

3. AUTOREGULACIÓN Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES

José Carlos Fernández Rozas (*)

SUMARIO: I. INTERDEPENDENCIA ECONÓMICA DE LOS ESTADOS: 1. *Detrimento de la soberanía del Estado*. 2. *El culto al mercado*. II. ACTIVIDADES ECONÓMICAS EN EL EXTERIOR: 1. *Comercio internacional, comercio exterior y comercio intracomunitario*. A) Comercio multilateral: a) Un mundo entero como campo de actuación. b) Protagonismo de la Organización Mundial de Comercio. B) Comercio exterior. C) Comercio intracomunitario. 2. *Derecho económico internacional y Derecho de los negocios internacionales*. III. AUTORREGULACIÓN DEL MERCADO: 1. *Reorientación de los procedimientos de producción jurídica*: A) El difícil equilibrio entre el Estado y el mercado. B) Un Derecho autónomo con pretensiones de validez global. C) Configuración de la *lex mercatoria* como Derecho espontáneo. 2. *Institucionalización de la sociedad de comerciantes*. IV. CODIFICACIÓN INTERNACIONAL, ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN JURÍDICA: 1. *Dialéctica entre normas internas y normas unificadoras*: A) Búsqueda de rapidez, seguridad y certidumbre. B) Armonización y unificación. C) Pervivencia del particularismo. 2. *Carácter especializado de la unificación*. 3. *Tendencia a la armonización internacional: hacia un Derecho mercantil plurinacional*: A) Métodos en presencia; B) Técnicas de codificación. 4. *Inconvenientes de los tratados internacionales como instrumento de la unificación*. V. EL *SOFT LAW* EN LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES: 1. *Directriz habilitante y efecto dinamizador*. 2. *Nuevas técnicas de normación*. VI. INTERACCIÓN ENTRE AUTORREGULACIÓN Y UNIFICACIÓN EN LA CREACIÓN DEL DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES.

I. Interdependencia económica de los Estados

1. *Detrimento de la soberanía del Estado*

1. La interdependencia económica de los Estados evidencia como la internacionalización de la economía se ha acelerado en el último cuarto de siglo bajo un triple efecto: el desarrollo de las inversiones internacionales, la deslocalización de la producción y el desarrollo de las empresas multinacionales¹. Hasta este momento la economía de mercado había experimentado un proceso evolutivo. Si tomamos como punto de partida la aparición del Estado moderno podremos apreciar una primera una etapa estrictamente nacional en la que existe

* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid.

¹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Sistema del comercio internacional*, Madrid, 2001, pp. 72-77.

una coincidencia plena entre Estado y mercado; en ella todas las funciones económicas: adquisición de capital, aprovisionamiento de materias primas, obtención de mano de obra, organización de la producción y colocación de los productos, tenían lugar en un mismo mercado. Esta etapa dará paso a otra en la que tendrá entrada un orden internacional que comprenderá en el terreno económico-político la posibilidad de una producción y de un comercio internacional controlado por los Gobiernos con instrumentos tales como leyes antimonopolio, regulación del trabajo, aranceles, contingentes, etc..., sin perjuicio de la interdependencia de los Estados manifestada por medio de tratados bilaterales de comercio.

La instauración de un mercado mundial para todo el globo terrestre y la consiguiente dependencia de unas naciones sobre las otras, descrita por Marx y Engels en el *Manifiesto Comunista*, fue el inicio de la crisis de la soberanía estatal en este sector que se consolidará en el último tercio del siglo XX con el inicio del denominado fenómeno de la “globalización”², que comienza cuando se hace evidente la caída de la Unión Soviética y ocasiona la penetración de la ideología capitalista, en virtud de la cual las funciones tradicionales de la economía perderán su componente nacional; un componente que no sólo afectará a la libre circulación de las mercancías sino que se extenderá a la propia organización productiva y distributiva que se desplaza y distribuye en diversos países³ no ya a través de empresas multinacionales, sino por medio de “empresas globales” (GLO-CO). Unas entidades sin fronteras que responden esencialmente al método de la “deslocalización” desbordando el marco tradicional de las economías nacionales⁴.

2. El deterioro de la soberanía del Estado, inherente a los periodos estabilidad, se corresponde con el creciente poder y movilidad de las referidas empresas, con posesión de una estrategia global y no de mera ampliación de mercados, que no responden al interés común, sea en el plano nacional o global, y que encuentran en un mercado mundial desregulado al máximo el terreno propicio para la búsqueda del máximo beneficio⁵. Se produce así una suerte de

² El Premio Nobel de Economía 2001 J.E. STIGLITZ lo define como “la integración más estrecha de países y pueblos del mundo por la enorme reducción de los costes de transportes y comunicaciones y el desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios, capitales y, en menor grado, personas a través de las fronteras” (*El malestar de la globalización*, Madrid, 2003, p. 48)

³ Vid. F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bolonia, 2005.

⁴ K. OHMAE, *El proximo escenario global: desafíos y oportunidades en un mundo sin fronteras*, Barcelona, 2005.

⁵ D. HELD, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford, 1996 (trad. española: *La democracia y el orden global. Del Estado moderno*

competencia entre empresas y Estados basada en un supuesto “principio universal” organizador del mercado a partir del cual se establece la selección de las calidades de los bienes y de los servicios.

Para ello movilizan grandes sumas de capital y desplazan de un lugar a otro las actividades productivas, lo que a menudo tiene profundos efectos destabilizadores para la economía real, el empleo, el bienestar de la población y el medio ambiente. A esto se une el proceso de aceleración de la revolución industrial y la influencia decisiva de la internacionalización de los mecanismos de financiación que han producido como efecto inevitable la apertura de las diferentes economías nacionales⁶. Al efecto se afirma, no sin razón, que el desarrollo capitalista que comenzó con la mercantilización de bienes y la tenencia de propiedades ha llegado a su culminación, a fines del siglo XX, con la mercantilización del tiempo y de la experiencia humana. Factores tales como los viajes y el turismo global, los parques temáticos, la moda, la cocina, el cine, la televisión, etc... se están convirtiendo cada vez en mayor volumen en el centro de una economía cuyo objetivo comercial básico son los recursos culturales cuya dimensión internacional resulta cada vez más acusada⁷.

3. Mas la interdependencia económica se pone también de manifiesto con la reiteración de las crisis económicas internacionales, señaladamente la desencadenada en otoño de 2008, y originada en los EE UU, por la caída de los precios de la vivienda, el aumento del precio del petróleo, la subida incontrolada del euro y la crisis crediticia, hipotecaria y de confianza en los mercados. Con ello se confirma la aseveración del profesor del Instituto Tecnológico de Massachusetts P. Temin: que las ideas de libre mercado capitalistas prosperan en época

al gobierno cosmopolita, Barcelona, 1997). Vid. asimismo, D. HELD, A.G. MCGREW, D. Goldblatt y J. Perraton, *Global Transformations: Politics, Economics and Culture*, Cambridge, 1999. Una serie de reflexiones acerca del desarrollo del gobierno global que afecta a la soberanía de los Estados se describe en la obra colectiva dirigida por A.J. PAOLINI, A.P. JARVIS y C. REUS-SMIT, *Between Sovereignty and Global Governance: The United Nations, the State and Civil Society*, Londres, 1998.

⁶ El conflicto entre el comercio internacional y las normas laborales o, si se quiere, entre la globalización y la estabilidad en el empleo se describe con precisión en la monografía de D. RODRIK, *Has Globalization Gone Too Far?*, Washington, 1997.

⁷ Vid. J. RIFKIN, *La era del acceso. La revolución de la nueva economía*, Barcelona, 2000 pp. 16 ss. El autor advierte que cuando la economía absorbe a la cultura, sólo quedan los lazos económicos para mantener unida a la sociedad preguntándose si la civilización podrá sobrevivir cuando la esfera comercial quede como único árbitro de las relaciones humanas. En una obra anterior de enorme repercusión Fukuyama había defendido que estábamos en una etapa caracterizada por el fin de la historia pues, en su opinión, no existen alternativas al capitalismo y a la democracia liberal, que traerá inexorablemente numerosos motivos de descontento (Vid. F. FUKUYAMA, *El fin de la Historia y el último hombre*, Barcelona, 1992).

de estabilidad, en tanto que las ideas socialdemócratas ganan terreno en tiempos de depresión por su defensa de la planificación económica y la distribución del dividendo social⁸.

La complejidad de estos fenómenos exige tener en cuentas varios datos a la hora de perfilar un sistema real del comercio internacional. El primero de ellos no es otro que la heterogeneidad de la economía mundial, especialmente derivada de la desigualdad de niveles de desarrollo de los distintos Estados y de su variedad de sistemas económicos y políticos, así como de estructuras sociales. El segundo dato a tener en cuenta es que las relaciones económicas internacionales no se desarrollan exclusivamente entre Estados, sino entre grupos; no exclusivamente de grupos de Estados, integrados en diversos mercados (UE, Mercosur, OPEP, etc...), y también entre conjuntos transnacionales, industriales y financieros, cuya estructura se imbrica en el propio campo de acción de los Estados y sus mercados. Ambos elementos conducen a una consecuencia: que esta interdependencia económica obliga a una estrecha cooperación internacional a la hora de establecer mecanismos de regulación y equilibrio de la economía mundial. Por último, no puede desconocerse que uno de los rasgos expansivos del comercio internacional lo han protagonizado los operadores privados, señaladamente las empresas, a través de una serie de prácticas, entre las que destacan los “códigos de conducta”, que han contribuido a disciplinar los intercambios transnacionales.

2. El culto al mercado

4. El ciclo actual evidencia un fuerte componente ideológico derivado del “culto al mercado”. Si hasta finales de los años setenta del siglo XX las instituciones mundiales reguladoras del comercio internacional guardaban un elocuente silencio acerca de los patrones económicos adoptados por los países miembros, limitándose a sugerir mejoras en el modelo económico y social, con anterioridad a la crisis de 2008 no tenían recato alguno en recomendar un concreto estándar de sociedad hacia al cual debían converger inexorablemente los países; un estándar que se compendia en postulados tales como la política de privatizaciones, la liberalización de los movimientos de capital, la reducción del papel del Estado en el comercio, etc... Dicha orientación ideológica es el denominado “consenso de Washington” (cuya primera formulación de 1990 se debe al economista J. Williamson del *Institute for International Economics* de esa capital) entre cuyos postulados figuran los siguientes: disciplina presupuestaria, cambios en las prioridades del gasto público (de áreas menos productivas a sanidad, educación e infraestructuras), reforma fiscal encaminada a buscar bases imponibles amplias y tipos marginales moderados, liberalización finan-

⁸ P. TEMIN, *Lecciones de la Gran Depresión*, Madrid, 1995.

ciera, especialmente de los tipos de interés, búsqueda y mantenimiento de tipos de cambio competitivos, liberalización comercial, apertura a la entrada de inversiones extranjeras directas, privatizaciones, desregulaciones y garantía de los derechos de propiedad⁹. Dicho “consenso”, si bien ha encontrado importantes detractores goza de una significativa aceptación que intenta elevarlo a paradigma.

El panorama quedaría incompleto sin la referencia a uno de los principales cambios estructurales de la economía mundial y, por ende, del comercio internacional: que los mercados van dejando sitio a las redes y que el “acceso a la red” está desplazando el concepto tradicional de propiedad al reducirse el intercambio mercantil de la propiedad entre compradores y vendedores. En palabras de J. Rifkin, un proceso de sustitución de los mercados por las redes y de la propiedad por el acceso, la marginación de la propiedad física, el ascenso de la propiedad intelectual, así como el incremento de la mercantilización de las relaciones humanas. Nos desplazamos lentamente de un período en el que el intercambio de la propiedad era la función clave de la economía para introducirnos en un nuevo mundo donde la adquisición de las experiencias de vida resulta ser una auténtica mercancía. Estamos pasando de la era del capitalismo industrial a la era del capitalismo cultural, caracterizada por el protagonismo de los servicios frente a la mercancía: la tecnología ha reducido tanto los ciclos de vida de los productos, que los consumidores ya no prestan atención a un bien que pronto quedará obsoleto, prefiriendo acceder al mismo a través de nuevas técnicas como el alquiler o el *leasing*¹⁰. No en vano la nueva configuración del comercio internacional diseñado en la Conferencia de Marrakech de 1994, otorga una especial atención a los servicios y a la propiedad intelectual.

