

PRINCIPIOS DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL COMERCIAL INTERNACIONAL

Lic. Federico Piedra Poveda

INTRODUCCIÓN

Lex Mercatoria

El tema a desarrollar en el presente trabajo, será el de los Principios que más peso han tenido en la jurisprudencia arbitral, de singular importancia para los contratos de comercio, esos principios están recogidos por el Instituto encargado de desarrollar lo referente al derecho privado a nivel internacional, UNIDROIT, y están necesariamente relacionados con el concepto de *Lex Mercatoria*.

El concepto de *Lex mercatoria* podría ser definido de una manera muy amplia, como un conjunto de principios, reglas, usos e instituciones de derecho, mercantil principalmente, que posee una vocación para ser utilizado como un derecho de clase, informal e internacional y regulado jurisdiccionalmente por el arbitraje internacional.¹

La llamada nueva *lex mercatoria*, (como le llama alguna parte de la doctrina para diferenciarla de la *lex mercatoria*² originaria, está formada al igual que esta última, por usos que constituyen un derecho espontáneo, uniforme, y en cierta manera universal; que son usos propios de los comerciantes, y que tratan de superar las dificultades del conflicto de leyes cuando se trata de determinar el derecho nacional que regirá determinada relación jurídica, o que plantean evitar dicha confrontación dejando claras las reglas del juego de antemano al eventual diferendo.³

La *lex mercatoria* en sus inicios, por su propio origen corresponde a un "ordenamiento no escrito esencialmente" que por varias razones, entre ellas de seguridad, certeza, y que por iniciativa de organismos internacionales ha sido recopilada en diferentes textos normativos, siendo los que mayor reflejan su esencia los Principios de UNIDROIT.

-
- 1 CADENA AFANADOR, Walter René. La *Lex Mercatoria*: Un Caso Pionero en la Globalización del Derecho. Papel Político N° 13 de 2001. (101-114).
 - 2 Definir el sentido o el nacimiento de la *lex mercatoria* no debe hacerse demarcando el nacimiento del Derecho comercial como un fenómeno separado del comercio. ¿Cuándo nace la ley de los comerciantes, el antecedente inmediato a las relaciones jurídicas comerciales tal y como las conocemos hoy? No se puede determinar específicamente. Su evolución como un fenómeno jurídico esta inevitablemente ligado al Derecho como un fenómeno que se cristalizó, y que bien podría tratar de delimitarse espacial y temporalmente usando como fecha inicial el redescubrimiento del Digesto hasta la consolidación del *ius Commune* como un cuerpo normativo claramente definido. Sí se puede, sin embargo, hablar de un antecedente histórico en la época medieval de Europa Central. (De Sousa Santos, Boaventura. *Toward a new legal common sense. Law, Globalization and Emancipation*. Butterworths Lexis Nexis, 2da Edición. 2002. Londres, Reino Unido, p.209.)
 - 3 GUILLÉN JIMÉNEZ, Daniel. Introducción a la *Lex mercatoria*. http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_89/Introducci%F3n%20a%20a%20Lex%20Mercatoria.htm

La iniciativa o actividad promotora de los convenios dirigidos al expresado fin ha correspondido a *organismos internacionales* como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) creado en 1926, con sede en Roma, es uno de los principales organismos que tiene como encargo la recopilación por medio de principios traducidos en normas, las disposiciones de la *lex mercatoria*, y que propone para su aprobación convenios internacionales, en las denominadas "Conferencias diplomáticas", y más recientemente, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (United Nations Commission for International Trade Law, UNCITRAL).

También hay que resaltar, como parte de estos esfuerzos "compilatorios" el Convenio de Viena sobre la compraventa de mercancías (11 de abril de 1980), promovido por UNCITRAL o la Conferencia Diplomática de Ottawa, de UNIDROIT, (1988).

Es la Cámara de Comercio Internacional⁴, CCI, mediante sus cuerpos arbitrales, la que más peso y relevancia (no así de forma exclusiva) ha tenido en el desarrollo de los Principios arbitrales por medio de la jurisprudencia.

Reitero lo dicho, en el sentido de que, en el ámbito internacional, la labor, se podría decir a grandes rasgos, recopiladora, la viene realizando la Cámara de Comercio Internacional, en lo que respecta a la

integración de su contenido como en la progresiva adaptación a los nuevos hechos. La concordancia entre la institución del arbitraje y la *lex mercatoria* ocurre por el hecho de que el contenido comercial de esta última se adapta perfectamente a la institución arbitral, la cual ofrece la flexibilidad y versatilidad que necesita la *lex mercatoria* para desarrollarse como es debido, lo cual encontraría mayor dificultad en los organismos jurisdiccionales comunes.

Así mismo, establece García que "La *lex mercatoria* es, en términos muy generales y abstractos, un ordenamiento. Contiene todos los elementos propios de un lenguaje normativo (hecho, valores, normas y sanciones. Es impuesto al sujeto y no procede de su interioridad. Ante el incumplimiento de cierto deber-ser en el comercio, la *lex mercatoria* impone una sanción."⁵

Origen

El Derecho Mercantil Medieval, donde encuentra su antecedente más claro la *lex Mercatoria*, apareció entre los siglos XI y XII, compuesto por un régimen legal de comercio más allá de las fronteras, relativamente amplio y eficiente. Este sistema legal era operado por los comerciantes y sus agentes. La lógica funcional del Derecho Medieval Mercantil era sencilla: permitía a los comerciantes no someterse a los conflictos entre los variados usos y costumbres locales, evitaban el sometimiento a la autoridad de

4 La Cámara de Comercio Internacional con sede en París, Francia (ICC por sus siglas en inglés) fundada en 1919, es la principal institución mundial especializada en la solución de controversias comerciales de carácter internacional, por medio de su Corte Internacional de Arbitraje (...). GUILLÉN DOWNING, Luis A. Comentario. Nociones sobre el Arbitraje Internacional.

5 Revista Judicial N. 92.; *Lex Mercatoria, pluralismo jurídico y globalización, El Monopolio del Derecho por parte del Estado*. García, Ignacio. San José, Costa Rica, 2009. Pág. 166.

jueces atados a jurisdicciones preexistentes (los tribunales de los señores feudales, las ciudades estados, los gremios locales, la Iglesia).

Esta *lex mercatoria* medieval fue "voluntariamente producida", voluntariamente adjudicada, y voluntariamente cumplida", (citando a Benson 1992: 15–19). El régimen consagra ciertos principios constitutivos, incluyendo Buena fe (las promesas deben de ser mantenidas), reciprocidad, la no discriminación entre "extranjeros" y "locales" en el sitio de intercambio; y resolución de conflictos favoreciendo la equidad en las controversias. En la práctica la "lex mercatoria medieval" requirió de comerciantes para aplicar los contratos, los cuales fueron gradualmente estandarizados, y de resolver sus controversias en cortes ocupadas con otros comerciantes (expertos y no generalistas). Los comerciantes y sus jueces mercantiles dieron mayor importancia a la rapidez en los juicios y no se quitó el énfasis en los procedimientos litigiosos.

La efectividad de la *Lex Mercatoria Medieval* dependía de modo crítico de los efectos de su reputación, y del miedo de ser condenado al ostracismo" de la comunidad comerciante.⁶

Con respecto a la figura del **arbitraje internacional**, Daniel Guillén lo expresa de forma más que precisa: "*La institución del arbitraje es muy antigua, antecede incluso a la función judicial cuya estructuración se da en tiempo de los romanos, perfeccionada*

siglos después por la división de poderes de Montesquieu. Figura en el Antiguo Testamento, cuyo ejemplo quizás mas conocido sea el laudo de Salomón sobre el niño en disputa (1 Reyes) y en el Nuevo, en San Pablo a los Corintios (1, Corintios. B. Latinoamericana.). Se utilizó en la Edad Media en las ciudades de la liga Hanseática, aplicando la "Lex Mercatoria" para resolver las disputas entre los comerciantes.

Aunque no ocurre todo el tiempo, como se desprende de lo mencionado anteriormente, la *lex mercatoria*, entendida dentro de los cuerpos normativos modernos, puede vastarse sin necesidad de acudir a ninguna legislación en particular, así se desprende de las afirmaciones de la siguiente cita.

Contra algunos de estos laudos, se han presentado peticiones de anulación ante los juzgados y tribunales de los Estados. Los juzgados y tribunales británicos y franceses han rechazado dichas peticiones, al tiempo que sostenían que un árbitro puede basar sus decisiones en principios de derecho internacionalmente aceptados que rijan las relaciones contractuales o la *lex mercatoria*.⁷

PRINCIPIOS DE UNIDROIT

Establece al respecto Ignacio Garcia "(...) *la lex mercatoria se refiere a una fuente del Derecho completamente privada. Ciertamente que hay otras fuentes de carácter privado en materia comercial internacional, como*

6 Journal of European Public Policy 13:5 August 2006: 627–646. **The new Lex Mercatoria and transnational governance.** Alec Stone Sweet

7 Lex mercatoria y principios generales del derecho. Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC. Arbitraje y solución alternativa de controversias –Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales-. Ginebra, 2001. Pág. 105.

UNIDROIT o los fallos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional. Sin embargo, la *lex mercatoria* se refiere más bien a un código jurídico objetivo, creado y utilizado por los sujetos de Derecho Privado. Con este fin, resulta interesante hacer un recuento de otro contexto comercial internacional en donde se aplica este lenguaje jurídico objetivo, generalmente de enorme incidencia social sobre poblaciones enteras, pero de mínima difusión o conocimiento popular.⁸

Hay que aclarar que de lo mencionado anteriormente por el autor, parece que se hace una diferenciación entre los Principios de UNIDROIT y la *lex mercatoria* como dos fuentes de derecho privado separadas, sin embargo, **en mi opinión** los principios en cuestión no son más que una recopilación de *lex mercatoria*, o sea son *lex mercatoria* codificada, dicho sea de paso de una manera muy completa, pero no agotan los Principios a la *lex mercatoria*, ya que esto sería imposible debido a su vastedad y constante evolución.

En el Preámbulo de los principios de UNIDROIT⁹, **en su** Comentario Oficial, se establece que *los mismos establecen reglas generales, las cuales están básicamente concebidas para "los contratos comerciales internacionales."*

Se pueden sintetizar algunos de estos comentarios de la siguiente manera:

1- Contratos "Internacionales"

Mencionan sobre este particular los Principios:

(...) Los Principios no establecen expresamente ninguno de estos criterios. La hipótesis, sin embargo, es que el concepto de contratos "internacionales" debe de ser interpretada de la forma más amplia posible, así, en última instancia se deben excluir sólo aquellas situaciones cuando no hay ningún elemento "internacional" relacionado, cuando todos los elementos relevantes del contrato en cuestión están referidos sólo a un país."

