

AVANCES EN LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES. CLÁUSULAS MODELO PARA LOS CONTRATANTES*

MARÍA CONCEPCIÓN PABLO-ROMERO GIL-DELGADO

*Profesor Titular Derecho Mercantil
Universidad Pública de Navarra*

Recibido: 01.11.2013 / Aceptado: 07.11.2013

Resumen: Los Principios Unidroit han recibido, desde su primera publicación en 1994, comentarios favorables por parte de la doctrina y han sido utilizados en la práctica cada vez con una mayor frecuencia. Sin embargo, los miembros del Unidroit son conscientes de que todavía queda mucho por hacer para generalizar su utilización por lo que han redactado un conjunto de cláusulas que se proponen como modelo para su aplicación a los contratos comerciales internacionales y que fueron aprobadas en el Consejo de Dirección celebrado del 8 al 10 de mayo de 2013. Estas cláusulas modelo se proponen para que sean utilizadas por los contratantes ya sea en el momento de la redacción del contrato o ya sea posteriormente para la resolución de los conflictos surgidos. Esperan con ello impulsar el conocimiento y la aplicación de los Principios Unidroit.

Palabras clave: contratos comerciales internacionales, modelos de cláusulas, utilización de los Principios Unidroit.

Abstract: From its first appearance in 1994 Unidroit Principles have received the most favorable comments and have been used more and more in practice. However, Unidroit members feel that the Principles have still to develop all their potentialities and want to promote their use by the international business and legal community. Following this perception and prepared by a group of experts the UNIDROIT Governing Council adopted, in their session of 8-10 may 2013, the Model Clauses for Use of UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. The Model Clauses are expected to serve the parties and their lawyers to make a choice in favour of Unidroit Principles either in the contract or after the dispute has arisen.

Key words: international commercial contracts, model clauses, use of Unidroit Principles.

Sumario: I. Función de los Principios Unidroit. II. Los modos de aplicación de los Principios Unidroit. III. Aplicaciones de los Principios otras que la elección por las partes. 1. Aplicación de los Principios cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato. 2. Aplicación de los Principios para interpretar instrumentos internacionales de derecho uniforme. 3. Aplicación de los Principios para completar o complementar el derecho nacional. 4. Aplicación de los Principios como modelo por los legisladores nacionales e internacionales. IV. Aplicación de los Principios por elección de las partes: un nuevo impulso y propuesta de “Modelos de cláusulas para la utilización de los Principios de los contratos comerciales internacionales”. 1. Cláusulas para acordar que los Principios Unidroit constituyan la ley reguladora del contrato. A) Cláusulas para elegir solo los Principios Unidroit. B) Cláusulas para elegir los Principios Unidroit completados por una determinada legislación nacional. C)

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación titulado «La unificación del Derecho privado patrimonial europeo: el Marco Común de Referencia y otras propuestas de integración», financiado por el PIUNA Plan de Investigación de la Universidad de Navarra, dirigido por Prof. Dr. EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA.

Cláusula para elegir los Principios Unidroit completados por los principios de derecho comercial internacional generalmente aceptados. 2. Cláusula para incorporar los Principios Unidroit como parte de los términos contractuales. 3. Cláusula para interpretar o complementar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos Internacionales de Venta de Mercaderías cuando ésta haya sido elegida por las partes. 4. Cláusula para elegir los Principios Unidroit como medio de interpretar o suplementar el derecho nacional aplicable.

I. Función de los Principios Unidroit

1. Los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales son un conjunto de reglas articuladas, y comentadas por los redactores, a disposición de los interesados como un modelo de reglamentación aplicable a sus relaciones contractuales. A diferencia de otros instrumentos de derecho internacional no tienen carácter obligatorio o vinculante para los contratantes a menos que estos hayan elegido su aplicación. Y tampoco se encuadran en el concepto clásico de norma de derecho internacional privado como norma de conflicto. Se presentan como un texto articulado, elaborado con finalidad de armonización jurídico sustantiva de la parte general de los contratos comerciales internacionales, de naturaleza opcional (*soft-law*) que, en la medida en que se generalice su aplicación, servirá a la unificación de los contratos comerciales internacionales y resulta, por tanto, un instrumento útil en la unificación del Derecho Comercial Internacional¹. Por otro lado, y a diferencia de otros instrumentos de *soft-law* de utilización generalizada en el tráfico comercial como los Incoterms o los Usos Uniformes relativos a los créditos documentarios, recopilados y editados por la Cámara de Comercio Internacional, han sido elaborados en el seno de una organización intergubernamental por un grupo de expertos independientes que representan a una gran variedad de sistemas jurídicos, económicos y políticos mundiales y se consideran, por ello, como un texto de autoridad.

2. Hasta ahora se han publicado tres ediciones de los Principios. La primera en 1994, la segunda en 2004 y la tercera en 2010². Las sucesivas ediciones no enmiendan a la anterior sino que la completan, y en cada una de ellas se amplía su contenido para incluir alguno de los aspectos de la contratación comercial internacional no regulados en las anteriores. Vemos así que el contenido de la última edición es sustancialmente más amplio y más desarrollado que en las anteriores aunque mantiene la misma estructura formal³.

¹ Entre otros: D. OSER, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: a governing law?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008; L. DA GAMA, "Presente y futuro de los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales", en *Tendencias y relaciones del derecho internacional privado americano actual*, 2010, 1ª ed. México, pp. 525-534.

² El Consejo de Gobierno de Unidroit aprobó el primer borrador de los Principios en 1971 pero el grupo de trabajo no se organizó hasta 1980. En 1981 se adoptó la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, lo que ayudó al grupo de trabajo en un doble sentido. Por un lado, abrió el camino para un proyecto más ambicioso: formular unos principios generales para todos los contratos comerciales internacionales. Por otro, convenció a los redactores de que el máximo desarrollo al que se podía aspirar, en relación a la unificación, por la vía de la adopción de instrumentos vinculantes era lo conseguido en la Convención. Con esta perspectiva los redactores se embarcaron en la elaboración de un texto que regulara la parte general de los contratos internacionales pero desecharon la idea de un texto vinculante de gran alcance y decidieron apostar por un texto que recopilara los principios de los contratos internacionales a partir de la legislación internacional y la práctica comercial relativa a los contratos comerciales. En 1994 se publicó la primera edición de los Principios, cuyo aspecto formal es similar a los *Restatements* del Derecho norteamericano.

³ La primera edición contiene: Disposiciones Generales (cap. 1), Formación (cap.2), Validez (cap. 3), Interpretación (cap. 4), Contenido (cap. 5), cumplimiento (cap. 6), Incumplimiento (cap. 7). El capítulo 6 tiene dos secciones: la primera, cumplimiento en general, la segunda, excesiva onerosidad (*hardship*). El capítulo 7 tiene cuatro secciones que se refieren a: Incumplimiento en general, Derecho a reclamar el cumplimiento, Resolución y Resarcimiento. La segunda edición no sustituye a la primera sino que la completa con nuevos capítulos referidos a Compensación (cap. 8), Cesión de créditos, Transferencia de obligaciones y cesión de contratos (cap. 9) y Prescripción (cap. 10). Se añade también una nueva sección 2 al capítulo 2 relativa al Apoderamiento de representantes. La tercera edición añade nuevas secciones referentes a la Ilícitud (sección 3, cap. 3), Obligaciones condicionales (sección 3, cap. 5), Pluralidad de deudores y acreedores (cap. 11), la sección primera relativa a los deudores, la segunda a los acreedores.

3. Los Principios Unidroit han sido considerados desde su aparición como un paso significativo hacia la globalización del pensamiento jurídico, en cuanto que representan una codificación privada o *restatement*⁴ de la parte internacional de los contratos y constituyen, sin duda, un esfuerzo importante para armonizar y uniformar el derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales⁵. En la redacción de los Principios los redactores fueron capaces de olvidarse de sus estrechos patrones jurídicos y con una gran amplitud de miras, consiguieron el gran logro de llegar a un terreno común. Además han realizado grandes esfuerzos para impulsar su aplicación, ya que sin esta aplicación práctica los principios hubieran tenido un impacto muy limitado.