II. Actividades económicas en el exterior

1. Comercio internacional, comercio exterior y comercio intracomunitario

A) Comercio multilateral

a) Un mundo entero como campo de actuación

5. La vocación de los Estados a relacionarse económicamente con el exterior, superando situaciones de autarquía económica, es una característica de nuestro tiempo. La historia ha probado los beneficios de las transacciones comerciales internacionales, que han permitido la especialización y, por ende, el

⁹ Vid. J. WILLIANSO, “Democracy and the ‘Washington Consensus’”, *World Development*, vol. 21, 1993, pp. 1329-1336.

¹⁰ Cf. J. RIFKIN, *La era del acceso...*, *op. cit.*, p. 21.

aumento de la productividad con la subsiguiente mejora de las posibilidades de consumo. Precisamente esta especialización se consigue a través de los negocios transfronterizos que facilitan el desarrollo de las posibilidades de producción y de consumo sin cuya existencia quedarían relegadas a lo producido en el entorno económico de la autarquía. Cualquier economía estatal está relacionada con el resto del mundo por el intercambio de bienes, de servicios y de capitales, lo que genera, a su vez, tres consecuencias de singular importancia: la interdependencia en el mercado de productos, con el consiguiente aumento de las exportaciones y de las importaciones; la interdependencia en el mercado de trabajo, con su secuela de desplazamientos de trabajadores y de profesionales a través de las fronteras; y la interdependencia en el mercado de capitales, que implica que el dinero puede invertirse a escala internacional allí donde genere mayores rendimientos.

El comercio internacional comprende al mundo entero como campo de actuación y queda, por tanto, bajo la esfera de intervención de organismos internacionales, de carácter universal o regional; por ello el ordenamiento regulador de esta realidad jurídica de naturaleza transnacional coarta la posibilidad del legislador estatal de determinar con entera libertad las respuestas jurídicas a estas transacciones de acuerdo con su propia concepción del mercado.

El sistema de comercio internacional se configura a través de una serie de principios rectores, que son el resultado de la ideología emanada de ciertas Organizaciones económicas internacionales en cuya cúspide habría que colocar a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), uno de los foros mundiales más influyente en el que se analizan y se establecen orientaciones sobre la economía internacional, y como brazo ejecutor a la Organización Mundial del Comercio (OMC). Dicha ideología se pretende elevar con alcance universal con independencia del nivel de desarrollo económico de los países participantes. Bien entendido que las normas emanadas de la OMC rigen el comercio entre los Estados y tienen como objetivo central la liberalización mundial del comercio y facilitar el acceso a los mercados extranjeros a través de la eliminación de las restricciones de carácter impuestas por los Estados. Son normas de Derecho internacional público, pues sus destinatarios primarios son los Estados y las Organizaciones internacionales que actúan en el comercio internacional (*trade*); de esta suerte, las facultades de que disponen los sujetos privados para hacer efectivas estas normas en sus relaciones mutuas (*business*) son más que limitadas.

6. De conformidad con dicha ideología el comercio internacional responde, en primer lugar, a un trato carente de discriminaciones; de esta suerte, un país

no debe discriminar entre sus interlocutores comerciales y para ello ha de conceder a todos, de forma igualitaria, la condición de “nación más favorecida” (NMF)¹¹. Tampoco un país debe discriminar entre sus propios productos, servicios o ciudadanos y los productos, servicios o ciudadanos extranjeros (se les concede el “trato nacional”).

El comercio en este contexto debe experimentar, en segundo lugar, una tendencia hacia la liberalización en el sentido de que los naturales obstáculos deben ser superados a través de negociaciones. Se busca con ello, siempre de conformidad con la referida ideología, conseguir una disminución cabal del proteccionismo al entenderse que éste propicia la existencia de empresas desmesuradas e ineficaces, y puede ocasionar a la larga el cierre empresarial y la pérdida de empleos. Precisamente uno de los objetivos de la OMC es reducir el proteccionismo. La denominada teoría de la “ventaja comparativa”, elaborada por David Ricardo, desarrollada posteriormente por G. Haberler¹² y reformula sustancialmente a través del denominado “teorema de Heckscher-Ohlin”¹³, significa que los países prosperan, en primer lugar, aprovechando sus activos para concentrarse en lo que pueden producir mejor, y después intercambiando estos productos por los productos que otros países producen mejor. La mayoría de las empresas reconocen que cuanto mayores son las dimensiones del mercado mayor es su potencial: pueden ampliarse hasta alcanzar su tamaño más eficiente, y pueden tener acceso a un gran número de clientes. A partir de aquí se suele afirmar que las políticas comerciales liberales, entendidas como aquellas que permiten la circulación sin restricciones de bienes y servicios, multiplican los beneficios que reporta el producir los mejores productos con el mejor diseño y al mejor precio. No obstante, el éxito comercial no es estático. La capacidad de competir de forma adecuada en ciertos productos puede desplazarse de una empresa a otra cuando cambia el mercado o cuando la aparición de nuevas tecnologías hace posible la fabricación de productos mejores y más baratos. La experiencia demuestra que la competitividad puede también desplazarse de unos países a otros y, de esta suerte, un Estado que se ha beneficiado de una ventaja porque el coste de la mano de obra era más barato o porque tenía un buen suministro de ciertos recursos naturales, puede también perder su competitividad en algunos bienes o servicios a medida que su economía evoluciona¹⁴.

¹¹ J.J. FORNER I DELAYGUA, *La cláusula de la nación más favorecida*, Madrid, 1988.

¹² Vid. G. HABERLER, *Theory of International Trade*, Londres, 1963.

¹³ Vid. B. OHLIN, *Comercio interregional e internacional*, Barcelona, 1971.

¹⁴ Vid. J. NOVELLA, “Mundialización, competitividad, comercio internacional, política industrial y empleo”, *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, nº 29-30 (La organización mundial del comercio), 1995 (<http://www.cidob.org/Catalan/Publicaciones/Afers/novella.html>); M. FERNÁN-

A partir del credo que irradia OMC, con el estímulo de una economía abierta, un país concreto puede hacerse competitivo en otros bienes o servicios a partir de un proceso gradual. Cuando se permite que el sistema de comercio funcione sin las limitaciones que representa el proteccionismo, las empresas encuentran estímulos para adaptarse progresivamente y sin demasiadas renuncias. Pueden centrarse en nuevos productos, hallar un nuevo espacio en su actual esfera de actividades o pasar a nuevos mercados.

Para la ideología de la OMC, en tercer lugar, el comercio internacional ha de ser previsible; las empresas, los inversores y los gobiernos extranjeros deben confiar en que no se establecerán arbitrariamente obstáculos comerciales (que incluyen los aranceles, los obstáculos no arancelarios y otras medidas); un número creciente de compromisos en materia de aranceles y de apertura de mercados se “consolidan” en la OMC. Asimismo, el comercio debe tender a ser más competitivo: se desalientan las prácticas “desleales”, como las subvenciones a la exportación y el *dumping* de productos a precios inferiores al costo para ganar partes de mercado.

7. Domina una cierta unanimidad en que la estabilidad de la economía internacional depende en buena medida en la existencia de principios precisos acuñados a escala mundial. En lo que ya no existe consenso es en la naturaleza de dichos principios. Los adversarios de la liberalización del comercio denuncian que están al servicio de los intereses de las grandes empresas y en contra de los intereses de los trabajadores y del medio ambiente y de la seguridad de los consumidores. Mas ésta no es la única crítica.

Entre los adversarios figuran gran parte de los países en vías de desarrollo al denunciar que los principios emanados del GATT, y ahora de la OMC, han sido hasta la fecha un obstáculo fundamental a sus exportaciones de textiles y de productos agrícolas y que las nuevas exigencias acerca de la situación de los trabajadores o en materia de medio ambiente no son más que medidas tendentes a frenar su productividad. A ello se contesta, desde la posición de los países desarrollados, que “todos” los países pueden y deben cumplir con tales principios y que los menos desarrollados que han venido pidiendo excepciones han cometido un tremendo error porque por cada una de esas excepciones los países más favorecidos han exigido la correspondiente compensación lo que ha conducido a dos consecuencias: su exclusión del sistema y un considerable retraso en su desarrollo. De conformidad con esta postura, existe más que una falta de solidaridad una falta de comprensión: se entiende que en muchos países el úni-

DEZ-PIRLA MARTÍNEZ, “Competitividad, globalización y sociedad del bienestar”, *Cuadernos de Derecho y comercio*, nº 26, 1998, pp. 275-292.

co impuesto organizado son los aranceles por lo que se solicita que los rebajen para participar en mayor medida en el intercambio comercial de mercancías.

Resulta axiomático que, con independencia de la mayor o menor bondad de estos planteamientos, los principios enunciados, motores de este conjunto normativo, parten de una posición apriorística que no tiene por qué ser admitida de manera inexorable, como ha puesto de relieve D. Rodrik¹⁵. El comercio internacional no debe considerarse un fin en sí mismo, sino un medio. La ideología que se desprende de la OMC parte de un mecanicismo indiscutido en orden a las actuaciones a realizar por los Estados con el fin de ampliar el comercio internacional y atraer las inversiones y tiende a pasar por encima de otros valores susceptibles de protección que pueden ser más dignos de protección como la protección de los derechos humanos en su máxima extensión. Las decisiones no democráticas que tiendan a favorecer el comercio internacional en detrimento de la población, por ejemplo utilizando mano de obra infantil o perjudicando gravemente el medio ambiente no pueden ser de recibo aunque sigan muy de cerca los postulados derivados del modelo. Por eso se propugna desde algunos sectores la admisión de ciertas inflexiones permitiendo, en definitiva, la protección temporal contra importaciones procedentes de países que no respeten, por ejemplo, los derechos laborales o medioambientales.

Y a ello se une una cierta obsesión generalizadora que extiende las supuestas bondades del sistema a todos los países con independencia de su concreta situación. Frente a esto se argumenta la necesidad de que cada país exprese sus preferencias concretas acerca de la puesta en marcha del modelo y ejemplos precisos no faltan, como la postura en orden a la protección de una patente o el margen que debe destinarse al desarrollo. El acceso a los mercados no puede desvincularse en modo alguno de la conexión con las sociedades de que dichos mercados forman parte. Por eso se apunta a la consolidación de un nuevo principio, poco asentado por el momento en la ideología de la OMC, consistente en que el comercio debe caminar hacia derroteros más ventajosos para los países menos adelantados dándoles más tiempo para adaptarse, una mayor flexibilidad y privilegios especiales.

¹⁵ D. RODRIK, "Five Simple Principles for World Trade", <http://ksghome.harvard.edu/~drodrik.academic.ksg/op-ed.PDF>. Vid. de este autor, *Has Globalization Gone Too Far?*, Washington, 1997 y *The New Global Economy and the Developing Countries: Making Openness Work*, Washington, 1999.

b) Protagonismo de la Organización Mundial de Comercio

8. Constituye la OMC el principal ente internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los Estados. La puesta en marcha de la OMC, a comienzos del año 1994, situó a la firma de los representantes de 124 Gobiernos y de la Comunidad Europea una serie de acuerdos en la ciudad de Marrakech, cuyo conjunto se denomina el “Acuerdo de Marrakech”. En síntesis el contenido de dicho Acuerdo puede estructurarse en tres grandes bloques: un conjunto de instrumentos constitutivos de la OMC¹⁶, relativos al comercio de mercancías y de servicios y sobre aspectos de propiedad intelectual relacionados con el comercio; una serie de acuerdos sobre el desarrollo del GATT y, por último, un grupo de declaraciones relativas a países menos desarrollados, relaciones con el Fondo Monetario Internacional, desarrollo del comercio y protección del medio ambiente. Para desempeñar su cometido la OMC cuenta con una importante estructura institucional, significando su creación en 1995 la mayor reforma del comercio internacional desde 1947. En un periodo de medio siglo el comercio internacional estuvo regulado por el GATT, que ayudó a establecer un sistema multilateral de comercio; sin embargo, en el decenio de 1980 se hizo necesaria una reorganización en el seno de la Ronda Uruguay que implicó la mayor negociación comercial conocida hasta la fecha y que concluyó con la creación de la OMC.