Lo anterior, se ejemplifica en el caso de la CCI siguiente:

CCI, N°12174 de 2003¹⁰

En una controversia relativa a una serie de transacciones de negocios una de las cuestiones que debían resolverse es si el procedimiento arbitral era de carácter internacional o nacional. La ley aplicable es la ley turca, pero el Tribunal Arbitral se refirió también a los Principios de UNIDROIT - a saber, un comentario al Preámbulo a favor de una interpretación amplia del concepto de "contratos internacionales" - en apoyo de su constatación de que en el presente caso los procedimientos arbitrales debían considerarse de carácter internacional.

C.C.I., N° 10930, del 2002

Un contrato entre una empresa francesa y una compañía a rumana que establecía la cláusula de selección de legislación nacional, a favor de la ley rumana. Sin embargo, cuando

8 GARCÍA A., Ignacio. Pág. 171.

9 Comentario Oficial. Principios de UNIDROIT. 2010. <http://www.unilex.info/dynasite.cfm>

10 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre

surgió una controversia el tribunal arbitral, ante puntos relativos a error y el fraude, no se refirió únicamente a las disposiciones de la ley rumana a los mismos, únicamente a las disposiciones pertinentes de la legislación rumana, sino también a los de la ley francesa y de los Principios de UNIDROIT, este últimos por ser “internacionalmente reconocidos”.

Así mismo dispone Miguel Checa: “La primera hipótesis de internacionalidad (art. 3. 1.a) consiste en que en el momento de la celebración del convenio arbitral, las partes tengan su domicilio en Estados diferentes. El domicilio o el establecimiento de las partes en diferentes Estados son evidencia suficiente del carácter internacional de la relación controvertida y son considerados en variados instrumentos internacionales como primera circunstancia de internacionalidad de un supuesto (así, entre otros, el art. 1 del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, referido al lugar de establecimiento en países distintos de las partes).”¹¹

2. Contratos “comerciales

“En este particular es importante resaltar una situación, que se presta a confusión, La restricción que se hace de contratos “comerciales” de ninguna manera tiene la intención de hacerse cargo de la distinción tradicional hecha en algunos ordenamientos jurídicos entre “civil” y “comercial” (...), así mismo “Los Principios no preveen ninguna definición expresa, pero la hipótesis es que el concepto de contratos “comerciales” debe ser entendido en el sentido más amplio posible,

a fin de incluir no sólo, las transacciones comerciales para el suministro o intercambio de bienes o servicios, sino también para otro tipo de transacciones económicas, como la inversión y/o contratos de concesión, contratos por servicios profesionales, etc.”

3. Los Principios y los contratos nacionales entre particulares

A pesar de que los contratos han sido concebidos para los contratos comerciales internacionales, no hay nada que impida a los particulares, que acuerden en aplicar los Principios a un contrato nacional “puro”. Dicho acuerdo estaría sin embargo sujeto a las reglas imperativas de la legislación nacional que rige para el contrato.

C.C.I. Desconocido del 2006¹²

La parte actora, una empresa europea y el arrendatario de una aeronave, venden la aeronave, con el consentimiento del arrendador, una institución financiera, al demandado, otra empresa europea.

El árbitro (unipersonal) decidió a favor de otorgar los daños y perjuicios al demandante por la violación por el demandado del acuerdo de la primera venta. (...) se hace referencia al Comentario 3 (a) del artículo 7.2.2 de los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales [2004] indica. Además, el árbitro, al señalar que en el caso que concreto el demandado no podía invocar el incumplimiento de la demandante en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por el demandado, a que se

11 CHECA MARTINEZ, Miguel. Estudios sobre el arbitraje; arbitraje internacional y ley aplicable por el árbitro, España, La Ley, año desconocido. Pág. 326.

12 www.unilex.info visitado el 12 de Octubre

refiere el artículo 7.1.2 de los Principios de UNIDROIT, así como a Stefan Eberhard, (...) el cual aplica la misma solución se impone en virtud de la legislación suiza, aunque el Código Suizo de Obligaciones no tiene un expresa norma a tal efecto, véase ATF 114 II 274, 277.

4. Los Principios como normas que rigen el contrato

a. Decisión expresa de las partes

Como los Principios representan un sistema de Principios y normas del derecho contractual que son comunes a los sistemas de las legislaciones nacionales existentes o mejor adaptados a las necesidades especiales de las transacciones comerciales internacionales, puede haber buenas razones para las partes para la escogencia de los mismos¹³, (...)

b. Los Principios aplicados como una manifestación de los “principios generales del derecho”, la “lex mercatoria” o similares a que se refiera el contrato.

“Las partes en los contratos comerciales internacionales que no se pueden poner de acuerdo en la elección de una legislación nacional particular como la ley aplicable a sus contratos, algunas veces establecen que los mismos deberán regirse por “los principios generales del derecho” por los “usos y costumbres del derecho internacional”, por la lex mercatoria, etc.”, esa referencia a sido

criticada por vaga y por la amplitud de sus conceptos con el fin de reducir o limitar esa vaguedad “sería aconsejable, con el fin de determinar su contenido, a recurrir a un conjunto sistemático y bien definido conjunto de normas como los Principios.”

c. Los Principios aplicados en la ausencia de cualquier elección de ley por las partes.

(...) Los Principios sin embargo pueden ser aplicados incluso si el contrato es omiso en cuanto a la ley aplicable. Si las partes no han escogido la ley aplicable a su contrato, esta debe de ser determinada sobre la base de las normas pertinentes del derecho internacional privado. En el contexto del arbitraje comercial internacional tales reglas son muy flexibles, permitiendo a los tribunales arbitrales aplicar “las normas legales que ellos determinen apropiadas” (ver e.g. Artículo 17(1) de las Normas de arbitraje de 1998 de la Cámara Internacional de Comercio; artículo 24(1) de las Normas del Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo). (...) Sobre este particular establece Rubén Santos que “(...) los árbitros son muy prudentes en el manejo de las normas de conflicto y siguen en la mayoría de los casos la advertencia contenida en el artículo 26 del Reglamento de la CCI, que señala que deben esforzarse “siempre que el laudo sea susceptible de sanción legal.” En base a ello buscan una solución convergente con la de los sistemas de conflicto de leyes nacionales.”¹⁴ Sigue apuntando el comentario oficial de los Principios que (“) Normalmente los tribunales

13 Es importante mencionar que a diferencia de la legislación interna, los Principios no obedecen, o en alguna medida no está viciados por intereses de índole, por ejemplo político, como ocurre con las legislaciones internas, donde muchas veces en los órganos parlamentarios “no se discute derecho” dando como resultado, normas, de una calidad inferior a las reguladas en los Principios.

14 SANTOS BALANDRO, Rubén. Arbitraje Comercial Internacional. Montevideo, Uruguay, 1998. Pág. 223.

arbitrales aplicarán una legislación nacional particular como la ley apropiada al contrato, sin embargo, excepcionalmente pueden recurrir a normas a-nacionales o supra-nacionales como los Principios. Esto puede ocurrir cuando se puede inferir de las circunstancias que las partes intentaron excluir la aplicación de cualquier ley nacional (...), o cuando el contrato presenta factores de conexión con muchos países, en donde ninguno de ellos es suficientemente predominante justificando la aplicación de un derecho nacional particular y la exclusión de todas las demás.

El supuesto anterior queda representado en los siguientes casos de la **CCI**:

CCI, N° 11265 del 2003¹⁵

Un contrato internacional de ventas, no hace referencia a la ley aplicable al mismo, el contrato tiene puntos de conexión con varias jurisdicciones de varios países, ninguna de la cual es suficientemente cercano al contrato para justificar la aplicación de cualquiera de sus legislaciones nacionales, por lo que la aplicación de principios a nacionales deben de preferirse, respectivamente se hace referencia a los principios de UNIDROIT, antes que la *lex mercatoria*, debido a su vaguedad.

En cuanto a la interpretación del contrato, debe decidirse, debe decidirse según los criterios establecidos en los artículos 4.1 –a 4.3 de los principios de UNIDROIT.

CCI, N° 13012 del 2004¹⁶

Un contrato entre una empresa francesa, y una empresa estadounidense, no hace referencia respecto del derecho aplicable al acuerdo, la primera invoco la aplicación de la ley francesa, la otra, la aplicación de la ley del estado, estadounidense de Illinois, el tribunal determino que ninguno de los FACTORES DE CONEXION eran lo suficientemente convincentes, como para aplicar alguna legislación en particular, así que la decisión de baso en los principios generales del derecho y la *lex mercatoria*. Se recurre a los principios de UNIDROIT como regla primaria para determinar de aplicación al contrato.

C.C.I. 12889 de 2004¹⁷

En una disputa el árbitro “unipersonal” teniendo en cuenta que el contrato no se pronunciaba sobre la legislación aplicable, le invita a las partes desde el inicio a ponerse de acuerdo sobre la ley aplicable al fondo de la controversia. Por otra parte, ya que no había desacuerdo entre las partes en cuanto a la aplicación de la ley de Madagascar que en el caso concreto habría sido aplicable de acuerdo en el conflicto de las normas legales pertinentes, el árbitro invita a las partes a considerar la aplicación de los Principios de UNIDROIT como la ley aplicable al fondo de la controversia. Las partes estuvieron de acuerdo en la aplicación de los principios de UNIDROIT.

15 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre

16 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

17 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

5. Los Principios como medios de interpretar y complementar los instrumentos internacionales de derecho uniforme

Al respecto establece el comentario oficial de los Principios "(...) *Hasta ahora, estos principios uniformes y los criterios para la interpretación y complement de los instrumentos internacionales de derecho uniforme, han tenido que encontrarse en cada caso concreto por los propios jueces y árbitros sobre la base de un estudio comparativo de las soluciones adoptadas en los diferentes sistemas jurídicos nacionales.*

Los Principios, podrían facilitar considerablemente la tarea de los mismos en ese sentido.

En este sentido:

(CCI, N° 12698 del 2004¹⁸)

En un conflicto el árbitro, unipersonal, declaro sin más explicación que "El Tribunal Arbitral decidiría sobre el fondo de la controversia, de conformidad con los Principios de UNIDROIT. Así mismo:

C.C.I, N° 15089 del 2008¹⁹

El actor de un país de Medio Oriente, "A" el demandado de un país de Oriente Medio "B" El contrato se refiere a servicios de alta tecnología que deben facilitarse por el actor. El contrato no contiene una cláusula de elección de la ley aplicable y establece como medio de solución de controversias del

arbitraje, un Tribunal de la CCI en Londres y el idioma del arbitraje Inglés. En un laudo parcial del Tribunal Arbitral decidió que la ley aplicable al contrato serán los UPICC, siempre que sean necesarios para complementar la ley aplicable, de conformidad con el artículo 17 del Reglamento de la CCI sobre arbitraje.

CCI, 11789 del 2003²⁰

En una disputa, los actores declararon que "la interpretación correcta del Acuerdo promisorio se hará de acuerdo a la ley portuguesa, pero que esto no excluirá los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (por ejemplo, fals demonstratio non nocet, contra proferentem and favor negotii).