4. Desde la primera edición los Principios fueron acogidos muy favorablemente por la doctrina, que ha dedicado gran atención a su estudio,⁶ y se ven como una buena solución en la práctica comercial internacional⁷. Su aplicación práctica ha sido también importante como se refleja en el número de decisiones arbitrales y judiciales que los ha tenido en cuenta para la resolución de conflictos⁸. Y por otra parte, han recibido el respaldo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en el Informe de su 45º período de sesiones, (A/67/17) de 25 de junio a 6 de julio de 2012 diciendo que “teniendo en cuenta que estos principios complementan una serie de instrumentos de derecho mercantil internacional, entre ellos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Com-

⁴ Aunque los Principios y los *restatements* del derecho de los Estados Unidos presentan muchas semejanzas sería engañosa su comparación por simple contraposición ya que, aunque ambos presentan la misma estructura, texto dispositivo articulado (*black letter*) y comentarios, los *restatements* norteamericanos se han elaborado partiendo del derecho existente en los EEUU, mientras que los Principios son independientes de cualquier derecho nacional y, por ello, a diferencia de los *Restatements* no son fuente del derecho aplicable, sino simplemente una indicación de lo que el derecho debiera ser.

⁵ J. M. PERILLO, “Unidroit Principles of International Commercial Contracts, The blackletter text and a review”, en *Fordham Law Review*, Vol. 63, 2, 1994, pp. 281-344; A. L. STEFFENS, “Principios para contratos comerciales internacionales: algunas consideraciones de derecho internacional privado en torno al proyecto de Unidroit”, en *Principi per i contratti commerciali internazionali e il sistema giuridico latinoamericano* (1996), pp. 45-50. M. J. BONELL, “The Unidroit Principles 2010: an international restatement of contract law”, en *Diritto del commercio internazionale*, 2011, 25, pp. 881-907. Entre nosotros, P. PERALES VISCASILLAS, “Los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales”, en BOSCH CAPDEVILLA (Coord.), *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, 2009, pp. 182-207.

⁶ Podemos encontrar numerosas referencias bibliográficas en la base de datos UNILEX, pero no pueden dejar de citarse los conocidos trabajos de M. J. BONELL, *An international Restatement of Contract Law, The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, 3rd. ed., 2005, Transnational Publishers, Inc., Irvington, NY, 2005; y *The UNIDROIT Principles in Practice. International Caselaw and Bibliography on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. 2nd ed., Transnational Publishers, Inc., Irvington, NY, 2006. (Editor) o también los comentarios dirigidos y editados por S. VOGELNAUER, S. (Ed.), *Commentary on the Unidroit principles on international commercial contracts (PICC)*, Oxford University Press, 2009. En España, es de obligada consulta el *Comentario a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*, coordinado por D. MORÁN BOVIO, 2ª ed., Thomson Aranzadi, 2003.

Por lo que se refiere a la versión 2010 de los Principios, pueden verse: P. BERNARDINI, “Principi Unidroit e arbitrato internazionale”, en *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 4, pp. 907-915; M. J. BONELL, “The Unidroit Principles 2010: an international restatement of contract law”, en *Diritto del commercio internazionale*, 2011, 25 pp. 881-907; M. J. BONELL, “The New Provisions on Illegality in the Unidroit Principles 2010”, *Uniform Law Review*, 2011, 3, pp. 517-536.; M. J. BONELL, “I principi Unidroit 2010: le novità”, *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 26, 3, pp. 795-807; E. BRÖDERMANN, “The impact of the UNIDROIT Principles on international contract and arbitration practice: the experience of a German lawyer”, *Uniform law review*, 2011, 16, pp. 589-612; S. I. CARBONE, “Principi Unidroit quale diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali tra autonomia privata e ordinamenti statali”, *Diritto del Commercio Internazionale*, 2012, 26, 3, pp. 47-58; A. CRIVELLARO, “Principi Unidroit e arbitrati internazionali” e *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 4, pp. 917-935; B. FAUVARQUE-COSSON, “The New Provisions on Conditions in the Unidroit Principles 2010”, *Uniform Law Review*, 2011, 3, pp. 537-548; M. FONTAINE, “The New Provisions on Plurality of Obligors and of Obligees in the Unidroit Principles 2010”, *Uniform Law Review*, 2011, 3, pp. 549-562; R. ZIMMERMANN, “The Unwinding of Failed Contracts in the Unidroit Principles 2010”, *Uniform Law Review*, 2011, 3, pp. 563-587.

⁷ Los Principios son actualmente sugeridos como derecho aplicable en contratos modelo elaborados por la Cámara de Comercio de París sobre Agencia comercial, Franquicia Internacional, distribución o intermediación ocasional. Vid. L. DA GAMA, “Principios”, cit. pp. 528. E. BRÖDERMANN, “The growing importance of the Unidroit Principles in Europe: A review in light of market needs, the role of law and the 2005 Rome I proposal”, *Uniform Law Review*, 2. 2006 pp. 749-770) destaca que la aceptación en los negocios internacionales deriva del hecho de que se trata de un instrumento neutral, listo para usar y, por tanto, económicamente muy eficiente.

⁸ La base de datos UNILEX recoge, 148 casos resueltos por los Tribunales, 20 de ellos en España, y 170 decisiones arbitrales.

praventa Internacional de Mercaderías”, felicita “al UNIDROIT por haber hecho una nueva aportación para facilitar el comercio internacional preparando normas generales sobre los contratos comerciales internacionales”, y “Recomienda la utilización de la edición de 2010 de los Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, según proceda, con los fines a que se destinan.”

5. Varias son las razones del éxito de los Principios. En primer lugar, la flexibilidad a la hora de su aplicación; en segundo lugar, el lenguaje comprensible de su redacción y de utilización generalizada en la contratación internacional, y, por último, pero no menos importante, el hecho de que sus redactores no buscaran la perfección de un sistema inamovible, sino su más bien su utilidad práctica. Por otro lado, los Principios han sabido renovarse y adaptarse a lo largo de los años a las circunstancias de la contratación comercial, lo que sin duda ha beneficiado también la buena imagen de los Principios como un cuerpo normativo capaz de dar solución a una gran variedad de posibles conflictos.

6. La flexibilidad de su aplicación nace del reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad imperante en toda la contratación, en general, pero muy especialmente en la contratación internacional. Es, sin embargo, necesario reconocer que los redactores de los principios han sabido ver que los negocios transnacionales a los que van dirigidos, están siempre en continua evolución y exigen la aplicación de normas que se adapten a ellos con facilidad y, sobre todo, que resulten útiles y eficaces para la regulación de sus relaciones contractuales.

7. Su estilo, semejante a los códigos civiles en su formulación, tiene un lenguaje directo y conciso para facilitar la comprensión por juristas y no juristas, de forma que pueda ser fácilmente entendible en todo el mundo, evitando los términos más complejos o especiales. En este sentido, puede hablarse de ellos como *lingua franca*, *checlist* de situaciones que implican negociación o incluso como esperanto de los negocios internacionales⁹.

8. El contenido es una mezcla de tradición e innovación. Tradición porque, cuando las había, se ha optado por elegir las reglas generalmente aceptadas o comunes en el derecho internacional (*common core approach*). Novedad, en el sentido de que cuando había diversas soluciones posibles, no se ha elegido la aceptada en un mayor número de países sino aquella que realmente tenía un mayor valor de persuasión o parecía adaptarse mejor a los negocios transfronterizos (*better rule approach*). Porque cuando hay muchas divergencias entre los diversos ordenamientos, como sucede en el ámbito internacional, esta es, en opinión de los redactores de los Principios, la mejor solución¹⁰.