9. Las normas emanadas de la OMC rigen el comercio entre los Estados y tienen como objetivo central la liberalización mundial del comercio y facilitar el acceso a los mercados extranjeros a través de la eliminación de las restricciones de carácter impuestas por los Estados; o, mejor, de la eliminación de las restricciones de carácter administrativo¹⁷. Y pese a que están dirigidas a los Estados miembros, su aplicación el orden interno de dichos Estados genera la posibilidad de que los particulares puedan invocar sus normas ante los Tribunales nacionales cuando las disposiciones estatales sean contrarias a las mismas. Además, al incorporar ciertos estándares normativos que deben ser adoptados por el legislador nacional dichas normas incluyen un importante componente de armonización del marco jurídico-público en el que se desarrollan las transacciones comerciales internacionales con la consiguiente nota de previsibili-

¹⁶ Acerca de la dimensión institucional de la OMC Vid. A. O. KRUEGER (ed.), *The WTO as an International Organization*, Chicago, 1998. Interesa, asimismo, el estudio de T.J. DILLON, Jr., “The World Trade Organization: A New Legal Order for World Trade”, *Michigan J. Int'l L.*, vol. 16, 1995, pp. 349-402.

¹⁷ Vid. Y. SHIN, “Trade Facilitation and WTO Rules. For a Better Harmonized Customs System”, *JWT*, vol. 33, 4, 1999, pp. 131-142.

dad y su repercusión directa en las relaciones privadas internacionales¹⁸. Ello sin olvidar que las soluciones adoptadas por los Acuerdos de la OMC influyen de una manera decisiva en la configuración de las denominadas “normas de policía” (tal y como se contemplan en el Reglamento Roma I de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales). Dicha influencia se manifiesta en un doble sentido, de una parte, si una norma imperativa resulta incompatible con los postulados de la OMC no puede ser tomada en consideración; de otra parte, será el propio texto normativo emanado de la OMC el que justifique, precisamente, la aplicación de este tipo de normas a las relaciones privadas internacionales. Y cabe agregar la repercusión de las normas de la OMC en orden a la contratación pública internacional que involucra sujetos heterogéneos donde aparecen las empresas privadas. Pero, hoy por hoy, aquí termina el alcance de la incidencia de las normas de la OMC en dichas relaciones.

Las normas emanadas de la OMC no pretenden establecer un Derecho uniforme del comercio internacional a escala planetaria, sino exclusivamente eliminar de los Derechos estatales aquellas trabas que pudieran obstaculizar las transacciones económicas internacionales o que impliquen una protección desmedida e injustificada del comercio nacional. En la actual etapa de la sociedad internacional el establecimiento de un Derecho de tales características sin duda resultaría improcedente e ineficaz, no sólo por los costes que implicaría su adopción por los distintos Estados nacionales, sino por que supondría una situación de inmovilismo absolutamente contraria a la necesaria movilidad de los factores productivos a escala internacional de conformidad con la concepción actual de la teoría de la ventaja comparativa. Por eso las normas resultantes de los Acuerdos de Marrakech pretenden la apertura de los diferentes mercados nacionales y regionales posibilitando optimizar la producción en cada concreto mercado y su distribución en el resto de los países.

10. La filosofía inspiradora del sistema de la OMC es que los países reduzcan sus obstáculos al comercio para permitir que las corrientes comerciales fluyan con mayor libertad; de acuerdo con tal filosofía, los países se benefician del aumento de los intercambios comerciales resultante de esta reducción. Y el nivel exacto al que se deben reducir esos obstáculos es algo que los propios Estados miembros negocian entre sí, estando su posición negociadora en fun-

¹⁸ En el contexto del GATT Vid. J.A. GARCÍA LÓPEZ, “Derecho económico internacional y relaciones privadas: la interdependencia funcional del régimen GATT y el ordenamiento jurídico comunitario en la aplicación de normas de intervención comercial, con particular referencia al Derecho antidumping”, *REDI*, vol. XLVI, 1992, pp. 443-464; *id.*, “Los efectos de Derecho privado de las normas de intervención en el comercio internacional: una aproximación”, *RFUDCM*, 1993, pp. 63 ss.

ción de su disponibilidad para dicha reducción y de lo que pretendan obtener a cambio de los otros Estados miembros del sistema.

El propósito fundamental del plan es ayudar a que las corrientes comerciales circulen con la máxima libertad posible, siempre que no se produzcan efectos secundarios desfavorables. Esto significa en parte la eliminación de obstáculos; también significa asegurar que los particulares, las empresas y los gobiernos conozcan cuáles son las normas que rigen el comercio en todo el mundo, dándoles la seguridad de que las políticas no sufrirán cambios intrincados; en otras palabras, las normas han de ser “transparentes” y previsibles: habida cuenta que los acuerdos han sido redactados y firmados por la comunidad de países comerciantes, a menudo después de amplios debates y controversias, una de las funciones más importantes de la OMC es servir de foro para la celebración de negociaciones comerciales.

11. Otro rasgo importante de la labor de la OMC es la solución de controversias. Las relaciones comerciales a menudo llevan aparejados intereses contrapuestos. Los contratos y los acuerdos, inclusive los negociados con diligencia en el sistema de la OMC, a menudo necesitan ser interpretados. La manera más armoniosa de resolver estas diferencias es mediante un procedimiento imparcial, basado en un fundamento jurídico convenido.

Este es el propósito que inspira el proceso de solución de controversias establecido en los Acuerdos de la OMC que si bien conserva en términos generales, las líneas básicas que guiaron el sistema del GATT, constituye una de las contribuciones más particulares de la OMC a la estabilidad de la economía mundial¹⁹. Un sistema basado en normas no tendría valor alguno si éstas no se hicieran cumplir, por eso el procedimiento de la OMC hace hincapié en el imperio de la ley y da mayor seguridad y previsibilidad al sistema de comercio. Los resultados del acuerdo de Marrakech han sido considerados como satisfactorios por insertar una mayor jurisdiccionalización de los litigios. Puede afirmarse que sin un medio de solución de controversias el sistema basado en normas tendría un valor más que limitado.

Aunque el procedimiento es en gran parte análogo al jurisdiccional, la solución preferida es que los países afectados examinen sus problemas y resuelvan la controversia por sí solos. Así pues, la primera etapa es la celebración de con-

¹⁹ Vid. J. CAMERON y K. CAMPBELL (eds.), *Dispute Resolution in the World Trade Organization*, Londres, 1998; A. LIGUSTRO, *Le controversie tra stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, Pádua, 1996; E.-U. PETERSMANN, *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, La Haya, 1997.

sultas entre los gobiernos partes en la controversia y, aun cuando el caso siga su curso y llegue a otras etapas, sigue siendo siempre posible la celebración de consultas y la mediación.

B) *Comercio exterior*

12. El entorno jurídico referida el “comercio internacional” es totalmente diversa de la noción de “comercio exterior”, que se predica siempre de un Estado determinado o de una Organización internacional de integración económica (v.g., la Unión Europea). En el primer caso dicha noción nos acerca a un conjunto de operaciones del tráfico comercial internacional caracterizadas por la presencia del Estado como protagonista y que están reguladas por el Derecho administrativo. En el segundo caso estamos ante una categoría propia del Derecho comunitario (“política comercial común”). De esta suerte cabe hablar de comercio exterior “español”, “estadounidense”, “comunitario”, etc., como expresión de las diferentes transacciones comerciales internacionales que involucran con carácter individual a España, EE UU o la Unión Europea en el conjunto del mercado mundial. Y esta modalidad comercial está caracterizada por una fuerte presencia pública.

Una de las características inherentes al comercio exterior es, pues, la intervención de la Administración pública, que se manifiesta principalmente en el ámbito de la importación y exportación de las mercancías²⁰. Semejante intervención que está condicionada por los convenios multilaterales y bilaterales (tratados de amistad, comercio y navegación), en los que esencialmente se privilegia la posición de los respectivos nacionales, y que se concreta en un bloque normativo regulador del tráfico transfronterizo de mercancías y de capitales.

Entender por comercio exterior el que realiza un Estado determinado con países extranjeros implica nuevas precisiones. Así cabe hablar de: “comercio bilateral”, que es aquél que se realiza con licencias de importación previas y sumisión a contingentes individualizados para cada Estado. También cabe hablar de “comercio de Estado” que afecta a los productos de monopolio público que el Gobierno se reserva en exclusiva y, desde una perspectiva estrictamente económica.

Asimismo a la noción de comercio exterior se le añaden calificativos tales como “globalizado”: que se da a contingentes para el exterior cuyo monto no puede sobrepasarse); “liberalizado”: que se lleva a cabo sin restricciones, es

²⁰ J. TORNOS MAS, “Comercio exterior”, en S. MARTÍN-RETORTILLO (dir), *Derecho administrativo económico*, II, Madrid, 1991, pp. 699 ss.

decir, no precisa autorización alguna, ni está sometido a ninguna verificación previa; sometido a un régimen de “vigilancia estadística previa”, que implica una notificación previa de exportación a efectos de su verificación por la Administración; caso que con posterioridad se produjese alguna modificación deberá presentarse una nueva notificación; sometido a un régimen de “autorización previa”, supuesto este último que implica la existencia de una autorización administrativa para la realización de determinadas operaciones comerciales.

13. Desde el punto de vista de su contenido la noción de “comercio exterior” contempla al Estado como protagonista de una serie de operaciones reguladas por el Derecho administrativo. Desde esta especial perspectiva el estudio de la ordenación autónoma del comercio exterior debe ir precedida de un estudio del régimen administrativo existente en España; esto es, del ámbito de actuación de la Administración española en la actividad comercial internacional, cuyas manifestaciones más relevantes se proyectan en el régimen de exportación e importación, en el control de cambios y en el régimen de las inversiones de capitales que atraviesan nuestras fronteras. El ingreso de España en la Comunidad Económica Europea supuso en su día un cambio trascendental en esta actividad interventora.

De conformidad con el art. 149.1.10 CE el Estado tiene competencia exclusiva sobre el régimen aduanero y arancelario y sobre el comercio exterior; es un postulado reforzado por la STC 5/1982, en el sentido de que en esta materia ninguna Comunidad Autónoma puede “asumir competencias, ni siquiera de ejecución”. No obstante, las Comunidades Autónomas han mostrado una notable imaginación y dinamismo en la “promoción” del comercio exterior a través de distintas técnicas jurídicas. Dichas técnicas, basadas en el “fomento” del comercio exterior y respaldadas por el art. 148.1.13 CE, tienen como objeto informar, asesorar y promocionar los propios productos en el exterior. Se concretan en figuras tales como organismos de la propia Administración regional, normalmente dependientes de la Consejería de la Presidencia, entes de Derecho público sometidos en algunos casos al Derecho público y en otros al Derecho privado, y sociedades mercantiles con participación pública y privada) (*v.gr.* Consorcio de Promoción Comercial de Cataluña, Comunidad Valenciana Promoción, S.A., etc.). La imaginación apuntada ha tenido mayor desarrollo en relación con la Comunidad Europea apareciendo en Bruselas, también a través de fórmulas jurídicas variadas, oficinas o ventanillas de todas las Comunidades Autónomas, cuya eficacia práctica es muy desigual²¹.