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

(...) Los Principios también pueden ser usados para interpretar y complementar el derecho nacional, los tribunales judiciales y arbitrales pueden enfrentarse con dudas acerca de la solución adecuada a ser adoptada en virtud de la ley, ya sea porque diferentes alternativas están disponibles o porque parece no haber soluciones específicas del todo. Especialmente cuando la disputa se refiere a un contrato comercial internacional, puede ser conveniente recurrir a los Principios como fuente de inspiración.(...) De esta solución que nos da anteriormente no escapa Costa Rica, ya que son varias las sentencias de la Sala Primera de la Corte Primera de Justicia en las cuales

18 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

19 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre

20 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre

se han recogido principios imperantes en la jurisprudencia comercial internacional y que de alguna forma son incorporadas sistema normativo costarricense entendido este como un todo, y no necesariamente aquel limitado a las normas escritas.

International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, 91/2006 del 2007²¹

La actora, una compañía situada en las islas vírgenes británicas, constituyó un contrato con la demandada, una empresa rusa, para el abastecimiento de productos derivados del petróleo, durante un periodo de tiempo determinado.

La disputa surge en lo referente a la entrega de lotes individuales de bienes, bajo órdenes separadas a diferentes precios.

El contrato establecía, que la ley rusa sería la aplicable al contrato. En apoyo de esta interpretación del artículo 522 del Código ruso (aplicable al caso), el tribunal también hizo referencia a los comentarios al artículo. 6.1.13 de los UNIDROIT.

7. Los Principios como modelos para legislación nacional e internacional

En vista de sus méritos intrínsecos, los Principios pueden servir, adicionalmente como un modelo para los legisladores nacionales e internacionales para la elaboración de leyes en el campo del derecho contractual general o con respecto a a tipos especiales de operaciones. (...)

Así mismo "A nivel internacional los Principios pueden convertirse en un importante punto de referencia para la elaboración de convenciones y leyes modelo. (...)

CCI, N° 11256 del 2003²²

Respecto al derecho a aplicar se hace referencia al papel de los principios de UNIDROIT como un medio para interpretar la aplicación de la ley nacional y resolver las circunstancias inesperadas en aplicación de esa ley (nacional) a un contrato internacional, por lo que el Tribunal Arbitral, aplicó la ley mexicana, con la posibilidad, y ante la ambigüedad de la ley mexicana en determinados puntos específicos, de utilizar los principios de UNIDROIT como una herramienta, de interpretación, cuando ninguna fuente legal mexicana de interpretación resuelva el problema identificado.

Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce, T-9/07 DEL 2008²³

El vendedor falló en entregar junto con la mercancía el certificado de origen como se pide en el marco del contrato, lo cual constituye un incumplimiento (artículos 35(1), 36(1) AND 45(1) (B) CISG)).

El derecho del comprador de ser retribuido por los daños por las pérdidas causadas por el incumplimiento del vendedor de rendimiento, se hace referencia al artículo 74 de CISG y a los artículos de los artículos 9:501 y 9:502 de los principios del derecho

21 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

22 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

23 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

contractual europeo y con los artículos 7.4.1 y 7.4.4 de los principios de UNIDORIT.

En cuanto al derecho a los intereses, tasa aplicable, se hace referencia al método de cálculo indicado en los artículos 9:508 de los principios del derecho contractual europeo y 7.4.9 de los principios de UNIDROIT.

8- Otros posibles usos para los Principios

(...) La lista que figura en el Preámbulo de los Principios de las diferentes maneras en que estos pueden ser usados, no es exhaustiva.

Así como los Principios también pueden servir como una guía para la redacción de contratos.

Sobre lo anterior podemos mencionar el siguiente caso:

International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), ARB(AF)/98/1 del 2000²⁴

Caso de un estadounidense, y el Gobierno de Ucrania, quienes constituyeron un acuerdo de inversión. Cuando surgió una disputa en cuanto a la correcta ejecución del acuerdo, las partes sometieron la controversia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). En su acuerdo, las partes pidieron al Tribunal Arbitral, con el fin de registrar en forma de laudo, después de haber declarado los términos del acuerdo, agregar una sección aparte, titulada "Principios de interpretación y aplicación del Acuerdo" y que contiene disposiciones relativas a la interpretación,

validez y ejecución y el incumplimiento para la solución del acuerdo. Todas las disposiciones de la sección se toman literalmente, con unas adaptaciones menores, de los Principios UNIDROIT.

En particular los Principios facilitan la identificación de temas que se abordarán en el contrato y proveen de una terminología legal neutra igualmente comprensible para todas las partes involucradas en el contrato. Tal uso de los contratos se ve reforzada por el hecho de esta disponibles en un gran número de idiomas.

Los Principios también pueden ser utilizados como un sustituto de la legislación nacional aplicable. Este es el caso cuando resulta imposible o extremadamente difícil establecer una norma pertinente de una legislación nacional con respecto a un punto específico, i.e. que supondría un esfuerzo desproporcionado y/ costos. La razón de esto generalmente se encuentra en el carácter especial de las fuentes legales del derecho nacional en cuestión y To el costo de acceder a ella.

Además los Principios pueden ser utilizados como material didáctico en las universidades y escuelas de derecho, promoviendo la enseñanza de la ley contractual sobre una base verdaderamente comparativa. (...)

A. Principios instrumentales

A.1 El principio de la autonomía de la cláusula compromisoria

Podríamos decir que la cláusula compromisoria es lo que fundamenta que

24 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

determinadas controversias sean sometidas al conocimiento de los tribunales arbitrales, al ser la justicia arbitral de tipo privado y por ende su sometimiento de interpretación restrictiva en caso de duda, o sea que en principio nadie está obligado a someterse a la misma sino es porque así de forma previa (o al surgir el conflicto lo hayan manifestado las partes), entonces es por esto que deben quedar clara la manifestación de las partes en este sentido.

Lo anterior lo concretiza de forma muy clara, el autor González Murillo, quien al respecto dice: *“La doctrina le ha atribuido una doble eficacia a la cláusula compromisoria, por un lado una eficacia positiva, al obligar a las partes a someter la controversia que surja a la decisión de los árbitros, y por otra parte una negativa, la cual consiste en la sustracción de la controversia del conocimiento de los tribunales ordinarios.”*²⁵

Esto doble eficacia, es más bien, **en mi opinión** una consecuencia *“una de la otra”*, a saber; la eficacia de la cláusula compromisoria es su sometimiento a la decisión del tribunal arbitral, lo que obviamente tendrá como consecuencia la sustracción de la controversia del conocimiento de la jurisdicción judicial, al excluirla la jurisdicción arbitral.

Al respecto el la **CCI, N° 7929 de 1995** planteó:

“Si una de las partes plantea una o varias excepciones relativas a la existencia o validez de la cláusula arbitral, y debe la Corte de Arbitraje estar satisfecha prima facie de la

*existencia de dicho acuerdo, la Corte debe, sin perjuicio alguno de la admisibilidad del fondo del asunto o asuntos, decidir que el arbitraje sea procedente. **En este caso, cualquier decisión, como la competencia arbitral, debe ser tomada por el mismo árbitro.*** (El subrayado no es del original).

Queda de manifiesto en este caso los alcances (y la potencia si se quiere decir así) de la autonomía de la cláusula arbitral, al tener los árbitros en primera instancia, que revisar la procedencia de la misma, lo que les compete en primer orden, y en segundo orden, de ser esta competencia procedente, que curiosamente ellos mismos determinarán si procede o no analizar el fondo del asunto.

En ese mismo sentido se ha manifestado claramente la jurisprudencia arbitral, respecto a lo que se conoce en el derecho anglosajón como el principio de la *“Separability of the arbitration clause”*, o la separabilidad de la cláusula arbitral, en el sentido de que la validez del contrato principal, no afecta la validez de esta cláusula, por lo que aquí se da una excepción al principio del derecho de que lo accesorio sigue a lo principal.

“Que un tribunal arbitral estime que el contrato en el que se recogía el acuerdo de arbitraje es inexistente o nulo, no se traduce en que el acuerdo de arbitraje en sí devenga inexistente o nulo. Es un principio conocido en arbitraje internacional que el acuerdo de arbitraje es “autónomo” y “separable

25 MURILLO GONZÁLEZ. Revista de Ciencias Jurídicas 118, Efectos de la cláusula compromisoria, San José, Costa Rica, 2009. Pág.139.

*“del resto de las estipulaciones del contrato. (...)”*²⁶

Podríamos decir que esta es una posición conteste de la doctrina, ya que siempre y cuando la manifestación de las partes a someterse a arbitraje sea clara (por lo menos la tesis que siguen los países con sistema jurídicos romano-germánicos), además es criterio generalizado la de calificar a la cláusula compromisoria como un contrato, por lo que se entiende que se trata de un acuerdo independiente y distinto de aquel en que se haya contenida.”²⁷

Caso de Hoge Raad, Holanda, N° C07 /012HR del 2008²⁸

Dos empresas holandesas firmaron un contrato para el suministro de maquinaria para limpieza de válvulas. Las condiciones generales adjuntas al contrato contenían una cláusula exonerando al vendedor de cualquier responsabilidad por pérdidas sufridas por el comprador por el uso de la maquinaria. Efectivamente, el comprador sufrió una pérdida, el cual reclamó daños al vendedor. Cuando el vendedor invocó la cláusula de excepción, el comprador objetó que no era válida: alegó que no solo no fue puesto en conocimiento adecuadamente por parte del vendedor, (...). La Corte Suprema resolvió en contra del comprador.

En su conclusión, la *Advocaat-Generaal* señaló que las cláusulas de exención eran una práctica común y desempeñaban un papel

importante en el comercio. Por otra parte, al negar la validez de la cláusula de exención en cuestión, los Países Bajos se apartarían del enfoque internacional prevaleciente, y en apoyo de esa declaración, a lo referido en los artículos 7.1.6 de los Principios de UNIDROIT y sus comentarios, así como el artículo 8:109 de los Principios de Derecho Contractual Europeo.

A.2 El principio de interpretación restrictiva de la cláusula compromisoria

Cuando en los acuerdos, haya duda, respecto de la intención de las partes de someterse a arbitraje, únicamente se permite una interpretación restrictiva y debe atenderse en primera instancia al texto del contrato, debido esto a que la intención de una parte de no someterse a la jurisdicción común debe ser claramente manifestada, sin lugar a dudas de tal intención. La aplicación de un convenio expreso relativo al arbitraje tiene como efecto restringir los derechos de las partes de acudir a jurisdicción común a discernir sus controversias, por lo que, y a la luz del sistema de derecho romano germánico no puede ser interpretada esta voluntad restrictivamente, en síntesis por corresponder a una renuncia de derechos.

A.3 El principio Kompetenz-Kompetenz

El principio "Kompetenz-Kompetenz" tuvo su origen en un fallo emitido por un Tribunal Superior en la República Federal de Alemania en el año 1955. En el mismo se determinó

26 La competencia se mantiene aunque el contrato sea nulo. Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC. Arbitraje y solución alternativa de controversias –Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales-. Ginebra, 2001. Págs. 94.