9. Por último, aunque algunas normas incluidas en los Principios puedan no estar aceptadas con carácter general en un derecho nacional en concreto, las soluciones en ellos incluidas, son reconocibles en muchos de los ordenamientos jurídicos del mundo, aunque no coincidan exactamente con la ley de un determinado ordenamiento nacional. Y solo un pequeño número de artículos suponen una auténtica novedad y la razón de ellos hay que buscarla en las especiales necesidades de la contratación internacional. Así, los arts. 6.2.1 a 6.2.3, (*hardship*), los arts. 7.1.4, 9.1.9 y el art. 3.1.2, que declara la validez del contrato mediante el acuerdo de las partes sin que sea necesario ningún otro requisito adicional como la causa o *consideration*. Y, lo que puede resultar sorprendente, es que estas normas auténticamente novedosas, han recibido comentarios favorables por la doctrina e incluso han sido tenidas en cuenta en la interpretación del derecho nacional en algunos casos¹¹.

⁹ R. ILLESCAS ORTIZ, “Los Principios Unidroit: ¿una nueva *lingua franca* para la redacción de los contratos internacionales?”, en *Comentario a los Principios* cit. 385-394. L. DA GAMA, “Principios, cit. pp. 526; E. BRÖKERMANN, “Regional Experiences with the Unidroit Principles: The Impact of the UNIDROIT Principles on International Contract and Arbitration Practice – the Experience of a German Lawyer”, *Uniform Law Review*, 2011, pp. 589-612. M. J. BONELL, (*An international restatement*, cit. pp. 368) indica la conveniencia de hacer de ellos algo más que un esperanto o idioma común.

¹⁰ M. J. BONELL, “The Unidroit Principles”, cit. 2011, 25 pp. 884.

¹¹ M. J. BONELL, “The Unidroit Principles” cit. 2011, 25 pp. 885.

II. Los modos de aplicación de los Principios Unidroit

10. Los Principios, en cuanto conjunto de reglas opcionales pueden ser utilizadas y aplicadas en una gran variedad de situaciones, y que el Preámbulo sugiere en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

11. A simple vista se aprecia que existen dos grandes grupos de formas de aplicación: la primera, la elección, de manera más o menos directa, por las partes contratantes; la segunda, de manera complementaria al derecho internacional o nacional, cuando las partes no hayan manifestado su intención de aplicarlos en la regulación de sus contratos. En esta última opción, pueden ser utilizados como criterio para interpretar otros instrumentos internacionales o incluso nacionales, o pueden servir de modelo para el legislador, e igualmente pueden ser utilizados de cualquier otro modo que ayude a comprender los problemas, a identificarlos o a utilizar ese lenguaje común tan necesario en el derecho internacional.

12. Es evidente que la vía natural de aplicación de los Principios es su elección por los contratantes. Y para promover esta elección los redactores de los principios, y todos aquellos que de un modo u otro han participado como miembros en los órganos de Unidroit o en los grupos de trabajo sobre los mismos, no han escatimado esfuerzos. Y como un paso más en la promoción de los Principios y para fomentar su aplicación han redactado una serie de cláusulas modelo para que sean utilizadas por los contratantes, facilitando la elección de los Principios y su aplicación a sus contratos. Estas cláusulas modelo (*model clauses*) se aprobaron por el Consejo de Gobierno en la sesión 92 celebrada los días 8 a 10 de mayo de 2013.

13. Es difícil saber con exactitud cuál es el impacto real de la aplicación de los Principios, ya que en la mayoría de los casos en los que son elegidos por las partes no surge controversia alguna pero puede decirse, con carácter general, que son utilizados por un número muy elevado de operadores internacionales. Sin embargo, lo que resulta verdaderamente sorprendente es la buena acogida que han tenido los Principios en otros ámbitos en los que sólo pueden cumplir un papel de guía y orientación.

III. Aplicaciones de los Principios otras que la elección por las partes

1. Aplicación de los principios cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato

14. Los Principios, según su preámbulo, pueden aplicarse aun cuando las partes no hayan realizado esta concreta elección. En ausencia de elección del derecho aplicable la determinación de la norma de concreta aplicación debe hacerse según los criterios de derecho internacional privado. La cuestión suele plantearse en casos con relaciones contractuales complejas y con partes sometidas a varias legislaciones nacionales ninguna de las cuales conviene al caso¹².

15. Cuando esto se produce, se puede recurrir a los Principios porque ofrecen reglas para los contratos comerciales internacionales, que probablemente, son más adecuadas que las de derecho interno. De esta forma, cuando la ley aplicable es incierta o no existe una regla clara para resolver el punto

¹² Por ejemplo, las resoluciones de la Cámara de Comercio Internacional núms. 9771, 11601, 12698, 12193 y 13009, ésta última referida a un contrato de compraventa entre un vendedor de Lienchestein y un comprador español.

controvertido puede recurrirse a ellos¹³, entendiendo que el tribunal o árbitro están plenamente autorizados para aplicar los principios en cuánto fuente de reglas generales para los contratos internacionales. Hay que hacer notar, sin embargo, que la aplicación por los jueces y tribunales es más bien un deseo que una realidad ya que los jueces nacionales, vinculados por su legislación nacional, no gozan de la libertad y flexibilidad que tiene los tribunales arbitrales a la hora de la elección del derecho aplicable, por lo que estas situaciones se plantean casi exclusivamente en sede arbitral¹⁴.

2. Aplicación de los Principios para interpretar instrumentos internacionales de Derecho uniforme

16. Se plantea con esta propuesta de aplicación de los Principios una cuestión básica en la interpretación de textos internacionales como es el hecho de que siendo los principios un instrumento de *soft-law* y que no han sido elaborados como algún tipo de Tratado susceptible de ser aprobado e incorporado por los estados a su derecho nacional, hay que analizar cómo puede justificarse su aplicación sin que se haya hecho alguna referencia a ellos en el texto a interpretar. La cuestión ha sido ampliamente debatida en relación con la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías que en su art. 7.1 establece que en |de promover la uniformidad en su aplicación, y en el 7.2 que las cuestiones que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado. Y la controversia es si dentro del concepto “principios generales en que se basa la Convención”, pueden entenderse comprendidos los Principios de Unidroit.

17. Dos posturas principales son las que se enfrentan en este punto: la de quienes sostienen que los Principios actúan como fuente supletoria de las disposiciones de la CVCIM¹⁵ y la de quienes entienden que los Principios no tienen papel alguno en la interpretación de la CVCIM ya que, siendo un texto posterior y de elaboración académica, no pueden ser utilizados en la interpretación de un texto anterior y, desde luego, obligatorio cuando haya sido aceptado por algún país¹⁶. Existe una tercera aproximación al problema que entiende que las disposiciones de los Principios de Unidroit pueden aplicarse como norma integradora de la CVCIM cuando correspondan a alguno de los “principios generales” en que ella se basa¹⁷.

18. Aunque no han faltado decisiones arbitrales aplicando los Principios Unidroit de acuerdo con la primera posición¹⁸, considerando aplicables los Principios Unidroit sobre la base de que se trata

¹³ A.R. VIDAL OLIVARES, “La función integradora de los Principios Generales en la compraventa internacional de mercaderías y los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales”, *Anuario de Derecho Civil*, 2003, pp. 993-1041, en especial pp. 1027, en donde se hace eco de las opiniones de Alejandro GARRO y Allan FARNSWORTH.

¹⁴ En este sentido, E. BRÖDERMANN, “The growing importance, cit. pp. 760; H.D. GABRIEL, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: an American Perspective on the Principles and their use*”, *Uniform Law Review*, 2012, pp. 507-532, (en especial, pp. 518).

¹⁵ A. GARRO, “The gap filling role of the Unidroit Principles in International Sales Law: Some Comments on the interplay between the Principles and the Ciscg”, *Turlane Law Review*, 1995, pp. 1149-1157.