²¹ J.M. OLIVAR DE JULIÁN, *Las oficinas de representación de las Regiones y Municipios ante la Unión Europea*, Cizur Menor, 2008.

14. La extensión del “comercio exterior” quedó notablemente reducida, desde la perspectiva española, tras el ingreso de nuestro país en la CE, pues en función de la propia estructura de este ente el tráfico comercial entre los Estados miembros ya no puede ser considerado como tal, sino como “comercio intracomunitario”. Ello deriva de que el ingreso en la CE comporta, desde la perspectiva interna del Espacio Económico Europeo, la aplicación de un Arancel Integrado y el desarme arancelario con los demás países comunitarios y, desde la perspectiva hacia terceros países, la participación en una política comercial común fijada por la propia Comunidad frente a terceros Estados.

La cuestión ha tenido cierta relevancia en España a partir de la STC 252/1988, de 20 de diciembre, que resolvió un conflicto suscitado por la Generalitat de Cataluña a propósito ciertos Reales Decretos que aplicaban internamente normas comunitarias sobre condiciones higiénico-sanitarias del comercio intracomunitario de carnes frescas y que atribuían la competencia a la Administración estatal. El Tribunal consideró que se trataba de un supuesto de comercio exterior confirmando la validez de estas disposiciones. Sin embargo, esta posición fue criticada por considerar que las Directivas en cuestión eran normas de armonización sanitaria propias del comercio intracomunitario excluidas, por tanto de la noción de comercio exterior.

C) Comercio intracomunitario

15. La Unión Europea es una “Unión Aduanera”, que comprende la totalidad de los intercambios de mercancías (art. 23.1º TCE). Ello que entraña que los Estados miembros deben eliminar los obstáculos a los intercambios comerciales creando una barrera común frente a los productos procedentes de terceros Estados.

El primer objetivo se presenta en una dimensión *ad intra* de la Unión e implica la libre circulación de mercancías concretada en la supresión entre los Estados miembros de los derechos de aduana y restricciones cuantitativas a la entrada y salida de mercancías así como otras medidas de efecto equivalente (art. 3 a) [4] TCE) y la creación un mercado interior (art. 3 c) [6] TCE). Un mercado que se estructura, esencialmente, según los postulados de la economía de mercado²². El TJCE desde un primer momento ha conferido efecto directo a

²² Vid. A MATTERA, *Le Marché Unique Européen. Ses règles, son fonctionnement*, París, 1988; P. GARRONE, *La libre circulation de marchandises*, Zurich, 1996; P. MERCIER, *L'Union européenne et la circulation des marchandises*, Bruselas, 1995; P. OLIVER, *Free Movement of Goods in the European Community*, Londres, Sweet & Maxwell, 1996.

las disposiciones orgánicas que regulan este sector (STJCE 5 de febrero 1963, as. 26/62: *Van Gend en Loos*).

El segundo objetivo constituye la dimensión *ad extra* del primero y para su consecución es precisa una política comercial común (art. 3 b) [5] TCE). La Política Comercial Común (PCC) está regulada en el Título IX TCE (arts. 131-134) y en los arts. 300 y 310 en relación con los acuerdos internacionales. De conformidad con este Título, el establecimiento de una unión aduanera pretende contribuir “al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a la reducción de las barreras arancelarias”.

16. La política comercial común (PCC) uno de los pilares de las relaciones exteriores de la Unión Europea. Comprende un conjunto de normas uniformes en virtud de la unión aduanera y del arancel aduanero común y regula las relaciones comerciales de los Estados miembros con terceros países. Los instrumentos de defensa comercial y de acceso a los mercados están dirigidos, en particular, a proteger a las empresas europeas contra los obstáculos al comercio. La PCC es una de las políticas comunes más antiguas de la CE, pero su ámbito ha experimentado varias ampliaciones, y quedará redefinido con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, prevista para el 1 de enero de 2009. La PCC ha permitido establecer una unión aduanera entre los Estados miembros basada en principios uniformes, en particular, por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales con terceros Estados, la política de exportación y de importación, etc.

En la actualidad la PCC es competencia exclusiva de la UE. Tal como está configurada los Estados miembros carecen de competencia para tomar decisiones de política comercial de forma autónoma, tales como la gestión del arancel y los regímenes de comercio, se decide comunitariamente en Bruselas. En consecuencia la negociación de acuerdos comerciales con terceros países o al nivel multilateral, en el marco de la OMC también tiene que negociarse por la Comunidad Europea, o la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, pero no por los Estados Miembros por separado. Cuando el nuevo tratado modificativo de la Unión Europea aprobado en la Cumbre de Lisboa el 19 de octubre de 2007 entre en vigor, se producirán tres cambios relevantes para la política comercial: i) se aclarará y ampliará el ámbito de la política comercial común, de suerte que el comercio de servicios, los aspectos comerciales de la propiedad intelectual y las inversiones extranjeras directas pasarán a estar regidos por los principios uniformes de la política comercial; ii) se modificarán de nuevo las reglas de decisión en el marco del Consejo y iii) el Parlamento Europeo tendrá un papel relevante en la aprobación de las leyes marco que

un papel relevante en la aprobación de las leyes marco que afecten a la política comercial.

2. Derecho económico internacional y Derecho de los negocios internacionales

17. El Derecho internacional público y, dentro de éste, el denominado Derecho económico internacional²³ contienen un importante componente regulador que condiciona la labor del legislador estatal, privándole de la denominada autonomía en orden a los procedimientos de producción jurídica. El Derecho económico internacional es de origen relativamente reciente y se estructura a partir de la labor realizada en el seno de las Organizaciones internacionales de cooperación económica y comercial; una labor que ha adquirido un gran desarrollo en los últimos cuarenta años y que ha dado como resultado un Derecho en formación cuya finalidad principal es la organización de los intercambios económicos y financieros internacionales, cuyos destinatarios son los Estados y las Organizaciones internacionales. Sus notas más relevantes son el carácter diverso y flexible de sus normas y el arbitraje internacional institucionalizado como procedimiento de arreglo de controversias²⁴. Es un ordenamiento resultante de la intersección de varias disciplinas jurídicas cuyo denominador común es la regulación de las relaciones económicas de los Estados y de las Organizaciones internacionales, pero también de los intercambios de bienes, servicios y factores de producción que realizan los particulares²⁵. El Derecho económico internacional, en consecuencia, responde al hecho cierto de la intervención pública de diseño del mercado internacional. Una intervención organizada de carácter internacional, y canalizada a través de mecanismos institucionales de creciente importancia, que a su vez involucran los intereses, a menudo enfrentados, de los distintos mercados regionales. Los frutos de esta actividad institucionalizada se plasman en principios y directivas orientadoras, pero también en normas positivas y concretas que condicionan de forma directa el régimen de los intercambios, deben ser tenidas en cuentas por los operadores profesionales

²³ Dentro de los diversos círculos doctrinales resulta obligada la referencia a las siguientes obras: J. FAWCETT, "Trade and Finance in International Law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 123; 1968, pp. 215-310; SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, *Aspects du droit international économique*, París, 1972; D. CARREAU y P. JULLARD, *Droit international économique*, París, 2005; P. PICONE y G. Sacerdoti (dirs.), *Diritto internazionale dell'economia*, Milán, 1982; I. SEIDL-HOHENVELDERN, "International Economic Law *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 198, 1986, pp. 1 ss.

²⁴ J.C. Fernández Rozas, "El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización", *Escritura. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, nº 5, 2000, pp. 161-230: *id.*, en *Derecho del comercio internacional*, Madrid, 1996, pp. 38-52.

²⁵ M. Herdegen, *Derecho económico internacional*, Madrid, 2005, p. 21

y por los jueces y árbitros, y, en suma, son parte esencial del *marketing* legal de las empresas enfrentadas al comercio transfronterizo.

A su lado, el Derecho de los negocios internacionales (que algunos autores denominan Derecho del comercio internacional o Derecho mercantil internacional)²⁶ se ocupa de las relaciones transfronterizas entre operadores jurídicos privados. Difiere, pues, respecto a la naturaleza de la materia regulada, en función de su carácter privado y en relación con los destinatarios de sus normas, aunque presenta respecto del Derecho económico internacional una dependencia relevante que obliga a realizar una serie de consideraciones al respecto.

18. La superación del formalismo ha traído consigo una progresiva separación entre el Derecho internacional privado y el Derecho de los negocios internacionales²⁷, entendido como ordenamiento regulador del intercambio de bienes y servicios cuyo objeto es dar respuesta a las relaciones entre las partes de una operación internacional, mercantil o financiera, o de una prestación transfronteriza de servicios. Si bien es cierto que desde una perspectiva privatista interesa fundamentalmente el estudio del régimen de los intercambios comerciales, no lo es menos que un estudio completo del ordenamiento regulador de las transacciones mercantiles internacionales debe analizar los sujetos de dichos intercambios, introduciéndose en el Derecho de sociedades y el marco de su funcionamiento: el mercado internacional. Este estudio del mercado internacional exige no sólo descender a sus mecanismos de protección, en especial en el ámbito de la libre competencia y del acceso a las propiedades especiales, sino a la propia estructura de la organización de tal mercado: organización institucional, estructuración y funcionamiento de los distintos mercados regionales

²⁶ En una expresión que se está abriendo camino en la actualidad como superadora de la pretérita concepción objetiva basada en la noción de “acto de comercio” que pone el acento en el “tráfico económico internacional”. Acerca de los problemas terminológicos y sistemáticos de este sector del ordenamiento *Vid.* A. ROJO, “El Derecho económico como categoría sistemática”, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, pp. 977-1014; R. ILLESCAS ORTÍZ, “El Derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática”, *RDM*, n° 207, 1993, pp. 37-91; R. ILLESCAS ORTÍZ y P. PERALES VISCASILLAS, *Derecho mercantil internacional: el Derecho uniforme*, Madrid, 2003, pp. 27-74; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A.L. CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil internacional*, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 59-99; J.Mª ESPINAR VICENTE, “Notas para una reflexión sobre las enseñanzas del Derecho mercantil internacional”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. I, Madrid, 1996, pp. 321-338. Nuestra posición se recoge en el estudio “El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización”, *loc. cit.*, pp. 163-230.

²⁷ J.C. Fernández Rozas, “Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho internacional privado*, número especial, 2000, pp. 7-32, esp. 25-30.

y organización interna del comercio exterior. Indudablemente, ello supone desbordar un marco de análisis puramente privatista o mercantilista y obliga a introducir conceptos y desarrollos de Derecho administrativo internacional y Derecho económico internacional; pero resultaría absurdo analizar el régimen de intercambios internacionales sin una visión de las coordenadas en que han de desarrollarse y producirse dichos intercambios.

19. El Derecho de los negocios internacionales²⁸ puede ser concebido desde diversas posiciones que conducen a objetos regulados diversos. En concreto, la perspectiva histórica (supuesta herencia del *ius mercatorum*), la perspectiva normativista (“conflicto de leyes”), la configuración del Derecho mercantil internacional como un Derecho especial en razón de sus normas, la perspectiva vinculada al proceso de codificación del Derecho mercantil internacional o, por último, la posición que afirma que este ordenamiento es aquel conjunto de normas jurídicas que rigen el comercio internacional. De lo que no cabe duda es que nos encontramos con un Derecho, todavía incompleto, el resultado de iniciativas interestatales, como las de la Uncitral, de iniciativas privadas propuestas por profesionales del comercio, a través de principios voluntarios y líneas de conducta y por juristas, universitarios u otros expertos.

