

3

# Interpretación de los contratos

## Fundadores

HÉCTOR ALEGRÍA – ALBERTO J. BUERES – ELENA I. HIGHTON  
AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI – RICARDO L. LORENZETTI – JORGE MOSSET ITURRASPE  
JULIO CÉSAR RIVERA – HORACIO ROITMAN – EDUARDO A. ZANNONI

## Dirección

JULIO CÉSAR RIVERA

## Comité Académico

NORBERT LÖSING (Alemania) – MARCEL FONTAINE (Bélgica) – ALVARO NUMBELA (Bolivia)  
HUGO GALINDO DECKER (Bolivia) – LUIZ EDISON FACHIM (Brasil)  
VERA MARÍA JACOB DE FRADERA (Brasil) – CLAUDIA SCHMIDT HOTT (Chile)  
FERNANDO HINESTROSA (Colombia) – CÉSAR CORONEL JONES (Ecuador)  
JOSÉ ERNESTO CRIOLLO (El Salvador) – RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ (España)  
CARLOS LASARTE (España) – JAIME VIDAL MARTÍNEZ (España) – ALEJANDRO GARRO (EEUU)  
FRANÇOIS CHABAS (Francia) – MICHAEL FURMSTON (Gran Bretaña)  
ARTHUR HARTKAMP (Holanda) – FRANCESCO GALGANO (Italia) – SANDRO SCHIPANI (Italia)  
ULISES PITTI (Panamá) – ROBERTO RUIZ DÍAZ LABRANO (Paraguay)  
CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO (Perú) – PEDRO SILVA RUIZ (Puerto Rico)  
FELIPE OSTERLING PARODI (Perú) – HERBERT KRONKE (Unidroit)  
SIEGBERT RIPPE (Uruguay) – GONZALO PARRA ARANGUREN (Venezuela)



# *Revista de Derecho Comparado*

Publicación semestral

Doctrina – Jurisprudencia – Actualidad

## FUNDADORES

HÉCTOR ALEGRÍA  
ALBERTO J. BUERES  
ELENA I. HIGHTON  
AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI  
RICARDO LORENZETTI  
JORGE MOSSET ITURRASPE  
JULIO CÉSAR RIVERA  
HORACIO ROITMAN  
EDUARDO A. ZANNONI

## COMITÉ ACADÉMICO

NORBERT LÖSING (Alemania)  
MARCEL FONTAINE (Bélgica)  
ALVARO NUMBELA (Bolivia)  
HUGO GALINDO DECKER (Bolivia)  
LUIZ EDISON FACHIM (Brasil)  
VERA MARÍA JACOB DE FRADERA (Brasil)  
CLAUDIA SCHMIDT HOTT (Chile)  
FERNANDO HINESTROSA (Colombia)  
CÉSAR CORONEL JONES (Ecuador)  
JOSÉ ERNESTO CRIOLLO (El Salvador)  
RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ (España)  
CARLOS LASARTE (España)  
JAIME VIDAL MARTÍNEZ (España)  
ALEJANDRO GARRO (EEUU)  
FRANÇOIS CHABAS (Francia)  
MICHAEL FURMSTON (Gran Bretaña)  
ARTHUR HARTKAMP (Holanda)  
FRANCESCO GALGANO (Italia)  
SANDRO SCHIBANI (Italia)  
ULISES PITTI (Panamá)  
ROBERTO RUIZ DÍAZ LABRANO (Paraguay)  
CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO (Perú)  
FELIPE OSTERLING PARODI (Perú)  
PEDRO SILVA RUIZ (Puerto Rico)  
HERBERT KRONKE (Unidroit)  
SIEGBERT RIPPE (Uruguay)  
GONZALO PARRA ARANGUREN (Venezuela)

## Director:

JULIO CÉSAR RIVERA

## Secretaria de redacción:

GRACIELA MEDINA

QUERA DEL COMERCIO

## Editor responsable

RUBINZAL - CULZONI EDITORES  
Talcahuano 442 - 1013 Buenos Aires  
Tucumán 2644 - 3000 Santa Fe

*Revista de Derecho Comparado*  
es una publicación de  
REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO S. A.

ISBN 950-727-302-6

RUBINZAL - CULZONI EDITORES  
de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.  
Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

## ÍNDICE GENERAL

### Doctrina

<i>Interpretación del contrato y "lex mercatoria",</i> por FRANCESCO GALGANO y FABRIZIO MARRELLA .....	7
<i>La interpretación de la ley y de los actos jurídicos en el</i> <i>Derecho peruano,</i> por GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA .....	59
<i>Interpretación del contrato. Informe del Derecho</i> <i>puertorriqueño,</i> por PEDRO F. SILVA-RUIZ .....	87
<i>Extensión y límites de la creación de reglas singulares, derivadas</i> <i>y fundadas, en la aplicación de la ley y del contrato en el Código</i> <i>Civil chileno,</i> por LUIS BUSTAMANTE SALAZAR .....	101
<i>Interpretación del contrato en el Derecho de la República</i> <i>Oriental del Uruguay,</i> por JUAN E. BLENGIO .....	123
<i>La interpretación de los contratos en Derecho</i> <i>Civil belga,</i> por BERTRAND DE CONINCK .....	159
<i>Interpretación de la ley y de los negocios</i> <i>jurídicos,</i> por OLAF SOSNITZA .....	177

### Actualidad

<i>Balance de la implementación del "Código Civil de Quebec",</i> por YVES PLEAU .....	207
<i>El Código de la indiferencia,</i> por LUIZ EDSON FACHIN .....	219
ÍNDICE SUMARIO .....	221

# *Doctrina*

**Francesco Galgano**

**Fabrizio Marrella**

**Guillermo Lohmann Luca de Tena**

**Pedro F. Silva-Ruiz**

**Luis Bustamante Salazar**

**Juan E. Blengio**

**Bertrand De Coninck**

**Olaf Sosnitza**

# INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO Y LEX MERCATORIA\*

por FRANCESCO GALGANO y FABRIZIO MARRELLA

SUMARIO: *Primera Parte. Un derecho universal para la economía global.* I. El *continuum* derecho-economía en la época preindustrial. II. La economía sometida a la política en los Estados absolutistas. III. La separación de la economía del derecho con el advenimiento de la revolución industrial. IV. Origen y decadencia del gobierno público de la economía. V. Derecho y economía en la sociedad de la riqueza desmaterializada. VI. Derecho y economía en la sociedad de la globalización. VII. La nueva *lex mercatoria*. VIII. El juez como órgano de la sociedad civil globalizada. IX. El advenimiento de la tecnodemocracia. X. La mediación cultural de los juristas. *Segunda Parte. Reglas de interpretación del contrato.* I. Las fuentes. II. La interpretación de la cláusula compromisoria. A) Voluntad de las partes y eficacia de la cláusula compromisoria; a) Teoría de la unicidad del derecho aplicable. b) Teoría de la pluralidad de las leyes aplicables. c) Teoría de las normas de DIP material. d) El laudo CCI 5065 de 1986. e) El laudo CCI 4131 de 1982. f) El laudo CCI 5721 de 1990. g) El laudo CCI 4381 de 1986. h) El laudo CCI 7375 de 1996. B) Interpretación de la voluntad de las partes en materia de derecho aplicable al contrato principal. a) La *electio iuris* equívoca. b) El laudo CCI 7375 de 1996: elección negativa y los Principios Unidroit. III. La interpretación del contrato principal. A) *Multa sunt principia*. a) El principio de interpretación complexiva y de coherencia interpretativa. b) El principio de conservación del contrato. c) La irrelevancia de las calificaciones atribuidas por las partes. d) La *interpretatio contra proferentem*. B) Fronteras y problemas de la interpretación transnacional.

## Primera Parte – *Un derecho universal para la economía global*

### I. El *continuum* derecho-economía en la época preindustrial

Las relaciones entre derecho y economía han ido cambiando va-

\* La primera parte ha sido redactada por Francesco Galgano; la segunda, por Fabrizio Marrella.

riadamente en el transcurso del tiempo; están asumiendo en la realidad actual, caracteres absolutamente nuevos y originales.

En la época anterior a la revolución industrial había entre derecho y economía un nexo de estrecha continuidad. Era, para la economía, la época del llamado capitalismo comercial, al que se oponía, en el terreno del derecho, la *lex mercatoria*.

El sujeto activo del sistema económico no era el productor, sino el comerciante, ya que el primero operaba bajo el pedido del segundo<sup>1</sup>, y sobre la figura del *mercator* se basaba también el sistema jurídico, dominado por el *privilegium mercaturæ*, que implicaba, entre otras cosas, la prohibición al productor de vender al por menor.

Hasta la llegada de los Estados nacionales y también después de ello, hasta que se afirmó en éstos el principio de la conformidad del derecho, las relaciones económicas eran regidas por un derecho universal. La *lex mercatoria* era un derecho creado y directamente impuesto por la misma clase mercantil, por la fuerza de la costumbre, de los estatutos de las corporaciones, de la jurisprudencia de los tribunales de comercio. No se conocían mediaciones políticas, ni encontraban límites políticos: se realizaba la unidad del derecho dentro de la unidad de los mercados<sup>2</sup>.

Igualmente universales eran el Derecho Romano, asumido en absoluto como derecho de razón o de naturaleza y el Derecho Canónico, dictado por la Iglesia. La *lex mercatoria* prevalecía sobre el Derecho Romano si una de las partes de la relación era un comerciante, pero no prevalecía sobre el Derecho Canónico, también éste derecho universal de la comunidad de fieles, de modo que los comerciantes cristianos (por lo tanto excluidos los hebreos) estaban sujetos a la prohibición canónica de la usura, no podían practicar el préstamo a interés<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Al respecto se citan las clásicas obras historiográficas de PIRENNE, *Storia d'Europa dalle invasioni al XVI secolo*, trad. al italiano de Paradisi, Firenze, 1956; íd., *Le città del Medioevo*, trad. al italiano de Romeo, Bari, 1971, y además LUZZATTO, G., *Storia economica d'Italia*, Firenze, 1967; CIPOLLA, *Storia economica dell'Europa pre-industriale*, Bologna, 1974; LÓPEZ, *La rivoluzione commerciale del Medioevo*, Torino, 1975.

<sup>2</sup> Toda referencia al respecto en mi *Lex mercatoria, storia del Diritto Commerciale*, Bologna, 1993.

<sup>3</sup> Una breve historia de la usura en mi *Saggio di astroeconomia, ovvero l'espansione siderale degli interessi composti*, en *Contratto e impresa*, 1995, p. 347.

El comercio se desarrollaba gracias al aporte de sistematización teórica y a la inventiva de los juristas, primero italianos y luego ingleses y franceses, que sobre la observación de las prácticas comerciales construían las figuras jurídicas funcionales con el más intenso desarrollo. Baste un ejemplo: entre el fin del siglo XVII y el principio del XVIII nace la letra de cambio, o sea el instrumento que permite la circulación de la futura riqueza, y se encuentra certificada con los mismos caracteres, prueba de su universalidad, en la obra del genovés Casaregis y en las sentencias del juez londinense Holt<sup>4</sup>. La misma separación disciplinaria entre derecho y economía está ausente en las obras de los escritores del siglo XVII como el francés Savary o el inglés Malynes, igualmente pródigos de enseñanzas jurídicas y económicas, merciológicas, etcétera<sup>5</sup>.

## II. La economía sometida a la política en los Estados absolutistas

La llegada a la escena política de los Estados nacionales establece entre el 1600 y el 1700 un primer nexo entre Estado y economía. No existe todavía, sino marginalmente, el Estado-reglamento que inter venga sobre la economía<sup>6</sup>; es más bien el Estado-persona, es más, la persona misma del monarca es quien asume las decisiones de política económica. Es en economía la era del mercantilismo y la época del absolutismo en política. Luis XIV en la Francia de 1600 y María Teresa en Austria de 1700 conducen al extremo límite la visión de una economía sujeta a la razón de Estado. Nace el proteccionismo, dictado por la concepción mercantilista de la riqueza, como mera acumulación monetaria, a realizarse con el "arte del comercio" predicado por Colbert, o sea disminuyendo las importaciones y aumentando las exportaciones, y hace su primera aparición la figura del Estado-empresario como autárquico productor nacional, sustitutivo de la producción extranjera<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> He recordado este caso en *Lex mercatoria... cit.*

<sup>5</sup> SAVARY, *Le parfait négociant*, Paris, 1675; MALYNES, *Consuetudo vel Lex Mercatoria, or the Ancient Law Merchand*, London, 1685.

<sup>6</sup> Como con la *Ordonnance du commerce* de 1673 y la *Ordonnance de la marine* de 1681.

<sup>7</sup> Amplia documentación sobre "manufacturas reales" en BOISSONADE, *Colbert, le triomphe de l'étatisme*, Paris, 1932.

Las corporaciones son progresivamente desautorizadas; sus competencias son asumidas cada vez más por la mano pública. El comercio y la industria no son concebidos como libertad, sino como privilegios concedidos de vez en cuando por el soberano, y en el ordenamiento de Domat (1600) el Derecho Comercial está colocado dentro del Derecho Público, como materia atinente al "gobierno y a la política general del Estado"<sup>8</sup>. Reina el convencimiento de que el beneficio puede conseguirse sólo en virtud de la concesión graciosa de las disposiciones de favor<sup>9</sup> y con los blasones del privilegio soberano nacen, con las Compañías de las Indias, las primeras grandes empresas de la época moderna, de donde se allana el camino para la fuerza militar de los Estados.

### III. La separación de la economía del derecho con el advenimiento de la revolución industrial

Derecho y economía se separan con la llegada del iluminismo y de la revolución industrial. El primero conduce a la proclamación de las libertades burguesas, entre ellas, la libertad de comercio y de industria<sup>10</sup>; la segunda señala el predominio del capital industrial sobre el capital comercial.

El sujeto activo del sistema económico, que provoca el desarrollo, no es más el comerciante, sino el productor industrial; el derecho, por el contrario, regula la circulación de la riqueza, retrocede al Estado de derecho regulador de una sola fase del proceso económico. Y el mismo industrial emprendedor es visto con mirada antigua: todavía como comerciante, que compra y revende bienes, aunque sea después de haberlos transformado. La fase relevante de la economía industrial, o sea la creación de nueva riqueza, se desenvuelve de ahora en adelante dentro de un vacío de derecho. Se alimenta con el progreso tecnológico y la colocación de capitales, no necesita elaboración jurídica. La cosa

<sup>8</sup> Cfr. TARELLO, *Sistemazione e ideologia nelle "Loix civiles" di Jean Domat*, en *Materiali per la storia della cultura giuridica*, Bologna, 1972, p. 156.

<sup>9</sup> Sobre el tema DOBB, *Problemi di storia del capitalismo*, trad. al italiano de Mazzone, Roma, 1971, p. 235.

<sup>10</sup> Primera proclamación en la ley francesa del 2/17-3-1792, contemporánea a la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

no suscita escándalo en una época en la que dominan las filosofías fisiócratas de Quesnay y de Turgot, confiadas en la capacidad de espontánea autorregulación del mercado, guiado por la "mano invisible" de acuerdo con la imagen de Adam Smith.

A separar el derecho de la economía concurre en los Estados nacionales la afirmación del principio de la estatalidad del derecho. Ningún Estado reconoce otro derecho más que el dictado por él mismo; las costumbres comerciales se confinan al último nivel en la jerarquía de las fuentes. Se abre una contradicción creciente entre el comercio, que se dilata cada vez más en ámbitos internacionales, y el derecho, que, por el contrario, se contrae y se fragmenta al interior de las unidades estatales. A la antigua protección jurídica, que había sido protección de clases y de status profesionales y confesionales, sucede una nueva protección, esta vez de viso político. Las corporaciones mercantiles son suprimidas definitivamente; la misma *lex mercatoria* se estatiza: se convierte en los Códigos de Comercio, con los que cada Estado impone una visión propia del derecho regulador de los cambios.