¹⁶ F. SABOURIN, en BONELL (Ed.), *A new approach to International Commercial Contracts. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Kluwer International, 1999, pp. 237 y ss.

¹⁷ M.J. BONELL, “The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and CISG- Alternatives or Complementary Instruments?” *Uniform Law Review*, 1996, pp. 26-39. Matizan la position de Bonell: J. BASEDOW, “Uniform Law Convention and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, *Uniform Law Review*, 2000, 129, pp. 129-139 y U. MAGNUS, “General Principles of the UN-Sales Law”, *Rebels Zeitschrift*, Volume 59 (1995), Issue 3-4 (October), (trad. Lisa Habersfellner). En la misma línea que Bonell se sitúa J. KOTRUSZ, (“Gap filling of the CISG by the Unidroit Principles of International Commercial Contracts”, *Uniform Law Review*, 2009, 119-163) que señala que a pesar de su diferente forma ambos textos están íntimamente relacionados y comparten muchos de los planteamientos básicos y es indudable la utilidad que tienen los Principios Unidroit en la interpretación de la CVCIM.

¹⁸ A pesar de las reservas de la doctrina, tanto árbitros como jueces, no han tenido tantos miramientos teóricos para aplicar los Principios. En la base de datos UNILEX aparecen recogidas 35 resoluciones, 11 judiciales y 24 arbitrales, entre ellas: Court d’ Appel de la Chambre de Commerce de Grenoble en Resolución de 23 de octubre de 1996. Y más recientemente, Resolución 12460 de Cámara de Comercio Internacional (2004); International Court of Arbitration of the Chamber of the Russian Federation de 1 de febrero de 2007, 8 de febrero de 2008 y 13 de mayo 2008; Foreign Trade Court of Arbitration attached to the

de principios generales en los que se basa la CVCIM, lo cierto es que tercera vía, defendida por Bonell, es la que parece más razonable¹⁹, aunque pueda resultar más complicada su aplicación práctica²⁰ ya que hay que analizar en cada caso cuales son los principios generales de la CVCIM y, por tanto, habrá que analizar en primer lugar, si la materia está o no incluida en la CVCIM y, en segundo lugar, si existe un principio general inspirador de la CVCIM. Siendo esto así, podrán tenerse en cuenta los Principios de Unidroit para interpretar y completar las lagunas de la CVCIM con los Principios de Unidroit²¹.

3. Aplicación de los Principios para interpretar o complementar el derecho nacional

19. Los Principios Unidroit no constituyen ley directamente aplicable y por lo tanto no vinculan a los jueces nacionales y probablemente los jueces no reconocerán la elección de las partes al designar los Principios como ley rectora del contrato y aunque la vía más directa de servirse de ellos sería su aplicación por los jueces estatales, hoy por hoy, las leyes internacionales no reconocen tal libertad e impiden aplicar otras normas que las estatales en un procedimiento nacional²², al contrario que los tribunales arbitrales, en los que se admite fácilmente la aplicación de instrumentos de *soft-law*. Esto, no obstante, no impide que los jueces puedan, en absoluto, utilizar los principios. Incluso en aquellos ordenamientos en los que es imposible aplicar directamente los principios por elección de las partes, existen otras fórmulas para posibilitar su aplicación.

20. En primer lugar, y de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad en la contratación privada, las partes pueden incorporar los principios como parte del contrato incluyéndolos en su contenido como elementos del mismo. Y en segundo lugar, los Principios pueden ser utilizados para completar lagunas o para solventar dudas trayendo soluciones y nuevos argumentos importados de otros ordenamientos, ya sea en la interpretación de normas internacionales aplicables o el propio derecho nacional, posibilidad ésta que depende de los criterios de interpretación de las normas que vinculen a los tribunales y el hecho de que se trate de textos no vinculantes no impide su utilización como una ayuda valiosa en la interpretación.

21. Los mayores problemas se plantean, sin duda, en los casos en los que, bien por elección directa o por incorporación de los Principios como cláusulas contractuales, estos choquen con leyes nacionales imperativas. Y esto puede darse frecuentemente, ya que es actuación común en la práctica internacional tratar de acomodar la redacción para construir una regulación del contrato que sea al mismo tiempo autosuficiente pero deslocalizada e internacionalizada sin referirse a ningún ordenamiento concreto. Los redactores de los Principios Unidroit, conscientes del problema, lo han abordado en la versión 2010 explicando en los comentarios al art. 1.4 las consecuencias de la existencia de una norma nacional imperativa, buscando garantizar los efectos queridos por las partes pero compro-

Serbian Chamber of Commerce de 23 de enero 2008.

¹⁹ Así lo expresa A. VENEZIANO, "Uniform Principles and Cisg: Change of circumstances and duty to renegotiate according to the Belgian Supreme Court", *Uniform Law Review*, 2010, pp. 137-149. El asunto que comenta en su artículo puede verse como un caso típico de cómo los Principios Unidroit pueden ayudar a interpretar la CVCIM y apoyar la existencia de un principio inspirador de la misma, mostrando al mismo tiempo como este principio puede ser fácilmente convertido en una norma específica.

²⁰ Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft - Wien (Vienna) de 15 de junio de 1994, SCH-4318 y SCH-4366; Court d'Appel de Grenoble de 23 de octubre de 1996; Cámara de Comercio Internacional 1995 núm. 8128, de diciembre 1996, núm. 8769 y diciembre 1997 núm. 8817, de 2004 núm. 12460.

²¹ A parecida conclusión parece llegar Vidal Olivares, A.R., "La función integradora", cit. pp. 1040-1041.

²² S. VOGENAUER, "Interpretation of the Unidroit Principles of international commercial contracts by national courts", en H. J. SNIJDERS, y S. VOGENAUER, *Content and meaning of national law in context of transnational law*, Munich, 2009, pp. 157-196; J. KLEINHEISTERKAMP, "Los Principios Unidroit en la interpretación del derecho nacional por tribunales estatales", en *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales*, en P. PERALES VISCASILLAS, y A. MARTÍNEZ CAÑELLAS, (Dir.), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 176-187.

bando, al mismo tiempo, la corrección de la conducta de las partes contratantes, según lo exigido por el derecho nacional²³.

22. La solución adoptada en los principios no permite que en aras de la libertad de las partes se atribuya a la autonomía privada una fuerza normativa tal que llegue a permitir que se prescinda absolutamente de encuadrar la relación contractual en un adecuado sistema normativo, confirmando la imposibilidad de aceptar la válida existencia de un contrato contra ley. Y el reconocimiento y el papel principal de la autonomía de la voluntad no supone en modo alguno la preeminencia absoluta de los Principios sobre aquella disciplina del ordenamiento estatal en cuyo ámbito vayan a desarrollarse sus efectos. Y solamente mediante el respeto a la norma jurídica especialmente relevante en ese ordenamiento podrán obtenerse los efectos de la relación contractual con garantía de efectividad de la elección realizada por las partes a favor de esta norma jurídica de origen internacional a la que han decidido someterse²⁴. Y así se prevé que, solo el caso en que el ordenamiento estatal no tuviera previsión alguna, puedan utilizarse los remedios que en los Principios se señalan. Remedios de naturaleza contractual y que sean razonables atendiendo a las circunstancias, pero teniendo en cuenta también los principios generales del ordenamiento al que pertenece la norma violada. Dado el carácter flexible de la expresión “atendiendo a las circunstancias”, es posible utilizar varias técnicas, que pueden consistir en exigir el resarcimiento del daño o la remoción de los efectos del contrato, sin que pueda oponerse la inexigibilidad basada en el hecho de que una norma ha impedido el cumplimiento del mismo. No debe haber duda, en que si la norma nacional establece las consecuencias de su contravención, serán estas las que se aplicarán, puesto que en ellas se contemplan los remedios restitutorios o resarcitorio además de la invalidez de la relación contractual, bien entendido que la invalidez puede afectar solamente a una o varias partes del contrato, permaneciendo válidas las demás, siempre que esa parte no sea de tal importancia que haga inválido todo el contrato.