Ante la inexistencia, hoy por hoy, de un Derecho de los negocios internacionales común a todos los Estados, tendremos que combinar distintas fuentes de producción jurídica, de origen institucional, convencional e interno. A partir de aquí, puede definirse este ordenamiento como “el conjunto de normas jurídicas que rigen las operaciones comerciales realizadas por operadores jurídicos privados cuyos intereses se sitúan en Estados diferentes”. De esta definición pueden extraerse las siguientes notas inherentes al Derecho de los negocios internacionales: i) Comprende el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad comercial internacional y que provienen tanto de disposiciones nacionales, como de tratados internacionales, como de la reglamentación profesional internacional o de los usos internacionales. ii) Hace referencia al conjunto de operaciones que implican el ejercicio del comercio, tanto en lo que se refiere a la estructura de la actividad (estatuto de los directivos de las sociedades), como en lo relativo a los actos que expresan la actividad de empresa (venta, competencia...). iii) Se aplica a todas las relaciones comerciales y financieras que afectan a personas que tienen intereses, o vínculos, localizados en Estados diferentes.

²⁸ Vid. el contenido y la sistemática de este ordenamiento en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA y P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, 2ª ed., Madrid, 2009.

III. Autorregulación del mercado

1. Reorientación de los procedimientos de producción jurídica

A) *El difícil equilibrio entre el Estado y el mercado*

20. Pese a los numerosos problemas que suscita el mercado para el interés público, es innegable que manifiesta una tendencia general a la autorregulación desarrollando respuestas jurídicas concretas a sus necesidades. Desde una perspectiva muy general puede entenderse por autorregulación el conjunto de reglas dirigidas al establecimiento de estándares cualitativos en un sector específico del comercio; dicho en otros términos, la adopción de algunas pautas acordadas previamente por los propios agentes del mercado, que determinan los lineamientos y estándares en su funcionamiento. Entre otras funciones la autorregulación cumple un objetivo normativo (creación y definición de normas y reglamentos), una misión supervisora (verificación del cumplimiento de dichas normas y reglamentos) y un cometido disciplinario (imposición de sanciones originadas por el incumplimiento de las normas y reglamentos del mercado). Actúa pues como un mecanismo de prevención de acciones incorrectas en el mercado, disminuyendo las asimetrías de información, con el fin de proteger a los consumidores, oferentes e inversionistas.

La competencia en el mercado suele contribuir a solucionar cuestiones que involucran a los operadores económicos afectados, tales como consumidores, empresas, ONG's, etc y ello se traduce en un bloque normativo cada vez más numeroso al margen del Estado. El comercio, al igual que otras formas de desarrollo económico, requiere en todo caso un marco institucional, toda vez que los mercados no pueden constituirse con instrumentos meramente económicos y el concreto papel de una economía en el mercado mundial está en función de otros criterios diversos entre los cuales determinadas formas de proteccionismo pueden ser adecuadas. El establecimiento del libre mercado trae consigo una reorientación de los procedimientos de producción jurídica y de la actividad de los poderes públicos que deben ahora ocuparse preferentemente de asegurar que libre competencia en el mercado y que los servicios públicos administrados por empresas privados cumplan su cometido. Este nuevo contexto "favorece la autorregulación o creación de normas sin la participación directa de los poderes públicos"²⁹.

²⁹ Cf. P.A. de MIGUEL ASENSIO, "Algunas tendencias jurídicas de la globalización", *Los nuevos escenarios internacionales y europeos del Derecho y la seguridad*, Madrid, 2003, p. 55.

21. No es fácil obtener un proporcionado equilibrio entre el Estado y el mercado³⁰. El mercado debe estar donde le corresponde y ser verdaderamente eficaz y productivo, pero el Estado no debe desentenderse de su protagonismo tradicional. Un comercio internacional sin Estado conduce inexorablemente al colapso como se ha demostrado en las más recientes crisis financieras internacionales, señaladamente la de 2008. El fenómeno de la globalización y la privatización de la economía mundial, particularmente en el orden monetario y financiero, tiene profundas aplicaciones para la existencia del Estado-nación independiente y soberano, que sigue siendo un supuesto fundamental del actual orden internacional, pues los fenómenos descritos no han generado un sistema mundial autorregulado al margen del control político, pese a las posiciones vertidas desde la ideología neoliberal³¹. Ello implica que los Estados nacionales están perdiendo el control de importantes esferas de actividad pública, como la oferta monetaria y los instrumentos esenciales de la política económica, con lo cual el contenido de la soberanía nacional y el papel del Estado-nación como actor de las relaciones internacionales se diluye progresivamente en un vasto mercado global³² que es, en definitiva, el árbitro de la situación³³. Indicadores de esta afirmación no faltan. Baste comprobar la aparición desmesurada de las denominadas Administraciones o Agencias independientes tales como Bancos centrales, Administraciones Bursátiles, Centros Estratégicos, etc... que no participan de ninguna valoración ideológica y que no poseen legitimidad representativa alguna. Igualmente comporta el proceso de globalización tendencias a la desintegración que erosionan “desde abajo” la noción de Estado-nación: grupos sociales excluidos del mercado que reivindican su identidad nacional y su derecho a la diferencia ante dinámicas homogeneizadoras, o Estados integrados por distintas nacionalidades. Sin olvidar la consolidación de las instituciones inter-

³⁰ Cf. M. HART, “The WTO and Political Economy of Globalization”, *JWT*, vol. 31, n° 5, 1997, p. 93.

³¹ La literatura sobre esta cuestión es abundante. Con carácter aproximativo *vid.* J.F. RIFARD, “Mondialisation de l'économie et internationalisation du droit des affaires: une abdication de l'état du droit”, *Mondialisation et état de droit* (D. Mockle, dir.), Bruselas, 2002, pp. 275-290. S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002; *id.*, *Lo spazio giuridico Globale*, Roma-Bari, 2003; y, sobre todo, G. Teubner, “Idiosyncratic Production Regimes: Coevolution of Legal and Economic Institutions in the Varieties of Capitalism”, en J. Ziman, *The Evolution of Cultural Entities*, Oxford 2002, pp. 161-182.

³² *Vid.* F. CRÉPEAU, *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruselas, 1997; G. DE LA DEHESA, “La globalización económica y el futuro del Estado”, *Claves de Razón Práctica*, n° 87, pp. 23-28; K. OHMAE, *The End of the Nation State: The Rise of Regional Economies*, Nueva York, 1995; P.F. DRUCKER, “The Global Economy and the Nation-State”, *Foreign Affairs*, septiembre-octubre, 1997; S. Sur, “L'ÉTAT entre l'éclatement et la mondialisation”, *Rev. belge dr. int.*, 1997, pp. 5-20.

³³ R. KUTTNER, “El papel de los gobiernos en la economía global”, *En el límite: la vida en el capitalismo global* (A. Giddens y W. Hutton, dirs.), Barcelona, 2001, pp. 209-232.

nacionales como centros de decisión y de autoridad política en el orden comercial y su importante papel en la toma de decisiones y en la mediación de intereses en la economía mundial³⁴. La sociedad internacional de nuestros días muestra numerosas situaciones de este tipo, llegándose a afirmar con cierta vehemencia desde una visión del mercado y de la “mundialización” que “demasiado mercado mata al mercado” y que la competitividad exacerbada conduce inexorablemente a una “gran depresión”³⁵: ante la crisis financiera desencadenada en 2008 estas palabras resultaron premonitorias.

22. El tránsito de una economía multinacional a una economía global es un fenómeno sin precedentes en la reglamentación del comercio perdiendo el mercado su instrumento fundamental que eran los Estados³⁶. El Derecho moderno ha pasado de la diferenciación territorial a la diferenciación sectorial toda vez que el comercio internacional genera una demanda de normas reguladoras que no pueden ser satisfechas por las organizaciones estatales ni por las internacionales. Ello explica que diversas instituciones privadas estén creando un Derecho autónomo con pretensión de validez global³⁷. Es cierto que en este marco global los gobiernos negocian los acuerdos comerciales, pero son las empresas las que comercian. Por esta razón tiene que existir una relación estrecha entre ambos entes a la hora de preparar y de poner en práctica las estrategias de negociación y los acuerdos resultantes y en esta colaboración, determinante para cosechar los beneficios del sistema multilateral de comercio, las asociaciones profesionales de comerciantes representan un papel relevante. De esta suerte, los negociadores comerciales reconocen cada vez más la necesidad de incluir al sector empresarial, a través de sus asociaciones, en la planificación de las negociaciones y la actitud de los gobiernos y la administración pública ha cambiado sustancialmente. El sector empresarial cada vez es más consciente de la importancia de mantenerse al corriente de la evolución del contexto comercial multilateral pues el gran número de acuerdos suscritos y la variedad de los temas tratados, junto con los efectos de la globalización, han acortado el tiempo que transcurría entre la concertación de los acuerdos y su verdadero impacto en los negocios.

³⁴ Vid. W. COLEMAN, “La mondialisation et les groupes d’interet: un futur incertain”, *Etudes Internationales*, vol. XXIV, 1993, pp. 631-651.

³⁵ Vid. J.L. GOMBEAUD y M. DÉCAILLOT, *El retour de la très grande dépression*, París, 2000.

³⁶ E. LOQUIN, “Où en est la lex mercatoria”, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn*, París, 2000, pp. 23-51, esp. p. 27.

³⁷ G. TEUBNER, *El Derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, Bogotá, 2005, pp. 119 ss.

En el contexto anterior, la sociedad de comerciantes, a través de sus asociaciones manifiesta una tendencia a orientar el mercado en ciertas direcciones concretas fomentando nuevos tipos de prácticas mercantiles, señaladamente en las transacciones transfronterizas³⁸. Surge así una suerte de *soft law* al margen de la normativa estatal o, en el marco de la UE, de las disposiciones comunitarias reguladoras de dichas transacciones³⁹, que mostrará su eficacia en la medida en que constituya una verdadera opción para los comerciantes y que tengan una difusión real que las haga accesibles a las partes contratantes. Estamos hablando de iniciativas desarrolladas por asociaciones de carácter nacional, internacional o sectorial que intentan dar respuesta a los problemas de las nuevas y complejas modalidades contractuales transfronterizas. Dichas asociaciones poseen un sentido muy consolidado de los intereses que deben defender y ello se proyecta en la elaboración de una serie de instrumentos reguladores de importantes operaciones del comercio internacional cuya finalidad es asegurar un mínimo de seguridad en orden al régimen jurídico aplicable a los actos que las partes en tales operaciones desean realizar. Estos instrumentos han ido arraigando progresivamente en los intercambios comerciales en franca oposición a las legislaciones nacionales que suelen obstaculizarlos por dificultar, de un lado, la rapidez, la seguridad y la confianza que es inherente a la actividad comercial y por implicar, de otro, un cierto grado de incertidumbre. Puede afirmarse que el desarrollo de estos instrumentos obedece a un imperativo comercial de asegurar el Derecho aplicable a la concreta transacción comercial internacional.

B) *Un Derecho autónomo con pretensiones de validez global*

23. El Derecho moderno ha pasado de la diferenciación territorial a la diferenciación sectorial. Desde esta última perspectiva los procesos de normación al no poder realizarse a través de instituciones estatales o internacionales han tomado el relevo diversas instituciones privadas “que provienen de la “autojuridificación” de fragmentos sociales altamente diversos”⁴⁰. La proliferación de conjuntos autónomos de normas no estatales produce el colapso de la jerarquía normativa siendo este espacio ocupado por la división centro/periferia propia del Derecho global⁴¹. Un Derecho que surge desde las zonas de contacto con otras esferas sociales, esto es, desde la periferia

³⁸ F. DE LY, “Uniform Commercial Law and International Self-Regulation”, *The Unification of International Commercial Law*, Baden-Baden, 1998, pp. 59-83; *id.*, “Lex Mercatoria (New Law Merchant): Globalization and International Self-Regulation”, *Dir. comm. internaz.*, vol. 14, 2000, pp. 555-590.

³⁹ K.C. WELLENS y G.M. BORCHARDT, “Soft Law in European Community Law”, *European Law Review*, vol. 14, 1989, pp. 267-321.