27 MURILLO GONZÁLEZ. Revista de Ciencias Jurídicas 118, Efectos de la cláusula compromisoria, San José, Costa Rica, 2009. Pág.139.

28 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

que debía atribuir a los árbitros la facultad tanto de determinar el alcance del acuerdo arbitral como de su competencia y autoridad hacia el mismo.²⁹

Este principio fue recogido por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI en español, UNCITRAL en inglés), en el artículo 21, numeral 1 de su Reglamento de arbitraje, que establece: *“El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado”*.³⁰

Posteriormente, en 1985, se estableció en el artículo 16, 1) acerca de este principio:

“Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia. El tribunal arbitral a cuestión previa, respecto a nuestra autoridad estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.”

Previo a la ley Modelo anteriormente referida, la Convención Europea de Arbitraje Comercial de 1961 ya había adoptado el Principio Competencia de la Competencia.³¹

Se puede decir que el árbitro es el primer llamado a decidir sobre su propia competencia, lo que le coloca en una posición particular con respecto al resto de “tribunales” donde para la competencia existen una serie de principios que tienen como fin, el llegar a determinar “el tribunal competente para un asunto concreto” pero nunca presenta las particularidades de un tribunal arbitral al decidir sobre su propia competencia, o sea el principio de la competencia rompe sus reglas tradicionales aplicado al arbitraje comercial.

Puntualiza de una manera muy clara lo anterior un estudio del Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC, estableciendo al respecto:

*“Si una de las partes impugnara la competencia del tribunal arbitral, al tiempo que alegara la falta de validez del acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral tendrá la facultad de decidir sobre su propia competencia. Es lo que en general se conoce como el principio de Kompetenz-Kompetenz. La dedición sobre la competencia la tomará el tribunal arbitral, ya sea en un laudo provisional o en su laudo definitivo.”*³²

29 SIERRA BOLLMANN, Daniela. Aspectos arbitrales. El Principio Kompetenz Kompetenz en el Arbitraje. Universidad Francisco Marroquín, Facultad de Derecho. Enero, 2005.

30 SIERRA BOLLMANN.

31 SIERRA BOLLMANN.

32 Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC. Arbitraje y solución alternativa de controversias –Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales-. Ginebra, 2001 Págs. 94.

Un ejemplo jurisprudencial muy interesante nos lo señala BOLLAMAN, donde queda de manifiesto esta facultad del árbitro es el siguiente:

*“(...) caso de la Cámara de Comercio Internacional número 5294, en el cual, la parte demandada consLa demandante, una empresa europea, ideró incompetente al árbitro para conocer del procedimiento, por lo que no se presentó. Al respecto, lo que hizo fue manifestarle al árbitro designado por el que la cláusula arbitral estaba inadecuadamente redactada, ya que en ella se había establecido que cualquier controversia se resolvería a través del procedimiento arbitral de acuerdo al Reglamento de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Internacional de Comercio, Zurich, Suiza. Como es sabido, la Cámara Internacional de Comercio no se encuentra en Zurich, sino que en París, por lo que en esta oportunidad la parte demandada aprovecha la mala redacción de la clausula para cuestionar la jurisdicción.”*³³

A este respecto ha resuelto la jurisprudencia mayoritaria, que los errores evidentes por ejemplo de redacción como en el caso anterior, no deben dar pie a un aprovechamiento por una de las partes, y tratar de evitar el sometimiento de la controversia a la jurisdicción arbitral, lo que a todas luces iría en detrimento del principio general de la *buena fe*, y el principio de *pacta sum servanda*, además de la *seguridad* en las negociaciones comerciales, al final se traduciría en violatoria de la voluntad de las partes, por lo que un simple error que no

debería ser motivo para viciar de nulidad el contrato.

Por lo que se puede concluir que el tribunal arbitral, debidamente constituido, es competente para decidir si tiene o no jurisdicción sobre una controversia o conflicto.

B. Principios de fondo

B.1 El derecho aplicable a las controversias sometidas a arbitraje

La jurisprudencia internacional en materia de arbitraje comercial, es rica en cuanto a casos donde las partes de un contrato no determinaron cual sería en caso de disputa el derecho aplicable a la negociación y por ende a las reglas utilizadas por los árbitros para buscar una solución a la controversia de las partes, o se puede dar el caso de que la determinación de ese derecho aplicable por parte de las mismas no fue claro, o se dio de forma ambigua generando dudas para el tribunal arbitral, por eso mismo, han existido diversos criterios que los árbitros han plasmado en la jurisprudencia arbitral, principalmente aquella de la Corte Internacional de Comercio, que tienen como fin dar soluciones a esas hipótesis del derecho aplicable.

El derecho aplicable a los contratos de comercio internacionales, siempre ha sido de los temas que más desarrollo jurisprudencial ha tenido por los tribunales arbitrales, posiblemente esto sea por lo común que se presente contratos donde no sea clara la manifestación de las partes de querer someterse a unos ordenamientos jurídico particular, o disposiciones determinadas.

33 SIERRA BOLLMANN.

El derecho o la ley aplicable, incluso puede ser elegido en un momento posterior a la celebración del contrato, así mismo no es necesario que la ley elegida manifieste ninguna vinculación con las circunstancias del caso. Teniendo el arbitraje su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes y constando en el contrato o relación jurídica subyacente una elección de ley aplicable (choice of law clause), el árbitro habrá de respetarla.”³⁴

Sobre el particular, sea sobre el derecho aplicable a los contratos, el Preámbulo de los Principios de UNIDROIT en su versión 2010, establece al respecto ciertas reglas básicas como guía para los árbitros, puntos sobre los cuales se ha desarrollado la jurisprudencia;

B.1.1 Propósito de los Principios:

- Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.
- Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos.
- Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes.
- Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

- Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.
- Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.
- Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

CCI, N° 12193 del 2004

Por ejemplo, el caso de un contrato de distribución entre un fabricante alemán y un distribuidor libanés, en el cual el contrato no establecía lo referente a la ley aplicable al mismo, en este se determinó que la ley aplicable iba a ser la ley libanesa.

Una de las partes solicitó la aplicación subsidiaria de los principios generales del derecho o *lex mercatoria* como se expresa en los principios de UNIDROIT –lo cual fue rechazado - según el tribunal arbitral, porque la aplicación de la *lex mercatoria* solo se justifica si el contrato está estrechamente relacionado con más de un país o si el derecho nacional aplicable falla en proveer de solución al asunto debatido.

Hace referencia el tribunal arbitral al artículo **7.4.1** de los Principios de UNIDROIT para demostrar que la disposición correspondiente de la legislación libanesa se ajusta a la Lex Mercatoria.

34 CHECA MARTÍNEZ, Miguel. Estudios sobre el arbitraje; arbitraje internacional y ley aplicable por el árbitro. España, La Ley, año desconocido. Pág. 331.

C.C.I, N° 10422 del 2001

Otro caso importante, se da entre una parte; la demandada, la cual es una empresa europea de manufactura, y el actor, un distribuidor latinoamericano, quienes establecieron una cláusula de la elección de la ley aplicable, la cual era ineficaz, pero indicaba el deseo de las partes para una solución neutral del conflicto. Se dio la aplicación por parte del Tribunal Arbitral de la Lex Mercatoria (Artículo 17.1 de la reglas de arbitraje de la CCI), así mismo se hace referencia a los principios de UNIDROIT.

ICC International Court of Arbitration, Milano, N° 8908 del 1998³⁵

Se refiere este asunto al caso de un fabricante italiano, que constituyó una serie de contratos con un distribuidor de Liechtenstein para el suministro de tuberías. Posterior a las primeras entregas surgió una disputa entre las partes, cada una acusando a la otra de haber infringido sus obligaciones respecto del contrato, llegando las partes finalmente a un acuerdo de solución, pero poco después empezaron a discutir sobre el adecuado cumplimiento de este acuerdo.

El Tribunal Arbitral sostuvo que, mientras que los contratos de ventas individuales se rigen por la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercancías (CISG), el acuerdo de solución estaría regido por la ley italiana. Sin embargo, a la hora de resolver el asunto por el fondo, el tribunal Arbitral se refirió repetidamente, además de las disposiciones relevantes del Código Civil italiano, a disposiciones contenidas en Convención (CISG) y a los

Principios UNIDROIT, definiendo ambos como texto como "textos normativos que pueden ser considerados de utilidad en la interpretación de todos los contratos de una naturaleza internacional".

En particular, con el fin de determinar el alcance del acuerdo de solución, el Tribunal Arbitral aplicó las reglas de interpretación contenidas en los artículos 1362-1371 del Código Civil italiano, destacando sobre todo el principio de buena fe. En apoyo, se refirieron a las normas contenidas en los artículos **1.7 y 4.1 - 4.8** de los Principios de UNIDROIT.

Por otra parte, al encontrar que una aceptación modificada equivale a una contraoferta, que el oferente original podrá aceptar tácitamente por no contradecir los terminos variables contenidos en la aceptación, (...) y atendiendo al cumplimiento de sus propias obligaciones (en el caso concreto, el oferente empezó la producción de válvulas), el Tribunal Arbitral no sólo se refirió al artículo **1326 (5)** del Código Civil italiano, sino también a las disposiciones relevantes contenidas en CISG (Art. **19(1) (2)**) y los Principios de UNIDROIT (Art. **2.11** [Art. **2.1.11** de la edición 2004]).

Finalmente, el Tribunal Arbitral se refirió a la cuestión de la tasa de interés aplicable. Primero señaló que el "*Art. 78 [CISG] no establece los criterios para hacer el cálculo de intereses y que la jurisprudencia internacional posee una amplia gama de posibilidades en este sentido*".

Luego señaló que "*entre los criterios aceptados en diferentes sentencias, el*

35 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

más adecuado parece ser el de las tasas generalmente aplicadas en el comercio internacional, de la moneda pactada...En términos concretos, desde que la moneda pactada es el dólar y las partes son europeas, la tasa aplicable es la 3-meses LIBOR sobre el dólar, con un aumento del 1%, a partir de la fecha de vencimiento (...). La solución sustancialmente corresponde a la prevista para el caso, en el Art. **7.4.9 (2)** de los Principios de UNIDROIT, aunque esta provisión no fue expresamente referida por el Tribunal Arbitral.

ICC, Corte Internacional de Arbitraje, París, N° 8261 de 1996³⁶

Caso de una compañía italiana y una agencia gubernamental de un país del oriente medio, constituyeron un contrato. En el mismo no se estableció ninguna opción respecto de la ley aplicable, porque ambas partes habían insistido en la aplicación de su propia ley nacional.

En un laudo parcial previo, referido a la cuestión de la ley aplicable, el Tribunal Arbitral declaró que basaría su decisión en los términos del contrato, complementados con los principios generales de comercio consagrados en la lex mercatoria.