23. No tratándose de normas imperativas, en la práctica actual, los Principios han sido utilizados con bastante frecuencia para interpretar o integrar lagunas en el Derecho nacional. Y en muchos de estos casos las cuestiones litigiosas lo eran de carácter interno y no internacional²⁵. Y en muchos de estos casos la invocación de los Principios se ha hecho para demostrar que la solución adoptada según las normas nacionales estaba en consonancia con los principios y normas generalmente aceptados y reconocidos en el derecho internacional. Puede decirse, señala Bonell, que, por lo que se refiere a la función de interpretación e integración del derecho nacional, el papel como *restatement* de los principios es incluso más importante que su papel como reglas rectoras de los contratos comerciales internacionales y que resultan especialmente adecuadas como precedentes legislativos en la aplicación del derecho nacional en el ámbito internacional como una especie de *ius commune*²⁶.

24. Por lo que se refiere a la jurisprudencia española, son ya muy numerosos los casos en los que se utilizan los Principios de Unidroit como referencia para interpretar el derecho nacional. Desde el año 2006 el Tribunal Supremo ha publicado 19 sentencias²⁷, mientras que en las Audiencias Provinciales

²³ Sobre ello en especial, S. M. CARBONE, “I Principi Unidroit quale diritto applicabile ai contratti commerciali internazionali tra autonomia privata e ordinamenti statali”, en *Diritto del commercio internazionale*, 2012, 26, pp. 47-58. Con anterioridad a la nueva redacción de los Principios, S. VOGNAUER, “Interpretation of the Unidroit Principles”, cit. pp. 183-187.

²⁴ M.J. BONELL, “The Unidroit Principles”, cit. 2011, pp. 905.

²⁵ En la base de datos UNILEX se recogen 179 casos, de los cuales 70 son decisiones arbitrales y 109 decisiones judiciales, y entre ellas 25 decisiones judiciales reflejan que las soluciones previstas en las normas nacionales están en consonancia con las normas internacionales. Por otra parte, en 49 decisiones judiciales los principios han servido para interpretar o integrar el derecho nacional. Puede verse, E. FINAZZI AGRÒ, “The impact of the Unidroit Principles in International Dispute Resolution in Figures”, en *Uniform Law Review*, 2011, pp.719-733.

²⁶ M.J. BONELL, “The Unidroit Principles”, cit. 2011, pp. 906. Es interesante el debate sobre la creciente importancia de los Principios Unidroit como un *restatement* útil en la aplicación del derecho nacional que puede verse en R. MICHAELS, “Rethinking the Unidroit Principles: from a law to be chosen by the parties towards a general part of transnational contract law”, *RebelsZ*, 73, 1999 pp. 866.

²⁷ SsTS 4 julio 2006 (RJ 2006\6080), 16 mayo 2007 (RJ 2007\4616), 09 julio 2007 (RJ 2007\5433), 23 julio 2007 (RJ 2007\4702), 21 diciembre 2007 (RJ 2008\335), 17 febrero 2010 (RJ 2010\1284), 15 junio 2010 (RJ 2010\5151), 02 mayo 2011

en este último año 2013 se ha producido una verdadera cascada de casos resueltos desde las primeras resoluciones que encontramos en los años 2007 y 2008²⁸. Entre ellos, el grupo más numeroso de casos son aquellos en los que se utilizan los Principios para justificar el cumplimiento o incumplimiento de un contrato, que se considera incumplido cuando la conducta de una de las partes origina la frustración del contrato privando a la otra de lo que tenía derecho a esperar²⁹. Pero no faltan otros en los que se recurre a los Principios para aclarar en qué sentido debe interpretarse el contrato, para justificar la reclamación de daños, incluso morales o indemnización por lucro cesante en un caso de contrato de agencia o para invocar la exigencia de buena fe de los contratantes. Se ha recurrido también a los Principios para explicar, en sede de teoría general de las obligaciones y contratos, el ejercicio desleal del derecho³⁰. Los casos de incumplimiento, que son la mayoría, casi todos ellos referidos a compraventas civiles (p.ej. venta de plaza de garaje) o mercantiles (p.ej. suministro de carbón o de limones), utilizan el recurso a los Principios de Unidroit para justificar la interpretación del sentido que hay que dar al incumplimiento, siendo este esencial cuando se frustra el fin del contrato, lo que justifica la resolución del mismo, y para diferenciarlo de patologías menos graves. Resulta llamativo, por otro lado, la utilización que se hace de los criterios que deben tenerse en cuenta en la interpretación del contrato y cómo, al aplicar el 1281 CC según el sentido actual y, acudiendo a los textos del Derecho Comparado (Unidroit, DCFR), se señala repetidamente que es necesario indagar en el sentido de los términos, en la intención de los contratantes, en la circunstancias que sean relevantes y a tener en cuenta en la interpretación. De igual modo se utilizan estos textos para reforzar el sentido del art. 1258 CC respecto a la buena fe de los contratantes.

25. Sirvan de ejemplo, la STS de 8 de mayo de 8 mayo 2012 (RJ 2012\6117), relativa a la interpretación del contrato y la STS 28 de junio 2012 (RJ 2012/8353) relativa al incumplimiento. En la primera, un caso de impago de parte de un contrato de venta de acciones y préstamo, en relación a las diferencias de interpretación sostenidas por las partes, textualmente se dice que “En definitiva, en nuestro sistema, la interpretación del contrato no puede quedarse en el análisis de lo que se manifestó querer y de si la expresión es clara, ya que, sin perjuicio de que puedan entrar en juego reglas interpretativas y el principio de autorresponsabilidad por lo declarado, prevalece lo realmente querido por las partes. En tal sentido son de destacar con las tendencias doctrinales sobre la función de la interpretación contractual puestas de manifiesto en el artículo 4, de los Principio UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales -[e]l contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes-, el apartado 1 del artículo 5:101 de los principios de Derecho Europeo de los contratos - [e]l contrato se interpreta de acuerdo con la intención común de las partes aunque difiera del significado literal de las palabras”- y el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones de la Comisión de Codificación de 2009 - “[l]os contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras-“. En la segunda, un caso de demora en la entrega de una vivienda, se dice que hay que entender que “el incumplimiento ha de ser grave o sustancial, lo que no exige una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento pero sí que su conducta origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte... lo que ocurre, en los términos de los Principios de UNIDROIT (art. 7.3.1 [2.b]), cuando se «priva sustancialmente» al contratante, en este caso, al comprador, «de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato».

(RJ 2011\3725), 27 junio 2011 (RJ 2011/5839), 4 octubre 2011 (RJ 2011/6701), 12 diciembre 2011 (RJ 2012\32), 18 enero 2012 (RJ 2013/1604) 29 febrero 2012 (RJ 2012\4053); 8 mayo 2012 RJ 2012\6117; 28 de junio 2012 (RJ 2012/8353) 10 septiembre 2012 (RJ 2013/2266), 27 septiembre 2012 (RJ 2012/9707), 17 enero 2013 (RJ 2013/1819), 18 enero 2013 RJ 2013\1604 20 marzo 2013 RJ 2013\4594 de 3 mayo 2013 (RJ 2013\461017), 18 julio. RJ 2013\5200 17 septiembre 2013 (JUR 2013\322699).