La naciente ciencia económica puede expresarse en un lenguaje universal; el derecho, en cambio, pierde su antigua universalidad, que había sido la del Derecho Romano y luego la de la *lex mercatoria*, para regresar a la condición de una pluralidad multiforme de dialectos jurídicos. Un mensaje universal se eleva, más bien, del Derecho Público de las declaraciones de los derechos del hombre, de las cartas constitucionales: se juridiza la relación entre Estado y ciudadano, se edifica el Estado de derecho, se proclaman las libertades fundamentales, se instaaura la democracia representativa en las diversas variedades nacionales.

Para el Derecho Privado ha sido, en verdad, la estación de las grandes codificaciones, desde la francesa de principios de 1800 hasta la alemana del fin del siglo, a su vez ejemplo de muchos Códigos nacionales, que diversamente combinaron los dos modelos. Como es cierto que las codificaciones cumplieron una función en muchos aspectos solidaria con la economía de mercado. Los Códigos Civiles liberaron la riqueza de sus antiguos vínculos, suprimiendo el *dominium eminens* y el *dominium directum* de la tierra y haciendo del *dominium utile*, o sea de la propiedad burguesa, la única forma de propiedad, expropiable por los poderes pú-

blicos sólo por pública necesidad legalmente constatada<sup>11</sup>. Se introdujo en el Derecho Sucesorio el principio de igualdad entre los coherederos, lo que desmenuzó las grandes propiedades terrenas y volvió accesible la riqueza inmobiliaria a la burguesía, que en el arco de algunas generaciones habría asumido el control integral de la misma<sup>12</sup>. Más en general, la penetración en los Códigos Civiles del principio de igualdad entre los hombres, sirvió para crear las condiciones necesarias para establecer una economía de mercado basada sobre un trueque entre iguales, cual es el trueque de mercado, cuyos valores no dependen más del status subjetivo de los contrayentes, sino que son sometidos al libre juego de las fuerzas económicas<sup>13</sup>.

Sin embargo, también es verdad que las codificaciones nacionales secundaron las exigencias de la economía de mercado cada cual a su modo, regulando el trueque de diverso modo; así Francia, seguida por Italia, exige para la transferencia de la propiedad el *titulus acquirendi* (consentimiento más causa) mientras Alemania exige a su vez el *modus acquirendi* (consentimiento más tradición) y Austria, España y Portugal exigen uno o el otro, provocando así discontinuidad internacional en las reglas de circulación de la riqueza, y erigiendo obstáculos jurídicos a su libre circulación<sup>14</sup>.

Se separan entre sí *civil law* y *common law*. Inglaterra, en señal de igualdad de los ciudadanos, a fines de 1700 había ya superado la separación entre Derecho Civil y Derecho Comercial unificando, por obra de lord Mansfield, las cortes de justicia y haciendo confluir el

<sup>11</sup> Según la concepción iluminista de la propiedad debida a Pothier, inspirador del *Code Napoléon* (sobre el tema TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova, 1973, ps. 170 y ss.).

<sup>12</sup> También en los manuales es común encontrar que la verdadera revolución no fue, en Francia, la guillotina de 1793, sino el Código Civil de 1804, como programa de radical transformación de las bases materiales de la sociedad francesa.

<sup>13</sup> Sobre la unidad del sujeto de derecho cual aporte de las codificaciones cfr. TARELLO, ob. cit., ps. 27 y ss.; ídem, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Bologna, 1976, ps. 35 y ss., y sobre la relación entre unidad del sujeto de derecho y unidad del sujeto económico, cfr. REBUFFA, *Origine della ricchezza e diritto di proprietà: Quesnay e Turgot*, Milano, 1974.

<sup>14</sup> Mi *Atlante di Diritto Privato Comparato*, Bologna, 1999, pone en la debida evidencia estos elementos de discontinuidad.

*law merchant* dentro del *common law*; en Europa continental, por el contrario, se continuaba con la separación, contraponiendo Códigos de Comercio a Códigos Civiles, obligaciones y contratos comerciales a obligaciones y contratos civiles<sup>15</sup>.

#### IV. Origen y decadencia del gobierno público de la economía

En cada unidad nacional se manifiesta entre 1800 y 1900 una cada vez más amplia presencia del Estado en las cosas económicas. El desarrollo económico cual factor de bienestar colectivo, es asumido entre las funciones del Estado democrático. Y es otra vez el Estado-persona que interviene: en todas partes como regulador de la competencia económica; pero en algunos ámbitos nacionales, como en Gran Bretaña, Francia, Italia, se edifica la economía mixta: el Estado es también empresario, a veces monopolista, otras empresario que compete en el mercado con los empresarios privados, en todo caso legitimado para ello por el intento de realizar, o contribuir a realizar, objetivos de política económica o de política social, según un modelo de desarrollo que es pensado en la sede política.

La libertad económica, entonces, es siempre en las modernas constituciones occidentales una libertad por excelencia; conserva el significado original de prerrogativa que compete al ciudadano en cuanto tal y no por goce de una concesión política. Sin embargo pierde esas connotaciones antiestatales y iusnaturalistas que al principio la habían acompañado. En la historia del pensamiento económico, esta vuelta está subrayada por Keynes: "liberémonos" —es la notable exhortación con la cual decreta, en la notable conferencia de 1926, el "fin del *laissez faire*"<sup>16</sup>— "de los principios metafísicos o generales sobre los que, de vez en cuando, se ha basado el *laissez faire*. No es cierto que los individuos posean una «libertad natural impuesta sobre sus actividades económicas»". Y en Italia, donde el modelo de la economía

<sup>15</sup> Por eso los *Common lawyers* pueden jactarse de "una ley igual para todos los ciudadanos, comerciantes o no" (así J. W. Smith, cuyas palabras son indicadas como modelo a seguir en el discurso inaugural leído en 1892 por VIVANTE, *L'unità del Diritto Privato*, luego publicado como introducción al *Trattato di Diritto Commerciale*, Torino, 1922.

<sup>16</sup> KEYNES, *Fine del "laissez faire"*, se lee en *Rev. Soc.*, 1971, p. 667.



mixta alcanza límites extremos, un economista de inspiración liberal, como Einaudi, ha insinuado la duda de que un similar libre cambio no haya sido teorizado nunca por los economistas clásicos y sea, más bien, "el fantoche inventado por sus adversarios". Para Einaudi, el libre cambio no se opone, ni nunca se habría opuesto a la intervención del Estado en la economía: "liberales son aquellos que, razonando buscan de precisar las razones, los casos y los límites de la intervención del Estado y de los otros numerosos y variadísimos entes públicos en las cosas económicas"<sup>17</sup>.

El libre cambio había triunfado sobre el mercantilismo por el convencimiento de que el provecho depende, más que de políticas estatales de favor, de la cantidad de capital invertido en la producción. Pero a partir de la "gran depresión" de los años '70 del siglo XIX, las réplicas de la historia desilusionan la antigua confianza en la mano invisible, en la autonomía de la economía de la política. La incapacidad del mercado de autorregularse espontáneamente se confirma en el siglo XX con la gran crisis de los años '30; en los Estados Unidos, con el rooseveltiano *New Deal*, se empiezan a actuar formas cada vez más extensas de estatización de los mecanismos reguladores del proceso económico: gobierno de la moneda y del crédito, controles anti trust y de la bolsa, etcétera.

En el novecientos un gobierno público de la economía se puede considerar presente, en diversos grados y con distintas características, en todos los sistemas económicos de occidente; obedece a una constatada necesidad de la economía de mercado, incapaz de garantizar por sí sola un desarrollo económico equilibrado y coordinado con el progreso civil y social. De aquí el universal reconocimiento de que corresponde al Estado el deber de asegurar el funcionamiento y el desarrollo del sistema económico, junto al ulterior deber, propio del Estado social, de coordinar las exigencias de desarrollo económico con las de la justicia social y del pleno desarrollo de la persona.

Bajo estos perfiles, la intervención del Estado-reglamento resulta circunscripto a la regulación de las modalidades, de las formas y de los límites de la acción del Estado-persona.

<sup>17</sup> EINAUDI, *Lo scrittoio del presidente*, Torino, 1956, ps. 8 y ss.

Sin embargo, una tendencia opuesta se desarrolla en los últimos decenios del siglo: la presidencia Carter lanza en los Estados Unidos, la palabra de orden de la *deregulation* de la economía; se inicia en Europa el progresivo dismantelamiento de la economía mixta; por doquier toma cuerpo la política de las privatizaciones. La filosofía neoliberal que anima el nuevo curso causó desde la valuación que la presencia masiva del Estado en la economía haya terminado por deprimir la producción de la riqueza, por pauperizar los recursos del sistema productivo. Las exigencias de acumulación se hacen prevalecer sobre las de distribución de la riqueza, el rebote de la iniciativa económica de los particulares se considera prioritario con respecto a las instancias de la justicia social.

Pero en la base del nuevo curso está también, y tal vez sobre todo, un cambio general de las condiciones y de los espacios dentro de los que se desarrolla la competencia económica, que no son más, en la actual economía globalizada, las condiciones de una competencia de carácter prevalentemente nacional.

## V. Derecho y economía en la sociedad de la riqueza desmaterializada

Las relaciones entre derecho y economía se van recomponiendo en el presente, por impulso de dos factores que dominan el mundo contemporáneo, en estrecha correlación entre sí: uno es la llegada de la sociedad post industrial; otro la globalización de los mercados.

La sociedad post industrial es, antes que nada, la sociedad de la riqueza desmaterializada, es la sociedad del mercado financiero. El aumento del Producto Bruto Interno (PBI) no es más una variable dependiente del aumento de la producción industrial. Lo afirma el presidente de la *Federal Reserve*: el aumento de los componentes no físicos del PBI está en grado de explicar la mayor parte del incremento del PBI a todos los países industrializados<sup>18</sup>.

En la moderna sociedad de la finanza, la tecnología industrial se sustituye con la técnica contractual: los productos financieros toman

<sup>18</sup> Tomo la noticia del volumen antológico *Dalle "res" alle "new properties"*, Milano, 1990, p. 4.

cuerpo y vida sólo en virtud del uso sapiente de la técnica jurídica. Antes los contratos asumían sólo la función de hacer circular las cosas; hoy sirven también para producirlas, para crear los productos financieros, las *new properties*. Como en la época de la antigua *lex mercatoria*, vuelven a la escena los juristas: se pone a prueba su aptitud creativa de nuevas generaciones de instrumentos financieros.

El proceso de desmaterialización actúa sobre varios frentes. La sociedad industrial era la sociedad de la producción de mercaderías; la marca era sólo el signo distintivo de las mercaderías producidas por la industria. En la sociedad post industrial la marca se ha convertido por sí misma, en un bien: un bien inmaterial que forma autónomo objeto de cambio, el verdadero producto, en no pocos sectores merciológicos, que el empresario coloca en el mercado, la verdadera fuente de su provecho.

La sociedad de las finanzas, que sucede a la sociedad de la industria, tiene connotaciones más vastas y complejas que la sola referencia a los productos financieros y a las *griffe* pueda hacer ver. Una característica saliente es ante todo la separación de la función empresaria de cada uno de los sectores productivos. Antes el capital era monosectorial: se ocupaba de un determinado sector de la industria o del comercio, o de los servicios; era capital industrial, o comercial, o bancario, etcétera. Hoy el capital muestra la cada vez más sobresaliente actitud de pasar rápidamente de un sector a otro.

El empresariado tiende a presentarse como capacidad empresarial en estado puro, no ligado a determinados productos o a determinados mercados. O si no, tiende a dilatarse: la gran empresa de nuestro tiempo es una empresa conglomerada, dentro de la que se encuadran actividades económicas muy diversas, de la industria al comercio, a las finanzas.

Ahora bien, en las grandes empresas conglomeradas es posible discernir la esencia de la moderna economía como economía de la finanza. Léanse con atención los balances de las grandes empresas conglomeradas: se descubrirá que las actividades financieras son complementarias, no agregadas a las actividades industriales y que las segundas, a falta de las primeras, no permitirían obtener provechos<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Sobre el punto me he detenido en el volumen *Nazioni senza ricchezza, ricchezza senza nazione*, Bologna, 1993, ps. 16 y ss.

## VI. Derecho y economía en la sociedad de la globalización

El advenimiento de la sociedad post industrial no reclama, como lo hizo la llegada de la era industrial, profundas reformas legislativas: el marco del derecho no se inmuta, porque son otros, no ya las leyes, los instrumentos mediante los cuales se producen las transformaciones jurídicas.

El principal instrumento de la innovación jurídica es el contrato. Las concepciones clásicas del derecho no colocan al contrato entre las fuentes normativas; pero si continuáramos en concebir el contrato como mera aplicación del derecho y no como fuente de nuevo derecho, nos impediríamos la posibilidad de comprender en qué modo cambia el derecho de nuestro tiempo. El contrato toma el lugar de la ley también para organizar la sociedad civil. A mediados del siglo XX Miliband podía todavía escribir que nunca como en nuestro tiempo los hombres han mirado al Estado como la fuente de toda posible providencia y hasta como la fuente de su felicidad. Hoy debemos decir que esta ilusión se va disolviendo: la sociedad civil trata de hacer por sí misma, tiende a autoorganizarse.

El contrato entre particulares toma el lugar de la ley en muchos sectores de la vida social. Se impulsa hasta sustituir a los poderes públicos en la protección de los intereses generales, propios de toda la comunidad, como el interés de los consumidores que los mecanismos de autodisciplina defienden contra los engaños publicitarios. De la autodisciplina publicitaria, alguien había hablado como de una clase de transitoria suplencia de los particulares, impuesta por la inercia del legislador. No es así: cuando el legislador se ha movido —y en Europa lo ha hecho el legislador de la comunidad— para proteger a los consumidores de la publicidad engañosa, la autodisciplina no ha cesado de existir: jurisdicción del Estado y autodisciplina coexisten por voluntad legislativa. Las partes pueden de común acuerdo optar por la justicia privada, y de faltar acuerdo igualmente el juez de Estado puede suspender el juicio a la espera de que se pronuncie el jurado de autodisciplina.

La ineptitud de la ley en cuanto a la innovación jurídica, se deriva de dos caracteres de la economía contemporánea, la que ante todo, es

una economía metanacional, en antítesis con el carácter nacional de los sistemas legislativos, y en segundo lugar es una economía en continua transformación, que reclama flexibles instrumentos de adecuación del derecho a los cambios de la realidad, en antítesis con la rigidez de las leyes.

Los Estados soberanos no son más, en la sociedad global, tan soberanos como lo habían sido en el pasado. Las leyes de cada Estado, por más potentes que éstos sean, hacen pensar en el rugido del ratón, son leyes que actúan sólo sobre un minúsculo fragmento del mercado, que tiene dimensiones planetarias y sobre el cual no pueden incidir eficazmente.

En la economía industrial clásica la producción era también siempre nacional; internacionales eran los mercados de cambio, de aprovisionamiento de materias primas, de la colocación de productos elaborados. En la sociedad post industrial, toda la organización económica tiene dimensiones planetarias. No sólo circulan las mercaderías, circulan, antes aún, el *know how* y las licencias de producción; contratos de *joint venture* coligan empresas de países distantes; las mismas empresas se desplazan y se ramifican en ámbitos internacionales. ¿De qué vale la potestad impositiva de los Estados si los contribuyentes son empresas que se sustraen a la imposición fiscal colocando en otro lado el *holding*, donde se forman los útiles sujetos a tasación? ¿Y de qué vale la contratación sindical de mínimos salarios o bien la imposición legislativa de contribuciones previsionales, si las empresas desplazan fuera del territorio del Estado a las sociedades que administran los establecimientos industriales?

