrosa<sup>69</sup> cuando, citando a los redactores de los Principios, afirma que “la fuerza que aquellos Principios puedan llegar a tener en el ámbito internacional, como también en el derecho interno de los distintos países, ha de derivar de su autoridad intrínseca. Ello quiere decir, en primer término, en razón del propio origen de la iniciativa, extraño a presiones estatales o de organismos intergubernamentales, así como a ingerencias de organizaciones gremiales o estamentales. Y, en esa misma dirección, por virtud del propósito mismo de ella: lograr una armonización y, si es posible, una unificación del derecho de los contratos, que es algo que de suyo no está al alcance de aquellas entidades, cuyo apetito de soberanía impositiva o de ventajas patrimoniales genera desconfianza y resistencia.”

<sup>65</sup> Comentario 4 b) al Preámbulo

<sup>66</sup> OPERTTI BADÁN, Didier y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia: *Contratos Comerciales Internacionales. Últimos desarrollos teórico – positivos en el ámbito internacional*, Montevideo, FCU, 1997, p. 45-6 y 51-4

<sup>67</sup> En este sentido se pronunció LARROUMET en Conferencia citada.

<sup>68</sup> En contra, LARROUMET en Conferencia citada.

<sup>69</sup> HINESTROSA, Fernando, “Los Principios de Unidroit: Una nueva *lingua franca*”, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos para las Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, pp. 185-191, p. 189-190

### 3.2 Contratos comerciales internacionales

Los Principios se aplican a los contratos comerciales internacionales (Preámbulo, lit. 1º), aunque no incluyen una definición de éstos, dejando así en manos de los jueces o árbitros la determinación de estas dos condiciones. A esos efectos tendrán más libertad los árbitros que los jueces estatales, ya que aquellos no están atados a un ordenamiento jurídico estatal, como lo están estos últimos, por lo que podrán recurrir a un espectro más amplio de criterios.

#### *a) Internacionalidad*

Los criterios para determinar la internacionalidad del contrato son variados<sup>70</sup> en la doctrina, en la legislación tanto nacional como internacional y en la jurisprudencia. Los Principios no se afilian a ningún criterio en particular, pero como se señala en el Comentario 1 al Preámbulo, “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...”.

En el mismo Comentario se mencionan a vía de ejemplo, entre las soluciones adoptadas por las distintas legislaciones, las que exigen para considerar internacional a un contrato que el establecimiento o la residencia habitual de las partes se encuentren en países diferentes, las que requieren que el contrato tenga “vínculos estrechos con más de un Estado”, o que “afecte los intereses del comercio internacional”.

#### *b) Contratos entre particulares a nivel nacional*

No obstante lo dicho en el apartado anterior, se establece en el comentario N° 3 al Preámbulo que “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.” Claro que ello tiene un límite: “tal acuerdo se encuentra sujeto a las normas imperativas del país cuyo ordenamiento jurídico sea aplicable al contrato.”

#### *c) Naturaleza comercial: exclusión de las “operaciones de consumo”*

Consecuentemente con la premisa de no plasmar las soluciones del derecho positivo de ningún país en particular, la referencia de los Principios a los contratos “comerciales” no implica tomar como base la distinción existente en algunos sistemas jurídicos entre el carácter ‘civil’ y ‘mercantil’ de las partes y/o de los negocios jurídicos sino simplemente excluir las “operaciones de consumo”<sup>71</sup>. Expresamente en el Comentario 2 al Preámbulo se indica que “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.”

<sup>70</sup> Ver sobre el punto: LORENZO IDIARTE, Gonzalo A.: “¿Cuándo un contrato es internacional? Análisis desde una perspectiva regional”, en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*. Coordinadores: Jan Kleinheisterkamp y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte. Max Planck Institut. Montevideo, FCU, 2002, pp. 105-132

<sup>71</sup> Comentario 2 al Preámbulo de los Principios.

### 3.3 La costumbre en el DIPr uruguayo<sup>72</sup>

La costumbre, conforme al art. 9 inc. 2 de nuestro Código Civil, "no constituye derecho, sino en los casos en que la ley se remite a ella". Esta norma, ubicada en el título preliminar del referido cuerpo de leyes, es aplicable a todas las ramas del derecho, incluido por supuesto el DIPr. Resulta igualmente aplicable a la costumbre nacional y a la internacional referida a cuestiones de tráfico jurídico externo. Ello implica que la costumbre deviene fuente formal de derecho cuando la norma –legal o convencional- se remite a ella.

El art. 10 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales<sup>73</sup> constituye un ejemplo de una norma que se refiere a la costumbre internacional, elevándola a la categoría de fuente de derecho, de conformidad con el art. 9 de nuestro Código Civil.

Asimismo, el art. 8.3 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980<sup>74</sup> hace referencia a las "*prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes*".

Sin perjuicio de lo dicho, la costumbre – tanto nacional como internacional – constituye obviamente fuente material de DIPr en la medida que sirva de base o fuente de inspiración para que el legislador nacional<sup>75</sup> o internacional<sup>76</sup> elabore normas de DIPr (leyes y tratados respectivamente).

Asimismo y en cuanto a la condición de fuente material de la costumbre respecto del derecho contractual, el art. 296.6 del Código de Comercio establece con alcance general<sup>77</sup> que servirán como bases de interpretación de las cláusulas contractuales: "*el uso y práctica generalmente observada en el comercio, de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato (...)*". Y el art. 297 agrega: "*Si se omitiese en la redacción de un contrato, alguna cláusula necesaria para su ejecución, y los interesados no estuviesen conformes, en cuanto al verdadero sentido del compromiso, se presume que se han sujetado a lo que es de uso y práctica en tales casos entre los comerciantes, en el lugar de la ejecución del contrato*".