Posteriormente, cuando se resolvió el fondo del asunto, se refirió el tribunal, sin dar mayor detalle, a las disposiciones particulares contenidas en los Principios de UNIDROIT, considerada implícitamente la segunda fuente de la lex mercatoria.

Así, además de otro laudo parcial sobre algunas cuestiones preliminares sustanciales, en las cuales se refirieron a los artículos Arts. 4.8 (“Supplying omitted terms”) y 4.6 (“Contra proferentem rule”), en su laudo definitivo el tribunal Arbitral hizo referencia a los Arts. 7.4.1 (Right to damages), 7.4.7 (Harm due in part to aggrieved party) y 7.4.13 (Agreed payment for non-performance) en apoyo a su razonamiento.

CCI, N° 12889 del 2004³⁷

En cuanto a las normas de conflicto la jurisprudencia ha establecido:

*“Sin embargo los árbitros son muy prudentes en el manejo de las normas de conflicto y siguen en la mayoría de los casos la advertencia contenida en el artículo 26 del Reglamento de la CCI, que señala que deben esforzarse “siempre que el laudo sea susceptible de sanción legal.”En base a ello buscan una solución convergente con la de los sistemas de conflicto de leyes nacionales.”*³⁸

B.2. Principio general de buena Fe

Arbitration Centre of the Costa Rican Chamber of Commerce, # desconocido, del 2003³⁹

Una empresa costarricense del sector hotelero contrató a una firma de contabilidad para el reclamo de un seguro por daños. La firma de contabilidad presentó a la aseguradora un informe de daños dos semanas antes de la

36 www.unilex.info/case.cfm?id=624, visitado el 12 de Octubre de 2011

37 www.unilex.info/case.cfm?id=624, visitado el 12 de Octubre de 2011

38 SANTOS BALANDRO, Rubén. Arbitraje Comercial Internacional. Montevideo, Uruguay, 1998. Pág. 223.

39 www.unilex.info/case.cfm?id=624, visitado el 12 de Octubre de 2011

fecha límite para el reclamo. La aseguradora informó a la empresa hotelera que debía ser especificado de una forma más detallada, por lo que la empresa contrató a otra firma de contabilidad sin dar aviso a la primera. La primera firma alegó en sus reclamos, con motivo de una demanda, que la hotelera había incumplido el contrato de manera unilateral, que no se informó a esta de las declaraciones de la compañía de seguros lo que impidió que complementa su informe.

El Tribunal de Arbitraje se refirió a los Principios de UNIDROIT, no como una fuente de la ley sino por su valor doctrinal, y falla a favor del demandante. Al hacer hincapié en el deber de las partes a actuar de conformidad con la buena fe en el cumplimiento de contrato, (artículo 1.7 de los Principios de UNIDROIT).

International Court of Arbitration of the Chamber of Industry and Commerce of the Russian Federation, Russia, 18/2007 del 2008⁴⁰

La disputa surge de un contrato de suministro de gas natural entre una empresa de Rusia, la actora, y de una empresa de Moldavia, la demandada, el gas iba a ser entregado en parte a la propia demandada, y en parte a un tercero ("el Beneficiario").

Hubo un incumplimiento de la tercera parte por falta de pago en cuanto al precio del gas entregado, por lo que se solicita el pago del precio por el gas suplido al comprador, quien se niega a pagar, ya que se alega que el contrato está previsto para la entrega de gas

directamente así como el pago del precio de gas por terceros.

Referencia a la buena fe, principio esencial del comercio internacional, (artículos 1.7 , 7 y 8 de CISG así como los artículos 5.1.2 de los principios de UNIDROIT y los comentarios 1 a 3 del artículo 1.7 de los principios.

B.3 Deber de informaciones

Caso previamente citado de una empresa costarricense del sector hotelero contrató a una firma de contabilidad para el reclamo de un seguro por daños. La firma de contabilidad presentó a la aseguradora un informe de daños dos semanas antes de la fecha límite para el reclamo. La aseguradora informó a la empresa hotelera que debía ser especificado de una forma más detallada, por lo que la empresa contrató a otra firma de contabilidad sin dar aviso a la primera. La primera firma alegó en sus reclamos, con motivo de una demanda, que la hotelera había incumplido el contrato de manera unilateral, que no se informó a esta de las declaraciones de la compañía de seguros lo que impidió que complementa su informe.

CCI, N° 11849 del 2003⁴¹

Caso, en el cual el actor, un distribuidor estadounidense, constituyó un contrato de distribución exclusiva, con el demandado, una empresa manufacturera italiana, de productos de "moda".

Los principios CISG en principio no son aplicables, las partes los eligieron como el

40 www.unilex.info/case.cfm?id=624, visitado el 12 de Octubre de 2011

41 www.unilex.info/case.cfm?id=624, visitado el 12 de Octubre de 2011

derecho aplicable al acuerdo, la intención de las partes era excluir la aplicación de cualquier derecho aplicable, y regular el acuerdo por derecho “neutral” y normas a nacionales.

El acuerdo establecía que cualquier adición o aclaración, que se hiciera por escrito, la aceptación en una ocasión por la manufacturera del pago de la transferencia bancaria, no fue considerada suficiente, para inducir razonablemente al distribuidor a creer, que la apertura de la carta de crédito, no iba a ser necesaria.

B.4 Principio Contra proferentem Rule

Si los términos de un contrato suministrados por una parte no son claros, una interpretación contra esa parte es preferible.

El comentario oficial de los Principios de UNIDROIT establece que:

“Una parte puede ser responsable de la formulación de un término en particular de un contrato, ya sea porque esa parte lo haya redactado o de otra manera la haya suministrado, por ejemplo, usando condiciones generales usadas por otros. Dicha parte debe asumir el riesgo de posible falta de claridad de la formulación elegida. Es por esta razón que este Artículo establece que si los términos de contrato dados por una parte no son claros, hay una preferencia de la interpretación contra esta parte. El grado de extensión a la que esta regla aplica dependerá de las circunstancias del caso; lo menos que el término

del contrato en cuestionamiento fue objeto de nuevas negociaciones entre las partes, mayor será la justificación para interpretarla en contra de la parte que la incluyó en el contrato.”

Court of Arbitration for Sport (CAS), 2002/A/593 del 2004⁴²

*En una disputa entre la Asociación de Fútbol de Gales (FAW) y la Unión de Asociaciones Europeas de Fútbol (UEFA), y ante la negativa, de esta última de no penalizar a la Asociación de Fútbol Rusa, por haber sido encontrado culpable por dopaje uno de sus jugadores, la UEFA puso en duda la competencia del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS) al alegar que la decisión en cuestión era puramente deportiva y no referente a intereses económicos. En la interpretación de las disposiciones pertinentes de los Estatutos de la UEFA en un sentido favorable a FAW y en contra de la UEFA, el Tribunal Arbitral invocada la regla **contra proferentem** según la cual los términos del contrato, deben, en caso de duda de interpretarse en contra de la parte que los haya suministrado. De acuerdo con el Tribunal Arbitral esta norma constituye un principio general de interpretación de la *lex sportiva* y en este contexto se hace referencia expresa al artículo 4.6 de los Principios de UNIDROIT.*

China 7 January 2000 CIETAC⁴³

Que ambas partes acordaron tener como la ley que rige el contrato convención (CISG), para resolver la disputa. Sin embargo, nota

42 www.unilex.info/case.cfm?id=624, visitado el 12 de Octubre de 2011

43 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/00107cl.html>], visitado el 12 de Octubre de 2011

el tribunal, que la Clausula 5 es del contrato "modelo" elaborado por el vendedor. Según el principio básico de interpretación de los contratos - contra proferentem - , si los términos del contrato suministrados por una de las partes no están claros, la interpretación en contra de esa parte es la que debe ser tomada en cuenta.

Arbitration Court of the Lausanne Chamber of Commerce and Industry. Desconocido del 2002⁴⁴

Una empresa turca y una sociedad constituida en Anguilla, con una oficina en Filipinas, constituyeron un acuerdo en materia de equipos. El contrato contenía dos disposiciones sobre la elección de la ley, al parecer contradictorias.

Surgió una controversia y las partes se sometieron a un arbitraje ad hoc regulado por el Reglamento de Arbitraje, en un laudo parcial el tribunal arbitral determinó que una de las partes no habían realizado correctamente su obligación derivada del contrato. Para este efecto el tribunal arbitral que se refiere a las siguientes disposiciones (entre otras) de los Principios de UNIDROIT: - Arte. 4.6 y su comentario ("regla de contra proferentem ", que en el caso que nos ocupa era, sin embargo no se considera plenamente aplicable porque a través de una revisión de los términos y condiciones del contrato, los mismos fueron pactados por ambas partes);

Court of Arbitration for Sport CAS/ 2002/A/593 del 2004 ⁴⁵

En una disputa entre la Asociación de Fútbol de Gales y la Unity de Asociaciones Europeas de Fútbol, y ante la negativa, de esta última de no penalizar a la Asociación de Fútbol Rusa, por haber sido encontrado culpable por dopaje uno de sus jugadores, la UEFA puso en duda la competencia del Tribunal de Arbitraje Deportivo al alegar que la decisión en cuestión era puramente deportiva y no referente a intereses económicos. En la interpretación de las disposiciones pertinentes de los Estatutos de la UEFA en un sentido favorable a FAW y en contra de la UEFA, el Tribunal Arbitral invocada la regla contra proferentem según la cual los términos del contrato, deben, en caso de duda de interpretarse en contra de la parte que los haya suministrado.. De acuerdo con el Tribunal Arbitral esta norma constituye un principio general de interpretación de la lex sportiva y en este contexto se hace referencia expresa al artículo 4.6 de los Principios de UNIDROIT.

China 7 January 2000 CIETAC Arbitration proceeding (Cysteine case)⁴⁶

Que ambas partes acordaron tener como la ley que rige el contrato convención (CISG), para resolver la disputa. Sin embargo, nota el tribunal, que la Clausula 5 es del contrato „modelo“ elaborado por el vendedor. Según

44 www.unilex.info/case.cfm?id=624, visitado el 12 de Octubre de 2011

45 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/00107cl.html>], visitado el 12 de Octubre de 2011

46 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/00107cl.html>], visitado el 12 de Octubre de 2011

el principio básico de interpretación de los contratos - contra proferentem - , si los términos del contrato suministrados por una de las partes no están claros, la interpretación en contra de esa parte es la que debe ser tomada en cuenta.