La producción en serie a escala planetaria exige una contratación también en serie. En los mercados mundiales las empresas multinacionales que controlan la producción y la distribución en todos los continentes, necesitan contratar con condiciones uniformes. Pero los mercados mundiales se fraccionan en una multitud de Estados, cada uno con su propio derecho nacional. Las convenciones internacionales de derecho uniforme son raras y de limitado radio de acción, los escasos resultados conseguidos en este terreno denotan la fuerte sujeción de los Estados a sus propios derechos nacionales. Las convenciones sobre la letra de cambio y sobre el cheque debieron circunscribirse al interior

de los países de *civil law*, debido al rechazo de los países de *common law* de aceptar la idea de una adquisición del título *a non domino*. La convención de Viena sobre venta internacional de mercaderías ha debido dejar sin juzgar, debido a la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre los Estados adherentes, el principal problema de la materia, relativo al momento en el que la propiedad pasa del vendedor al comprador.

Lo que domina la escena jurídica de nuestro tiempo no son las convenciones internacionales de derecho uniforme, ni son, en el ámbito europeo, las directivas comunitarias de armonización del derecho dentro de la Unión. El elemento dominante es, más bien, la circulación internacional de los modelos contractuales uniformes. Son, la mayoría de las veces, contratos atípicos: para crearlos no están los legisladores nacionales, sino las oficinas legales de las grandes multinacionales, están los consultores de las asociaciones internacionales de las diversas categorías empresarias. Su nombre, casi siempre un nombre inglés, da testimonio del origen americano de aquellos modelos; pero del país de origen *leasing*, *franchising*, *performance bond*, etcétera, se han propagado por el planisferio entero. Ellos no tienen nacionalidad: su función es realizar la unidad del derecho dentro de la unidad de los mercados.

La uniformidad internacional de estos modelos es para las empresas que los practican, de un valor altísimo. Baste este testimonio: las casas madres de las multinacionales transmiten a las sociedades hijas que operan en los seis continentes las condiciones generales predispuestas por los contratos a concluir, acompañadas por una recomendación taxativa, que los textos contractuales reciban una pura y simple transposición lingüística, sin ninguna adaptación, ni siquiera conceptual a los derechos nacionales de cada Estado; lo que podría comprometer su uniformidad internacional.

## VII. La nueva *lex mercatoria*

La sociedad global tiene ahora un derecho propio, al que se da el nombre de nueva *lex mercatoria*.

La expresión tiene un origen culto: quiere aludir al renacimiento, en época moderna, de un derecho también universal como fue universal

el derecho de los mercaderes de la época intermedia. Éste había sido *lex mercatoria*, no sólo porque regulaba las relaciones mercantiles, sino también y sobre todo porque era un derecho creado por los mercaderes; sus fuentes habían sido los estatutos de las corporaciones mercantiles, las costumbres mercantiles, la jurisprudencia de las *curiae mercatorum*, que a su vez eran tales porque en ella actuaban comerciantes. A la par, por nueva *lex mercatoria* hoy se entiende un derecho creado por el rango empresarial, sin la mediación del poder legislativo de los Estados, y formado por reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, más allá de la unidad política de los Estados, las relaciones comerciales que se establecen dentro de la unidad económica de los mercados<sup>20</sup>.

La antigua *lex mercatoria* había precedido a la llegada de los Estados modernos; su función había consistido en derogar, en las relaciones comerciales, el Derecho Civil de entonces, o sea el Derecho Romano, revelado como no más concordante con las exigencias del tráfico. La nueva *lex mercatoria* opera, en cambio, dentro de una realidad caracterizada por la división política de los mercados en una pluralidad de Estados; su función es la de superar la discontinuidad jurídica provocada por éstos. Dentro de esta nueva *lex mercatoria* se disuelven tanto los particularismos jurídicos de las codificaciones como el fenómeno, aún más significativo, de las diferencias entre el *civil law* y el *common law*.

De la nueva *lex mercatoria* se ha hablado como de un verdadero y original ordenamiento jurídico, separado de los ordenamientos estatales, expresión de la *societas mercantile*.

Son palabras usadas en una sentencia de la Casación italiana<sup>21</sup>. De este modo los usos del comercio internacional se asumen como verdaderos y propios usos normativos, verdaderas y propias fuentes de

<sup>20</sup> El relanzamiento de la categoría se debe a GOLDMAN, B., *Frontières du Droit et la lex mercatoria*, en *Arch. phil. Droit*, 1964, p. 177, y a R. David, del cual ver *Il diritto del commercio internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria?*, en *Riv. Dir. Civ.*, 1976, I, p. 577.

<sup>21</sup> Cass., 8-2-82, N° 722, en *Foro it.*, 1982, I, c. 2285, y ver en argumento BORTOLOTTI, *La "nuova" lex mercatoria, costruzione dottrinaría o strumento operativo?*, en *Contratto e impresa-Europa*, 1996, p. 733; SALVATORE, *La nuova "lex mercatoria"*, ídem, 1996, p. 766.

derecho objetivo, pero de un derecho objetivo no estatal, por cierto supranacional. Este ordenamiento supranacional, agrega la Casación, no tiene órganos propios de coerción, se vale a estos efectos de los órganos jurisdiccionales de los Estados nacionales, a veces competentes por territorio. Así la *business community* se erige en ordenamiento soberano, los Estados nacionales se convierten en el brazo secular de ella.

El cuadro sumario que de ello resulta presenta esta desarticulación: por un lado una sociedad sin Estado: la *business community*, regida por la nueva *lex mercatoria*, que consolida sus dimensiones planetarias, concentrando en sí las funciones de normación y con las cámaras arbitrales internacionales asumiendo las funciones de la justicia; por otra parte la multitud de las sociedades nacionales organizadas como Estado, portadoras de aquellos intereses internos que no encuentran representación en la *societas mercatoria*, mas progresivamente despojadas de funciones normativas y de jurisdicción, así como del control de los flujos de riqueza<sup>22</sup>.

La carrera que los Estados han emprendido para superar esta desarticulación se desarrolla a través de la creación progresiva de organismos de gobierno mundial de la economía, como el Fondo Monetario Internacional, el Grupo del Banco Mundial, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la Organización Mundial del Comercio, la Organización Mundial de la Sanidad. Pero es un recorrido que, al menos por ahora, ha llegado a resultados sectoriales y de limitada incidencia, con seguridad distintos de los objetivos prefijados.

### VIII. El juez como órgano de la sociedad civil globalizada

Lo que está aconteciendo en la organización del mundo en esta su fase de transformación, evoca la fórmula sugerida por los físicos de la semejante dimensión de lo infinitamente grande y de lo infinitamente chico. Lo infinitamente grande, en nuestro discurso, es la sociedad

<sup>22</sup> Sobre este punto se ha detenido TREMONTI, en *Nazioni senza ricchezza...* cit. La introducción del concepto de globalización es atribuida a MC LEHNE y POWERS, *Il villaggio globale*, trad. al italiano, Milano, 1989 y a WALLERSTEIN, *Il sistema mondiale dell'economía moderna*, trad. al italiano, Bologna, 1978-95.

global, que supera los confines nacionales y reduce a unidad al planeta; lo infinitamente chico es la multitud de las sociedades nacionales, organizadas en Estado. Es posible recoger las relaciones que se van estableciendo entre las dos dimensiones: lo infinitamente pequeño, a veces inconscientemente, se va transformando para adecuarse a lo infinitamente grande.

Un primer terreno sobre el que se ha manifestado ese fenómeno es el de la jurisdicción. A la escasa inclinación de los legisladores nacionales por la integración internacional del derecho, se contraponen la actitud de los jueces, que tienden a hacerse órganos de una sociedad civil integrada internacionalmente. Antiguas posiciones, que parecían adquiridas definitivamente, han sido abandonadas. He aquí algunas: antes se establecía que el principio *iura novit curia* valía sólo para el derecho nacional. El derecho extranjero era considerado un hecho, no un derecho y como tal debía ser probado en juicio por la parte interesada. Había comenzado en Casación, al establecer, por el contrario, que el juez nacional debe conocer el derecho extranjero y debe aplicarlo donde concurren los presupuestos, aunque la parte interesada no haya probado su existencia. Luego el nuevo principio fue hecho propio por la reciente reforma italiana del Derecho Internacional Privado<sup>23</sup>.

Otra señal: cada Estado vigila sobre sus propias fronteras jurídicas; ejercita control sobre las normas, actos y convenciones extranjeras que pretenden rebasarlos; pide al juez que impida su acceso al país cuando sean normas o actos contrarios a principios de orden público. Pero para la jurisprudencia reciente, el criterio para individualizar estos principios no está dado, necesariamente, por el derecho interno: puede darse, conforme al orden público, también una norma extranjera permisiva que contraste con una norma prohibitiva del derecho nacional: se debe mirar más bien a los principios acogidos en naciones de civilización afín, aun cuando no tengan equivalencia en el derecho interno<sup>24</sup>.

Análoga actitud se coteja cuando se trata de juzgar la validez de contratos atípicos de gran difusión internacional. Aquí el juicio de

mérito de los intereses perseguidos, pedido por el derecho interno, está influenciado por la uniformidad internacional del modelo contractual. Por cuanto el juez debe, en rigor, expresar ese juicio sobre la base de su derecho nacional, él duda en juzgar inválido por aplicación de sus normas un modelo contractual reconocido como válido en todas partes. Él comprenderá el aislamiento económico al que llevaría a su propio país en el contexto de los mercados internacionales; será llevado a expresar el juicio de mérito, con referencia a los principios asumidos por las "naciones de civilización afín antes que con relación exclusiva al derecho interno": lo que es válido en todas estas naciones, no puede no ser válido en la nuestra. No pocas sentencias han adoptado explícitamente una similar *ratio decidendi*, que puede considerarse como la *ratio* tácita de muchas otras decisiones sobre la materia.

Con la acogida jurisprudencial de los contratos atípicos internacionalmente uniformes, se pone en ejecución una forma ulterior, esta vez de jurisprudencia, de uniformidad internacional del Derecho Privado, que consagra la uniformidad de los modelos contractuales. Al respecto, es ejemplar el caso del *performance bond* o, en la versión alemana, del *Garantievertrag*. La jurisprudencia indica en las exigencias del comercio internacional la propia *ratio decidendi*: se trata de válido contrato atípico, realizador de intereses merecedores de tutela conexos a la expansión del comercio internacional y a las relativas relaciones interbancarias<sup>25</sup>.

De este modo la jurisprudencia abre las fronteras nacionales a la circulación internacional de las figuras jurídicas: válida como conforme al orden público normas extranjeras aun carecientes de equivalente en el derecho nacional si provienen de países de civilización jurídica afín; válida como merecedores de tutela también en el derecho interno, intereses ya valuados como tales en países de civilización jurídica homogénea. La antigua intuición de Hegel, ser el juez órgano de la sociedad

<sup>25</sup> Ya en los años '80, COING, *Probleme der internationalen Bankgarantien*, en *Zeitschrift für Handelsrecht*, 1983, p. 127, había escrito que las garantías autónomas, perteneciendo a la nueva *lex mercatoria*, no pueden ser valuadas en la medida de los derechos nacionales. La jurisprudencia que está en el texto es, sobre todo, Cass., 1-10-87, N° 7341, en *Foro italiano*, 1988, I, c. 106; Trib. Milán, 22-9-86, en *Banca, borsa, Tit. Cred.*, 1987, II, p. 331; Trib. Milán, 9-10-86, *idem*, 1986, p. 337.

<sup>23</sup> Me refiero a la ley 31 de mayo 1995, N° 218, art. 14.

<sup>24</sup> Recuerdo Cass., 5-4-84, N° 2215, en *Giust. Civ.*, 1984, I, p. 3067; Cass., 8-1-81, en *Rev. Dir. Internaz.*, 1981, p. 787; App. Bologna, 21-9-91, en *Giur. It.*, 1992, I, 2, c. 170.

civil antes que órgano del Estado, manifiesta hoy toda su valía: la manifiesta desde el momento en que la sociedad civil se convierte en sociedad global, de la cual el juez muestra la propensión a hacerse órgano.

### IX. El advenimiento de la tecnodemocracia

Otro terreno sobre el que se manifiesta el fenómeno recién señalado, o sea la transformación del derecho interno para adecuarse a la globalización de la sociedad, es aquel de las instituciones públicas.

El ejemplo más llamativo en las sociedades nacionales es la ventaja de las autoridades tecnócratas sobre las autoridades políticas, más aptas para dialogar entre sí en la sociedad global. Los hombres más poderosos de la Tierra son hoy, probablemente, los gobernantes de los bancos centrales, que en las respectivas sociedades nacionales son pura tecnocracia, desprovistos de investidura popular. Como también están desprovistos de ella los cuerpos judiciales tampoco electivos y sin embargo dispuestos a asumir deberes de adecuación del derecho a cambios de la realidad, que en el pasado se consideraban reservados a la sede política. También a este respecto se puede repetir que las autoridades políticas retroceden frente a las autoridades tecnócratas<sup>26</sup>.

Particularmente significativa, en este terreno, es la proliferación de las *authority* independientes; como es significativo el reciente texto

<sup>26</sup> Dos casos merecen ser mencionados al respecto. Uno es el caso italiano de la represión penal de la corrupción política: ha sucedido que cuerpos judiciales han impedido la aplicación de la ley penal hasta el punto de abatir un sistema político y de imponer el advenimiento de una nueva República. El hecho tiene también un doblez, aunque menos clamoroso, en la sede de la justicia civil: a mitad del siglo XX se entendía que el juez careciera de jurisdicción en las controversias internas de los partidos políticos; a partir de los años ochenta nuestra jurisprudencia ha cambiado dirección admitiendo el sindicato de legalidad en las decisiones internas de los partidos. He recordado este caso en *La rivoluzione italiana: rivoluzione dei giudici (e contro-rivoluzione dei politici)*, en *Contratto e impresa*, 1993, p. 831. El otro es el caso "Pinochet", que ha suscitado tanto clamor en el fin de siglo y que se desarrolló en relación con las autoridades judiciales de España y de Gran Bretaña, insensibles a la invocada razón de Estado. La protección de los derechos humanos traspassa los confines nacionales; vuelve vano el llamado al principio de no interferencia en los asuntos internos de los Estados.

único italiano sobre la intermediación financiera, que se limita a fijar los principios generales de la materia y, por el resto, remite a reglamentos que serán emanados no ya por el gobierno, según la antigua praxis, sino por el Banco de Italia y por la Consob<sup>27</sup>. Y de este modo la sede política abdica de la propia función de normación invistiendo de ella a las autoridades tecnocráticas. Hay en esto reflejos de una tendencia significativa, que caracteriza nuestro tiempo: la sociedad global tal vez lleva a la decadencia de la democracia representativa y al advenimiento de la tecnodemocracia.

La cultura liberal americana protesta por el desmesurado poder del presidente de la *Federal Reserve*, cuyas decisiones son esperadas ansiosamente por empresas y gobiernos de todo el mundo. Denuncia la contradicción con los principios de la democracia, que buscan en la investidura popular la legitimación de todo poder, según la bien conocida fórmula de Rousseau. Pero es lícito preguntarse qué sentido hubiera tenido, pues, para quien gobierna el mundo entero, ser elegido por los ciudadanos de los Estados Unidos. En una sociedad que tiende, como la actual, a organizarse sobre bases planetarias, más allá de la fragmentación de cada uno de los Estados nacionales, la legitimación del poder se desplaza sobre bases distintas de las tradicionales.