Cabe recordar que la costumbre en el DIPr, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Internacional Público, la generan los particulares a partir de sus prácticas y usos respecto a una determinada cuestión, fundamentalmente en el ámbito comercial. Las costumbres, prácticas o usos del comercio internacional -la *lex mercatoria*-, constituyen fuente no estatal de derecho. Refiere a ciertos aspectos del comercio internacional, y es obra de los sectores directamente interesados en él.

Los Principios de Unidroit no son otra cosa que una manifestación de la *lex mercatoria*<sup>78</sup> en materia de contratos comerciales internacionales<sup>79</sup>, recopilados y

<sup>72</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Parte General, 2ª ed., Montevideo, FCU, 2004, p. 54-55

<sup>73</sup> A la fecha esta Convención sólo ha sido ratificada por dos países: México y Venezuela. Además de por los dos Estados ratificantes, sólo fue firmada por Bolivia, Brasil y Uruguay. Ver tabla actualizada de ratificaciones en [www.oas.org](http://www.oas.org)

<sup>74</sup> Aprobada en Uruguay por ley N° 16.879 de 21/10/97, ratificada el 25/1/99

<sup>75</sup> Cuando se trata del legislador de un Estado que elabora normas de DIPr.

<sup>76</sup> Cuando se trata de dos o más Estados que negocian y elaboran soluciones de DIPr., sin perjuicio de que estas deban luego ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales para adquirir fuerza de ley, mediante el mecanismo formal de la ley.

<sup>77</sup> No se limita obviamente a la costumbre y a los contratos domésticos, sino que incluye los internacionales. Donde la ley no distingue no corresponde que lo haga el intérprete.

<sup>78</sup> Se reiteran aquí las siguientes referencias doctrinarias: Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, en *Contratación internacional en el sistema interamericano*, México, Oxford University Press, 2000, p. 79,

sistematizados por Unidroit, donde además se trabaja para su permanente actualización y ajuste.

#### 4. Principios de Unidroit y ley aplicable: ¿Sustancialismo vs. Conflictualismo o complementariedad?

Más allá de que las partes hayan efectuado una referencia —expresa o tácita— a los Principios de Unidroit, los contratos están sometidos a una ley que les es aplicable, elegida por el legislador, o por las partes si aquel las autoriza a ello, ya que la voluntad de las partes debe expresarse siempre dentro de un orden jurídico determinado. Es más, establece expresamente el art. 1.4 que los Principios no restringen la aplicación de normas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de DIPr. Esto parecería indicar que no puede regularse un contrato exclusivamente por los Principios, con exclusión de cualquier derecho aplicable, sino que el contrato tendrá siempre un orden jurídico de referencia<sup>80</sup>. Algunos autores como Larroumet, sostienen incluso que los Principios de Unidroit “deben sólo complementar al derecho aplicable al contrato internacional, con la condición de que ese derecho aplicable lo autorice, de manera que los Principios no se aplican sino en el marco de las disposiciones supletorias del derecho aplicable”. Ello no obstante se contradice con la posibilidad prevista en la cláusula propuesta en nota al pie al literal 2º del Preámbulo de las ediciones 2004 y 2010 de los Principios (ver *supra*).

En suma, como dijimos al comienzo de este trabajo, la indiscutible utilidad del derecho material extra-etático, a-nacional, como los Principios de Unidroit, no impide que se identifique el derecho aplicable al contrato en base a las normas de DIPr; por el contrario, ambos tipos de normas coexisten armónicamente en la realidad.

Ello no es privativo de los Principios de Unidroit, sino de los instrumentos emanados de diversas instituciones, como la Cámara de Comercio Internacional<sup>81</sup>, o el Centro de Comercio Internacional<sup>82</sup>, que trabajan en la elaboración de una *lex mercatoria* capaz de proporcionar a las partes involucradas en el comercio internacional,

---

citando a S. LEIBLÉ, afirma que “los Principios de Unidroit no son otra cosa que una parte de la *lex mercatoria*, sólo que expresados de forma escrita y sistemática.” En igual sentido se pronuncia ARAUJO, Nadia, “A Cláusula de *Hardship* nos Contratos Internacionais e a sua Regulamentação nos Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais do *Unidroit*”, en *Contratos Internacionais. Tendências e perspectivas*, Naiara Posenato (Organizadora), Brasil, Ed. Unijuí, 2006, pp. 317-341, p. 331

<sup>79</sup> Con el alcance dado *supra* a la naturaleza “comercial” e “internacional”.

<sup>80</sup> En este sentido, en el Debate desarrollado en Valencia, Venezuela, en 1996, HERBERT (*Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos para las Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, p. 284) hizo hincapié en que una gran virtud que les veía a los Principios de Unidroit en la práctica era que cualquiera que fuera la ley competente para regir el contrato, “la referencia en el contrato a estos Principios da la posibilidad a las partes de moderar el efecto que puede producirse por el hecho de que el contrato se deba regir por una sola ley.” “Esto —agregaba— da a ambas partes bases comunes que de alguna manera disminuye el impacto de aplicación de una sola ley al contrato cuando puede haber más de un orden jurídico afectado.” En la misma oportunidad, Gonzalo PARRA-ARANGUREN, en las Conclusiones del Congreso (*Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos para las Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, p. 321) señala que “los Principios utilizan en forma esporádica el método clásico del derecho internacional privado, consistente en la selección de la ley aplicable al supuesto de hecho”, y pone como ejemplo el art. 7.4.9(2) de los Principios.

<sup>81</sup> Ver por ejemplo: BOND, R., “The Role of the ICC in Cybertrade”, en (1998) *ITLQ* 313-315

<sup>82</sup> Ver al respecto: VULLIÉTY, Jean-Paul, « Le contrat-type pour les *Joint Ventures* contractuelles du Centre du Commerce International au regard des Principes d’Unidroit et d’autres normes d’unification du droit des contrats », en *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* 2004-2, pp. 295-314

normas materiales adecuadas a las necesidades de la comunidad transnacional. El objetivo es eliminar por lo menos algunos problemas de conflicto de leyes y jurisdicciones por medio del uso de definiciones ampliamente aceptadas, como los INCOTERMS y los ETERMS, o de disposiciones estándar, incluidas en condiciones generales del contrato, o los contratos modelos elaborados por la CCI u otras instituciones<sup>83</sup>, lo cual, junto con el arbitraje, tiende a “deslocalizar” muchas transacciones comerciales transnacionales<sup>84</sup>. Este fenómeno no es nuevo.