⁴⁰ G. TEUBNER, *El Derecho como sistema autopoietico...*, *op. cit.*, p. 121.

⁴¹ *Vid.* R. DOMINGO, *¿Que es el Derecho global?*, 2ª ed., Cizur Menor, 2008, pp. 141 ss.

otras esferas sociales, esto es, desde la periferia del sistema jurídico. En este sentido una teoría pluralista del Derecho comprendería el Derecho económico global como un proceso extremadamente asimétrico de autoreproducción jurídica. El Derecho económico global es una forma de Derecho con un centro subdesarrollado, pero al mismo tiempo, con una periferia altamente desarrollada; una forma jurídica cuyo centro fue creado por las periferias y permanece dependiente de las mismas. La *lex mercatoria* representa en esa perspectiva aquella parte del Derecho económico global que opera en la periferia del sistema jurídico en “acoplamiento estructural” directo con las empresas y las transacciones económicas globales”. La idea de jerarquía normativa es consustancial a los sistemas jurídicos estatales mientras que la distinción ente *centro/periferia* está ligada a la producción jurídica del Derecho transnacional o global⁴².

En efecto, la tendencia hacia la internacionalidad de las transacciones mercantiles ha originado un aumento espectacular de los protagonistas en presencia, la existencia, ciertamente discutida, de un ordenamiento jurídico y la consolidación de peculiares procedimientos de controversias al margen del Estado. Pero también ha propiciado un acercamiento entre los ordenamientos interno e internacional y, en ocasiones, la unificación de las legislaciones estatales, cuyo ámbito de vigencia no se corresponde empero con las exigencias de uniformidad que el comercio internacional plantea. Por eso en la actualidad se habla de una nueva *lex mercatoria* y con ello se alude a un ordenamiento jurídico que, pese a los profundos cambios experimentados en la estructura de la Sociedad internacional desde la Edad Media hasta nuestros días, posee ciertos elementos inherentes al Derecho común de los comerciantes en aquél período⁴³.

Si bien es cierto que se puede realizar un cierto paralelismo entre el fenómeno de los usos y costumbres en la Edad Media con los que se manifiestan en la actualidad existen, sin embargo, notables diferencias. Las semejanzas se manifiestan si se considera que tanto la “vieja” como la “nueva” *lex mercatoria* esta formada por usos que constituyen un Derecho espontáneo, uniforme, y en cierta manera universal; que son usos propios de los comerciantes, y que son usos que tratan de superar las dificultades del conflicto de leyes cuando se trata de determinar el Derecho nacional que regirá determinada relación jurídica. Pero existen también notables importantes diferencias de contenido. Nos hallaríamos

⁴² G. TEUBNER, *El Derecho como sistema autopoietico...*, op. cit., p. 122.

⁴³ Pese a su envejecimiento, aún sigue siendo de interés el estudio de J.M^a GONDRA ROMERO, “La moderna *Lex Mercatoria* y la unificación del Derecho del comercio internacional”, *RDM*, n^o 127, 1973, pp. 7-38.

ante un Derecho espontáneo, nacido de la práctica comercial internacional con unas fuentes propias y unos medios de solución de litigios de intereses específicos al margen del poder judicial de los Estados y de los Tribunales internacionales.

El desenvolvimiento de esta nueva *lex mercatoria* de proyección universal constituye uno de los aspectos estructurales más importantes en las mutaciones que experimenta el denominado Derecho de los negocios internacionales, como vía de superar las insuficiencias del “método clínico” de los conflictos de leyes y los modestos resultados alcanzados por el “método preventivo” de la elaboración de un Derecho mercantil uniforme, tiene base consuetudinaria y su aplicación se apoya en el frecuente recurso al arbitraje⁴⁴.

C) Configuración de la *lex mercatoria* como Derecho espontáneo⁴⁵

24. La consecuencia de este lento y constante proceso ha sido la introducción en la práctica internacional de una extensa red de instrumentos y de cláusulas de estilo que, con apoyo en la voluntad de las partes contratantes, viene a incorporarse a la relación contractual individual vaciando de contenido a la disciplina contenida en los Códigos de comercio. Por eso esta nueva *lex mercatoria* se configura como un Derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación, siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países. Esto es, liberarse de la rigidez y de la falta de sensibilidad para el tráfico mercantil internacional de las legislaciones internas a través de un culto hacia el principio de la autonomía de la voluntad y de la autorregulación en este sector.

Cualquier intento de delimitación de *lex mercatoria* no es tarea fácil, incluso entre quienes proclaman y apologizan su existencia. Se afirma, con razón, que no es posible proveer una lista exhaustiva de todos los elementos de la *lex mercatoria*, destacándose no obstante que en su formulación se encuentran una serie de principios generales tales como que las prestaciones contractuales deben ser equilibradas; interpretación de buena fe de los contratos; presunción de competencia internacional; obligación para el acreedor de una obligación inejecutada de minimizar el perjuicio; presunción, a falta de acción, de renuncia a las sanciones contractuales; deber de cooperación de las partes; exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el

⁴⁴ K. HIGHET, “The Enigma of the Lex Mercatoria”, *Tulane L. Rev.*, t. 63, 1989, pp. 613 ss.

⁴⁵ Este apartado está desarrollado en mi libro, *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, 2003, pp. 77 ss

cuidado de sus intereses; validez de la aceptación tácita del contrato; reglas de interpretación de los contratos (tales como la buena fe, la verdadera intención de las partes, normas del efecto útil, regla *in claris non fit interpretatio*...); transparencia sustantiva en un grupo de sociedades y ampliación del efecto relativo de los contratos.

25. Aún está pendiente de conclusión el debate en torno a la conceptualización de la así llamada nueva *lex mercatoria*⁴⁶, que ha enfrentado posturas irreconciliables entre “mercatoristas” y “antimercatoristas”⁴⁷. Es innegable que tras la alabanza a las supuestas bondades de la *lex mercatoria* puede esconderse una labor de marketing por parte de los operadores jurídicos dedicados a la solución de conflictos en este ámbito, que es justo que se denuncie en sede científica por la posibilidad de desvirtuar la realidad de las cosas. Esta es la clave con la que deben valorarse toda una serie de construcciones pseudo-doctrinales que no buscan otra cosa que la presencia en el mercado de la solución de controversias mercantiles internacionales.

Dentro de las construcciones indicadas, y en una muy apretada síntesis, se pueden clasificar las distintas posturas sobre la *lex mercatoria* atendiendo a criterios tales como las técnicas normativas utilizadas o su eventual juridicidad.

i) Desde el punto de vista de su origen, un sector de la doctrina sostiene que este nuevo orden, se nutre de normas específicas que resultan apropiadas para las relaciones internacionales que se han desarrollado consuetudinariamente, en particular, en los principios generales del Derecho y, más concretamente, de los “principios generales del Derecho de los negocios internacionales”⁴⁸, entendidos como un conjunto normativo que no deriva de un único ordenamiento estatal sino que se desprende de la comparación de los Derechos nacionales, de fuentes internacionales tales como los convenios internacionales, o de la jurisprudencia de los tribunales internacionales⁴⁹. Sin embargo otro sector considera que la moderna *lex mercatoria* es una creación deliberada de las *formulating*

⁴⁶ A. GOLDSTAJN, “The New Law Merchant”, *Journal of Business Law*, 1961, pp. 12-17.

⁴⁷ E. GAILLARD, “Trente ans de *Lex Mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit”, *Journ. dr. int.*, t. 122, 1995, p. 6.

⁴⁸ C. SCHMITTHOFF, “International Business Law: A New Lex Merchant”, *Current Law and Social Problems*, Toronto, 1961, pp. 129 ss (reproducido en *Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, Dordrecht, 1988, pp. 20-37); B. GOLDMAN, “Frontières du droit et *lex mercatoria*”, *Archives du philosophie du droit*, t. 9, 1964, pp. 171--192.

⁴⁹ E. GAILLARD, “La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international”, *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, p. 204; *id.*, “Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?”, *Arbitration International*, vol. 17, 2001, pp. 59-71.

agencies como por ejemplo la Cámara de Comercio Internacional⁵⁰; esta posición pone en acento en que las necesidades del comercio internacional exigen la aplicación de un ordenamiento neutral. Ello se evidencia en los procesos de reproducción y de estandarización en virtud de los cuales las cláusulas de los contratos internacionales más importantes, que están cuidadosamente redactadas para evitar cualquier vinculación con los Derechos nacionales, sirven de modelo para las grandes categorías que presiden la contratación internacional.

ii) Desde el punto de vista de su eficacia jurídica se ha venido sosteniendo con un evidente grado de aceptación que la *lex mercatoria* es un mero recurso interpretativo o que posee una función meramente supletoria, es decir, que ante la duda sobre el sentido y el alcance de una cláusula de un contrato se podría recurrir a la *lex mercatoria* para tratar de precisarlo⁵¹ o se aplicaría así solamente en aquellos vacíos o lagunas que dejan abiertos los ordenamientos jurídicos nacionales. Frente a esta tesis existe, sin embargo, un serio intento doctrinal de consolidar esa “amalgama de ‘reglas del juego’ y de ‘fuentes materiales’ para elevarlo al nivel de un verdadero ‘ordenamiento supraestatal’ basado en su ‘autijuricidad’ frente a los ordenamientos nacionales⁵².”

26. No puede desconocerse que existe una multitud de normas de carácter anacional que conduce a justificar la legitimidad de la *lex mercatoria* como Derecho objetivo cuyo reconocimiento por parte de los Estados no sólo no plantea inconvenientes sino que es algo aconsejable para que éstos puedan ejercitar el oportuno control en beneficio de la justicia entre las partes. Los defensores de este pensamiento se apoyan en distintas construcciones.

i) La concepción de “ordenamiento jurídico” que formulara S. Romano⁵³ y que excluye el elemento de coercibilidad, propio de la noción de ordenamiento jurídico estatal como requisito consustancial del calificativo de jurídico; a partir de esta hábil construcción, es suficiente para admitir el carácter de *contrainte* que la ordenación de la conducta sea imperativa y susceptible de una sanción, lo que en el marco de la sociedad internacional de comerciantes podría ser el

⁵⁰ C.M. SCHMITTHOFF, “International Trade Law and Private International Law”, *Von Deutschen zum Europäischen Recht. Festschrift für H. Dölle*, t. II, Tubinga, 1963, pp. 257-272; H. VAN LOON, “Law, International Commerce and the Formulating Agencies. The Future of Harmonisation and Formulating Agencies: A Perspective from the Hague Conference”, *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, Londres, 2001, pp. 67-72.

⁵¹ Vid. H. KEITH, “The Enigma of the *lex mercatoria*”, *Lex Mercatoria and Arbitration* (T.E. Carboneau, ed.), Nueva York, 1990.

⁵² Cf. M. VIRGÓS SORIANO, voz “*Lex mercatoria*”, *EJC*, t. III, p. 3992.

⁵³ S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, 1963, pp. 139-140.

boicot⁵⁴. Estaríamos pues ante un ordenamiento elaborado y aplicado por particulares y no solamente con una finalidad prospectiva, sino también sancionadora, al margen del Derecho estatal⁵⁵; dicho ordenamiento en vez de sustentarse en la voluntad del legislador nacional lo hace en una caudalosa fuente de materiales conceptuales no jurídicos: costumbres comerciales internacionales, prácticas comerciales generadas a partir de las caóticas condiciones del mercado mundial, o más bien en las prácticas dictadas por los intereses económicos dominantes y los conflictos se resuelven por la vía de arbitrajes⁵⁶. Esta idea ha propiciado la referencia a la inmunidad legislativa de ciertos contratos “multinacionales” conectados con diversos Estados, pero nunca lo suficiente como para justificar aplicación de un Estado determinado. Mas tal argumento no puede prescindir por completo del control estatal, que se hace explícito en la facultad para imponer al contrato determinadas normas imperativas, siempre que éste ofrezca algún vínculo con la actividad y con los intereses nacionales.

ii) El rechazo de la explicación positivista que no admite la *lex mercatoria*, calificándola de puramente dogmática y centrado en la posición contraria de los tribunales estatales para admitir este tipo de normas, desconoce que la situación es bien distinta cuando intervienen los árbitros, que son los que resuelven el mayor número de contenciosos en el comercio internacional. En la doctrina española S. Sánchez Lorenzo ha puesto de relieve la legitimidad de esta concepción tanto por lo que tiene de negación de la fórmula estatal, expresión de la razón totalizadora, como de llamada a fórmulas de interpretación jurídica más imaginativas y fantasiosas⁵⁷.