B.5 Principio del efecto útil (Principio ut res magis valeat quam pereat)

La Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-001 de 1992, define el principio del efecto útil de un modo muy puntual pero completo, señalando *“que el principio de interpretación normativa que se funda en el “efecto útil” enseña que, entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero”*

Una característica de muchas de las disposiciones contenidas en los Principios de UNIDROIT de los contratos internacionales, es el esfuerzo de mantener el contrato hasta donde sea posible. La afirmación del principio *‘in favorem validitatis’* refleja una preocupación de la práctica comercial, (*‘favor contractus’*) y también en el campo del arbitraje comercial internacional .Ya sea formulado como un marco normativo integral de las partes o elaborado en función de las condiciones generales del comercio, el contrato se desprende la relación jurídica entre las partes de la ,otra‘ la legislación nacional aplicable. Debido a su carácter auto-suficiente el contrato se convierte, en „ley sustituta“ para las partes.⁴⁷

Una característica de muchas de las disposiciones contenidas en los Principios de UNIDROIT de los contratos internacionales, es el esfuerzo de mantener el contrato hasta donde sea posible. La afirmación del principio *‘in favorem validitatis’* refleja una preocupación de la práctica comercial, (*‘favor contractus’*) y también en el campo del arbitraje comercial internacional .Ya sea, formulado como un marco normativo integral de las partes o elaborado en función de las condiciones generales del comercio, el contrato se desprende la relación jurídica entre las partes de la ‘otra‘ la legislación nacional aplicable. Debido a su carácter auto-suficiente el contrato se convierte, en “ley sustituta” para las partes.⁴⁸

ICC, No.1434, Clunet 1975

Una norma de interpretación universalmente reconocida dispone que en caso de dos interpretaciones contradictorias o dos posibles significados del mismo contrato, se debe, caso de duda, preferir la interpretación que conserva un significado ciertos a esas palabras en lugar de seguir un enfoque que les dan un significado inútil o incluso absurdo. Este “principio del effet utile” también llamado “principio de efectividad” (“ut res magis valeat quam pereat”) (...).⁴⁹ En una disputa el Demandante estableció que “la interpretación correcta de el Acuerdo Promisorio debe ser hecho de acuerdo a la legislación Portugués, pero esta no debe excluir los Principios de Contrato Internacional Comercial de UNIDROIT (tal como fals demonstration non nocet, contra proferentem y favor negotii)⁵⁰

47 Berger, Klaus Peter, The Creeping Codification of the Lex Mercatoria, The Hague, London, Boston 1999.

48 Berger, Klaus Peter, The Creeping Codification of the Lex Mercatoria, The Hague, London, Boston 1999.

49 ICC Award No.1434, Clunet 1975, at 978 et seq. www.tranlex.com.

50 www.unilex.info/case.cfm?id=1431, visitado el 12 de Octubre de 2011

ICC, Desconocido, 2000⁵¹

El Demandante, una compañía Francesa, y Acusado, una compañía Japonesa, entraron en un acuerdo de licencia según el cual el Demandante fue dado un licencia exclusiva para manufacturar, vender y distribuir productos del Acusado en Europa. Posteriormente el Acusado entro en un acuerdo con una compañía Americana otorgándole una licencia exclusiva para el mercado Norte Americano y una licencia no exclusiva para otros países.

Según el defensor del Demandante, por no haber excluido expresamente a Europa de esos otros países, se violo su acuerdo con el Demandante.

Despues de determinar en un laudo parcial que el conflicto debe ser arreglado con base a la lex mercatoria, en su ultimo laudo el Tribunal Arbitral abordo los meritos del caso y decidió o favor del Demandante. Llego a su conclusión en base a la cuidadosa interpretación de los acuerdos de licencia en cuestión y en este contexto se baso en Articulos 4.1, 4.3 y 4.4 de los Principios de UNIDROIT al cual ambas partes se refirieron en sus alegaciones. Aun es soporte a su decisión el Tribunal Arbitral también invoco Artículo 1.7 de los principios de UNIDROIT y el principio general de buena fe y trato justo en comercio internacional establecidos en el mismo: verdaderamente seria contrario a su principio de hacer indirectamente lo que el contrato previene de hacer directamente.

B.6 Principio de Buena Fe

DÍEZ PICAZO, establece que el ordenamiento jurídico exige este comportamiento de buena

fe no sólo en lo que tiene de limitación o veto a una conducta deshonesto (v.gr., no engañar, no defraudar, etc.), sino también en lo que tiene de exigencia positiva prestando al prójimo todo aquello que exige una fraterna convivencia (v.gr., deberes de diligencia, de esmero, de cooperación, etc.).

B.7 Deber de minimizar pérdidas

Este deber se refiere, a aquel que tiene el acreedor de una obligación que no fue cumplida de minimizar su perjuicio. En reiterados laudos se subraya la importancia que tiene para cualquier parte, y consecuentemente para cualquier tribunal arbitral llamado a juzgar una controversia, el tener en cuenta correctamente cualquier posibilidad de minimizar el perjuicio. Es decir, los árbitros se apoyan en la "jurisprudencia arbitral" para recordar que el acreedor de una obligación sin ejecutada debe adoptar todas las medidas que estén a su alcance para minimizar sus pérdidas.

Establece el artículo 7.4.8. de los Principios de UNIDROIT

- 1 La parte incumpliente no es responsable por los daños sufridos por la parte agraviada en la medida en que el daño pudo haber sido reducido por esta última parte tomando medidas razonables.*
- 2 La parte agraviada está legitimada para recuperar los gastos razonablemente incurridas en atender el reducir el daño.*

51 www.unilex.info/case.cfm?id=697, visitado el 12 de Octubre de 2011

CCI, N° 8817 de 1997⁵²

Una compañía Española y una compañía Holandesa establecieron un contrato de distribución exclusiva y venta de productos alimenticios. Surgió una disputa cuando el Demandado, enfrentado en ambos un cambio en la administración del Demandante y atrasos en pago (Demandante no había respetado el plazo hecho por el Demandado para el pago), termino el acuerdo. El demandante inicio un procedimiento arbitral argumentando que el despido del gerente general fue justificada por el hecho que el último había establecido una relación comercial competitiva con el Demandado.

Para determinar la ley aplicable a los meritos (el contrato no contenía una opción de ley de clausula), el Tribunal Arbitral encontró que los elementos de venta prevalecían sobre los de distribución exclusiva y, citando Artículo 13(3) del ICC Rules of Conciliation and Arbitration, decidieron aplicar las provisiones del 1980 Convención Internacional de las Naciones Unidas para Contratos de Ventas Internacionales de Bienes y sus principios generales, “ahora contenidos en los Principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales(...)”.

Con respeto al contenido de el caso, el Tribunal Arbitrario otorgo el Demandante daños derivados por la terminación del contrato y competición injusta por el Demandado. Al hacer esto, se refirió al Artículo 1.8 de los principios del UNIDROIT para confirmar el carácter vinculante de las practicas establecidas de ambas partes (Art

9 (1) CISG), y al Art. 7.4.8 del los principios de UNIDROIT para confirmar que una parte sufriendo daños debe tomar pasos para mitigar el daño (Art. 77 CISG).

ICC, N° 9594, de1999⁵³

El demandante, una compañía Española, constituyó un contrato con el demandado, una compañía con sede en India, para el envío e instalación de maquinaria industrial. Una vez instalada la maquinaria, esta resulto ser defectuosa. A pesar del ofrecimiento del Demandante (...) el demandado detuvo los pagos pero al mismo tiempo comenzó a utilizar la maquinaria, manufacturando, de este modo, bienes defectuosos, lo que causo un incremento en reclamos por daños departe de sus clientes. El Demandante y el demandado se acusaron uno al otro por incumplimiento del contrato y el Demandado también reclamó daños consecuentes como resultado del mal funcionamiento de la maquinaria.

(...) el Tribunal Arbitral no solo se refirió a los casos importantes Ingleses declarando el deber de minimizar pérdidas, sino que también encontró apropiado el agregar que “(a) *norma similar ha sido establecida internacionalmente, principalmente en los Principios de Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT (1994) el cual establece en sub-sección 1 del Artículo 7.4.8 como a continuación: “La parte no ejecutante no es responsable de daños sufridos por la parte agraviada en la medida de que el daño pudo haber sido reducido por la parte latter tomando pasos razonables”.*

52 www.unilex.info/case.cfm?id=659, visitado el 12 de Octubre de 2011

53 www.unilex.info/case.cfm?id=659, visitado el 12 de Octubre de 2011

B.8 Culpa in contraendo

Ha establecido la Jurisprudencia de la Corte de Comercio Internacional, respecto de la culpa *"in contraendo"* que la misma, aplicada como se dijo (al arbitraje internacional): "Es un principio del derecho suizo conforme además con un principio general del derecho, que aquel que causa un daño durante una negociación, faltando a sus deberes de diligencia o a los deberes dictados por la buena fe o la equidad, debe repararlo; y esto se aplica tanto si la negociación tiene por objeto un contrato propiamente dicho o como en este caso, una transacción para resolver un litigio"⁵⁴

Tribunal Arbitral de la Ciudad de Panamá, número desconocido de 2001⁵⁵

El demandante inicia un procedimiento arbitral ante el Tribunal Arbitral de la Ciudad de Panamá de acuerdo con una cláusula de arbitraje contenida en el contrato, y reclama por daños y perjuicios por el incumplimiento de contrato por parte del demandado.

El Tribunal Arbitral, por mayoría, concedió al demandante daños y perjuicios por el perjuicio sufrido, incluido el lucro cesante, basando su decisión, de forma expresa sobre los principios de UNIDROIT (art. 7.4.2 y el comentario 2, así como en antecedentes de la práctica internacional. Sin embargo, siendo difícil determinar el monto exacto de

las pérdidas efectivamente sufridas por el demandante, el Tribunal Arbitral se refirió de nuevo a los Principios de UNIDROIT (precisamente al artículo 7.4.3), así como a los laudos arbitrales que adoptaron la misma solución.

B.9 Estoppel (Principio non venire contra factum propium)

En las citas del arbitro de "English Court of Exchequer, Cave v. Mills (1862), Hurlstone & Norman" disponen poeticamente acerca del principio de estoppel: "a un hombre no debería permitirsele jugar con dos barajas -para afirmar en un tiempo y para negar en otro...Este principio tiene su fundamento en el sentido común y en la justicia común, y bien es llamado estoppel o por cualquier otro nombre, este es uno de los cuales las cortes de derecho han adoptado con más utilidad en los tiempos actuales .

De acuerdo con esta teoría, nadie puede asumir en sus relaciones con otras personas, una conducta que contradiga otra suya anterior, cuando ésta haya despertado una legítima confianza en esas personas de que mantendrá una línea coherente con sus propios y anteriores actos. Es también una aplicación de las buena fe-lealtad, ya que no puede haber información más certera para una parte que el propio dicho o checho del que la dice o ejecuta.

54 PADILLA DURÁN, Diego y VILLAREAL LOAICIGA. Laura. Los Principios Modernos en el Arbitraje Comercial Internacional. Tesis para optar por le grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Sede Universitaria Rodrigo Facio. 2011. Pág. 139.