Los usos del comercio pueden ser muy útiles como complemento, cuando corresponda, del derecho de cada Estado, pero no puede esperarse -al menos en un futuro cercano- que eliminen la aplicación de ese derecho<sup>85</sup>. Esto surge claro del hecho de que es habitual que las condiciones generales incluyan cláusulas de elección de la ley, lo que demuestra que no son autosuficientes, y que por más detalladas y exhaustivas que sean, no pueden sustituir completamente al derecho nacional<sup>86</sup>.

## 5. Los Principios de Unidroit y la autonomía de la voluntad en el DIPr uruguayo

### 5.1 La autonomía conflictual en el ordenamiento jurídico uruguayo

#### a. La normativa vigente

Actualmente coexisten en nuestro ordenamiento jurídico normas que admiten que las partes elijan la ley aplicable y el juez competente y otras que lo prohíben, todas ellas con matices en cuanto al marco regulador de la referida autonomía conflictual. Baste señalar aquí que la regla general en las normas vigentes sigue siendo la proscripción de la autonomía conflictual (art. 2403, primera parte, del Código Civil y art. 5 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940), aunque la segunda parte de las referidas disposiciones habilita la autonomía conflictual cuando la ley competente lo autorice. Dicha ley competente puede ser otra norma del ordenamiento jurídico uruguayo, de fuente internacional o nacional, que regule el tema en forma especial, o el derecho extranjero remitido por la norma de conflicto uruguayo<sup>87</sup>.

Las normas que habilitan la autonomía conflictual vigentes en Uruguay son todas de carácter especial, con un ámbito de aplicación acotado material y geográficamente. A vía de ejemplo, en la fuente internacional, cabe destacar el

<sup>83</sup> Ver MOURRE, Alexis y JOLIVET, Emmanuel, “La réception des Principes d’Unidroit dans les contrats modèles de la Chambre de Commerce Internationale », en *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* 2004-2, pp. 275-293, quienes analizan la forma en que los Principios de Unidroit han sido integrados directa e indirectamente a los modelos contractuales elaborados por la CCI. Asimismo, ONANA ETOUNDI, Félix, “Les Principes d’Unidroit et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l’avant-projet d’Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », en *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* 2005-4, pp. 683-718, en especial p. 690. También BONELL, Michael Joachim, “UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law”, en *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* 2004-1, pp. 5-40, p. 11

<sup>84</sup> DELAUME, G. R., *Law and Practice of Transnational Contracts*, Ed. 1988, p. 98

<sup>85</sup> DELAUME, G. R., *Law and Practice of Transnational Contracts*, Ed. 1988, p. 99

<sup>86</sup> BOGGIANO, A., “International standard contracts. A comparative study”, *Recueil des Cours*, 1981-I, p. 54

<sup>87</sup> Excedería los límites de este trabajo desarrollar este tema. Ver sobre el punto los siguientes trabajos de la autora: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Parte General, 2ª ed., Montevideo, FCU, 2004, p. 233 y “La Convención Sobre Reconocimiento Y Ejecución De Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958: Análisis De La Jurisprudencia Uruguaya”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado* N° 3, pp. 141-157, en especial p. 142-144; FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Vol. 2, Parte Especial, 1ª ed., Montevideo, FCU, 2009, p. 165-167

Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción en materia contractual<sup>88</sup> y en la fuente interna el art. 46 de la ley reguladora del mercado de valores<sup>89</sup>.

En este contexto cabe plantearse -desde el punto de vista del ordenamiento jurídico uruguayo- si las partes pueden o no elegir regular su contrato por los Principios de Unidroit. Consideramos que sí<sup>90</sup>, aunque ello es más evidente cuando dicha elección se combina con una cláusula arbitral que cuando la solución de los eventuales diferendos queda librada a la justicia estatal.

### **5.2 La posibilidad de incorporar los Principios por la vía de la autonomía material<sup>91</sup>**

En general, la doctrina es conteste en señalar que no hay razón para impedir a las partes elegir someter su contrato a un derecho material no estatal como lo son los Principios de Unidroit<sup>92</sup>. Más aún cuando las partes podrían perfectamente incorporar

<sup>88</sup> Su art. 4 establece: “En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. Asimismo puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales.”

<sup>89</sup> El art. 46 de la ley 16.749 de 1996 establece: “En la emisión de valores, en la que se deje expresa constancia de su oferta internacional, sean o no objeto de oferta pública, la entidad emisora podrá establecer libremente la ley y jurisdicción aplicables a aquellos, cumpliendo con lo establecido en la presente ley para su registro, si correspondiere. Ello no obstará al derecho de los tenedores a elegir en todo caso la jurisdicción del domicilio del emisor. Practicada la elección de jurisdicción, en uno u otro sentido, a través de la comparecencia ante los tribunales correspondientes, no podrá ser luego modificada.” Ver sobre el tema: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, “Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Privado respecto a los Títulos Valores”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, Año IV, Nº 4, 2001, págs. 135-142 y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Vol. 2, Parte Especial, 1ª ed., Montevideo, FCU, 2009, p. 370 y ss.

<sup>90</sup> En este sentido se pronunció Gonzalo PARRA-ARANGUREN, en las Conclusiones del Congreso (*Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos para las Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, p. 322), haciendo expresa referencia al Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, 1940.