Democracia significa entonces, siempre, gobierno basado sobre el consenso de los gobernados; tecnodemocracia es un concepto nuevo, que sin embargo parece desentenderse de la búsqueda del consenso.

Debemos volver a pensar en Rousseau y sobre todo en Montesquieu. Este último había escrito: "entre el despotismo ilustrado y la democracia prefiero la democracia; pero sólo porque no hay garantías de que el despotismo sea ilustrado". Ahora, con el advenimiento de la sociedad global, no nos queda más que pensar en los modos y las formas aptos para hacer que el despotismo sea verdaderamente ilustrado. Sólo una filosofía pesimista podría traducir esta valuación en términos de pura y simple esperanza y concluir que no queda más que esperar que el despotismo sea ilustrado.

<sup>27</sup> La referencia es al decreto-ley de 24-2-98, N° 58.

## X. La mediación cultural de los juristas

Los juristas, por su parte, ya se han dispuesto a semejante trabajo. Me refiero a la compilación orgánica de la nueva *lex mercatoria*, conducida por Unidroit que con el nombre de "Principios de los contratos comerciales internacionales" se divulga en los principales idiomas de nuestro tiempo<sup>28</sup>.

El instituto surgido para promover la uniformidad internacional de la legislación se ha encontrado así absolviendo la función, impensable en el tiempo de su constitución, de redactor de un derecho uniforme espontáneo, como es la *lex mercatoria*. La respuesta de la efectividad de esta suerte de nuevo Digesto está en el creciente número de laudos arbitrales internacionales que, al resolver controversias en aplicación de la *lex mercatoria*, hacen textual referencia a los Principios Unidroit, asumiendo como acreditada su fuente de conocimiento<sup>29</sup>.

La esencia de esta compilación está en la obra sapiente de coordinación de las prácticas contractuales internacionales con los principios generales del derecho universalmente acogidos. La mediación política de los intereses en juego, que es propia del derecho creado legislativamente por los Estados, aquí es sustituida, como en tiempo de la antigua *lex mercatoria*, por la mediación cultural de los juristas. Es verdad que la nueva *lex mercatoria* es derecho creado unilateralmente por la clase empresarial y que ella, por lo mismo, ha merecido el juicio de derecho despótico<sup>30</sup>. Pero también es verdad que ella se aplica después de haber recibido el filtro cultural de Unidroit, que la remodela según los principios generales del derecho, en busca del justo punto de equilibrio entre los opuestos intereses en juego, entre las razones

<sup>28</sup> Y cfr. FERRARI, F., I "principi per i contratti commerciali internazionali" dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione, en *Contratto e impresa-Europa*, 1996, p. 300.

<sup>29</sup> La tesis de doctorado discutida en la Sorbona de MARRELLA, F., *La lex mercatoria après les principes d'Unidroit*, Paris, 1999, ha dado esmerada documentación.

<sup>30</sup> Un debate a propósito se ha desarrollado en la mesa redonda organizada en 1994 por BIGLIAZZI GERI, *Interessi della persona fra lex mercatoria e leggi di mercato*, una síntesis del debate está al cuidado de Pellecchia, en *Resp. Civ. Prev.*, 1994, p. 1165.

de la empresa y las exigencias de protección del contratante débil (digna de ser destacada, bajo este aspecto, es la cuidadosa disciplina de la *gross disparity*). Obra de tecnodemocracia —ésta de Unidroit— que bien podemos definir como ilustrada.

## Segunda Parte — Reglas de interpretación del contrato

### I. Las fuentes

La historia de la *lex mercatoria*, afirmaba Holdsworth a principios de 1900, debe escribirse a partir de la perteneciente a las cortes que la administraron<sup>31</sup>. Estas cortes, en los albores del tercer milenio, son los colegios arbitrales internacionales. El problema de interpretación del contrato internacional será, pues, examinado con referencia exclusiva al arbitraje internacional<sup>32</sup>.

Ante todo es necesario advertir que la materia de interpretación del contrato en perspectiva lexmercatorística ha encontrado recientemente una primera aplicación, ya sea en un instrumento de unificación convencional del Derecho como el CVIM, o en dos instrumentos de unificación científica del Derecho de Comercio internacional como los Principios Unidroit y los principios de la comisión europea del derecho de los contratos (llamada Comisión "Lando")<sup>33</sup>.

En lo que se refiere a la CVIM, es necesario ver el artículo 8 de la misma convención y la jurisprudencia que aplicó este artículo<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> HOLDSWORTH, *History of English Law in sixteen volumes*, Mehuen, London, 3ª ed., 1922, vol. 1, p. 530: "The peculiar history of the law merchant in England is thus due to the peculiar history of the courts which have administered it at different periods".

<sup>32</sup> Nos referiremos al arbitraje administrado y en particular al arbitraje administrado por la CCI.

<sup>33</sup> El conjunto de los textos puede encontrarse en el sitio internet <http://lexmercatoria.net/>.

<sup>34</sup> Ver en general FERRARI, F., *Vendita internazionale di beni mobili: art. 1-13, Ambito di applicazione, disposizioni generali*, en GALGANO, F., *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994; id, *La vendita internazionale, applicabilità ed applicazioni della Convenzione di Vienna del 1980*, en GALGANO, F. (dir.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1997, t. XXI; FIORAVANTI, C., *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita in-*

Con relación a los Principios Unidroit, es notable que, además del artículo 1.6, todo el Capítulo 4 consagra ocho principios a la materia hermenéutica (del 4.1 al 4.8).

Finalmente, en cuanto concierne a los principios Lando, es necesario hacer notar que además del artículo 1.106, siete principios (del 5.101 al 5.107) tratan la materia de interpretación del contrato.

Entonces, si aparecen numerosos criterios de interpretación del contrato, es necesario establecer *cuándo* dichos criterios asumen notoriedad para el árbitro internacional.

Al respecto, es necesario efectuar algunas observaciones preliminares.

Ante todo, repetimos que la interpretación del contrato internacional es una operación distinta de la interpretación de la *lex contractus*. La dicotomía entre *interpretación del derecho e interpretación del contrato* bien notable en Derecho Civil interno<sup>35</sup>, en efecto, repercute con características propias en el contexto transnacional. Esto hace que también en el contrato internacional se deba separar la problemática de la interpretación de la *lex contractus* de aquella concerniente a la determinación de la voluntad de las partes acerca del arreglo atribuido por ellas a sus propios intereses, en mérito a una determinada operación económica transnacional.

En el primer caso el árbitro deberá proceder a la interpretación del

*ternazionale di beni mobili. L. 11 dicembre 1985, n. 765 (Commento dell'art. 8)*, en *Nuove leggi civ.*, 1989, vol. 1-2, ps. 28/37. Las aplicaciones de la CVIM están catalogadas y pueden ser tomadas del sitio internet <http://cisgw3.law.pace.edu>, donde se pueden encontrar numerosísimas referencias doctrinarias.

<sup>35</sup> Ver entre una literatura vastísima, CARRESI, F., *Dell'interpretazione del contratto*, art. 1362-1371, en GALGANO, F., *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1992, pássim; ALPA, GUARNIERI, MONTANERI, PASCUZZI y SACCO, *Le fonti del diritto italiano*, vol. 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, en SACCO, Rodolfo (dir.), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1999, esp. ps. 159 y ss.; BARCELLONA, M., *Interpretazione e legittimazione del diritto*, en *Europa e Diritto*, 1999, vol. 4, ps. 1097/1135; COSTANZA, M., *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Giuffrè, Milano, 1989, ps. 1 y ss.; BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1991, ps. 1 y ss.; ASCARELLI, T., *Studi di diritto comparato ed in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1952, pássim.

derecho aplicable (inclusive las eventuales convenciones de Derecho Internacional Privado material uniforme)<sup>36</sup>.

En el segundo caso el árbitro deberá interpretar la voluntad contractual poniéndola a contraluz con respecto al dato normativo ofrecido por la *lex contractus* con el fin de determinar la exacta extensión de las obligaciones de las partes.

Hecha la no fácil distinción entre las dos operaciones lógicas en las que la interpretación se explica, nos detendremos, en los límites del presente artículo, sólo sobre la segunda tipología hermenéutica.

Entonces, referido a la interpretación del contrato por parte del árbitro internacional, será necesario, antes de iniciar cualquier operación hermenéutica del texto contractual, individualizar el estatuto del cual sacar los criterios interpretativos. ¿Cuál será el derecho idóneo para proveer los cánones de interpretación?

Un principio general del Derecho Internacional Privado indica que las cuestiones relativas a la interpretación de la voluntad de las partes deben entrar en el campo de aplicación de la *lex contractus*; entonces será de ésta que se necesitará tomar los cánones hermenéuticos<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Señalan en esta perspectiva las contribuciones doctrinales en materia de interpretación del derecho sobre las cuales ver la nota precedente, a las que se deben agregar las relativas a la interpretación de las convenciones internacionales de Derecho Internacional Privado material uniforme sobre el que existe una literatura muy amplia; ver por ej. BARIATTI, S., *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Cedam, Padova, 1986, pássim, así como CARBONE, S., *Principi dei contratti internazionali e norme di origine internazionale (con particolare riguardo al diritto uniforme)*, en *La nuova giur. Civ. Comment.* 1997, vol. 1, II, ps. 25/32, que evidencia la relevancia de los Principios Unidroit en la interpretación del derecho uniforme convencional en nombre de la exigencia de una autonomía interpretativa que conduzca a la uniformidad internacional; LUZZATO, R., *Metodi di unificazione del diritto marittimo e interpretazione uniforme*, en *Il diritto marittimo*, 1999, vol. 101, ps. 147/152, y SPERDUTI, G., *Sull'interpretazione sistematica del diritto internazionale privato*, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1974, vol. 10, ps. 209/216.

<sup>37</sup> Ver por todos LAGARDE, Giuliano, *Relazione sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, en *GUCE*, N° C 282 del 31-10-80, ps. 27 y ss., sub. arts. 8/10 y esp. sub. art. 10. En particular entre una literatura vastísima ver PICCHIO FORLATI, L., *Contratto diritto internazionale privato*, en *Dig./sez.civ.*, IV, 1989, ps. 196/235; MOSCONI, F., *Diritto internazionale privato e*



Sin embargo, a través del principio recién indicado, el árbitro podrá encontrarse frente a un círculo vicioso. Para interpretar el contrato será necesario utilizar los criterios ofrecidos por la *lex contractus* que, en base al principio general de la autonomía de la voluntad, se individualiza a partir del contrato; en caso de que faltara un *pactum de lege utenda* expreso e inequívoco, necesitará interpretar el contrato con el fin de determinar la misma *lex contractus*.

A diferencia del contrato de derecho interno, donde no se presenta el problema de determinar el derecho aplicable en cuanto a criterios hermenéuticos, el contrato internacional presenta al intérprete dificultades suplementarias<sup>38</sup>.

En efecto, en un contrato internacional, la voluntad de las partes despliega sus propios efectos, antes que en la individualización de las obligaciones recíprocas, en la individualización del derecho aplicable a las mismas.

El árbitro internacional podrá proceder a la interpretación del contrato según la voluntad de las partes (interpretación sustancial) sólo después de haber interpretado las cláusulas específicas del contrato que le consienten llegar a determinar las normas sobre las que basar la primera interpretación (de tipo "internacional-privado-conflictual").

*processuale. Parte generale e contratti*, Torino, 1997, p. 186; BALLARINO, T., *Diritto Internazionale Privato*, 3ª ed. 1999, ps. 634, y ss., esp. p. 637. Con referencia a la evolución en curso en América Latina, ver BERRÚ BRICEÑO, Enrique José, *Comentarios a la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de México de 1994 en perspectiva comparada con la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, en *Dir. Comm. Internaz.*, 1997, N° 4, ps. 1003/1022; PEREZNIETO CASTRO, Lionel, *Introducción a la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1994, vol. 4, ps. 765/776.

<sup>38</sup> La temática de la interpretación del contrato en el contexto del arbitraje internacional no ha suscitado hasta ahora mucho entusiasmo. Entre los raros estudios ver KAHN, P., *L'interpretation des contrats internationaux*, en *Journal de Droit International*, 1981, vol. 108, ps. 5/28; HORSMANS, G., *L'interpretation des contrat internationaux*, en *L'arbitrage commercial international: l'apport de la jurisprudence arbitrale*, Paris, 1986, ps. 123/155; DE LA MARMOL, CH. y MATRAY, L., *L'importance et l'interpretation du contrat (dans ses relations avec l'arbitrage commercial international)*, en *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 1980, vol. 57, ps. 158/208.

Por lo tanto, distinguiremos la cuestión de la interpretación de la cláusula compromisoria (II), de la de la aplicación de la *lex contractus* (III).

## II. La interpretación de la cláusula compromisoria

Si el terreno de elección principal de la *lex mercatoria* es el arbitraje internacional, el presupuesto necesario de tal juicio está constituido por una *voluntas arbitrandi* que se concreta en la cláusula compromisoria.

La primera cláusula que el árbitro internacional debe interpretar es, pues, la cláusula compromisoria, en la que arraiga todo el procedimiento arbitral, ya que funda la competencia del colegio arbitral y paralelamente la incompetencia de la jurisdicción del ciudadano determinando la *lex contractus* —en el arbitraje institucional que nos interesa— con un expreso reenvío al reglamento arbitral o bien a la *lex mercatoria* procesal.

Por otra parte, la citada cláusula asume relevancia en el momento del reconocimiento y de la ejecución del laudo, en el sentido del artículo V de la Convención de Nueva York de 1958, produciendo la inserción del laudo en el ordenamiento jurídico interno.

Las sutiles disquisiciones sobre el "verdadero" fundamento del arbitraje que todavía agitan la doctrina entre partidarios de la teoría contractual y los de naturaleza procesalística, no se podrán afrontar en esta sede. Por lo tanto, el asunto sobre el que se basará, confortado por una convergencia de la praxis arbitral, doctrinal y jurisprudencial, es aquel por el cual el arbitraje internacional tiene fundamento contractual y objeto procesal. De esto se sigue que la voluntad de las partes se orientará hacia la determinación de la eficacia de la cláusula compromisoria (A) y hacia la elección de la *lex contractus* que los árbitros deberán aplicar (B).

### A) Voluntad de las partes y eficacia de la cláusula compromisoria

Si es verdad, como lo es, que el arbitraje tiene fundamento contractual, la cláusula compromisoria constituye el pacto con el cual las partes atribuyen a los árbitros una futura controversia en mérito al contrato internacional en el que está contenida la cláusula compromisoria.

De allí resulta una dificultad conceptual preliminar que es amplia-

mente examinada en los tratados sobre el arbitraje a los cuales, en esta sede, es posible solamente mencionar. Esta dificultad consiste en resolver el problema acerca de la determinación de la eficacia de la cláusula compromisoria, visto que el principio de autonomía de la misma termina con atribuirle una vida jurídica propia, que por consiguiente debe ser verificada previamente<sup>39</sup>.

No siempre se encuentran cláusulas compromisorias que contengan una clara manifestación de la voluntad de las partes para que sus controversias sean resueltas a través de un reglamento arbitral determinado sobre la base de un cierto derecho aplicable.