27. Con independencia de si existe un socorrido *tertium genus* de carácter espontáneo, de si la soberanía es una noción intrínseca al Derecho y de si el Derecho internacional general posee un nivel de coercibilidad muy distinta de la del Estado, es difícil pensar en un ordenamiento jurídico transnacional con autonomía propia en un determinado sector; y menos aún en el marco de las transacciones comerciales donde los intereses nacionales e internacionales es-

⁵⁴ B. OPPETIT, “La notion de source du droit et le droit du commerce international”, *Archiv. Phil. droit*, 1982, p. 45; F. RIGAUX, “Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général du droit international privé”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 213, 1989, pp 45 ss y 68 ss.

⁵⁵ Vid. W. WENGLER, “Immunité législative des contrats internationaux”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1971, pp. 637 ss.

⁵⁶ H. de VRIES, “Le caractère normatif des pratiques commerciales internationales”, *Hommage à Frederic Eisemann*, París, 1978, pp. 151-125; R. GOODE, “Usage and its Reception in Transnational Law”, *ICLQ*, t. 46, 1997, pp. 32-35.

⁵⁷ Cf. S. SÁNCHEZ LORENZO, “Postmodernismo y Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. XLVI, 1994, p. 573.

tán particularmente definidos. Aunque no debe ser motivo de escándalo desde la teoría general del Derecho hablar de un orden jurídico transnacional, existe en este sector un importante “optimismo juridizante” que se decanta claramente partidario de que la nueva *lex mercatoria* conseguirá su objetivo transformándose desde su propio sistema y bajo el peso de las necesidades del comercio internacional en un orden jurídico perfecto y acabado⁵⁸.

En conexión con los arbitrajes se crea la ficción de que estas prácticas sociales fueron “siempre” normas, sobre cuya autoridad inmemorial no deba existir ninguna duda. Se argumenta, con base en ciertas decisiones arbitrales en las cuales se ha decidido conforme a “equidad”, que históricamente también este orden jurídico transnacional del comercio ha demostrado ser hasta ahora el que más éxitos ha deparado en un mercado mundial independiente y que se encuentra desvinculado del ordenamiento político internacional⁵⁹. Por eso las empresas multinacionales celebran entre sí contratos que ya no se someten a ninguna jurisdicción nacional ni a ningún Derecho material nacional. Evidentemente se ha establecido aquí una práctica jurídica que funciona al margen de los órdenes jurídicos nacionales y de las convenciones internacionales con un sistema normativo y unos procedimientos de arreglo de controversias privativos, que no pueden ser ubicados dentro de la jerarquía normativa clásica entre el Derecho nacional y el Derecho internacional. Lo novedoso es que se sustraen de la pretensión reguladora de ambos ordenamientos y aspiran a un nivel regulador autónomo. Se trata de un escenario en el que surge una ley comercial global, independiente de cualquier legislador nacional si bien dependiente de instituciones legales y judiciales existentes desde hace tiempo por cuanto las decisiones arbitrales pueden ser exigidas y perseguidas en tribunales nacionales. No debe extrañar, pues, que la *lex mercatoria* se erija como un orden jurídico propio aunque sea incompleto y en alguna medida esté subordinado a los órdenes jurídicos nacionales en su aplicación y eficacia; dependencia que no afecta a su autonomía⁶⁰.

⁵⁸ M. VIRALLY, “Un tiers droit? Reflexions théoriques”, *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, París, 1982, pp. 377 ss. Cf. desde un punto de vista crítico, I. STRENGER, “La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 227, 1991, pp. 311 ss.

⁵⁹ Los laudos arbitrales de que se dispone pueden servir de índices, según esta concepción, para determinar si estamos en presencia de una costumbre. Cf. E. GAILLARD, “Trente ans de *Lex Mercatoria...*”, *loc. cit.*, p. 16.

⁶⁰ “Autónomo -escribe B. GOLDMAN- no quiere decir *totalmente independiente*, y que no más que los otros órdenes jurídicos, el orden jurídico transnacional no es un mundo aislado y cerrado en sí mismo” (“Batalla judicial acerca de la *lex mercatoria* (El asunto Norsolor)”, *La Ley*, n° 1095, 1984, p. 8.

28. A título de ejemplo el contrato no regulado por ninguna ley nacional es la manifestación por excelencia de la *lex mercatoria*. La práctica mercantil es más creativa que la dogmática y la teoría del Derecho dando lugar a contratos globales que incluyen sus propios fundamentos y permiten al Derecho global de la periferia construir su propio centro sin invocar la ayuda del Estado. Como pusiera de relieve G. Teubner esto se logra a través de i) la “externalización”, esto es, de la decisión acerca de la validez contractual transfiriéndola a un tribunal arbitral, constituyendo un *closed circuit arbitration* que crea orden jurídico autónomo privado con pretensión de validez universal; ii) la jerarquización interna de las reglas contractuales en el sentido los contratos contienen reglas relativas a la identificación, interpretación y solución de conflictos y iii) la temporalización, que implica que la autovalidación contractual es un proceso continuo de actos jurídicos, una secuencia recurrente y recíproca de actos jurídicos y estructuras jurídicas⁶¹.

La interrelación entre el arbitraje, cauce preferente para la composición de conflictos, y la *lex mercatoria*, ordenación especialmente adecuada a las necesidades del tráfico de nuestros días, resulta evidente de la mera observación de la realidad del comercio internacional⁶². Los viejos Códigos de comercio expresaban un determinado modelo caracterizado por la presencia del Estado; mas cuando dicho modelo entra en crisis puede observarse la lentitud con que progresa la unificación legislativa, por la resistencia de éste a ceder competencias y a la asunción de todo lo que signifique un mínimo de compromiso internacional que afecte a su soberanía. Tal resistencia favoreció, desde luego, la progresiva formación, en cierto modo espontánea, de un Derecho caracterizado por una substancial inclinación desnacionalizadora que, sin embargo, no elimina por completo el papel del Estado.

La *lex mercatoria* es un Derecho cuya validez no surge en el marco del Estado, sino que se forma pragmáticamente fundándose en los acuerdos y diferencias de los agentes globales ligados a lógicas funcionales supraterritoriales. El positivismo jurídico no alcanza a comprender que entre el sistema jurídico y su ambiente social está produciendo continuos cambios. Fenómenos como la *lex mercatoria* así como otras formas jurídicas de la sociedad postmoderna, muestran precisamente que los confines del Derecho no son impermeables⁶³.

⁶¹G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergence delle costituzioni civili*, Roma, 2005, pp 17-37.

⁶²J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *El arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, 2008, pp. 82 ss.

⁶³Vid. el lúcido estudio de F. LÓPEZ RUÍZ, “Notas sobre la nueva *lex mercatoria*”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, diciembre 2007 (<http://rdmf.files.wordpress.com/2007/12/lopez-ruiz-notas-sobre-la-nueva-lex-mercatoria.pdf>).

2. Institucionalización de la sociedad de comerciantes

29. Esos intentos no han podido, por el momento, evadirse del control estatal y, mucho menos, de la intervención de numerosas instituciones internacionales que intervienen en el sector, pues la autorregulación no sólo no proporciona en todos los casos las bondades descritas, sino que puede ser una fuente muy importante de desigualdades. Y tampoco pueden dar una respuesta global a las transacciones comerciales internacionales pues están limitados a sectores muy concretos del comercio, señaladamente el de la contratación internacional.

Fundada en 1919 la Cámara de Comercio Internacional (CCI) es acaso el ejemplo más expresivo de la sociedad de comerciantes. Debido a que sus organizaciones y empresas miembros participan del comercio internacional, la CCI tiene la autoridad para establecer reglas y procedimientos que gobiernan la conducta comercial a través de las fronteras; y aunque las reglas son voluntarias, son aplicadas y respetadas en millones de transacciones que se efectúan cada día en el comercio internacional. Adicionalmente, la Cámara cuenta con la Corte Internacional de Arbitraje que es una de las más importantes instituciones de arbitraje del mundo.

Un número considerable de operadores en las transacciones comerciales internacionales establecen en el seno de la CCI la posición de negocios en los temas de políticas de inversión y comercio así como en aspectos técnicos y sectoriales relevantes entre los que se incluyen: servicios financieros, tecnologías de información, telecomunicaciones, ética de mercadeo, medio ambiente, transporte, legislación sobre la competencia y propiedad intelectual. La CCI es un medio idóneo para canalizar propuestas del sector privado ante los gobiernos, e incidir en las decisiones que estos adoptan en las rondas de negociaciones de la OMC, teniendo en cuenta las conclusiones de los Coloquios Empresariales de Ginebra, en los que se ha preparado el terreno para incrementar la influencia de la comunidad empresarial en la toma de decisiones de las Naciones Unidas y de otros organismos internacionales.

30. El movimiento asociativo en el ámbito del comercio internacional cada vez experimenta mayor expansión. La creación de una entidad de este tipo requiere la presencia de profesionales del sector y exige el conocimiento las normativas vigentes en esa rama concreta de actividad. Una vez establecido un núcleo promotor o comité directivo se da publicidad al proyecto y se organizan una serie de reuniones preparatorias. Tras la redacción de los estatutos y de otros documentos básicos y se convoca una asamblea que constituye la asociación, fija presupuesto y regulariza su situación jurídica.

Sin ánimo de exhaustividad, para ilustrar las distintas manifestaciones sectoriales de la sociedad⁶⁴ de comerciantes podemos referirnos a una serie de entidades representativas en distintos ámbitos del comercio internacional.

i) La composición del comercio agrícola a escala internacional ha evolucionado a lo largo de las dos últimas décadas estructurándose de acuerdo al tipo de bienes involucrados: materias primas agrícolas, productos intermedios, productos procesados y bienes horto-frutícolas en fresco. En la actualidad, las asociaciones profesionales que actúan en este sector tienen, en el marco del comercio mundial, el desafío de adoptar “códigos de conducta” y mejorar los acuerdos de cooperación a fin de garantizar envíos suficientemente grandes y regulares de las calidades requeridas y facilitar el acceso a la financiación, así como participar en la organización y financiación de la investigación de las mejoras tecnológicas. Los mercados internacionales de operaciones a plazo de Londres se encuentran entre los principales mercados utilizados en el comercio internacional de productos básicos y contribuyen a la estabilidad y correcto funcionamiento del comercio mundial y de los mecanismos de fijación de los precios mundiales. En concreto, el *London Grain Futures Market* (LGFM) se constituyó y se explota bajo los auspicios de la *Grain and Feed Trade Association* (GAFTA) y es uno de los múltiples mercados de productos establecidos en Londres; estos mercados son organizaciones autónomas dirigidas por comités de dirección, asistidos por secretarías que ejercen los poderes que les conceden sus miembros y que se consignan en los Reglamentos del mercado.

ii) En la esfera de los transportes figura una asociación que se ha venido caracterizando durante los últimos años por su labor en el fomento de la uniformidad de los documentos relativos a los servicios transitarios: la *International Federation of Freight Forwarders Associations* (FIATA). Por su parte, la organización internacional más importante relacionada con el transporte aéreo es la IATA (*International Air Transport Association*); entre sus funciones se encuentran: actuar como cámara de compensación de fletes aéreos para aquellas expediciones cuyo transporte sea realizado de forma consecutiva por varias compañías aéreas. Desde la perspectiva más concreta del transporte marítimo las asociaciones son muy numerosas destacando la *Baltic and International Maritime Council* (BIMCO) y la *Baltic Mercantile and Shipping Exchange Ltd.*; a su lado figura la *International Association of Independent Tanker Owners* (Intertanko), cuya sede está en Oslo, que agrupa al 70 % de los operadores petroleros independientes del sector. Dentro del transporte marítimo especializado figura la *International Association of Dry Cargo Shipowners* (Intercargo).