<sup>91</sup> No estamos utilizando la expresión “autonomía material” en el sentido amplísimo en que lo hace Boggiano (“La solución de controversias: los Principios de Unidroit como normativa aplicable a los contratos comerciales internacionales por los jueces nacionales y por los árbitros”, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos para las Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, pp. 167-174, p. 170), que en su opinión habilitaría a las partes en un contrato internacional a dejar de lado no solamente las normas dispositivas del derecho interno estatal por ellas elegido, sino también las normas imperativas de ese derecho para contratos internos, sustituyéndolas por otras normas materiales. Por el contrario, lo hacemos en el sentido tradicional de la facultad de las partes de dar el contenido material que deseen a su contrato, siempre que dicho contenido no contravenga las normas de orden público interno del derecho regulador del contrato, es decir, aquellas que precisamente no pueden ser modificadas ni dejadas de lado por la voluntad de las partes. Nos basamos para ello en el texto claro del art. 1.4 de los Principios, criticado por Boggiano (ver debate sobre el tema en *ibidem*, p. 181-182)

<sup>92</sup> Así por ejemplo, entre otros: GLENN, H. Patrick, “An International Private Law of Contracts”, en *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Edited by P.J. Borchers y J. Zekoll, USA, Transnational publishers, Inc., 2001, pp. 53-64, p. 62; WEINTRAUB, Russell J., “Lex Mercatoria and the Unidroit Principles of Internacional Comercial Contracts”, en *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Edited by P.J. Borchers y J. Zekoll, USA, Transnational publishers, Inc., 2001, pp. 141-154, p. 153; SAMTLEBEN, Jürgen (citado por POSENATO, Naiara, “O princípio da Autonomia da Vontade na Convenção do México de 1994”, en *Contratos Internacionais. Tendências e perspectivas*, Naiara Posenato (Organizadora), Brasil, Ed. Unijuí, 2006, pp. 19-85, p.59) afirma que “no hay inconveniente en que las partes elijan libremente los Principios de Unidroit para regular sus obligaciones convencionales. El temor que de esta manera se podrían eludir las normas obligatorias de la legislación estatal, se encuentra mitigado por los mismos principios que prevén la aplicación de reglas imperativas que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de Derecho internacional privado (art. 1.4)”

los Principios materialmente a su contrato, reproduciendo su contenido como cláusulas del mismo, lo cual sería válido conforme al derecho de cualquier Estado, dejando a salvo las normas imperativas y las de orden público del orden jurídico aplicable al contrato en virtud del derecho internacional privado. Esta salvaguarda general, que es de principio, está expresamente prevista en los Principios, como ya se explicó. Compartimos esta posición. Nótese que como advierte Bonell<sup>93</sup>, cuando la referencia de las partes a los Principios se considera una incorporación de los mismos al contrato, el límite para su aplicación serán las normas de orden público interno, es decir, aquellas que no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, aquellas que no admiten pacto en contrario. En cambio cuando los Principios se aplican como la ley reguladora del contrato, estos prevalecen –al igual que el derecho extranjero que resulta aplicable en virtud de la norma de conflicto- frente a las normas de orden público interno; subsiste sí el límite del orden público internacional<sup>94</sup>.

El mecanismo referido no es nuevo y ha sido universalmente aceptado desde tiempo atrás, cuando las partes de una compraventa internacional hacen referencia a los INCOTERMS<sup>95</sup>, por ejemplo. A nadie se le ocurre decir que cuando las partes contratan una compraventa FOB están eligiendo un derecho a-nacional y que ello no es válido. Tampoco se pretende que reproduzcan en el contrato las diez o quince páginas que detallan lo que esa fórmula significa. Basta con la referencia a ella a través de una breve sigla de tres letras. Ello no implica deslocalizar geográficamente el contrato y sustraerlo de un orden jurídico nacional de referencia. Ambas fuentes son perfectamente compatibles y operan en forma complementaria.

Analizando esta cuestión desde el punto de vista del DIPr uruguayo, admitir la elección que de los Principios hagan las partes en un contrato no contradice la proscripción de apartarse de las reglas de competencia legislativa establecidas por las normas de DIPr aplicables<sup>96</sup> en la medida en que no se excluye el ordenamiento jurídico indicado por dichas normas (el del lugar de cumplimiento del contrato). Por el contrario, los Principios se aplican con el límite del orden público y las normas imperativas del dicho derecho estatal aplicable. Este se aplicará también en todas aquellas cuestiones no previstas en los Principios.

Asimismo, cuando en el marco de un contrato de transporte, un conocimiento de embarque se remite a las Reglas de York Amberes<sup>97</sup> sobre avería gruesa, no hay duda que incorpora a su texto un determinado conjunto de reglas materiales que regulan dicha materia. Dado que sería imposible incorporar un texto tan largo en el propio conocimiento de embarque, la costumbre comercial es optar por una incorporación por referencia. Las Reglas de York Amberes constituyen una

<sup>93</sup> BONELL, Michael Joachim, “UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law”, en *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* 2004-1, pp. 5-40, p. 31

<sup>94</sup> Concepto este mucho más restringido que el de orden público interno, cuyo alcance fue fijado por la Declaración efectuada por Uruguay en ocasión de firmar la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP-II, Montevideo, 1979). Ver al respecto: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Parte General, 2ª ed., Montevideo, FCU, 2004, p. 281-282

<sup>95</sup> CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en la compraventa internacional*, Granada, Ed. Comares, 1998, p. 110-111, afirma que el “origen de la juridicidad de estos usos y prácticas mercantiles” “sólo puede ser la autonomía de la voluntad de las partes, pero en su vertiente material”, y cita jurisprudencia arbitral de la CCI en ese sentido.

<sup>96</sup> art. 2403 del Código Civil y art. 5 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940

<sup>97</sup> Ver al respecto: “General Average and The York-Antwerp Rules” contribución de ERNEST ROBERT LINDLEY & SONS en el *Lloyd’s Nautical Year Book* 1988, Lloyd’s of London Press- Londres, 1988, pág. 377.

regulación material de un tema de derecho de fondo muy complejo, cuya aprobación (igual que los Incoterms y los propios Principios de Unidroit) depende de una serie de instituciones privadas que los codifican en forma de recoger y reflejar la costumbre comercial en la materia y los intereses generales de los comerciantes involucrados<sup>98</sup>.