Frederic Eisemann, al respecto, ha reunido una notable muestra de ejemplos que denominó eficazmente "cláusulas patológicas" donde ha evidenciado una serie de cláusulas compromisorias que se refieren a reglamentos arbitrales o a instituciones inexistentes<sup>40</sup>. A aquellas cláusulas, cuya frecuencia en la práctica de los negocios es relevante, se pueden adjuntar aquellas convenciones de arbitraje en las que el *pactum de lege utenda* se presta a ambigüedad<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Art. 16 (1) UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration; también art. 21 (2) UNCITRAL Arbitration Rules. En derecho interno ver, por ej., art. 35 China FECL; art. 1053 Dutch Code of Civil Procedure; art. 178 (2) LDIP suiza. Entre la jurisprudencia arbitral ver el laudo ad hoc "Liamco v. The Government of the Libyan Arab Republic", ILM, 1981, p. 1, esp. 40, ver también RAMBAUD, P., *Les suites d'un différend pétrolier: l'affaire LIAMCO devant le juge français*, en *Annuaire Français de Droit International*, 1979, vol. 25, ps. 820/834. Suprema Corte de Hong Kong, 29-10-91, *Yearbook*, 1992, ps. 289/297. En doctrina ver en particular BERGER, K., *International Economic Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1993, ps. 120 y ss.; DELLAUME, G. R., *Transnational Contracts, Transnational contracts: a study in conflict avoidance*, Dobbs Ferry, N. Y., Oceana, 1975, § 9.07; SALVATORE, La nuova *Lex Mercatoria*, en *Contratto e Impresa-Europa*, 1996, vol. 2, ps. 794 y ss. El principio de autonomía de la cláusula compromisoria parece encontrar un límite en los casos más graves de nulidad del contrato principal, como por ejemplo en la hipótesis de que el contrato haya sido usurpado con violencia. Ver, por ej., el laudo ad hoc de 14-1-82, "Elf Aquitaine Iran (France) vs. National Iranian Oil Company", *Yearbook*, 1986, ps. 97, 102, en el que se afirma que: "An arbitration clause may not always be operative in cases where it is clearly indicated by the facts and circumstances that there never existed a valid contract between the parties" (cursiva añadida).

<sup>40</sup> EISEMANN, F., *Les clauses compromissoires pathologiques*, en *Arbitrage commercial, Essays in memoriam di Eugenio Minoli*, Torino, 1974, ps. 129 y ss.

<sup>41</sup> Ver infra.

Otros problemas de interpretación se encuentran, después, en las llamadas "cláusulas blancas" en las que las partes estipulan cláusulas compromisorias sin precisar el reglamento de arbitraje, dejando al intérprete el penoso deber de determinar asimismo si se trata de arbitraje administrativo o ad hoc<sup>42</sup>.

Es necesario también hacer notar que no siempre resulta evidente cuáles son las partes del acuerdo compromisorio, lo que implica una búsqueda del campo de aplicación subjetivo de la misma cláusula. Baste recordar, a título de ejemplo, la cuestión de la extensión de una cláusula compromisoria a sociedades que participan de un grupo pero que no resultan firmantes del contrato controvertido<sup>43</sup>.

Esto sucedió en el célebre laudo CCI 4131 de 1982, en la causa "Dow Chemical". Según el tribunal arbitral, si un contrato es concluido por algunas sociedades de un grupo y no por otras que sin embargo resultan haber desarrollado un rol determinante en la conclusión del mismo contrato, la fragmentación jurídica del grupo multinacional no se opone a la consideración unitaria del acuerdo. Esto sobre la base de la circunstancia de unicidad del sujeto económico que obra en el comercio internacional: "Considerant que la clause compromissoire expressement acceptée par certaines des sociétés du groupe, doit lier les autres sociétés qui par le rôle qu'elles ont joué dans la conclusion, l'exécution et la résiliation des contrats contenant les dites clauses, apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure, comme ayant été de véritables parties à ces contrats, ou comme étant concernées, au premier chef, par ceux-ci et par les litiges qui en peuvent découler [...] c'est en ce sens que ce sont déjà prononcés des tribunaux arbitraux institués dans le cadre de la CCI [...] les décisions de ces tribunaux forment progressivement une jurisprudence dont il échet tenir compte, car elle déduit les conséquences de la réalité économique".

Los árbitros, pues, afirman que tal interpretación resulta conforme

<sup>42</sup> Ver FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, ps. 2186 y ss. En la misma perspectiva se colocan, después, las llamadas "cláusulas combinadas" en las que las partes someten las controversias por un determinado contrato al mismo tiempo al árbitro y al juez de carrera.

<sup>43</sup> Ver a propósito el laudo CCI 5721 de 1990, en *Clunet*, 1990, ps. 1020 y ss, nota de Arnaldez.

a las *necesidades del comercio internacional*, y estas necesidades específicas deben ser ordenadas por reglas específicas cuya elaboración pertenece al arbitraje internacional<sup>44</sup>.

Ulteriores aplicaciones de la teoría extensiva de la eficacia de la cláusula compromisoria se han tenido en otros casos<sup>45</sup> entre los que merece citarse el arbitraje llamado *de las pirámides*, en el que el tribunal arbitral presidido por el profesor Giorgio Bernini afirmaba que, no obstante que la convención de arbitraje fuera contenida sólo en uno de los dos acuerdos controvertidos, se debía llegar a considerar dichos acuerdos como simples componentes de un único esquema económico. Esto estaba expresado con las siguientes palabras: “although structured in the form of separate agreements [...] the transaction as a whole is to be viewed as a unified contractual scheme aimed at the completion of the two projects envisaged as its object”<sup>46</sup>.

Un ulterior precedente de cuanto se ha dicho, se encuentra después en el arbitraje ICSID en el caso “SOABI c/Senegal”<sup>47</sup>. También en

<sup>44</sup> “Est conforme aux besoins du commerce international, auxquels doivent repondre les règles spécifiques, elles-mêmes progressivement élaborées, de l’arbitrage international”. Se citan al respecto, como precedentes, los laudos CCI 1434 de 1975 en *Chunet*, 1976, p. 978, nota de Derains; N° 2375 de 1975, en *Chunet*, 1976, p. 973, nota de Derains.

<sup>45</sup> En la controversia entre “GIE Acadi vs. Société Thomson-Answare” se ha sostenido primeramente que: “la clause compromissoire contenue dans un seul contrat s’applique également aux litiges découlants d’autres conventions ultérieures qui lui sont étroitement connexes et qui n’ont pour objet que de compléter le contrat principal”. Pero sucesivamente, relevado que no obstante la conexión, el contrato que no tenía la convención de arbitraje contenía una referencia al Tribunal de Comercio, se debía concluir que: “le fait d’avoir adopté –dans une série de conventions pouvant donner naissance à un contentieux complexe aux composantes indissociables– des dispositions nouvelles ne peuvent être interprétées que comme l’expression de la volonté des co-contractants de renoncer à la clause compromissoire”. Verlo referido en *Rev. Arb.* 1988, p. 573. Otras aplicaciones se encuentran en los laudos CCI 4392 de 1983, en *Chunet*, 1983, p. 907 nota de Derains; 5117 de 1986, en *Chunet*, 1986, p. 1113, nota de Derains.

<sup>46</sup> Laudo CCI 3493 de 1983, “SPP c/Egypt and Egoth”, en *Recueil CCI*, t. I, p. 128, también en *Yearbook Commercial Arbitration*, IX, 1984, p. 111. Ver BERNINI, G., *L’arbitrato. Diritto interno, convenzioni internazionali*, Clueb, Bologna, 1993, ps. 256/261. Otra aplicación se encuentra en el laudo CCI 7929 del 8-2-95, inédito, y en el laudo CCI 5651 (“Sonatrach”) del 16-9-88, igualmente inédito.

<sup>47</sup> “Société Ouest Africaine des Betons Industriel (SOABI) c/Republic of Senegal”, ICSID, case ARB/82/1, en *Yearbook*, XVII, 1992, ps. 42/72 y en part. ps. 515 y ss.

aquella sede la controversia consistía en tres contratos concluidos en un breve espacio de tiempo, sobre el mismo objeto. El tribunal arbitral concluía que no había allí: “the slightest doubt concerning the parties will” en cuanto dichos contratos formaban “a single project consisting of two closely related parts, one of which was the technical pre condition for the implementation of the other”.

La teoría extensiva, en cambio, no ha encontrado aplicación en un complejo caso resuelto por el laudo CCI 7375 y que será comentado más adelante, en cuanto la parte requirente de la extensión de la cláusula compromisoria a los contratos que no la contenían no logró probar la conexión. El tribunal arbitral, ha revelado, pues, que la *single unified economic transaction* debe considerarse una cuestión de hecho que debe ser probada por la parte que en ella tenga interés<sup>48</sup>. El mismo tribunal repite los requisitos de la conexión agregando que, en la controversia *de quo*, se encuentran “no sufficiently narrow links, neither regarding the time-frame of the contracts nor their subject-matter”<sup>49</sup>.

Y siempre en el mismo contexto, se deben insertar las cuestiones en materia de cláusulas compromisorias contenidas en contratos llamados “mixtos” en los que participan Estados o entes públicos y privados. Resulta siempre menos controvertido el principio según el cual el Estado y los entes públicos poseen la capacidad de comprometer y no pueden invocar ni la propia inmunidad ni la propia ley nacional para invalidar la convención de arbitraje aduciendo un vicio en la formación de la propia voluntad de comprometer<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Ver el laudo CCI 7375, más abajo.

<sup>49</sup> Análogamente, contra la teoría de la extensión de los efectos y no obstante la conexión objetiva se encuentran el laudo “Société Confex (Rumania) vs. Etablissement Dahan (France)”, *Yearbook*, XII, 1987, ps. 484 y ss. Y “James Allen (Ireland) Ltd. vs. Marea Prod. B. V. (Netherlands)”, *Yearbook*, X, 1985, ps. 485 y ss.

<sup>50</sup> Ver en esta hipótesis, *inter alia*, el art. 2 de la Convención de Ginebra y para el derecho interno el art. 177 de la LDIP suiza. Ver por último BOECKSTIEGEL, Karl-Heinz (ed.), *Acts of state and arbitration*, Heymann, Koeln, 1997, ps. 99/125. Ver LUZZATTO, *International commercial arbitration and the municipal law of States*, en *RCADI* 1977/IV, vol. 157, ps. 9/120; id., *Illecito internazionale e arbitrato internazionale di Diritto Privato*, en *Il Diritto Internazionale al tempo della sua codificazione*, estudios en honor de Roberto Ago, Giuffrè, Milano, 1987, ps. 167 y ss.: además MIELE, *Immunità giurisdizionale degli Stati*, en *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1962, ps. 199 y ss.

En materia de eficacia de la cláusula compromisoria se pueden individualizar tres teorías de base: la primera apunta a sujetar la cláusula compromisoria únicamente al derecho aplicable a la sustancia del contrato principal; la segunda lleva al desmembramiento de la cláusula compromisoria; la tercera consiste en presumir válida la cláusula compromisoria sobre la base de una regla de Derecho Internacional Privado material, que puede pertenecer a la *lex mercatoria*.

#### a) Teoría de la unicidad del derecho aplicable

La teoría de la unicidad del derecho aplicable apunta a hacer confluír la compleja problemática de la determinación de la ley aplicable a la cláusula compromisoria con la de la *lex contractus*. Ya que se trata de un contrato que contiene una cláusula compromisoria, se entiende que la determinación de la *lex contractus* es suficiente para resolver todas las cuestiones concernientes a la formación, interpretación, validez y eficacia de todas las cláusulas contractuales, incluso la cláusula compromisoria.

La economía procesal en sentido internacional que se alcanza con este método no debe conducir, sin embargo, a creer que la vida jurídica de la cláusula compromisoria esté incluida en la del contrato principal. Con dicha teoría, en efecto, se limita a resolver la cuestión de la determinación de la voluntad de las partes en materia de derecho aplicable a la cláusula compromisoria quedando firme del modo más absoluto el principio de autonomía de la misma cláusula con respecto al contrato *de quo*.

Por lo tanto, si la *lex contractus* condujera a afirmar la invalidez del contrato principal, la misma *lex contractus* no determinaría ipso facto la invalidez de la cláusula compromisoria y en consecuencia la misma invalidez del fallo del colegio arbitral. El círculo vicioso se rompería justamente por el principio de autonomía de la cláusula compromisoria, la cual, si válida, precisamente fundiría la competencia de los árbitros para pronunciar la invalidez del contrato principal.

#### b) Teoría de la pluralidad de las leyes aplicables

La teoría pluralística, contrariamente a la teoría de la unicidad del derecho aplicable, sostiene que se debe buscar el derecho aplicable a cada aspecto del contrato controvertido incluso en ese "contrato en el

contrato" que es la cláusula compromisoria. Se lleva a las extremas consecuencias el principio de autonomía de la cláusula compromisoria multiplicando los conflictos de leyes y tratando de localizar cada elemento contractual en un ordenamiento estatal.

Una aplicación de esta teoría se encuentra en el contexto del debate actualmente en curso acerca de la relevancia a atribuir a la *lex situs arbitri*. Se sostiene que los árbitros deben analizar la cuestión de la validez y de la eficacia de la cláusula compromisoria a la luz de la *lex situs*, ya que es en base a esa misma ley que podrán ya sea recurrir al auxilio del juez estatal o resistir a eventuales ataques llevados a su competencia por una parte recalcitrante. Se trata de una tesis sostenida por la doctrina británica, pero que está sujeta a cada vez mayores críticas por parte de la doctrina continental, la que, en cambio, apunta a la desterritorialización del arbitraje internacional.

En efecto, la tesis británica resulta dirigida a vincular el procedimiento arbitral al foro en que reside el árbitro, en nombre de una tradición de asistencia y de *favor* a la actividad arbitral además de simplicidad del procedimiento que, de esta manera, se convierte en un procedimiento arbitral disciplinado por el Derecho Procesal del foro permitiendo la ida y vuelta entre árbitro y juez interno, sin ulteriores complicaciones procesales.

Dicha orientación se encuentra sujeta a numerosas críticas por parte de la doctrina mayoritaria de la Europa continental, afirmando vigorosamente que *l'arbitre n'a pas de for* y potenciando el análisis de la voluntad de las partes cuya interpretación puede resultar desligada de cualquier derecho estatal.

Además, la misma doctrina observa que el grado de desarrollo de los reglamentos arbitrales, *in primis*, del reglamento CCI, ha llegado a tal grado de detalle que la necesidad de recurrir a un derecho estatal aparece como meramente eventual. Finalmente, se agrega que la referencia a la *lex situs arbitri*, para evitar una eventual acción de impugnación de una parte recalcitrante no aparece decisiva, en cuanto, como han demostrado últimamente el caso "Hilmarton"<sup>51</sup> y el caso

<sup>51</sup> Ver Laudo CCI 5622 dado en Ginebra el 19-8-88 en *Rev. Arb.*, 1993, p. 327, nota de HEUZE, *La morale, l'arbitre, le juge*, ps. 179 y ss.; a continuación *Rev. Arb.*

“Chromalloy”<sup>52</sup>, la eventual anulación de un laudo arbitral en el Estado de origen no perjudica su exequátur en otros Estados más liberales, en base a la misma Convención de New York de 1958.

c) *Teoría de las normas de DIP\* material*

Si, luego, se considera la teoría de las normas de Derecho Internacional Privado material, se puede llegar a fundar la validez de la cláusula compromisoria en una norma de naturaleza no estatal como la *lex mercatoria*.