²⁸ Son tantas ya, sólo del 1 de enero hasta el 31 de octubre del año 2013 se han publicado 65, que merecen un estudio analítico y pormenorizado de su contenido, pero en esta sede, solo citaré algunas de las más significativas como las Ss APCádiz 19 enero 2009 (AC 2009\283); APLeida 13 septiembre 2007 (JUR 2007\335298); APMadrid, 12.11.2007 (JUR 2008\39941) y 27.05.2008 (JUR 2008\212788); APMurcia de 8 julio 2011 (JUR 2011\318920); APPontevedra 18 septiembre 2013 (JUR 2013\313395); APTarragona 26.11.2007 (JUR 2008\74705); APValencia, 17 febrero 2010 (JUR 2010\222899), 06.03.2009 (AC 2009\894) y 21 mayo 2012 AC 2012\1035); AP Santa Cruz de Tenerife 07.03.2012 (JUR 2013\1313); APBarcelona 13 de marzo 2013 (JUR 2013\171241).

²⁹ 28 de junio 2012 (RJ 2012/8353), ponente Juan Antonio Xiol Rius.

³⁰ SAPBarcelona 15 mayo 2013 (JUR 2013\217349).

4. Aplicación de los Principios como modelo para los legisladores nacionales e internacionales

26. Uno de los usos posibles de los Principios es servir de modelo para los legisladores nacionales o internacionales y hay que reconocer, que en el ámbito del derecho comercial esta opción se va abriendo camino poco a poco. Desde los primeros pasos en la unificación del derecho privado es indudable la influencia que han tenido algunos textos en todo el desarrollo posterior del derecho nacional o en las distintas propuestas de unificación del derecho privado europeo³¹. No cabe duda de que el texto de referencia en este ámbito es la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías pero lo cierto es que los textos posteriores, recogiendo muchas de las soluciones en ella propuestas, acaban teniendo una influencia recíproca³². Y está claro que siendo los Principios un texto que abarca no un contrato en particular sino que va dirigido a los contratos en general ha tenido mucha influencia en los trabajos posteriores de unificación. Esta influencia puede apreciarse claramente tanto en los Principios Lando como en la propuesta del Draft Common Frame of Reference³³ o en la posterior propuesta de Reglamento de la Compraventa Europea³⁴. Y es notable la influencia de los Principios en muchas de las reformas que se han producido en los derechos internos en los últimos años³⁵. En Europa, los principios han inspirado los Códigos Civiles de Estonia y Lituania (2001), o la reforma francesa sobre prescripción en materia civil (Ley n° 2008-561 de 17 junio 2008) y, sólo en parte, se deja ver la influencia en el Código Civil alemán (BGB) de 2002.

27. Mención especial, y auténticamente novedosa en este momento, merece la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y presentada al Ministro de Justicia el 17 de junio de 2013³⁶ que dice expresamente, en la página 44 de Exposición de Motivos, que la parte general de Obligaciones y Contratos Mercantiles se regulan las cuestiones fundamentales siguiendo básicamente los trabajos de Unidroit. Y más adelante, en la página 72, sigue diciendo que “las normas que se establecen sobre los contratos mercantiles en general se inspiran en los trabajos realizados a nivel internacional con el fin de unificar las normas que han de ser aplicadas al tráfico mercantil. Entre tales trabajos hay que destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías... los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para Unificación del

³¹ Una excelente panorámica puede verse en R. MICHAELS “Preamble I: Purposes, Legal Nature, and Scope of the PICC; Applicability by Courts; Use of the PICC for the Purpose Of Interpretation and Supplementation and as a Model”, en S. VOGELAUER, *Commentary on the Unidroit*, cit. pp. 1-21.

³² Esto no debería de extrañar si se tiene en cuenta que los integrantes de los grupos de trabajo para su preparación son, en muchos casos, los mismos.

³³ Sobre el DCFR, E. VALPUESTA GASTAMINZA, (Coord.), *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, Bosch, 2011. Una comparación entre el DCFR y los Principios Unidroit puede verse en M.J. BONELL, J. Y R. PELEGGI, “Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Draft Common Frame of Reference: a Synoptical Table”, *Uniform Law Review*, 2009, pp. 436-554.

³⁴ La Propuesta de Reglamento sobre la Compraventa Europea (COM (2011) 635 final), centrándose en el contrato de compraventa dedica también una parte importante de su articulado a la regulación general del régimen de contratos. Al parecer la pretensión del legislador de la UE es que este texto sirva como punto de partida para la unificación del derecho privado patrimonial. El texto ha sido ampliamente debatido en la doctrina, pero mucho más por el carácter opcional de su aplicación que por el fondo de la regulación. Es destacable el número especial que la revista *Contratto e Impresa/Europa*, le dedica en 2012 con el título *Trenta giuristi europei sull'idea di codice europeo dei contratti*. Tanto el DCFR como la Propuesta Reglamento de compraventa parten de un planteamiento diferente de la CVCIM o los Principios Unidroit. En estos, su ámbito de aplicación se ciñe a la contratación internacional entre comerciantes mientras que el DCFR o la Propuesta de Reglamento de Compraventa Europea, y mucho más sobresaliente en esta última, tienen una marcada tendencia a la protección de los consumidores. Desde este punto de vista, por todos: E. VALPUESTA GASTAMINZA, La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2013, pp. 196-216.

³⁵ M.J. BONELL, “The Unidroit Principles 2010: an International Restatement of Contract Law, *Diritto del Commercio Internazionale*, 2011, 4, pp. 881-908.

³⁶ Se sigue en ella lo que ya se proponía en Borrador de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad, aprobado por la Comisión General de Codificación (sección de Derecho Mercantil) el 16 de marzo de 2004.

Derecho Privado (UNIDROIT)”, así como los trabajos de la Comisión Landó”. Pero también en la regulación de los contratos en particular aparecen referencias a los trabajos de Unidroit, como en el contrato de compraventa en la página 78, y en el contrato de leasing, en la página 93.

28. En el contenido de esta propuesta se aprecian claramente algunos preceptos que tienen una redacción casi idéntica a la de los Principios, como es el caso del art. 413-1 cuando dice que los contratos se perfeccionan, modifican o extinguen por el mero consentimiento; el art. 416-2 sobre “excesiva onerosidad” o el art. 415-1 relativo a la solidaridad en las obligaciones mercantiles, aunque en todo el articulado se deja notar la impronta de los Principios al acogerse en ella reglas tales como la exigencia de documentación por escrito, los deberes precontractuales de buena fe y confidencialidad, la perfección del contrato por la aceptación de la oferta, la interpretación conforme a la intención de las partes atendiendo a todas las circunstancias, deber de cooperación de las partes en el cumplimiento del contrato.

IV. Aplicación de los Principios por elección de las partes: los “Modelos de cláusulas para la utilización de los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales”

29. Hasta ahora los Principios Unidroit han tenido una buena acogida en la doctrina y en la práctica como hemos ido viendo pero, preocupados siempre en Unidroit por conseguir la máxima difusión y aplicación de los Principios, quieren dar un paso más. Y después de aprobada la versión 2010, en la Sesión 91 de mayo de 2012, el Consejo de Dirección de UNIDROIT a propuesta del Profesor Don Wallace, decidió poner en marcha un grupo de trabajo reducido para preparar unos Modelos de Cláusulas que puedan ser utilizadas por las partes para manifestar en el contrato, de la forma más precisa posible, el sentido en que quieren que se utilicen los Principios de UNIDROIT durante el cumplimiento del contrato o cuando hayan surgido conflictos en su aplicación. No cabe duda que ésta, la aplicación por las partes a sus contratos, es la vía más lógica de generalización de su difusión.

30. El Grupo de Trabajo, compuesto por expertos reconocidos internacionalmente en el ámbito del Derecho Internacional y Arbitraje, celebró su primera reunión en Febrero de 2013. Como fruto de ella se ha elaborado una propuesta por el relator del grupo Profesor Bonell, que fue presentada y quedó aprobada por el Consejo de Dirección de UNIDROIT celebrado los días 8 a 10 mayo de 2013³⁷.