Esta incorporación por referencia, no viola las reglas de DIPr uruguayo que proscriben la autonomía de la voluntad en materia de elección de ley. Se trata de una regulación material uniforme de un tema específico (como lo son las Reglas de York Amberes en materia de avería gruesa). El contenido de las mismas deberá interpretarse y aplicarse dentro de los parámetros que fije la ley aplicable al caso, pero tendrán valor como opción libre de las partes en aquellas materias en las que rija su autonomía material y siempre que no contradigan el derecho aplicable (de fuente nacional o internacional), ni las normas de orden público vigentes en el caso concreto.

### **5.3 Autonomía conflictual: ¿facultad de elegir un derecho estatal o también un derecho no estatal?**

Los Principios de Unidroit asumen que las partes pueden acordar someter el contrato a sus disposiciones, es decir, que pueden elegirlos en vez de la ley de un determinado Estado como derecho aplicable al contrato (Preámbulo, 2º lit. de las tres ediciones y comentario N° 4 al Preámbulo). Ello es ampliamente admitido en sede arbitral, es decir cuando las partes además de haber elegido los Principios como derecho regulador de su contrato han también acordado someter a arbitraje las diferencias que puedan surgir a raíz del contrato. Por el contrario, esto es más discutido cuando la cuestión se plantea ante tribunales estatales, los cuales están sometidos a su ordenamiento jurídico estatal, el cual cuando autoriza a las partes a elegir el derecho aplicable al contrato suele limitar dicha elección a los derechos estatales<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Cfe. AGURRE RAMIREZ Fernando y FRESNEDO Cecilia, *Curso de Derecho del Transporte- Transporte Marítimo*, Volumen II pág. 247, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001: A mediados del Siglo XIX se advirtió que la muy esquemática regulación de la avería gruesa que tenían tanto los países del derecho codificado, como el sistema de precedentes inglés y americano, eran absolutamente insuficientes para regular los muy intrincados problemas que el instituto planteaba en la realidad práctica. Además se advirtió que dado el carácter internacional del problema debía buscarse la forma de regularlo mediante un texto de derecho material uniforme. Se realizó un primer Congreso en Glasgow en 1860 y un segundo congreso en York en 1864; el resultado de esta última reunión fue un primer texto llamado “Reglas de York”. Rápidamente las conferencias se extendieron a Europa continental y se aprobaron lo que luego se llamó las Reglas de York –Amberes. La primera versión de las mismas fue de 1890 y han sido revisadas periódicamente en las reuniones del Comité Marítimo Internacional. El propio nacimiento del C.M.I. en 1897, no es ajeno a este movimiento internacional que incluía foros de discusión sobre temas de derecho marítimo entre instituciones gremiales de armadores, P&I Clubs, aseguradores, especialistas en los diversos campos así como marinos y juristas. Las versiones subsiguientes de las Reglas de York Amberes, fueron aprobadas en 1924, 1949, 1974 y 1992.

Las Reglas de York Amberes nunca fueron recogidas por un tratado, ni transformadas en Convención Internacional. Se trata de un texto uniforme al cual los comerciantes marítimos se remiten en sus contratos (ello sucede tanto en los conocimientos de embarque, como en las pólizas de seguro de casco y de mercancías, o en las cartas de garantía otorgadas entre los participantes en la aventura y entre estos y sus seguros). Resulta obvio que es de gran interés para todas las partes, el contar con un texto único internacional y además que el mismo haya sido elaborado mediante un sistema que asegure un previo estudio serio por los principales especialistas en el tema, y dentro de una negociación en la cual todos los intereses están representados. Las Reglas de York- Amberes rigen los casos de avería gruesa en la medida que las partes se remitan a ellas y las incorporen, por referencia, a sus contratos.

<sup>99</sup> Ver sobre el punto: GLENN, H. Patrick, “An International Private Law of Contracts”, en *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Edited by P.J. Borchers y J. Zekoll, USA, Transnational publishers, Inc., 2001, pp. 53-64, p. 61. También BONOMI,

La limitación o no de la elección de las partes a un derecho estatal está a veces claramente establecida en la norma<sup>100</sup>, pero en otras su formulación puede dar lugar a interpretaciones encontradas. Así, con respecto a la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (México, CIDIP-V, 1994), Herbert<sup>101</sup> ha sostenido que en base al art. 17 el derecho que elijan las partes debe ser un derecho estatal, sin perjuicio de que las partes hagan referencia “a otro tipo de normativa sustantiva desarrollada en el ámbito mercantil”. Parra Aranguren<sup>102</sup> en cambio interpreta que con forme al art. 10 de la Convención la elección no se restringe a un derecho nacional, sino que admite que ésta recaiga en principios internacionales referidos a los contratos internacionales<sup>103</sup>. De todas formas, ello tiene poca relevancia práctica –al menos por ahora- por la escasa recepción que ha tenido este instrumento a trece años de su aprobación en CIDIP-V: solamente cinco Estados la firmaron<sup>104</sup> y sólo dos de ellos<sup>105</sup> la ratificaron.

La ratificación por nuestro país de la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías de Naciones Unidas (Viena, 1980)<sup>106</sup> en cambio tiene en nuestra opinión gran trascendencia a los efectos que estamos analizando, ya que es universalmente reconocido que su art. 6 “establece el principio regulador de la autonomía de la voluntad de vendedor y comprador: ésta prevalece sobre lo dispuesto por la Convención, que puede ser excluida en su totalidad, en partes o incluso en singulares disposiciones”<sup>107</sup>.