1994, Nº 2, p. 327; ibídem, 1995, Nº 4, ps. 640/650; *Bull.ASA*, 1993, Nº 2, p. 253, igual *Bull.ASA*, 1994, Nº 3, p. 445; *JDI*, 1994, ps. 701/710; *JDI*, 1996, Nº 1, ps. 120/135; *Yearbook Comm. Arb.*; 1994, p. 105; MBROUKINE, *Le choix de la Suisse comme siège de l'arbitrage dans les clauses d'arbitrage conclues entre entreprises algériennes et entreprises étrangères*, en *Bull.ASA*, 1994, p. 4; FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, ob. cit., ps. 131, 154, 368, 867, 929; en Italia el caso ha sido referido en *Rev. Arb.*, 1992, p. 773, con nota de GIARDINA, *Norme imperative contro le intermediazioni dei contratti ed arbitrato internazionale*; Corte de Justicia de Ginebra, 17-11-89, “Société Hilmarton Ltd. c/Société Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)”, *Riv. Arb.*, 1992, ps. 735 y ss.; Tribunal Federal, 17-4-90, “Société Omnium de Traitement ed de Valorisation (OTV) c/Société Hilmarton Ltd.”, *Riv. Arb.*, 1992, ps. 739 y ss.; Cour d’Appel de Paris, 19-12-91, *Riv. Arb.*, 1992, ps. 743 y ss, con nota de Giardina; para los actos ulteriores ver Cass., 23-3-94, *Rev. Crit. DIP*, 1995, p. 356. con nota de Oppetit; Cour d’Appel de Versailles, 29-6-95, *Riv. Arb.*, 1997, p. 389 con nota de GIARDINA, *Riconoscimento in Francia di lodi esteri annullati nel paese d’origine*, ibídem, p. 391; ver FOUCHARD, P., *La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine*, en *Rev. Arb.* 1997, ps. 329 y ss., y sucesivamente POUURET, J. F., *Quelle solution pour en finir avec l’affaire Hilmarton? Réponse à Philippe Fouchard*, en *Rev. Arb.*, 1998, vol. 1, ps. 7 y ss.; Cass., 10-6-97, *Riv. Arb.*, 1997, ps. 796 y ss., nota de GIARDINA, *Armonia interna e disarmonia internazionale delle decisioni*. Todo el caso está comentado en MARRELLA, F., *La nuova lex mercatoria*, en GALGANO, *Tratado*, en vías de publicación, 2000.

<sup>52</sup> Ver por último CHAN, R. Y., *The enforceability of annulled foreign arbitral awards in the United States: a critique of Chromalloy*, en *Boston University International Law Journal*, 1999, vol. 17, Nº 1, ps. 141/214; también HULBERT, R. W., *Further observations on Chromalloy: a contract misconstrued, a law misapplied, and an opportunity foregone*, en *ICSID review*, 1998, vol. 13, Nº 1, ps. 124/149; SAMPLINER, G. H., *Enforcement of mollified foreign arbitral awards: Chromalloy revisited*, en *Journal of International Arbitration*, 1997, vol. 14, Nº 3, ps. 141/165. OSTROWSKI, T. y SHANY, Y., *Chromalloy: United States law and international arbitration at the crossroads*, en *New York University Law Review*, 1998, vol. 73, Nº 5, ps. 1650/1693.

\* Derecho Internacional Privado.

La voluntad de las partes en tal contexto debe ser interpretada por los árbitros en virtud de principios aplicables a la *lex mercatoria*, sin efectuar ningún análisis conflictual. En este contexto triunfa el principio de autonomía de la voluntad. Si el contrato es el centro del ordenamiento jurídico, la voluntad es el epicentro del contrato internacional.

Tal acercamiento es seguido actualmente por la Casación francesa suscitando no poca perplejidad entre los iusprivatistas más tradicionales<sup>53</sup>.

En este momento se puede pasar a examinar sucintamente algunos laudos que han evidenciado referencias a la *lex mercatoria* a nivel de la cláusula compromisoria.

d) *El laudo CCI 5065 de 1986*

En el laudo CCI 5065, los árbitros se pronunciaban sobre su propia competencia en estos términos: “C’est une théorie bien connue que le droit auquel est soumis le contrat n’a pas nécessairement besoin d’être le même que celui qui régit la convention d’arbitrage, y compris la question de l’existence de cette convention”, de allí que los árbitros concluyen que: “quel que soit le droit approprié pour régir le contrat lui-même, et qu’il s’agisse ou non d’un droit national, il [...] semble que quand l’existence même de la convention d’arbitrage est en jeu, alors que le prétendu contrat est à tout point de vue un contrat international, qu’aucune question de capacité des parties n’est en cause et qu’en plus les parties ont délibérément omise de choisir le droit applicable au contrat, le droit le plus approprié pour régir la question de l’existence de la convention d’arbitrage n’est pas celui d’un système national particulier mais les principes généraux du droit et les usages acceptés dans le commerce international, et en particulier le principe de bonne foi. Ces principes exigent, au nom de la justice, que toutes les parties prennent en considération l’intention commune de chacune d’entre elles telle que révélée par les circonstances de la négociation et l’exécution ultérieure de tout accord apparent”<sup>54</sup> (cursiva nuestra).

<sup>53</sup> Ver por último Cass., 1<sup>a</sup> Civ., 3-6-97, *Rev. Crit. DIP*, 1999, p. 92, nota de P. Mayer. Sobre el conjunto de la cuestión, ver las referencias en JACQUET, J. y DELEBECQUE, P., *Droit Commercial International*, 2<sup>a</sup> ed., Dalloz, Paris, 2000, ps. 347 y ss.

<sup>54</sup> Laudo CCI 5065 de 1986 en *Clunet*, 1987, nota de Derains.

e) *El laudo CCI 4131 de 1982*

En el laudo CCI 4131 de 1982, los árbitros han afirmado que una vez que la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI haya concluido en sentido positivo el examen *prima facie* de la competencia, esto resulta suficiente para que el árbitro dé inicio al procedimiento de prescindir de cualquier otra consideración en mérito al derecho aplicable a la cláusula compromisoria. En efecto, se ha repetido que: "...le règlement contient des dispositions pratiquement identiques [...] concernant la décision de l'arbitre sur sa propre compétence, qui consacre, notamment la complète autonomie de la clause compromissoire [...] et confèrent à l'arbitre le pouvoir de 'prendre toute décision sur sa propre compétence' après que la Cour eut décidé que l'arbitrage aura lieu [...] sans lui prescrire d'appliquer, pour ce faire, une loi étatique quelconque [...] [le tribunal arbitrale déterminera] la portée et les effets des clauses compromissoires [...] en tenant compte, à l'exemple notamment de la jurisprudence française relative à l'arbitrage international des usages conformes aux besoins du commerce international"<sup>55</sup>.

f) *El laudo CCI 5721 de 1990*

Una solución análoga se encuentra en el laudo CCI 5721 en el cual el colegio arbitral ha establecido, no obstante la individualización de una *lex contractus* estatal, que, en cuanto concierne a la cuestión de la validez y la eficacia de la cláusula compromisoria: "n'examinera pas cette délicate question à la lumière du seul droit applicable au fond du litige, le droit égyptien [...] L'article 13, paragraphe 5 du Règlement d'arbitrage de la CCI invite le Tribunal à tenir compte des usages du commerce et des textes contractuels [...] *Le Tribunal est en droit de se référer à la lex mercatoria*". Esto ocurriría en virtud de que: "l'autonomie de la clause d'arbitrage, largement reconnue aujourd'hui, justifie cette référence à une règle non étatique déduite des seules usages du commerce international. En particulier, il se justifie de dissocier le fond du contrat de la validité et la portée de la clause d'arbitrage. *Ce sera donc en vertu de la notion generale de la bonne*

<sup>55</sup> Laudo de CCI 4131 de 1982 en *Chunet*, 1983, nota de Derains.

*foi en affaires, et des usages du commerce international que le Tribunal arbitral se prononcera*"<sup>56</sup> (cursiva nuestra).

g) *El laudo CCI 4381 de 1986*

En el laudo CCI 4381 de 1986<sup>57</sup> los árbitros precisaron que:

"Il incombe au tribunal d'arbitrage de choisir les sources de droit applicables pour la détermination de la validité de la convention d'arbitrage, sans qu'il lui soit nécessaire d'établir le droit international privé applicable à condition que ce choix ne soit pas contraire aux règles d'arbitrage iraniennes ou françaises", y además se agrega que: "dans l'arbitrage de la CCI la validité, la portée et les effets de la clause d'arbitrage *sont regis par la volonté des parties et par les usages du commerce international*, sauf stipulation contraire des parties" (cursiva nuestra).

h) *El laudo CCI 7375 de 1996*

La "jurisprudencia arbitral" ya citada parece, pues, fundamentar la validez de la cláusula compromisoria de la *lex mercatoria* y en particular de los usos del comercio internacional.

Un indicio de tal problemática se encuentra en el laudo CCI 7375 donde se ha discutido sobre las consecuencias deducidas cuando los *trade usages* o bien el normal *course of conduct* en la norma contractual internacional prevea el recurso del arbitraje para la resolución de las controversias nacidas de este tipo de relación.

La parte que sostenía la tesis de la necesidad del arbitraje aducía que la contraparte, un Estado, preveía siempre una cláusula compromisoria en los otros contratos concluidos con otras empresas del sector, o que desde el punto de vista objetivo el tipo de contrato en cuestión era "normalmente" sometido a cláusula compromisoria en el comercio internacional.

El demandado, o sea el Estado, admitía valerse en los contratos "mixtos" de un contrato tipo que contuviera una cláusula compromi-

<sup>56</sup> Laudo CCI 5721 de 1990 en *Chunet*, 1990, p. 1020, nota de Arnaldez. Ver también el laudo CCI 3987 de 1983, en *Chunet*, 1984, p. 943, nota de Derains.

<sup>57</sup> Laudo CCI 4381 de 1986, en *Chunet*, 1986, p. 1103, nota de Derains.

soria de diferimiento al arbitraje CCI, con sede en Zurich. De esta premisa, el mismo demandado sacaba la conclusión según la cual la ausencia de la cláusula compromisoria en un contrato encuadrable en la citada *species* conducía precisamente a demostrar la ausencia de la voluntad del Estado de recurrir al procedimiento arbitral. El colegio arbitral por mayoría ha tomado esta última posición, afirmando que: "a consent (in some form) to arbitrate disputes is an indispensable element. No tribunal can affirm its arbitral jurisdiction, just because of the fact that arbitration clauses are usually included in international commercial contracts between parties comparable to the Parties in this case"<sup>58</sup>.

B) *Interpretación de la voluntad de las partes en materia de derecho aplicable al contrato principal*

Una vez establecida la presencia de una cláusula compromisoria válida, es necesario establecer la voluntad de las partes en materia de derecho aplicable al contrato principal. Dicha temática, en realidad, implica toda la materia de determinación del derecho aplicable en el arbitraje internacional para lo que hay consagrada una vastísima literatura.

La elección operada por las partes en la cláusula compromisoria, como es notorio, puede ser expresa o tácita. Si la elección es expresa el árbitro internacional no tendrá más que aplicar el Derecho o las reglas de Derecho elegidas por las partes. Pero también es necesario que se trate de una *electio iuris* clara (a). Si, en cambio, no se encuentra en el contrato dicha elección, el árbitro internacional deberá, sobre la base del reglamento de arbitraje, interpretar el contrato con el fin de determinar la misma *lex contractus* (b). Un reciente arbitraje ha puesto en evidencia que la elección tácita de las partes puede ser, además de positiva, una elección implícita negativa, relanzando la importancia de los Principios Unidroit y de la *lex mercatoria*.

a) *La "electio iuris" equívoca*

La elección del derecho aplicable debiera ser formulada siempre

<sup>58</sup> Ver MARRELLA, *La nuova lex mercatoria* cit., en curso de publicación.

de modo inequívoco. Sin embargo, esto no se verifica habitualmente, provocando, ipso facto, un problema de interpretación en mérito al objeto del *pactum de lege utenda*.

Para percatarse de todo lo dicho basta pensar en una cláusula contractual que mencione el "derecho europeo", el "derecho americano" o bien el "derecho soviético" sin precisar de qué derecho se trata. Vuelven, pues, en este contexto, las consideraciones que ya hemos presentado a propósito de las cláusulas compromisorias anómalas y de su interpretación.

Menos notables, en cambio, resultan las relaciones entre los Principios Unidroit y el problema de la elección implícita negativa.

b) *El laudo CCI 7375 de 1996: elección negativa y los Principios Unidroit*

En el laudo CCI 7375 de 1996, al que ya se ha citado, el gobierno iraní y la sociedad de derecho estadounidense Westinghouse habían pactado la provisión de radares militares a instalar en algunas bases militares iraníes<sup>59</sup>.

La cláusula compromisoria estaba redactada en estos términos: "All disputes arising out of or in relation to or in connection with this agreement which cannot amicably be settled by discussion and mutual accord, shall be finally settled by arbitration at Zurich, Switzerland, in accordance with the rules then in effect of the International Chamber of Commerce. Notice of arbitration shall be given to the party or parties to whom demand therefore is addressed. Judgement upon the award rendered by the arbitrator or arbitrators may be entered in any court having jurisdiction or application may be made to such court for judicial acceptance of the award and an order of enforcement, as the case may be".

El tribunal arbitral, constituido por M. Blessing, presidente, con los coárbitros P. Bernardini y M. Ali Movahed, rechazaba las articulaciones de la Westinghouse enderezadas a demostrar el defecto de competencia del Ministerio de Defensa iraní que no había obtenido

<sup>59</sup> Se trataba de nueve contratos concluidos entre 1971 y 1978.

autorización del Parlamento, afirmando la validez de la convención de arbitraje, de conformidad a lo previsto, *inter alia*, en el artículo 177 de la LDIP suiza<sup>60</sup>.

Además, el mismo tribunal examinaba atentamente la excepción propuesta por la convención tendiente a demostrar los límites de la competencia arbitral con relación al primer contrato, que contenía la cláusula compromisoria, y no a los otros ocho que resultaban privados de ella. El tribunal no acogía la tesis de la parte actora de que los nueve contratos se referían a un único proyecto (*unified transaction theory*) que era el de dotar a Irán de un sistema de relevamiento anti-aéreo. Esto en cuanto a que el actor no había conseguido demostrar que el primer contrato que contenía la cláusula compromisoria debía calificarse como parte de un contrato marco, al cual todos los otros

<sup>60</sup> La Westinghouse sostenía la falta de legitimación para obrar del actor en cuanto el contrato había sido estipulado por la misma sociedad y el gobierno prerrevolucionario. La sucesión en las relaciones de Derecho Internacional del nuevo Estado con el precedente no implicaba, ipso facto, sucesión también en los contratos de Derecho Privado. El actor, contra esta tesis, afirmaba que se trataba de una mera "sucesión de gobiernos" y que, por lo tanto, resultaba un hecho interno del Estado prescindiendo de la modalidad de su realización, ya fuera a través de un procedimiento constitucional o, por el contrario, revolucionario, no incidiendo para nada sobre las obligaciones internacionales del Irán, en sentido amplio.

Por otra parte, Irán sostenía la incoherencia de la tesis de la Westinghouse sobre la base del hecho de que la misma sociedad ya había acudido al Tribunal Irano-americano del conflicto (Iran-US Claims Tribunal) y a una Corte estadounidense contra el nuevo gobierno.

El colegio arbitral tomaba la tesis de la parte actora afirmando que: "it is quite obvious and requires no further discussion that the Islamic Republic of Iran is, according to the general principles of public international law, the successor of the previous imperial Government of Iran". Por lo demás la acción legal iniciada contra el nuevo gobierno por parte de la sociedad americana vaciaba de fundamento cualquier otra exigencia llevada a demostrar la ausencia de legitimación a la acción del nuevo gobierno, tratándose casi de un *venire contra factum proprium*. Era pues, rechazar la tesis —a decir verdad absurda— de la parte actora, volver a considerar al Ministerio de Defensa como un ente dotado de personalidad jurídica distinta de la del Estado iraní. El art. 177 (2) PIL dice lo siguiente: "If one party to an arbitration agreement is a State or an enterprise dominated by or an organization controlled by a State, it may not invoke its own law to contest the arbitrability of a dispute or its capacity to be subject to an arbitration".

contratos resultaban ligados<sup>61</sup>. Finalmente, el colegio rechazaba la tesis de la parte actora en base a la cual la cláusula compromisoria debía considerarse automáticamente inserta en el contrato sobre la base de un uso contractual (*course of dealing*)<sup>62</sup>.