31. En la preparación de estos modelos de cláusulas se han tenido en cuenta tanto la práctica contractual actual como la manera en que jueces y tribunales arbitrales han aplicado los Principios, a veces, incluso, aunque las partes no hubieran hecho referencia alguna a ellos en el contrato. Las cláusulas que se proponen se han dividido en 4 bloques: 1) las que se designan los Principios como la ley reguladora del contrato; 2) las que se refieren a los Principios como términos que deben ser incorporados al contrato; 3) aquellas que se refieren a los Principios como un medio de interpretar y suplementar legislación uniforme internacional; y 4) las que designan a los Principios como medio de interpretar y suplementar las leyes nacionales. Se han preparado dos variantes de cada una de las cláusulas en aquellos casos en que resultaba necesario: una, para ser incluida en el contrato y, otra, para que pueda ser usada después que haya surgido el conflicto. Se ha evitado ser excesivamente ambicioso y se ha intentado no rebasar los límites que en la mayoría de las leyes nacionales se imponen a la libertad de elección de la legislación aplicable al contrato. Por esta razón algunas cláusulas quedan reservadas a los tribunales arbitrales y otras en cambio pueden utilizarse tanto si se sustancia la controversia ante jueces nacionales o ante tribunales arbitrales.

³⁷ Los sucesivos borradores ((UNIDROIT 2013 – Study L – Doc. MC 1 Rev; UNIDROIT 2013 – Study L – MC Doc.3 y UNIDROIT 2013 – Study L – MC Doc.4) pueden verse en la página de Unidroit: www.unidroit.org/english/principles/modelclauses/main.htm. y el texto definitivo en: www.unidroit.org/english/principles/modelclauses/modelclauses-2013.pdf. El texto está redactado en inglés; la traducción es mía.

32. Los redactores del proyecto tienen una gran confianza en que la utilización y la generalización de estas cláusulas puedan servir para aumentar considerablemente la utilización de los Principios. Ahora bien, es importante para que el uso de las cláusulas se generalice proponer un número, relativamente reducido, pero bien escogido de todas las posibles y que el lenguaje que se utilice en su redacción sea sencillo. Ya que si los Principios han tenido éxito y buena acogida entre los operadores jurídicos es precisamente por su naturaleza informal y por la flexibilidad que tienen en su utilización.

33. Estos modelos de cláusulas van dirigidos especialmente a abogados y asesores de los contratantes pero también a los jueces y tribunales. Claro es que las necesidades de uno y otros son distintas. Los abogados necesitan indicaciones claras para saber cuándo es conveniente utilizarlas mientras que los jueces y árbitros lo que quieren es entender el mecanismo de cómo funciona cada una de ellas.

34. Aunque pueda parecer que lo ideal es que las cláusulas estén incorporadas en el contrato desde el mismo momento de su redacción, a veces se plantea la cuestión de la posible utilización de los Principios en el momento en que surge la controversia. Para estos casos se han previsto también cláusulas que, una vez pactadas, facilitarán la tarea de resolver los problemas no previstos, tanto de interpretación de los términos contractuales como de elección del órgano jurisdiccional o arbitral que deba resolverlo.

35. Todavía queda mucho por hacer en la aplicación de los Principios y es por eso que se busca el medio de potenciar su utilización. Este problema no lo tienen otros instrumentos internacionales que son vinculantes como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, que son ley directamente aplicable en aquellos países que la han incorporado a su legislación nacional, pero los Principios, en cambio, son un cuerpo normativo de *soft-law*, por lo que hay que convencer a la comunidad internacional de la conveniencia de su utilización, ya que un cuerpo de normas de este tipo, ofrece muchas posibilidades y una gran flexibilidad en su utilización, lo que permite que pueda adaptarse mejor a las características y peculiaridades de cada contrato en concreto.

36. La estructura del texto adoptado tiene dos partes: por un lado, el texto de cada una de las cláusulas, redactado de forma precisa y concisa y, por otro, unos comentarios a las mismas. A ellos se dejan las aclaraciones que explican, en aquellos casos en que resulta necesario el alcance y contenido del texto de la cláusula propuesta.

37. Por supuesto que las cláusulas adoptadas se refieren a los Principios 2010 pero las partes pueden elegir las versiones anteriores, 1994 o 2004, de los mismos siempre que lo crean conveniente. Esta designación, sin embargo, deberán hacerla expresamente ya que, de otro modo, se entenderán referidas a la versión 2010.

38. Hay que dejar claro que el propósito de estas cláusulas es permitir a las partes indicar de forma precisa en qué sentido quieren utilizar los Principios en el cumplimiento de contrato o ante una controversia, pero deben ser conscientes de que los jueces y árbitros pueden aplicar los Principios, aunque las partes hubieran decidido no utilizarlas en sus contratos, de acuerdo con las circunstancias del caso tal como han hecho hasta ahora. Esta es una consecuencia directa del ámbito de aplicación de los Principios en cuyo preámbulo se señala cuál es el propósito de los mismos.

1. Cláusulas para acordar que los Principios Unidroit constituyan la ley reguladora del contrato

39. Hay muchas razones para que los contratantes elijan como ley aplicable al contrato los Principios UNIDROIT, ya que las partes de un contrato se muestran normalmente reacias a aceptar el derecho de la otra para que rija relación contractual y prefieren para ello la opción de un derecho neutral. Es cierto que, a veces, una de las partes es lo suficientemente fuerte para imponer a la otra su ley nacional pero no es esta la situación más común. Los Principios de UNIDROIT son una buena alternativa en la

medida en que permiten a las partes optar por un cuerpo normativo que contiene un conjunto de reglas equilibradas y que comprenden prácticamente todos los aspectos del contrato.

40. Dentro de esta opción general caben distintas variedades: 1) elegir los Principios UNIDROIT solos, sin referencia alguna a otras normas que pudieran completarlos; 2) elegir los Principios completados por una determinada ley nacional; o 3) completados mediante “los Principios de derecho comercial internacional generalmente aceptados”.

41. Sea cual sea la opción, la elección de las partes puede referirse a la totalidad de los Principios o a alguna parte de ellos en particular. Por otro lado, al elegir los Principios como ley reguladora del contrato es conveniente que acuerden también una cláusula de sumisión a arbitraje. De otro modo, al ser resuelto el conflicto ante los jueces nacionales que correspondan pueden encontrarse con que las normas no-estatales obligaran a las partes solo en la medida en que no estén en conflicto con la ley nacional aplicable. La razón no es otra que en el ámbito internacional se ha limitado tradicionalmente la libre elección de las partes en relación con la ley nacional aplicable, y pueden no admitirse como tal los llamados instrumentos de *soft-law*. Si este fuera el caso, por el juego del derecho internacional, los Principios de UNIDROIT se verían como cláusulas incorporadas en el contrato pero no como ley aplicable. Y sin embargo en el ámbito del arbitraje internacional está generalmente aceptado que las partes elija para regular el contrato estos instrumentos de *soft-law* excluyendo la aplicación de cualquier ley nacional, que quedará limitada en su aplicación a lo que resulte de carácter imperativo. Por otra parte, este tipo de norma suelen ser de derecho público, por lo que su aplicación junto a los Principios de UNIDROIT no suelen ocasionar verdaderos problemas.

A) Cláusulas para elegir solo los Principios Unidroit

42. Cuando las partes deciden elegir solamente los Principios como la ley reguladora de su contrato puede suceder que surjan cuestiones conflictivas que no están expresamente reguladas en su texto o incluso que caigan fuera de su ámbito de aplicación. En estos casos la cuestión que se plantea es como resolver estos problemas de aplicación. Si nos encontramos ante un supuesto que no se encuentra expresamente regulado pero que cae dentro de su ámbito de aplicación, la cuestión deberá resolverse según sus principios generales subyacentes, de acuerdo con lo expresado en el art. 1.6 (2). Por el contrario, las cuestiones ajenas a su ámbito de aplicación, y en absoluto reguladas por los Principios, deberán resolverse por aquellas normas que les sean de aplicación según lo establecido por el Derecho Internacional, lo que desde luego puede causar algunos conflictos.