La doctrina no es unánime en cuanto a si la autonomía de la voluntad consagrada en el art. 6 de la Convención de Viena es de naturaleza conflictual o

Andrea, “Globalização e Ddireito Internacional Privado”, en *Contratos Internacionais. Tendências e perspectivas*, Naiara Posenato (Organizadora), Brasil, Ed. Unijuí, 2006, pp. 159-185, p. 172-173, quien considera que la disparidad de efectos que tiene la elección de los Principios por las partes en procesos judiciales y arbitrales es una fuente de inseguridad jurídica, que debería ser superada mediante el reconocimiento de la validez, en cualquier caso, de la elección por las partes de un derecho no-estatal.

<sup>100</sup> En este sentido GLENN (op.cit., p. 63) menciona como ejemplo de norma que excluye la posibilidad de elegir un derecho a-nacional, el art. 3112 del Código Civil de Québec, que refiere a “la ley del país con el cual el acto esté más estrechamente vinculado”. En igual sentido Weintraub señala la Convención de Roma de 1980 sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales, art. 3 (WEINTRAUB, Russell J., “Lex Mercatoria and the Unidroit Principles of Internacional Comercial Contracts”, en *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, Edited by P.J. Borchers y J. Zekoll, USA, Transnational publishers, Inc., 2001, pp. 141-154, p. 153). En cambio la “Propuesta Roma I” sobre el derecho aplicable a las obligaciones contractuales (Bruselas, 15-12-2005, en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005\\_0650en01.doc](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2005/com2005_0650en01.doc) ) admite expresamente en su art. 3.2 que las partes elijan como derecho aplicable al contrato los principios y reglas del derecho sustantivo de los contratos reconocidos internacionalmente o en la Comunidad.

<sup>101</sup> HERBERT, Ronald, “La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, en *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, N° 1, 1994, pp. 45-62, p. 53-54, N° 32

<sup>102</sup> PARRA ARANGUREN, Gonzalo, “The Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law”, en *Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, 1996, p. 308

<sup>103</sup> Ver sobre el punto: POSENATO, Naiara, “O princípio da Autonomia da Vontade na Convenção do México de 1994”, en *Contratos Internacionais. Tendências e perspectivas*, Naiara Posenato (Organizadora), Brasil, Ed. Unijuí, 2006, pp. 19-85, en especial p.59

<sup>104</sup> Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela

<sup>105</sup> México y Venezuela. En Uruguay su aprobación fue denegada ya en dos oportunidades por el Parlamento.

<sup>106</sup> Aprobada en Uruguay por ley N° 16.879, se depositó el correspondiente instrumento de ratificación el 25 de enero de 1999 y entró en vigor el 1 de febrero de 2000.

<sup>107</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, en Prólogo a la tesis de Esperanza CASTELLANOS RUIZ, *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en la compraventa internacional*, Granada, Ed. Comares, 1998, p. XII

material<sup>108</sup>. En el primer caso, conferiría a las partes “la facultad de designar la ley reguladora a su relación contractual, incluso en relación a aquellos aspectos del contrato que los distintos sistemas estatales disciplinan con normas imperativas (y, por tanto, en cuanto tales, no derogables por cláusulas contractuales)”. En el supuesto de asignarle naturaleza material, la autonomía del art. 6 se limitaría “a conferir a las partes el poder de determinar el contenido material del contrato.” Al respecto, coincidimos con Castellanos Ruiz<sup>109</sup> que en la práctica la posición que se adopte con respecto a la naturaleza de la norma del art. 6 pierde relevancia desde que “todos los autores se ponen de acuerdo en afirmar que el carácter dispositivo de la Convención otorga a las partes, por un lado, la facultad de elegir la ley aplicable a su relación contractual y, por otro, el poder de determinar el contenido material del contrato. En definitiva –concluye la profesora española- se trata de una norma de conflicto especial inserta en una normativa material de Derecho uniforme.” Concluye que “resulta preferible interpretar la norma del art. 6 (...) bien como norma de conflicto o, bien, como una simple norma material tanto en el caso en el que las partes excluyan completamente la normativa uniforme como cuando lo hagan de manera parcial.”

Con relación a cómo podría funcionar la autonomía de la voluntad que el art. 6 de la Convención de Viena otorga a las partes contratantes con relación a los Principios de Unidroit, Bonell<sup>110</sup> entiende que éstas podrían elegir reemplazar algunos artículos de la Convención o toda ella, por los Principios de Unidroit. Asimismo, y dada su naturaleza más abarcativa, las partes podrían optar por aplicar los Principios además de la Convención de Viena con respecto a aquellas cuestiones que esta última no regula. De lo contrario, dichas cuestiones no previstas en la Convención de Viena “caerían directamente en el ámbito del derecho doméstico aplicable”. Reconoce Bonell que dada la naturaleza especial de los Principios de Unidroit, el impacto de una referencia de ese tipo variará según sea un tribunal estatal o arbitral el que esté entendiendo en el asunto.

En sede judicial estatal se aplicarán los Principios sólo en la medida en que no afecten disposiciones imperativas del derecho estatal regularmente aplicable al contrato. Nótese que ello es lo que expresamente establece el art. 1.4 de los Principios: que ellos “*no restringen la aplicación de reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.*”. Ello se debe a que los jueces deben aplicar su propio derecho nacional, incluyendo sus normas de conflicto<sup>111</sup>, al menos como punto de partida<sup>112</sup>. En general dichas normas de conflicto limitan la elección de la ley aplicable a una ley estatal. En consecuencia, aún cuando las partes refieran expresamente a los Principios de Unidroit como el derecho aplicable a su contrato, los jueces probablemente interpretarán dicha

<sup>108</sup> CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en la compraventa internacional*, Granada, Ed. Comares, 1998, p. 37 y ss

<sup>109</sup> CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en la compraventa internacional*, Granada, Ed. Comares, 1998, p. 41

<sup>110</sup> BONELL, Michael Joachim, *An International Restatement of Contract Law. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 2<sup>nd</sup> edition, New York, Transnational Publishers, Inc., 1997, p. 74, 82-84