#### aa) *La cuestión del derecho aplicable y los Principios Unidroit*

Los árbitros, establecida la propia competencia en mérito al primer contrato, tenían el problema de la determinación del derecho aplicable, ya que en ninguno de los contratos se encontraba una cláusula de *electio juris*.

El actor sostenía que el derecho aplicable era el derecho iraní, mientras el demandado sostenía la aplicación del derecho del Estado de Maryland (USA).

La cuestión de la determinación de la ley aplicable asumía importancia crucial porque, mientras para el derecho iraní post revolucionario no estaba prevista la aplicación de términos de prescripción<sup>63</sup>, para la ley del Estado de Maryland los derechos del Estado de Irán habían prescrito.

<sup>61</sup> Al respecto el colegio arbitral observa que: "In accordance with the general principles on burden of proof, it is incumbent on the party who alleges the existence of a specific contract (or contractual provision or agreement) to prove the existence thereof. For instance in Swiss Law, this principle is embodied in article 8 of the Swiss Civil Code".

<sup>62</sup> El actor en la propia memoria sostenía la existencia de *trade usages* y de *course of conduct* afirmando que es costumbre insertar una convención de arbitraje en los contratos internacionales de ese tipo. Agregaba que el gobierno iraní tenía la costumbre de utilizar semejantes cláusulas en los propios contratos de Estado. La convención exceptuaba que, no obstante el hecho de que una cláusula compromisoria estuviera contenida en el propio contrato tipo de venta internacional, la ausencia de la misma cláusula en los restantes ocho contratos se debía a la voluntad del Irán de no someter esos contratos al arbitraje. Por fin, referente a los usos, la Westinghouse afirmaba la propia oposición a la inserción automática de la cláusula compromisoria ya que, si así fuera, todos los contratos internacionales del mundo se encontrarían automáticamente denunciados a arbitraje, también sin una manifestación de voluntad de las partes al contrato. Además, el colegio arbitral observa que ni siquiera vale el principio, sostenido por el actor, de la *interpretatio contra proferentem* aplicado a la cláusula compromisoria (a los efectos de extenderla a todos los contratos) pues la cláusula compromisoria contenida en el primero resulta suficientemente clara.

<sup>63</sup> Nótese que esto era debido al hecho según el cual en el derecho iraní en vigor habían sido abrogadas justamente las normas del derecho iraní prerrevolucionario de ascendencia francesa que fijaban la prescripción al término ordinario de diez años.



El Estado de Irán, por otra parte, reclamaba la aplicación del derecho iraní o bien, en segundo lugar, de los principios generales del derecho. Los árbitros sintetizaban la posición de Irán en estos términos: "To corroborate its argument, Claimant argues that the application of general principles of law is particularly appropriate in connection with State contracts and says that contracts having a highly political content should be 'denationalized' as far as possible"<sup>64</sup>.

La sociedad multinacional, en cambio, se oponía firmemente ya sea a la aplicación del derecho iraní o a los principios generales del derecho<sup>65</sup>. En mérito a estos últimos hacía notar que su aplicación habría resultado contraria a la voluntad implícita de las partes. Por lo tanto, el hecho de que el Estado iraní fuese parte contractual no era razón suficiente ni para aplicar los principios generales del derecho ni mucho menos para aplicar su derecho interno.

El tribunal arbitral encontraba que, en base a la teoría general del Derecho y a una praxis consolidada, el derecho aplicable a la controversia debía buscarse con dos métodos: el subjetivo y el objetivo.

En base a este último método, el tribunal observaba que la relación controvertida presentaba la unión más estrecha con el ordenamiento de Maryland; en efecto, allí se encontraba el domicilio del vendedor y el lugar de ejecución de las prestaciones nacidas del contrato. En base a estas premisas, la tesis de la demandada era aceptable y, por lo tanto, podía encontrar aplicación la ley de Maryland<sup>66</sup>.

El tribunal, sin embargo, consideró que dicho método no era satisfactorio en cuanto no tenía en cuenta un elemento fundamental, o

<sup>64</sup> Laudo cit., p. 87.

<sup>65</sup> Según la convención, el hecho de que el Estado iraní fuera parte del contrato no comportaba la aplicación de su Derecho interno y, más en general, observaba que: "There is no principle that forces any contract involving a State to be subject to that State's law". *Ibidem*, p. 89.

<sup>66</sup> La convención, *inter alia*, observaba que: "The principle of *lex loci contractus* is not an appropriate rule of conflict of laws and should not be applied, because it is no longer considered to be an appropriate basis for a determination of the substantive law; the citations mentioned by claimant in that context are merely part of descriptions of the legal history of choice of law in contractual matters" (Laudo cit., p. 90).

sea que la *mancata scelta* (elección faltante) del derecho aplicable, lejos de ser casual, había sido intencionalmente deseada por las partes.

Al tradicional criterio de la *scelta positiva* (elección positiva) de la ley aplicable —conocida en el Derecho Internacional Privado— se sustituye, en este caso que se trata, el criterio de la *scelta implicita negativa* (elección negativa implícita) que se manifiesta precisamente, en la voluntad de cada una de las partes de *no querer* la aplicación de la ley del país de la contraparte.

Dicho criterio aparece particularmente útil en el juicio arbitral y extremadamente interesante en el contexto del arbitraje entre Estados y extranjeros.

En otros términos, las partes en vez de manifestar su consenso sobre la ley aplicable, habían manifestado implícitamente el disenso a que los árbitros procedieran a la aplicación del derecho de cada una de ellas. De estas observaciones surgía la consideración en base a la cual la aplicación mecánica de la norma de conflicto, por parte del árbitro, hubiera conducido a una solución paradójica. La determinación de la ley competente a través de la aplicación de los criterios de conexión previstos en la hipótesis de *assenza di scelta* (ausencia de elección) de la ley aplicable perdía su propio fundamento en virtud del principio de autonomía contractual, pues, justamente a través del principio de autonomía las partes pueden indicar, ya sea en forma tácita, lo que *no* quieren.

Es, pues, el principio de autonomía contractual en el sentido del Derecho Internacional Privado que, en este arbitraje, se descubre en toda su complejidad y se manifiesta, por una parte, en la posibilidad concedida a las partes de acordar, tácitamente, sobre la *no* aplicación de un derecho que, de otro modo resultaría aplicable. Desde el momento en que las partes entendieron excluir la aplicación, ya sea del derecho del Estado de Maryland como del iraní, al tribunal arbitral no le quedaba más que explorar otro camino con el fin de individualizar un tercer derecho con respecto al de las partes en causa.

Al respecto, los árbitros examinaron tres hipótesis de solución:

— Individualizar la ley de un tercer Estado;

- aplicar la teoría del “*tronc-commun*” elaborada por Rubino Sammartano<sup>67</sup>;
- basarse en principios generales de derecho de comercio internacional como los Principios Unidroit.

La primera solución era rechazada por cuanto no subsistían elementos suficientes para individualizar una conexión estrecha con la ley de un tercer Estado<sup>68</sup>. La segunda solución, si bien teóricamente apreciable, no resolvía la cuestión sujeta a disputa, ya que justamente en materia de prescripción el derecho iraní ofrecía una solución opuesta a la de la ley de Maryland.

Para el tribunal, entonces, no quedaba más que la tercera solución, o sea la del recurso a los principios generales del Derecho de Comercio Internacional y a la *lex mercatoria*.

Con tal propósito, los árbitros observaban, en primer lugar, que la *lex mercatoria* tenía la ventaja de tutelar una suerte de interés negativo común a ambas partes. Dicho interés consiste en impedir que el que tiene que juzgar aplique normas específicas de un derecho interno que las partes no conozcan o que resulten inadecuadas a un contexto internacional<sup>69</sup>.

En segundo lugar, observa el tribunal, la elección de aplicar la *lex mercatoria* implica un esfuerzo bastante gravoso para el juzgador porque goza de las ventajas que representan el grado de detalle, coherencia y completividad del Derecho interno. La aplicación de la *lex mercatoria* en efecto, comporta un esfuerzo continuo de justificación de la validez

<sup>67</sup> RUBINO SAMMARTANO, M., *International Arbitration Law*, Kluwer, Deventer, 1990, ps. 274 y ss.

<sup>68</sup> Significativo es el siguiente pasaje: “Why Swiss Law and not Japanese? The choice of the situs of the arbitration (*in casu* Zurich/Switzerland) cannot in any way justify a conclusion that the Parties had intended to subject themselves to the Swiss substantive Law”. Laudo cit., p. 108.

<sup>69</sup> “This solution has the advantage to protect both parties against the application of a national law which might contain particular provisions which they had not expected, and which may not be suitable in a truly international context of the present nature. Freeing the parties from the constraints of a national law thus would ascertain and warrant that the dispute shall be decided by having regard to those rules of law and notions which deserve to be qualified as being ‘generally accepted’. Thus a decision based on generally accepted principles has moreover the advantage to ascertain foreseeability of the outcome and certainty of law”.

y de la oportunidad de la aplicación de cada norma extraída de la misma: una actividad de la que el árbitro llamado a aplicar el derecho interno resulta eximido en base a la máxima jurídica *dura lex sed lex*<sup>70</sup>.

Decidido a aplicar los principios generales del derecho, el colegio afirmaba que, en materia de *lex mercatoria*, se utilizan diversas distinciones: “Such as general principles of law, generally accepted principles of private law, a national rules of law, transnational law rules, *lex mercatoria*, principles of international law, etc. [...] Sometimes, distinctions are drawn between these, but the *Majority Arbitrators* are of the opinion that, for the purpose of this case, such distinctions are more confusing than helpful”<sup>71</sup>.

De estas premisas, el colegio, sin evitar la confusión que se prometía superar, deducía que: “The tribunal will apply those general principles and rules of law applicable to international contractual obligations which qualify as rules of law and which have earned a wide acceptance and international consensus in the international business community, including notions which are said to form part of a *lex mercatoria*, also taking into account any relevant trade usages as well as the Unidroit Principles, as far as they can be considered to reflect generally accepted principles and rules”<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> “It is always a more difficult and more demanding task for a tribunal to decide a case by the only reference to, and guidance by, general principles of law, *Lex Mercatoria* etc., instead of simply having regard and applying the solution as provided for in a particular national law, its case law and doctrine; this is so because an arbitrator, who can simply apply a national law, may not have to scrutinize and be concerned about the ‘validity’ and ‘application-worthiness’ of a particular provision; he may and will simply apply the law (sometimes adding his own regrets: *dura lex sed lex*). However, an arbitrator who has to reflect on those rules and principles which truly deserve to be called ‘general principles’ or forming part of a *Lex Mercatoria* (thus carried by an international ‘*communis opinio vel necessitatis*’), will have a much more difficult and responsible task to accomplish. A second concern against the solution (iii) is the concern that so far, and on the basis of the Tribunal’s knowledge, no international consensus has been established in respect of the concrete legal issue to be decided by this Tribunal, i. e., in respect of the statute of limitations; thus, a research in materials on general principles of law or *Lex Mercatoria* may not result in the citation of a rule or case in point which could be referenced in the framework of this Award”. Laudo cit., p. 110.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 123.

Por lo tanto, los árbitros expresando un acto de fe en los Principios Unidroit, afirmaban que dichos principios contienen esencialmente un *Restatement* de aquellos *principes directeurs* que han alcanzado un grado de aceptación universal y que resultan recibidos por la jurisprudencia arbitral<sup>73</sup>.

El mismo tribunal, sin embargo, precisaba que la aplicación de los mismos debía ser efectuada *cum iudicio* en cuanto no todos los principios han encontrado un mismo grado de aceptación<sup>74</sup>.

#### bb) La cuestión de la prescripción

Antes de llegar a examinar los efectos de la prescripción, el colegio arbitral preguntaba, por vía preliminar, si la materia de la prescripción entraba entre las cuestiones de Derecho Procesal o entre las de Derecho sustancial, siendo distintas las consecuencias de Derecho Internacional Privado de dicha calificación.

La cuestión de la prescripción en la *lex mercatoria*, observaba el colegio arbitral, debe reconducirse al principio de buena fe<sup>75</sup>. Según el colegio el instituto de la prescripción deriva de una exigencia de certeza del derecho en base a la cual, pasado cierto término, se desvanece la espada de Damocles de una eventual acción de responsabilidad.

En base a tales premisas y a la *lex mercatoria*, pues, dicha acción puede considerarse prescripta en cuanto una parte pruebe que la otra actúa en modo contrario a la buena fe. La oposición a la buena fe se identifica con el comportamiento de una de las partes tendiente a actuar en juicio, aunque sea arbitral, después de que haya transcurrido un

<sup>73</sup> "As regards the reference to the Unidroit Principles [...] the majority arbitrators believe that these principles [...] contain in essence a restatement of those '*principes directeurs*' that have enjoyed universal acceptance and, moreover, are at the heart of those most fundamental notions which have consistently been applied in arbitral practice".

<sup>74</sup> La entera casuística se encuentra examinada en MARRELLA, *La nuova lex mercatoria* cit., en curso de publicación.

<sup>75</sup> "The denominator common to all those situations [...] is, basically, the legal notion and affect of the overriding force of the *bona fides* principle which, under the particular situation, may operate as a bar to invoke the formal absence of an arbitration agreement in an attempt to avoid arbitration (whether coming under common law notions of estoppel or acquiescence, or under the civil law notions of acting in good faith, prohibition to abuse one's rights and comparable notions)". Laudo cit., p. 76.

tiempo suficiente para que la contraparte ya no esté en grado de encontrar las pruebas necesarias para su propia defensa.

En el caso particular que se examina, Irán recurría al arbitraje doce años después de que Westinghouse había dejado el país por causa de la revolución. De tal circunstancia, sin embargo, el tribunal resolvió por mayoría que no estaba en condiciones de establecer la mala fe del actor y el árbitro italiano redactó una *dissenting opinion* demostrando analíticamente las conclusiones opuestas a sacar. En particular, en la *dissenting opinion* el árbitro sostenía que en los contratos entre Estados y extranjeros existe una presunción, en sentido internacional privado, a favor del derecho interno del Estado.

El laudo parcial, pues, determinado el derecho aplicable, reenviaba la decisión sobre las otras cuestiones al laudo final.

### III. La interpretación del contrato principal

Una vez superada la *vexata quaestio* de la interpretación de la cláusula compromisoria, los árbitros dispondrán de los elementos sobre cuya base efectuar la interpretación del contrato principal. En esta fase, el esfuerzo hermenéutico se efectuará de modo no disímil de lo que sucede en materia de interpretación del contrato interno, salvo el caso frecuente en que el árbitro deba interpretar el contrato sobre la base de una *lex contractus* para él extraña.

Sin embargo, si la *lex contractus* se individualiza en la *lex mercatoria* o bien en los Principios Unidroit será de tales contextos que el árbitro deberá deducir los cánones hermenéuticos.

Los principios en materia de interpretación del contrato muestran una amplia convergencia entre *lex mercatoria* y Principios Unidroit, así que se podrá proveer una sumaria lista (A). Dicha convergencia y la importancia de los Principios Unidroit en este sector deja abiertas algunas cuestiones de teoría general (B).

#### A) "*Multa sunt principia*"

Un capítulo entero de los Principios Unidroit está consagrado a la interpretación de los contratos comerciales internacionales. Los principios afirman expresamente, en el artículo 4.1, que el contrato debe

ser interpretado según la común intención de las partes<sup>76</sup>; asimismo establecen reglas en materia de interpretación de las declaraciones y de los comportamientos en el artículo 4.2<sup>78</sup>; en materia de circunstancias pertinentes, en el artículo 4.3; de coherencia del contrato, en el artículo 4.4; de interpretación útil, en el artículo 4.5; de *interpretatio contra proferentem*, en el artículo 4.6; de divergencias lingüísticas, en el artículo 4.7; así como de omisiones también en el artículo 4.7.