43. Dos son las cláusulas que a estos fines se proponen, una para ser incluida en el contrato y otra para ser acordada cuando el conflicto ya se haya producido:

(a) Cláusula para ser incluida en el contrato

“Este contrato se regirá por los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010)”.

(b) Cláusula para utilizarse una vez que haya surgido el conflicto

“Los conflictos derivados de este contrato se resolverán según los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010)”.

B) Cláusula para elegir los Principios Unidroit completados por una determinada legislación nacional

44. Los Principios Unidroit pueden no regular todas las cuestiones derivadas de un particular contrato y las partes pueden elegir la legislación interna de un país para resolver las posibles lagunas

de los Principios. En estos casos, las partes deberán especificar claramente cuál será la legislación a la que se debe acudir para regir el contrato o para resolver los conflictos derivados del mismo. Para ello se prevén dos cláusulas: una para ser incluida en el contrato y otra, para que en caso de que no se haya previsto con anterioridad, las partes puedan manifestar cual será la norma a la que se debe acudir para que el conflicto pueda ser resuelto por los tribunales o árbitros correspondientes.

(a) Cláusula para ser incluida en el contrato

“Este contrato se regirá por los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010) y en lo no previsto por ellos, por la legislación del [País X]”.

(b) Cláusula para utilizarse una vez que haya surgido el conflicto

“Los conflictos derivados de este contrato se resolverán según los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010) y en lo no previsto por ellos, por la legislación del [País X]”.

C) Cláusula para elegir los Principios Unidroit completados por los principios de derecho comercial internacional generalmente aceptados

45. Cuando las partes no quieren acudir a ninguna norma nacional para resolver las lagunas de los Principios pueden acudir para ello a los principios de derecho internacional generalmente aceptados. Con ello evitan que, si el conflicto no puede resolverse directamente con la aplicación de los Principios se le aplique la legislación nacional que correspondería según las normas de conflicto del derecho internacional. En la redacción de la cláusula no es necesario recurrir a la expresión propuesta “principios de derecho internacional generalmente aceptados” que puede sustituirse por otras similares tales como “principios generales del derecho”, *lex mercatoria*, usos y costumbres internacionales, u otras similares. Todas ellas cumplen la finalidad de indicar claramente que las partes quieren acudir al derecho internacional y sus principios antes que a ningún ordenamiento nacional.

46. Con esta finalidad se proponen dos cláusulas: la primera, para ser incluida en el contrato y, la segunda, para que las partes la utilicen una vez surgido el conflicto:

(a) Cláusula para ser incluida en el contrato

“Este contrato se regirá por los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010) y en lo no previsto por ellos, por los “Principios de derecho comercial internacional” generalmente aceptados”.

(b) Cláusula para utilizarse una vez que haya surgido el conflicto

“Los conflictos derivados de este contrato se resolverán según los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010) y en lo no previsto por ellos, por los “Principios de derecho comercial internacional generalmente aceptados”.

2. Cláusula para incorporar los Principios Unidroit como parte de los términos contractuales

47. En algunos ordenamientos nacionales las partes pueden encontrar dificultades a la hora de elegir un instrumento de *soft-law* como ley reguladora del contrato, por lo que resulta útil que, en vez de elegir los Principios Unidroit directamente, los contratantes opten por incorporar la totalidad o parte de ellos como cláusulas del contrato. Para que el texto del contrato no resulte extremadamente repetitivo al transcribir las disposiciones de los Principios se propone esta cláusula para expresar que los Principios forman parte del contrato, y se entienden que en él están comprendidos e integrados, mediante una simple referencia a los mismos. Está claro que los Principios pueden incorporarse en su totalidad o solo en

alguna de sus partes. Y por otra parte, para una integración eficaz, la incorporación de los Principios no puede contradecir lo establecido en otras cláusulas o términos del contrato, y en este caso, prevalecerán estos últimos frente al texto de los Principios.

48. No es necesario mencionar que los Principios no pueden aplicarse en contra de lo establecido en las normas nacionales de carácter imperativo que resulten aplicables. Aunque en el ámbito contractual estas no son muy frecuentes es posible que existan algunas tales como la exigencia de una determinada forma, condiciones generales o autorizaciones o permisos especiales, etc.

49. Por último hay que hacer notar que al incorporar los Principios como parte del contenido contractual las partes pueden indicar el ordenamiento nacional por el que se regirá el contrato. En caso de no hacerlo, el derecho aplicable se determinará según las reglas del derecho privado internacional.

50. El texto de la cláusula propuesta es el siguiente:

“Los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010) se incorporarán a este contrato siempre que no sean contradictorios con los demás términos del mismo”.

3. Cláusulas para interpretar o complementar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos Internacionales de Venta de Mercaderías cuando ésta haya sido la ley elegida por las partes.

51. Está generalmente aceptado que los instrumentos de derecho uniforme a pesar de que hayan sido incorporadas al derecho nacional sigue siendo un cuerpo legal autónomo que debe interpretarse e integrarse de acuerdo con sus propios Principios y con las reglas generales de derecho internacional y solo en último caso acudir a la legislación nacional para su interpretación. Es esta una tarea para jueces y árbitros. Pero el uso de los Principios Unidroit, según se establece en el preámbulo, parágrafo 5, puede facilitarles el trabajo.

52. La utilización de los Principios Unidroit es especialmente importante a la hora de interpretar e integrar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Aunque difieren en su ámbito de aplicación, ambos instrumentos regulan los mismos aspectos de muchas de las cuestiones referentes a la formación del contrato, interpretación, cumplimiento o incumplimiento y remedios o acciones de defensa. Y puesto que el contenido de los Principios es más amplio y, en general, más detallado puede servir para resolver las ambigüedades o las lagunas de la Convención. Sin embargo, ésta es anterior a los Principios Unidroit y tiene su propio sistema de interpretación e integración recogido en el art. 7, por lo que aquellos contratantes que quieran asegurarse que cuando la Convención sea la norma reguladora de su contrato, las dudas y conflictos que se planteen sean interpretadas e integradas según los Principios de Unidroit deberán incluirlo expresamente en el contrato.

53. Con esta finalidad se proponen dos cláusulas. La primera, para ser incluida en el contrato y, la segunda, para ser utilizada una vez que haya surgido la controversia:

(a) Cláusula para ser incluida en el contrato

“Este contrato se regirá por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, interpretada e integrada por los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010).

(b) Cláusula para utilizarse una vez que haya surgido el conflicto

“Los conflictos derivados de este contrato se resolverán por la de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, interpretada e integrada por los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010)”.

4. Cláusulas para elegir los Principios Unidroit como medio de interpretar o suplementar el derecho nacional aplicable

54. Si las partes han elegido como derecho regulador de un contrato la legislación interna de un país, los Principios de Unidroit pueden jugar un papel importante en la interpretación e integración de las posibles lagunas, en aquellos casos en la ley resulte incompleta, o su interpretación resulte controvertida. En estas situaciones los Principios de Unidroit pueden garantizar a las partes que la legislación elegida se aplicará de acuerdo con los principios y reglas internacionalmente aceptados, ya que, a fin de cuentas, el contrato de referencia es un contrato internacional y este será el contexto en el que debe realizarse la interpretación. Cuando esta sea la opción elegida las partes tienen dos posibilidades. La primera, incluir dicha cláusula en el contrato como parte de su articulado o bien, si no lo han hecho así, pueden llegado el caso de que surja la controversia, pactar una cláusula por la que acuerden que el conflicto se decida por la ley nacional elegida pero interpretada según los Principios de Unidroit.

55. A estos efectos se proponen las siguientes:

(a) Cláusula para ser incluida en el contrato

“Este contrato se regirá por Legislación del [País X] interpretados y suplementados por los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010)”.

(b) Cláusula para utilizarse una vez que haya surgido el conflicto

“Los conflictos derivados de este contrato se resolverán por la Legislación del [País X] interpretados y suplementados por los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales (2010)”.