<sup>111</sup> BRÖDERMANN, Eckart, “The Growing Importance of the UNIDROIT Principles in Europe –A Review in Light of Market Needs, the Role of Law in the 2005 Rome I Proposal”, en *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.*, 2006-4, pp. 749-770, p. 760

<sup>112</sup> Si las normas de conflicto del Juez, ya sean de fuente autónoma o internacional, lo remiten a un derecho extranjero, el juez está obligado a aplicarlo en cumplimiento de lo que establece su norma de conflicto (Ver sobre este punto: FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Parte General, 2ª ed., Montevideo, FCU, 2004, p. 235-268).

referencia como un acuerdo respecto a su incorporación como cláusulas del contrato. Sin perjuicio de ello, será necesario determinar la ley (estatal) aplicable al contrato en virtud de las correspondientes normas de conflicto del juez<sup>113</sup>. Ello es más probable aún en un sistema jurídico como el uruguayo, donde como ya se explicó la proscripción de la autonomía sigue siendo la regla general<sup>114</sup>. Ello tampoco podría ser visto como una rareza de nuestro sistema; por el contrario, afirma el propio Bonell<sup>115</sup>, es la posición que prevalece. En igual sentido, Brödermann<sup>116</sup> afirma que las partes no pueden en ningún caso “mal utilizar los Principios de Unidroit para evadir las normas imperativas”.

Los árbitros en cambio no están necesariamente obligados a basar su decisión en un derecho doméstico determinado, de ahí que puedan aplicar los Principios no sólo como cláusulas incorporadas al contrato sino como ‘reglas de derecho’ aplicables al contrato, independientemente de que sean consistentes con el derecho interno que resultaría aplicable<sup>117</sup>.

En materia arbitral, Holtzmann<sup>118</sup> afirma que el texto del art. 28 inc. 1 de la Ley Modelo de Uncitral, que establece que el tribunal arbitral deberá resolver las disputas de acuerdo con las “reglas de derecho” elegidas por las partes, les está otorgando una libertad de elección más amplia, que incluiría la posibilidad de que eligieran los Principios de Unidroit. Si bien el Grupo de Trabajo de Uncitral había sostenido que la expresión “reglas de derecho” no incluía “principios generales de derecho”, dicho pronunciamiento es anterior a la existencia de los Principios de UNIDROIT, por lo que, concluye Holtzmann, no puede interpretarse que el Grupo de Trabajo pretendió impedir la elección de un texto legal concreto y específicamente plasmado en 119 artículos como es el de los Principios de Unidroit, acompañado de útiles comentarios y accesibles en todo el mundo en muchísimos idiomas.

No obstante, con respecto a la hipótesis del art. 28 inc. 2 de la Ley Modelo de Uncitral que refiere a la hipótesis en que las partes no hayan designado el derecho aplicable, en cuyo caso ordena a los árbitros aplicar la ley determinada por las normas de conflicto aplicables, Holtzmann<sup>119</sup> concluye que los árbitros no tienen la potestad de recurrir a los Principios como derecho aplicable al asunto de fondo, salvo que las partes los hayan autorizado a ello. Esta limitación no opera cuando no se está aplicando una ley basada en la Ley Modelo de Uncitral.

---

<sup>113</sup> BONELL, Michael Joachim, *An International Restatement of Contract Law. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 2<sup>nd</sup> edition, New York, Transnational Publishers, Inc., 1997, p. 188 y 214

<sup>114</sup> Esto es así conforme al art. 2403 inc. 1 del Apéndice del CC.

<sup>115</sup> BONELL, Michael Joachim, *An International Restatement of Contract Law. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 2<sup>nd</sup> edition, New York, Transnational Publishers, Inc., 1997, p. 189

<sup>116</sup> BRÖDERMANN, Eckart, “The Growing Importance of the UNIDROIT Principles in Europe –A Review in Light of Market Needs, the Role of Law in the 2005 Rome I Proposal”, en *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.*, 2006-4, pp. 749-770, p. 765

<sup>117</sup> BONELL, Michael Joachim, *An International Restatement of Contract Law. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 2<sup>nd</sup> edition, New York, Transnational Publishers, Inc., 1997, p. 84

<sup>118</sup> HOLTZMANN, Howard M., “Application of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts in Arbitrations Governed by the uncitral Model Law of International Commercial Arbitration”, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos para las Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, pp. 161-166, p. 163

<sup>119</sup> HOLTZMANN, Howard M., “Application of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts in Arbitrations Governed by the uncitral Model Law of International Commercial Arbitration”, en *Los Principios de Unidroit: ¿Un Derecho Común a los Contratos par alas Américas?*, Actas del Congreso Interamericano celebrado en Valencia, Venezuela, en Noviembre de 1996, pp. 161-166, p. 165

#### **5.4 Límites generales a la autonomía de la voluntad: orden público y normas imperativas**

Tal como la ha manifestado Fernández de la Gándara<sup>120</sup>, “el problema de la libertad contractual es el problema de sus límites”.

La autonomía de la voluntad conflictual está siempre sometida a ciertos límites, específicos o generales. Con respecto a estos últimos, operan siempre el orden público y las normas de carácter imperativo (comentario N° 3 al art. 1.1 de los Principios). Asimismo, el art. 1.4 establece expresamente, como vimos, que los Principios “no restringen la aplicación de las reglas imperativas, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.” En el comentario N° 1 al art. 1.4 se reafirma que “los Principios no pretenden evadir las disposiciones de orden público...”. Y el comentario N° 2 agrega que “los Principios obligarán a las partes sólo en la medida en que no afecten las normas del derecho aplicable que las partes no pueden excluir. Además, las normas imperativas del foro, y posiblemente las de un tercer Estado, igualmente prevalecerán en los supuestos que sean aplicables, independientemente de la ley que regule el contrato.” Todo ello confirma que el derecho material extraetático, como los Principios, no desplaza completamente al derecho étático aplicable en virtud del derecho conflictual.