Si la regla principal de la interpretación es aquella de referirse a la común intención de las partes que luego no está definida, será necesario, en el caso en el cual dicha intención no pueda ser reconstruida, buscar el significado que personas razonables de la misma calidad de las partes hubieran atribuido a un mismo hecho, en las mismas circunstancias<sup>79</sup>. Los principios ofrecen, pues, gran espacio de interpretación objetiva haciendo referencia a una noción de *reasonable man* difundida en la *common law*.

La interpretación, por otra parte, se desarrolla según algunos principios que ahora serán enunciados brevemente con la finalidad de evidenciar la conexión con la *lex mercatoria*.

#### a) *El principio de interpretación complexiva y de coherencia interpretativa*

Las cláusulas deben ser interpretadas atribuyendo a cada una el sentido que resulta del conjunto del contrato o de la declaración en la que están insertas<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> En modo no diferente al artículo 1362 del Código Civil italiano. La jurisprudencia arbitral parece conforme también con la noción de interpretación según la buena fe. Ver el laudo producido por René Cassin el 10-6-55, *Rev. Crit. DIP*, 1956, p. 279, nota de Batiffol, así como el laudo ICSID producido por un colegio presidido por el prof. Goldman con coárbitros Rubin y Foighel, el 25-9-83, en el caso AMCO en *Clunet*, 1986, ps. 201/214. En este sentido FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, cit., p. 837.

<sup>77</sup> Cfr. art. 1363 del Cód. Civ. en materia de interpretación sumaria de las cláusulas.

<sup>78</sup> Cfr. art. 1370 del Cód. Civ.

<sup>79</sup> Ver al respecto el laudo "Aranco" producido por Sauser Hall, Hassan y Habachi, *Rev. Crit. DIP*, 1963, p. 272, así como ILR 1958, vol. 27, ps. 117 y ss.

<sup>80</sup> Art. 4.4 de los Principios Unidroit. Para la praxis arbitral ver Laudo CCI 5961, *Clunet*, 1997, p. 1051, nota de Hascher, y en doctrina ver KAHN, *La interpretación de los contratos internacionales*, en *Clunet*, 1981, vol. 108, ps. 5/28.

Un reciente laudo arbitral ha puesto en evidencia, al respecto, que constituye corolario del citado principio aquél —que se podría llamar de "coherencia interpretativa"— en base al cual los *mismos* términos y las *mismas* expresiones deben ser interpretadas del *mismo* modo por el tribunal arbitral con relación a la controversia en estudio: "it is also a generally accepted practice by international arbitral tribunals, predicated upon elementary notions of coherence and rationality, to assume that the same words or expressions shall have the same meaning throughout the documents containing them"<sup>81</sup>.

#### b) *El principio de conservación del contrato*

Un ulterior principio sobre la materia es seguramente el de la conservación del contrato en sentido sustancial (del *effet utile* o según el brocardico *ut res magis valeat quam pereat*) en base a la cual la interpretación de las cláusulas debe ser orientada en el sentido de que todas puedan tener algún efecto, antes de que algunas no hubieran tenido ninguno<sup>82</sup>. Para los árbitros CCI, el principio de

<sup>81</sup> Ver Laudo CCI 7110 en curso de edición en *ICC International Court Arbitration Bulletin*, 1999, N° 2. En el mismo número ver MARRELLA, F. y GÉLINAS, F.; *The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and ICC Arbitration. A preliminary Assessment*.

<sup>82</sup> Art. 4.5. de los Principios Unidroit; art. 5106, Principios Lando; art. 111, Contract Code; entre las convenciones internacionales ver. art. 8, CVIM; por el derecho interno ver art. 1156 del Cód. Civ.; art. 1425 del Cód. Civ. de Québec; art. 431, Russian Civil Code; art. 1205 (3), UCC; sec. 117 y ss. Czech LIT. Por la jurisprudencia arbitral ver Laudo CCI 1434, cit.; N° 7331 de 1994, *Clunet*, 1995, p. 1001 en especial p. 1003, nota de HASCHER; N° 5961, *Clunet* 1997, p. 1051, nota de Hascher; N° 8694, *Clunet*, 1997, p. 1056; Laudo "Aramco", cit., p. 1175. En doctrina ver, entre muchos, RIPERT, *Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux (contribution à l'étude des principes généraux du droit visés au Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale)*, en *RCADI* 1933-II, vol. 44, ps. 565/664; RABEL, *The conflict of Laws: a comparative study*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1945, vol. 2, p. 534; FOUCHARD, *L'Arbitrage Commercial International*, Dalloz, Paris, 1965, p. 435; BONELL, en UNIDROIT (ed.), *New Directions in International Trade Law*, p. 109, en esp. p. 126; UD, 27 ICLQ 1978, p. 413, 430; GUTIÉRREZ POSSE, H., *La maxime ut res magis valeat quam pereat (interprétation en fonction de l' "effet utile")*: les interprétations "extensives" et "restrictives" en *Oesterreichische Zeitschrift fuer offentliges Recht*, 1972, vol. 23, ps. 229/254; HARTKAMP, en BOLEE-WOELKI, GROSHEIDE, HONDIUS y STEENHOFF (editores), *Comparability and Evaluation: essays on com-*

conservación del contrato es “un principio de interpretación universalmente reconocido”<sup>83</sup>.

El principio de conservación del contrato, en cuanto nada dispongan los Principios Unidroit y Lando, presenta también una importante dimensión conflictualista. En base a tal principio, entendido en el sentido del Derecho Internacional Privado, en ausencia de elección del derecho aplicable la elección de una *lex contractus* que condujese a la anulación del contrato podría ser descartada por el árbitro, privilegiando una norma de conflicto o un ordenamiento (a través la vía directa prevista por el reglamento de arbitraje) *in favorem validitatis pacti*<sup>84</sup>. A diferencia del juez nacional, obligado a la aplicación de las normas de conflicto del foro, el árbitro internacional dispone, en efecto, de un margen de discrecionalidad notable en el propio razonamiento internacional privado que puede conducirlo a elegir una o más formas de conflicto diversas de la *lex situs arbitris*.

#### c) La irrelevancia de las calificaciones atribuidas por las partes

Corolario de este principios es aquel según el cual al interpretar el contrato los árbitros no deben limitarse al sentido literal de las palabras, ni siquiera cuando las partes hayan provisto calificaciones jurídicas<sup>85</sup>.

*parative law; private international law and international commercial arbitration in honour of Dimitra Kokkini-Iatridou*, Nijhoff, Dordrecht, p. 85, esp. p. 91.

<sup>83</sup> Ver los laudos CCI 1434 de 1975, en *Chunet*, 1976, p. 982, así como los laudos CCI 3380 de 1980, *Chunet*, 1981, p. 127, nota de Derains; N° 3460 de 1980 en *Chunet*, 1981, p. 939, N° 5910 de 1988 en *Chunet*, 1988, p. 1215.

<sup>84</sup> Ver en derecho interno art. 3109, Cód. Civ. Québec; art. 11 (1) EGBGB alemán, en jurisprudencia arbitral ver Laudo CCI 4145, *Chunet*, 1986, p. 1132, nota de Derains; N° 4145, *Yearbook*, 1987, ps. 17 y ss. En doctrina ver AVENID, *Die lex validitatis im internationalen Vertragsrecht: zugleich eine Untersuchung Ehrenzweigs Lehre von der Rule of validation im amerikanischen Kollisionsrecht fuer Verträge*, Heidelberg, 1993, ps. 19 y ss.; *Black's Law Dictionary*, p. 609.

<sup>85</sup> Ver Laudo CCI 3540 de 1980 en *Yearbook*, VII, 1982, ps. 124 y ss. y también Laudo CCI 3243 de 1981 en *Chunet*, 1982, p. 968. Ver al respecto GOLDMAN, B., *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international*, en *Chunet*, 1997, p. 489.

#### d) La “interpretatio contra proferentem”

La *interpretatio contra proferentem* actúa en cambio, en caso de ambigüedad de las cláusulas en el sentido de atribuir preferencia a una interpretación desfavorable para la parte que las ha redactado<sup>86</sup>. En el laudo CCI 7110, los árbitros han demostrado que el principio de la *interpretatio contra proferentem* constituye un principio de interpretación comúnmente acogido en los ordenamientos jurídicos estatales. Esto ha encontrado amplias aplicaciones en la praxis arbitral internacional y ha sido identificado muchas veces por la doctrina como formando parte de los principios generales del Derecho<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> Art. 4.6 de los Principios Unidroit; art. 5103 de los Principios Lando. En derecho interno ver 1162 del Cód. Civ.; arts. 1367, 1370 del Cód. Civ.; art. 52 del Cód. franco-italiano de Derecho de las Obligaciones; arts. 1428, 1432 del Cód. Civ. Québec; § 236 (d) Restatement 2nd. of the Law of Contracts; sec. 23 Czech LIT. En la jurisprudencia arbitral ver Laudo CCI 1434, *Chunet*, 1976, p. 983; N° 3380, *Chunet*, 1981, p. 9, nota de Derains; N° 3460, *Chunet*, 1981, p. 939; N° 3540, *Yearbook*, 1982, p. 124; N° 3243, *Chunet*, 1982, p. 968; N° 6378, *Chunet*, 1993, p. 1018; N° 8365, *Chunet*, 1997, p. 1078; “Ad Hoc-Award” de 27-3-91, *Yearbook*, 1992, p. 11, 16; Laudo IC-SID/CIRDI “Asian Agricultural Products LTD vs. Republic of Sri Lanka”, del 21-6-90, *ILM* 1991, ps. 580, 596; Iran-US Claims Tribunal, “First Travel Corp. vs. Iran, CTR”, vol. 9, p. 360. En doctrina ver FILALI, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria*, LGDJ, Paris, 1992, ps. 220 y ss.; PAULSSON, *Rev. Arb.* 1990, ps. 55, 92; RIPERT, ob. cit., p. 647, esp. p. 653; SCHMITTHOFF, *International Trade Usages*, pub. CCI 440/4, 1987, N° 70 y ss.; *Black's Law Dictionary*, ps. 327, 1547; BONELL, *The Unidroit Initiative for the Progressive Codification of International Trade Law*, en *International and Comparative Law Quarterly*, 1978, vol. 27, ps. 413/441, esp. p. 437; CHENG, B., *General Principles of law as applied by international courts and tribunals*, Grotius, Cambridge, 1987, p. 108; CROOK, *Applicable law in international arbitration: the Iran-US Claims Tribunal experience*, en *American Journal of International Law*, 1989, vol. 83, ps. 278/311, p. 278, esp. p. 290; FOUCHARD, *L'Arbitrage Commercial International* cit., p. 434; KAHN, cit., *Chunet* 1981, ps. 5; LALIVE, P., *The first “World Bank” arbitration (“Holiday Inns vs. Morocco”)*. *Some legal problems*, en *Brit. Yb. Int'l L.*, 1980, vol. 50, p. 123, esp. p. 153; LOWENFELD, *Arb. Int'l*, vol. 6, 1990, p. 133, esp. p. 148; LORD MUSTILL, *The new lex mercatoria: the first twenty five years*, en *Liber Amicorum Lord Wilberforce*, Oxford, 1987, ps. 149 y ss.; más en general ver, por último, HOMAYOUN, *La regle d'interpretation contra proferentem en Droit International*, en *Revue Generale de Droit International Public*, 1999, vol. 103, N° 4, ps. 891/926.

<sup>87</sup> Ver sobre todos estos aspectos GAILLARD, E., *Jurisclasseur international, Arbitrage commercial international, droit applicable au fond du litige, Droit Inter-*

### B) *Fronteras y problemas de la interpretación trasnacional*

Las nuevas fronteras de la interpretación trasnacional están constituidas por el posible empleo de los Principios Unidroit en la interpretación del contrato.

En base a cuanto hemos expuesto con anterioridad, el dato que más llama la atención es la carencia en los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales de reglas en materia de interpretación de la cláusula compromisoria. Los árbitros y la misma Casación francesa, alcanzan, cada vez más, a fundar la validez y la eficacia de la cláusula compromisoria en la *lex mercatoria*. Se individualiza, así, una posible directiva de desarrollo de los Principios Unidroit en cuanto, como afirma su preámbulo, se autodeclaran aplicables a título de *lex mercatoria*.

Una ulterior frontera de la hermenéutica y de la *lex mercatoria* consiste en la posibilidad para el árbitro de utilizar los Principios Unidroit con el fin de interpretar o integrar una *lex contractus* estatal, llegando a desaplicar una norma de la ley aplicable en nombre de una contradicción con los Principios Unidroit. El tema no puede más que hacer reflexionar sobre la oportunidad de que a los Principios Unidroit les sea reconocida una especie de primado sobre la *lex mercatoria* al menos en este contrato.

Asegurar una primacía de los Principios Unidroit sobre la *lex mercatoria* significa, por otra parte, garantizar la prevalencia de los mismos principios sobre los otros sistemas de derecho espontáneo como los usos del comercio internacional.

Sin embargo, lo que caracteriza el desarrollo del derecho de comercio internacional moderno es la multiplicación de colección de principios cuya ambición es codificar la *lex mercatoria*, o, con fórmula más *politically correct*, el Derecho Internacional uniforme espontáneo de los contratos.

A los Principios Unidroit se han agregado los principios elaborados por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, y los estudios

*national*, Fasc. 586-9-1; *Procedure civile*, 1991, Fasc. 1070-1, N° 56, ps. 16/17; también GUESTA, A. (ed.), *Anson's Law of Contract*, 26ª ed., Oxford, 1984, p. 137.

de la comisión presidida por el profesor Gandolfi y el *Common Code Project* en Trento, por no citar más que las contribuciones más destacadas.

La globalización de la economía ha producido la globalización de aquel derecho de los mercaderes al que se da el nombre de *lex mercatoria*. La multiplicación de los principios puede, por ello, convertirse en desviante si los principios codificados por cada comisión entran en conflicto. El conflicto de leyes que la *lex mercatoria* tiende a superar se sustituiría por un conflicto de principios.

El exceso de principios hace, pues, mirar con el mismo temor la búsqueda de aquellos *superprincipios* a que se refiere el artículo 1.6 de los Principios Unidroit. La redacción de dicho artículo resulta comprensible sólo en el marco de la elaboración de una convención internacional como la CVIM que tanto ha influido en la redacción de los principios *de quibus*. Pero una cosa es redactar una convención interestatal, otra una colección de principios del Derecho Comercial Internacional. Si la ambición de los Principios es la de proveer parámetros de interpretación y de integración, es necesario romper el círculo vicioso<sup>88</sup> y poner los Principios Unidroit en la base de la interpretación, sin recurrir a principios superiores.

El reclamo a superiores principios generales para interpretar los mismos Principios Unidroit disminuye, en efecto, el rol de los mismos principios, aunque en el ámbito de este tipo de interpretación no se deberá recurrir a fuentes externas como cada uno de los derechos nacionales. La verdadera *fuerza interna* de los principios sería justamente la *lex mercatoria* (así llamada en el Preámbulo). Y entonces el rol de guía iluminada confiada a los Principios Unidroit, entendidos como principios-guía de la *lex mercatoria*, estaría sujeto a la misma *lex mercatoria*.

<sup>88</sup> Los principios deben resultar necesarios y suficientes para interpretar la *lex contractus*. Contrariamente se llega a tener que buscar unos principios para interpretar los Principios Unidroit que sirven para interpretar la *lex contractus*.