55 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

Es una institución jurídica que proviene del *Common Law*, a la cual se le ha relacionado con la Teoría de los Actos Propios⁵⁶. Se le define como "regla del derecho anglosajón que desconoce la facultad de afirmar o bien negar la existencia de ciertos derechos a quien anteriormente hubiera adoptado una conducta jurídica contraria a sus manifestaciones o actos respecto de tales hechos o derechos"

ICC, N° 6363, de 1992

"El demandante sostiene que el demandado cambió su argumento después de prevalecer en el procedimiento de (...) y debe ser impedido ya que está actuando de mala fe. El demandado parece aceptar la doctrina de estoppel pero dice que su posición en el procedimiento (...) ha sido mal interpretado.

"La teoría de Estoppel requiere que la parte que alega se haya basado en una representación para la otra parte con un resultado con consecuencias en detrimento para sus propios intereses. No hay evidencia de que el demandante se baso en la defensa del demandado en su perjuicio. Sin embargo, este tribunal está de acuerdo con una posición común relacionada a ambas partes sobre la pertinencia de las declaraciones anteriores que ellos invocan.

El Tribunal no puede ignorar tomadas por las partes en la largo historial de su relación,

ya que son indicativos de su pensamiento contemporaneo y de su concepción de sus derechos legales."

B.10 La perdida de chance o de oportunidad

La perdida de chance es un concepto, aún hoy dúa, no muy bien manejado seas por juzgadores o bien por los abogados encargados de someter los conflictos a la jurisdicción.

Menciona Torrealba⁵⁷ haciendo referencia al concepto de la perdida de chance o de oportunidad lo siguiente:

"La doctrina y jurisprudencia francesas han desarrollado el concepto de "perte d'une chance" o pérdida de una oportunidad, como categoría autónoma de daño indemnizable. La doctrina y la jurisprudencia4 latinoamericanas han acogido dicho concepto con total naturalidad – incluido el galicismo "chance"--,(...), así mismo establece que "La pérdida de oportunidad se define como la desaparición de la probabilidad seria y real de un evento favorable⁵⁸. Bajo esta categoría se indemnizan tanto menoscabos de naturaleza patrimonial –v.gr., la pérdida de las oportunidades de devengar un lucro o de economizar determinados costos-- , como daños extrapatrimoniales, por

56 Teoría de los actos propios. De acuerdo con esta teoría, nadie puede asumir en sus relaciones con otras personas, una conducta que contradiga otra suya anterior, cuando ésta haya despertado una legítima confianza en esas personas de que mantendrá una línea coherente con sus propios y anteriores actos. Es también una aplicación de las buena fe- lealtad. (BORDA, Guillermo A. Tratado de Deerecho Civil. Parte General. Tomo I. Abeledo-Perrot. 1999. Pág 28.

57 TORREALBA NAVAS, Federico. Artículo. La perdida de Oportunidad o Chance.

58 Citando el autor a V. LE TOURNEAU, Phillipe y Loïc CADIET: Droit de la Responsabilité, Dalloz, 1998, p. 213.

ejemplo: la pérdida de la oportunidad de supervivencia⁵⁹ o la pérdida de la oportunidad de curación; o mixtos, como la privación de chances de superación profesional. Nuestra doctrina más autorizada propone un concepto amplio de este rubro indemnizatorio, al considerar que el "... chance resarcible está fundamentado en una probabilidad de maduración de una situación jurídica, tanto de una expectativa como de un interés legítimo"⁶⁰ (es decir, la noción abarca mucho más que la mutilación del capullo de un derecho subjetivo)."

Así mismo el anterior autor dijo que este principio adquirió carta de naturalización costarricense en el siguiente laudo:

Tribunal Arbitral Ad hoc, San José Costa Rica. 30 de abril del 2004. En (...): Una compañía francesa y una empresa de Costa Rica acordaron participar en un procedimiento de licitación pública para la construcción y explotación en régimen de exclusividad por un período de diez años de los centros de revisión técnica de vehículos en Costa Rica. El contrato fue adjudicado finalmente a un tercero. Según la empresa de Costa Rica la adjudicación fue inadecuada, pero la empresa francesa se negó a unirse a su socio para impugnar la adjudicación ante la autoridad competente, lo que impidió la empresa costarricense de concluir el procedimiento. La empresa de

Costa Rica inició un procedimiento arbitral contra la empresa francesa basada en la violación del acuerdo de empresa conjunta y reclamó la indemnización por los daños sufridos como la pérdida de los beneficios que pudo haber obtenido por el periodo de los diez años.

En cuanto al alegato del demandante de una indemnización por lucro cesante, el Tribunal Arbitral consideró que los beneficios esperados por esta son demasiado inciertos para ser resarcible en su totalidad y por lo tanto sólo se concedió una indemnización por la pérdida de una oportunidad, refiriéndose expresamente al artículo 7.4.3 de los principios UNIDROIT.

En vista de que la parte actora no cumplió con la obligación de realizar los mejores esfuerzos para el cumplimiento del contrato y debido al perjuicio sufrido por la otra parte, la noción de pérdida de oportunidad es la que mejor se adapta a los daños sufridos, los cuales no pueden ser determinados ya que están basados en presunciones, sin embargo esto priva a la otra parte de concretar su objetivo común ya que le otra decidió unilateralmente abortar con el proyecto.

B.11 Rebus sic Stantibus y el Principio de Pacta Sum Servanda

Se ha escogido darle un tratamiento conjunto a estos temas ya que están necesariamente ligados uno del otro, o sea se contraponen

59 18 V. ZIVIZ, Patricia: Il risarcimento per la perdita di chances di sopravvivenza, en Responsabilità Civile e Previdenza. Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione. Directa da Giovanni Iudica-Ugo Carnevali. Milano, Giuffrè Editore, Vol LXIII, No. 3., 1998, pp. 705-727.

60 PÉREZ VARGAS, Víctor. La pérdida de chance y la tutela del "affidamento" en un reciente laudo costarricense, en: Liber Amicorum per Francesco d. Busnelli, Volume II, Giuffrè Editore, Milano, 2008, pág 427 a 446.

ya que la línea por la que se ha decantado la jurisprudencia internacional en materia comercial ha sido, casi en la exclusividad de los casos darle todo el peso a lo pactado por las partes como las cláusulas por las cuales se resolvera el conflicto entre los mismos, (Pacta sum servanda), dicho esto cuando, en virtud de la intención de las partes de preveer que en caso de conflicto se dilucidaran sus controversias por un tribunal arbitral, y una de las partes "haciendo uso" de esa potestad somete el acuerdo al tribunal arbitral para que el mismo sea revisado, dicho generariamente, porque opera al mismo una situación de cambio de circunstancias, o un escenario distinto de las circunstancias exteriores respecto de las que le vieron nacer, se ha establecido casi de forma unánime por la jurisprudencia que esa revisión o adaptación del contrato "a las nuevas circunstancias" es improcedente salvo si está prevista por el derecho aplicable o por la misma voluntad de las partes, pero no como una posibilidad conservadora, con una concepción un poco civilista que no toma en cuenta la idoneidad (profesionalidad) que deben de tener los sujetos que llevan a cabo actos de comercio, principalmente a cierta escala, por lo tanto priva el principio Pacta sum Servanda de sobre el adagio Rebus sic stantibus.

CCI, 12446 del 2004⁶¹

Conflicto relativo a un contrato de ventas internacionales, la demandada, que se había negado a cumplir con su obligación de comprar una cierta cantidad de bienes por

motivo de un fuerte descenso de la demanda de dichos bienes en el mercado, invocó las disposiciones pertinentes contenidas en dificultades sobrevinientes (hardship) en los Principios de UNIDROIT. La ley que rige es la ley japonesa, que permite a las partes estar de acuerdo sobre la aplicación de "los usos del comercio", siempre que no contravengan el orden público japonés (véase el artículo 92 del Código Civil japonés). Sin embargo, el Tribunal Arbitral, integrado por tres miembros japoneses, excluyeron la aplicabilidad de los Principios de UNIDROIT, (...).

La cláusula que establece la excesiva onerosidad (hardship), son usualmente muy complejas, y varían significativamente (sustancialmente) de caso a caso. Sin embargo, en términos generales, se puede afirmar que las disposiciones actualmente pactadas comparten dos características, a saber, la determinación de los hechos que pueden desembocar en un proceso de reajuste y en el establecimiento de un proceso adecuado para adecuar la relación a las nuevas circunstancias.⁶²

Maskow, Dietrich, Hardship and Force Majeure, 40 Am.J.Comp.L. 1992, at 657 et seq⁶³

"Un principio básico del derecho contractual, que parece ser aceptado universalmente, es el de "pacta servanda sunt". El mismo refleja la justicia natural y los requerimientos económicos porque une a una persona con sus promesas y protege los intereses de la

61 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

62 [hyperlink "http://trans-lex.org/127600"](http://trans-lex.org/127600) 1974, 794 Fontaine, "Hardship Clauses", D.P.C.I. 1975. 512 and Report on "Hardship Clauses", D.P.C.I. 1976.51; Lando, "Renegotiation and Revision of International Contracts", German Y.B. Int'l L. 37 (1980); Schmitthoff, "Hardship and Intervener Clauses", J. Bus. L. 1980, 82; Peter, "Arbitration and Renegotiation Clauses", 3 J. Int. Arb. (No.2) 29 (1986). www.trans-lex.org

63 www.trans-lex.org/969000, visitado el 12 de Octubre de 2011

estipulante. Dado que la actividad económica efectiva no es posible sin promesas fiables, la importancia de este principio debe ser subrayado.

Por el otro lado, la práctica ha demostrado que en muchas ocasiones este principio puede conducir a un objetivo contrario del que tiene. Es decir, que el promitente no puede cumplir su promesa porque las circunstancias han cambiado, o sea fundamentalmente que le ha operado una excesiva onerosidad (hardship) a él. Sin embargo por otro lado, el promitente, no puede razonablemente, esperar que los beneficios de las ventajas del cambio deben entenderse sin ningún tipo de compensación.”

Zurich, Switzerland, 8486 1996⁶⁴

Por lo tanto, la terminación del contrato por circunstancias imprevistas ('hardship', 'clausula rebus sic stantibus') debe ser permitida solo en circunstancias realmente excepcionales (ICC Award No. 1512, in Jarvin/Derains, eds., *Collection of ICC Arbitral Awards* (1990) p. 3, 4). En el comercio internacional, más bien se debe de asumir en principio, que las partes asumen los riesgos de realizar y llevar a cabo el contrato por ellos mismos, a menos que una asignación de riesgo este expresamente para ese efecto, en el contrato, Art. 6.2.1 de los Principios de UNIDROIT, expresamente establecen que el mero hecho de que la ejecución del contrato implique una mayor carga económica para alguna de las partes no es suficiente para asumir que hay 'hardship' (excesiva onerosidad).

Maskow, Dietrich, Hardship and Force Majeure, 40 Am.J.Comp.L. 1992, at 657 et seq⁶⁵

Las razones para la necesidad de cambiar la programación y para la adaptación del contrato deben ser diferentes por lo tanto el problema se presenta bajo diferentes aspectos en varias partes del los Principios de UNIDROIT.