Los contratos están sometidos a una ley que les es aplicable, advierte Larroumet<sup>121</sup>: puede ser un orden jurídico estatal designado por la norma de conflicto, o puede tratarse también de un orden jurídico internacional en la hipótesis que exista un convenio internacional que contenga las reglas propias de ese contrato. Y agrega: “La voluntad de las partes debe expresarse dentro de un orden jurídico al cual debe someterse.” En este sentido y como sostuviéramos en trabajos anteriores<sup>122</sup>, la facultad de elegir la ley reguladora del contrato así como el marco normativo dentro del cual podrá ejercerse esa facultad, es decir sus límites y condiciones, las establece el orden jurídico de referencia, es decir, aquel internacionalmente competente para regular ese contrato conforme a la reglas de derecho internacional privado del Estado donde se plantea la cuestión. Como ya se explicó, ello surge de los mismos Principios (art. 1.4). Lo anterior llevaría a pensar que un contrato no podría estar sometido solamente a los Principios con exclusión de cualquier derecho estatal aplicable, sino que éstos sólo podrían complementar al derecho aplicable al contrato internacional, con la condición de que ese derecho aplicable lo autorice<sup>123</sup>.

## **6. Conclusiones**

1. Los Principios de Unidroit son reglas materiales generales, supranacionales, de fuente privada, aplicables a los contratos internacionales. Reflejan conceptos que se encuentran en la gran mayoría de los sistemas jurídicos del mundo, independientemente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los diversos países.

<sup>120</sup> citado por CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, en Prólogo a la tesis de Esperanza CASTELLANOS RUIZ, *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en la compraventa internacional*, Granada, Ed. Comares, 1998, p. XI

<sup>121</sup> LARROUMET, Christian, Conferencia dictada el 12/6/96 en la Sede del Colegio de Abogados del Uruguay.

<sup>122</sup> FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo, FCU, 1991

<sup>123</sup> Cfr. LARROUMET, Christian, Conferencia dictada el 12/6/96 en la Sede del Colegio de Abogados del Uruguay.

2. Su aplicación no elimina la necesidad de acudir al sistema de conflicto como mecanismo ineludible para identificar al orden jurídico de referencia en el caso, lo cual está expresamente reconocido en el art. 1.4 de los Principios.
3. Entre sus finalidades fundamentales está la de asegurar la equidad en las relaciones comerciales internacionales estableciendo el deber de las partes de actuar según la buena fe.
4. Las distintas utilidades que los Principios pueden tener para los distintos operadores que intervienen en la contratación internacional y en la solución de las controversias a que ella da lugar están establecidas en su Preámbulo, aunque no en forma rígida o taxativa.
5. Para las partes, acordar someter su contrato internacional a las disposiciones de los Principios en forma expresa y directa, en cuyo caso su aplicación será preceptiva, tiene entre sus principales ventajas permitirles evitar la tendencia natural de cada una de las partes a pretender imponer su propia ley nacional o la ley más favorable a los propios intereses, y la imposición de la voluntad de una de las partes sobre las demás.
6. También sirven para superar las barreras idiomáticas en la negociación de un contrato internacional, así como de lista de control de las diferentes cuestiones que deben ser abordadas en la negociación y redacción del contrato, o como modelo para las cláusulas del contrato.
7. Es mucho más conveniente que elegir el derecho supuestamente neutral de un tercer Estado, ya que los Principios constituyen un instrumento que garantizan una auténtica e indiscutible “neutralidad”, que no puede compararse a la de ningún derecho estatal.
8. Es de gran utilidad para abogados, jueces o árbitros recurrir a los Principios como derecho aplicable al contrato, en particular cuando resulta extremadamente difícil, o imposible, establecer cuál es la regla de derecho aplicable.
9. Asimismo, lo son para interpretar o complementar textos internacionales de derecho uniforme o de derecho interno (material o de conflicto), al amparo –en nuestro caso-, del art. 16 C. Civil, y para adaptar las leyes nacionales a las realidades del mercado internacional.
10. Las partes y sus abogados pueden recurrir también a los Principios como modelo en la redacción de las cláusulas del contrato o para incorporar directamente alguna de las reglas previstas en los Principios como cláusulas del contrato. Ello resulta de particular utilidad cuando se trata de contratos entre partes provenientes de distintas culturas jurídicas.
11. Los Principios pueden servir de modelo a los legisladores nacionales e internacionales a la hora de codificar la temática de la contratación internacional.
12. Los Principios no requieren para su aplicación de la aprobación por los Estados, sino que su obligatoriedad proviene fundamentalmente de la voluntad de las partes.
13. También resultan aplicables –en forma facultativa- cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los ‘principios generales del derecho’, la ‘*lex mercatoria*’ o expresiones semejantes.
14. Los Principios se aplican a los contratos comerciales internacionales, aunque no incluyen una definición de éstos, dejando así en manos de los jueces o árbitros la determinación de estas dos condiciones. No obstante,

ambos conceptos –comercial e internacional- deben ser interpretados en el sentido más amplio posible.

15. Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico uruguayo no existe impedimento para que las partes puedan elegir regular su contrato por los Principios de Unidroit. Ello no contradice la proscripción de apartarse de las reglas de competencia legislativa establecidas por las normas de DIPr aplicables, en la medida en que no se excluye el ordenamiento jurídico indicado por dichas normas (el del lugar de cumplimiento del contrato). Por el contrario, los Principios se aplican con el límite del orden público y las normas imperativas de dicho derecho estatal. Este se aplicará también en todas aquellas cuestiones no previstas en los Principios.
16. Esperamos que este trabajo contribuya en algo a la difusión de los Principios de Unidroit en nuestro medio, destacando no sólo su valor técnico sustantivo sino sus ventajas prácticas para los operadores jurídicos.