Un ejemplo de estas razones son las lagunas en el contrato. Una segunda razón para la readaptación toma lugar en relación con las infracciones, ya que las consecuencias jurídicas pertenecientes al programa original contienen elementos de cambio respecto del mismo, de la adaptación, es decir, las alternativas. (Artículos 7.1.5 (Periodo suplementario para el cumplimiento) y para el artículo 7.2.3 (Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa).

El excesiva onerosidad "hardship" es un tipo importante de la adaptación del contrato que tiene como consecuencia final la terminación del mismo.

Internationales Schiedsgericht der Wirtschaftskammer Usterreich, desconocido de 2007⁶⁶

La demandante, una empresa europea, trató de obtener una declaración en el sentido de que había ejercido válidamente una opción de compra del demandado, otra empresa europea. La ley aplicable al fondo de la controversia era la ley de un país de europeo del este y la lex arbitri era la ley austriaca.

64 www.trans-lex.org/969000, visitado el 12 de Octubre de 2011

65 www.trans-lex.org/969000, visitado el 10 de Octubre de 2011

66 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre del 2011

Cuando se planteo la cuestión (...), el Tribunal Arbitral decidió en forma negativa señalando que las expectativas de las partes en el primer procedimiento debían de ser protegidas y que debía evitarse la existencia de colusión entre ellas. El Tribunal Arbitral consideró que las potestades de los árbitros derivan del contrato entre las partes y los árbitros, y los contratos, deben cumplirse de buena fe en tanto la ley aplicable al fondo de la controversia y el *lex arbitri*. En este contexto, el Tribunal Arbitral se refirió también al artículo 1.7 de los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales [2004].

B. 12 Principio de Competencia Profesional

Según los autores, Padilla y Villareal⁶⁷ que las presunciones de “*competencia profesional*” y “*de apreciación de los riesgos de los operadores del comercio*” han sido aplicadas en dos campos: los vicios de la voluntad y el campo de circunstancias, quines establecen en su vasta investigación que el Principio de competencia profesional establece que “*los comerciantes tienen la suficiente capacidad profesional para definir sus contratos libremente y para ejercitar una salvaguardia diligente de sus propios intereses, comportándose como prácticos razonables en lo que hacen.*”⁶⁸

Así mismo establecen que “*La justificación fáctica de este principio se basa en el hecho que los sujetos del comercio internacional, a través de su experiencia en los negocios, se*

encuentran en la obligación de protegerse por sí mismos de los acontecimientos que puedan sobrevenir y que sean susceptibles de perturbar la ejecución del contrato.”⁶⁹

Respecto de lo anteriormente señalado, más conveniente sería señalar que la justificación (que se valdría por sí misma en mi opinión), del principio de competencia profesional, es la constitución por parte de los sujetos de ciertos tipos de contrato, o sea una justificación que parta desde un punto de vista objetivo de los actos de comercio, claro está sin negar la importancia y lo certeza que encierra la afirmación de los autores, ya que comerciante debe encerrar y demostrar (y por ende no está en la posición de alegar) una justificante que vaya en contra de la pericia máxima que se presume tiene de la materia, lo que pasa es que de no ser así (por causas que no interesan), este hecho, que si bien es aislado en los comerciantes, tampoco justificaría la revisión del contrato.

Así mismo parece esta ser la línea que se incluye en la jurisprudencia judicial, la cual se puede decir tiende a ser más conservadora, en principios como el de competencia profesional, en nuestro caso se ha señalado “*Los tribunales arbitrales costarricense, han manifestado un criterio cercano al de los tribunales judiciales, abogando por el mantenimiento de lo pactado en el contrato. Y han introducido la aplicación de los principios de “competencia profesional” y “diligencia profesional” desarrollados por los tribunales arbitrales internacionales, en la*

67 PADILLA DURÁN . Pág. 164.

68 PADILLA DURÁN, Diego y VILLAREAL LOAICIGA. Pág. 164.

69 PADILLA DURÁN, Diego y VILLAREAL LOAICIGA. Pág. 164, 165.

*interpretación de la voluntad y la buena fe de las partes.*⁷⁰

Estos Principios, y como se sabe, en la breve introducción que se hizo, corresponden, a la práctica de los comerciantes, normativizada, en principios, algunos generales y otros más específicos, los cuales están, y reflejan la fuerza que tiene, particularmente en esta materia los pactado entre las partes, como lo señala Ramirez, estos principios *“plasmados en normativas uniformes tales como las leyes modelo y principios de la UNCITRAL y UNIDROIT (...) Dentro de estos principios destaca el del “efecto vinculante del contrato”(pacta sunt servanda) y la presunción de competencia profesional “la cual supone que el comerciante tiene pleno conocimiento de los compromisos que adquiere, en especial si no ha hecho reservas y previsiones en el contrato.”*⁷¹

CONCLUSIÓN

Se estableció que la *lex mercatoria* se asemeja a un código jurídico objetivo, creado y utilizado por los sujetos de Derecho Privado, perfectamente adaptable a la institución del arbitraje comercial internacional, por su flexibilidad y constante evolución, además de sus elementos de justicia privada.

En cuanto a los Principios de UNIDROIT, en el Preámbulo de los mismos, como se analizó, y se comprobó con algunos laudos arbitrales, los mismos establecen reglas generales aplicables, las cuales están

básicamente concebidas para “los contratos comerciales internacionales.

En cuanto al principio de la autonomía de la cláusula compromisoria, la misma fundamenta que determinadas controversias sean sometidas al conocimiento de los tribunales arbitrales, siendo esta cada vez más aceptada, como más aceptada es la institución del arbitraje, por sus evidentes beneficios con respecto a la justicia jurisdiccional, así mismo la validez de la cláusula compromisoria, no afecta la validez del contrato principal, por lo que aquí se da una excepción al principio del derecho de que lo accesorio sigue a lo principal.

También otro de los Principios, más tratados por la jurisprudencia internacional, por los laudos arbitrales, es el particular principio de *“Kompetenz-Kompetenz”*, el cual como se estableció, tuvo su origen en un fallo emitido por un Tribunal Superior en la República Federal de Alemania en el año 1955, y establece este principio que corresponde a los árbitros la facultad tanto de determinar el alcance del acuerdo arbitral como de su competencia y autoridad hacia el mismo.

En cuanto al derecho aplicable a la resolución de los conflictos sometidos a arbitraje, los árbitros han plasmado en la jurisprudencia arbitral, principalmente aquella de la Corte Internacional de Comercio, la no necesidad de que la ley elegida manifieste vinculación con las circunstancias del caso, acá podríamos fundamentar estas soluciones en que nos encontramos en un campo donde la voluntad

70 RAMIREZ CALDERÓN, Ana Lucía. Revista Judicial N. 92, La creación de una jurisprudencia arbitral difusa, y el análisis casuístico como método de estudio de los laudos arbitrales costarricenses, San José, Costa Rica, 2009. Pág. 92.

71 RAMIREZ CALDERÓN, Ana Lucía. Pág. 94.

de las parte tiene un papel fundamental, o primordial.

Sobre este particular, el Preámbulo de los Principios de UNIDROIT en su versión 2010, establece al respecto ciertas reglas básicas como guía para los árbitros, en el caso de que no haya forma de determinar, y atendiendo primero a la voluntad de las partes, la legislación aplicable a determinada relación jurídica.

En cuanto a ciertos principios sustanciales, como el deber de informaciones de las partes, enteramente relacionados con el principio general de buena fe, o el principio *Contra proferentem rule*, el cual establece que si los términos del contrato suministrados por una de las partes no están claros, la interpretación en contra de esa parte es la que debe ser tomada en cuenta para resolver el conflicto.

Así mismo podemos mencionar el principio del efecto útil, que establece que entre dos interpretaciones contradictorias del contrato, se deberá optar por aquella que le dé un sentido a la disposición respectiva, el deber de minimizar pérdidas, sea el deber del acreedor de una obligación que no fue cumplida de minimizar su perjuicio.

También, de particular importancia, los principios *Rebus sic Stantibus* y el Principio de *Pacta Sum Servanda*, los cuales según se mencionó, se contraponen, así mismo, la línea por la que se ha decantado la jurisprudencia internacional en materia comercial ha a sido, casi en la exclusividad de los casos de darle todo el peso a lo pactado por las partes, sólo, permitiéndose a alguna de las partes a revisar la "relación jurídica" por disposición expresa de las mismas, o porque así lo quieran en determinado momento

futuro, esto por la competencia profesional, que es aquella pericia que deberían tener los comerciantes, la cuales no les permite excusarse, por motivos en los cuales se presume su experticia.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Comentario Oficial. Principios de UNIDROIT. 2010 <http://www.unilex.info/dynasite.cfm>.

CADENA AFANADOR, Walter René. La Lex Mercatoria: Un Caso Pionero en la Globalización del Derecho. Papel Político N° 13 de 2001.

GUILLÉN DOWNING, Luis A. Comentario. Nociones sobre el Arbitraje Internacional.

Journal of European Public Policy 13:5 August 2006: 627–646. **The new Lex Mercatoria and transnational governance.** Alec Stone Sweet

Lex mercatoria y principios generales del derecho. Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC. Arbitraje y solución alternativa de controversias –Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales-. Ginebra, 2001. Pág. 105.

CHECA MARTÍNEZ, Miguel. Estudios sobre el arbitraje; arbitraje internacional y ley aplicable por el árbitro, España, La Ley, año desconocido.

Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC. Arbitraje y solución alternativa de controversias –Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales-. Ginebra, 2001

SANTOS BALANDRO, Rubén. Arbitraje Comercial Internacional. Montevideo, Uruguay, 1998.

MURILLO GONZÁLEZ. Revista de Ciencias Jurídicas 118, Efectos de la clausula compromisoria, San José, Costa Rica, 2009. Pág.139.

La competencia se mantiene aunque el contrato sea nulo. Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC. Arbitraje y solución alternativa de controversias –Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales-. Ginebra, 2001

SIERRA BOLLMANN, Daniela. Aspectos arbitrales. El Principio Kompetenz Kompetenz en el Arbitraje. Universidad Francisco Marroquín, Facultad de Derecho. Enero, 2005.

REVISTAS

Revista Judicial N. 92.; Lex Mercatoria, pluralismo jurídico y globalización, El Monopolio del Derecho por parte del Estado. García, Ignacio. San José, Costa Rica, 2009.

RAMIREZ CALDERÓN, Ana Lucía. Revista Judicial N. 92, La creación de una jurisprudencia arbitral difusa, y el análisis casuístico como método de estudio de los laudos arbitrales costarricenses, San José, Costa Rica, 2009

PÁGINAS DE INTERNET

<http://www.iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=34704>, visitado el 1º de Octubre del 2011

<http://www.iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=26612>, visitado el 1º de Octubre del 2011

GUILLEN JIMÉNEZ, Daniel. Introducción a la Lex mercatoria.

http://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_89/Introduccion%20a%20la%20Lex%20Mercatoria.htm.