⁶⁴ Vid. un desarrollo más pormenorizado en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius mercatorum...*, op. cit., pp. 98 ss.

El movimiento asociativo en las actividades relacionadas con los transportes por carretera cuenta con una entidad que agrupa más de un centenar de organizaciones profesionales pertenecientes a más de cincuenta Estados: *The International Road Transport Union* (IRU). El sector del transporte por ferrocarril tiene un complemento profesional a través del Comité Internacional del Transportes Ferroviarios (CIT) y de la Unión Internacional de Ferrocarriles (UIF). En el ámbito del transporte combinado debe hacerse mención de la *Union Internationale des Sociétés de Transport Combiné* (UIRR) creada en 1970 que cuenta con alrededor de 20 miembros pertenecientes a 17 países europeos, que son operadores privados cuyo capital corresponde a transportistas por carretera toda vez que las empresas ferroviarias nacionales poseen una participación muy limitada; sin embargo, la condición de miembro asociado permite a operadores no privados incorporarse a la asociación.

iv) El ramo industrial está protagonizado por la *Electronic and Metalworking Industries* (ORGALIME) que es una organización europea centrada en los aspectos técnicos, organizativos y de producción de industrias del sector a que pertenece, que cuenta con una serie de comités temáticos entre los que figura uno dedicado a la redacción y revisión de contratos tipos y de condiciones generales de la contratación. En el sector de la construcción debemos aludir a la *International Federation of Consulting Engineers* (FIDIC), fundada en 1913, pasa por ser la institución que probablemente ha desarrollado la más importante labor en la estandarización de los contratos internacionales de construcción que han proyectado muy decisivamente en los contratos de construcción con destino a los países en vías de desarrollo proporcionando un “Derecho profesional” en el sector.

v) Las múltiples asociaciones en el sector de la banca y las finanzas están presididas por el *Institute of International Banking Law & Practice* (IIBLP), que es, sin duda, el interlocutor principal en los foros internacionales de unificación mercantil cuando abordan la materia propia de su ocupación. Entre las actividades que ha financiado destaca el “*International Standby Practices*” (ISP98) aprobado en el seno de la CCI, y ha jugado un importante papel en la revisión del art. 5 del UCC y en la redacción de la Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes internacionales, de 11 de diciembre de 1995. A su lado, la *International Financial Services Association* (IFSA), con sede en Parsippany, New Jersey, es otra importante organización mundial dedicada de manera específica a las transacciones internacionales en el ámbito de los bancos y de las instituciones financieras que tiene como misión principal la preparación y la revisión de instrumentos tales como las Reglas UCP, desde 1933, y el UCC.

IV. Codificación internacional, armonización y unificación jurídica

1. *Dialéctica entre normas internas y normas unificadoras*

A) *Búsqueda de rapidez, seguridad y certidumbre*

31. En el contorno de los procedimientos de producción normativa cada Estado y cada sistema regional ha de establecer normas sobre el Derecho de los negocios internacionales que respeten un “análisis económico global” y, por ende, los objetivos de liberalización establecidos a nivel mundial y, más intensamente, a nivel regional (libertades comunitarias). Sin embargo, en ocasiones, y en mercados fuertemente internacionalizados, la aparición de una norma material aun favorecedora de las necesidades del tráfico, puede producir resultados impredecibles, sobre todo en el ámbito del arbitraje comercial internacional, aunque desde una perspectiva general, las consecuencias no pueden ni deben ser tan devastadoras. Cierto es que estas normas protegen intereses particulares, lo cual “sectorializa” la regulación general impidiendo que se alcance el objetivo de generalidad propio del principio de eficiencia; pero no es menos cierto que este principio de aplicación de idéntica normativa a diferentes situaciones responde, de nuevo, a un clásico postulado neo-liberal, que desconoce determinados principios informadores de un sistema de Derecho internacional privado que, en los Derechos continentales al menos, deben animar la aplicación de las normas reguladoras y del Derecho extranjero; sirva de ejemplo la búsqueda de la justicia del resultado⁶⁵.

La construcción explicativa basada en el análisis económico⁶⁶ fracasa desde un postulado eminentemente liberal y si es utilizada únicamente como valoración de un principio de eficiencia que sólo responda a tales planteamientos. Aunque ello suponga una reinterpretación considerable de los postulados iniciales, no es imposible adaptar la referida teoría a las nuevas circunstancias, en el convencimiento de que no sólo lo que proporciona una ventaja individual es eficiente, sino que también aquello que conduce a una ventaja social y, por qué no, sectorial, es también capaz de cumplimentar un alto grado de eficiencia.

Si nos centramos en el carácter mayoritario de las normas que rigen el Derecho de los negocios internacionales destaca el dato de que el método conflictual, si bien no ha desaparecido por completo, ha mostrado su ineficacia. Las técnicas del Derecho internacional privado basadas en la norma de conflicto

⁶⁵ Vid. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, 1996, pp. 103 ss.

⁶⁶ C. PAZ-ARES, “La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del Derecho)”, *ADC*, vol. XXXIV, 1981, pp. 664 ss.

muestran un alto grado de inadecuación para regular las complejas cuestiones suscitadas en el ámbito del comercio internacional. La pretensión de localizar en un ordenamiento jurídico una situación privada, se ha dicho, es una solución basada en una teoría metafísica. Por esto es menester sino marginar, al menos complementar, la técnica tradicional de la norma de conflicto en favor de la elaboración de normas materiales específicamente creadas para regular el comercio internacional⁶⁷. Este, en efecto, requiere rapidez y seguridad, pero también certidumbre, elementos que raramente suelen acompañar a la norma de conflicto. Se trata de evitar el carácter imprevisible de la remisión efectuada por dicha norma.

32. El fenómeno de la globalización ha generado el desarrollo de un *soft law* y de procedimientos de solución de controversias esencialmente privados, señaladamente entre empresas, pero, en ocasiones, también entre empresas y Estados en materia de contratos económicos internacionales. El propio instrumento fundamental del sistema, la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, ofrece un marco subsidiario dentro de una realidad jurídica dominada por la “voluntad de las partes”, que puede expresar en la práctica un equilibrio de fuerzas en el mercado⁶⁸. De esta suerte los participantes en la contratación internacional no sólo asumen funciones de legislador, por descontado dentro de los límites del efecto relativo de los contratos, sino que también pueden elegir juez, normalmente un árbitro, que está en disposición de solucionar la controversia de una manera justa y, con menos frecuencia, recurrir a un juez investido de soberanía nacional que podría dictar una decisión ejecutoria con posibles sanciones. Esta propensión, ampliamente reglamentada de manera no vinculante por instituciones de la importancia de la Cámara de Comercio Internacional, influye sobre todo en las empresas transnacionales y está vinculada a la nueva división internacional del trabajo y al desarrollo de los intercambios, pero repercute también cada vez con mayor frecuencia en las empresas medianas, señaladamente, en algunos sectores particulares tales como finanzas internacionales, servicios relacionados con las nuevas tecnologías, arbitraje internacional, consultoría internacional, etc.

El desarrollo de normas materiales uniformes extraestatales relativas a las transacciones mercantiles internacionales facilita la concreción del contenido de la llamada *lex mercatoria*, si bien su efectividad está normalmente subordinada a la remisión de los contratantes en el marco de la autonomía de la volun-

⁶⁷ F.K. JUENGER y S. SÁNCHEZ LORENZO, “Conflictualismo y *lex mercatoria* en el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 15-47.

⁶⁸ F. FERRARI, “Trade Usage and Practices Established between the Parties under the GISG”, *RDAl/IBLJ*, 2003, pp. 571-580.

tad: a un concreto instrumento normativo o, con carácter genérico, a la *lex mercatoria* o a los principios generales del Derecho del comercio internacional⁶⁹. Ello es especialmente frecuente en caso de sumisión a arbitraje y coincide con la tendencia a limitar la trascendencia práctica de la técnica conflictual en la configuración del régimen jurídico de los negocios internacionales⁷⁰. La realidad del tráfico mercantil actual favorece la elaboración al margen de los Estados de recopilaciones normativas confeccionadas por operadores de la práctica o por instituciones científicas, que en los últimos tiempos han superado la referencia a sectores económicos o tipos contractuales concretos. Baste pensar en la importancia de la actividad de la CCI en relación con los contratos de compraventa y los créditos documentarios a través de los Incoterms y de las Reglas Uniformes o, especialmente, en el alcance de los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales.

B) Armonización y unificación

33. La pretensión de perfeccionamiento y armonización se basa en la confirmación de que las leyes nacionales suelen ser inadecuadas para los casos internacionales y de que existe una notable disparidad entre ellas. Unificación y armonización son términos que en el uso coloquial pueden utilizarse de forma equivalente, pero que poseen distinto alcance⁷¹. La armonización tiene un carácter más flexible y no implica la necesaria adopción de un texto concreto, sino que comporta una aproximación de conceptos jurídicos que puede realizarse a través de instrumentos diversos tales como la puesta en práctica de una ley modelo; esta flexibilidad lleva a estimar que constituye una etapa intermedia entre los resultados de la comparación de ordenamientos y la unificación propiamente dicha⁷²; nos encontramos ante un proceso mediante el cual se tiende a facilitar la modificación de ciertos regímenes del Derecho interno de los Estados, para conferir previsibilidad a las operaciones comerciales transfronterizas. Por el contrario la unificación requiere la existencia de un texto común, bien sea un Convenio o una ley uniforme, que resulta de directa aplicación para el operador jurídico; esto es, un proceso mediante el

⁶⁹ Vid. F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria: principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Pádua, 2003.

⁷⁰ Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, "Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales", *Dir. comm. int.*, vol. XII, 1998, pp. 859-883, esp. pp. 860-871.

⁷¹ En concreto, desde la perspectiva comunitaria Vid. N. BOUZA VIDAL, "Modalidades de unificación y armonización de las legislaciones en la CEE", *Iniciación al estudio del Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, 1984, pp. 155-181.

⁷² M. MATEUCCI, "Les méthodes de l'unification du droit", *Annuaire de l'Unidroit*, 1956-II, pp. 40 ss; M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé. Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, 1971, pp. 31 ss.

cual los Estados aprueban normas o regímenes jurídicos comunes para regular determinados aspectos de las operaciones mercantiles internacionales. Una ley modelo o una guía legislativa ejemplifican el tipo de texto cuya finalidad es armonizar el Derecho interno, mientras que una Convención es un instrumento internacional al que los Estados dan su aprobación oficial a fin de unificar en el ámbito internacional ciertas esferas de su Derecho interno.

La faceta de la unificación que nos ocupa ahora constituye la garantía óptima de la continuidad de las relaciones jurídicas a través de espacios supranacionales, dotándolas de mayor seguridad jurídica y facilitando al operador jurídico la previsibilidad del Derecho. El propósito de la uniformidad en las relaciones comerciales internacionales consiste en ofrecer una mayor certeza jurídica a las partes en la contratación para lo cual las normas aplicables deberán haber sido elaboradas a partir de criterios de objetividad y de equidad. La unificación y la creación del Derecho en el plano transnacional no es otra cosa que expresión de la realidad comercial en la actual etapa de las transacciones mercantiles internacionales⁷³.

Un sistema jurídico y mucho menos un sistema dedicado a la reglamentación de las transacciones mercantiles internacionales no puede mantenerse constreñido en reglamentaciones normativas producto exclusivo del legislador interno, desfasadas e inadecuadas a la realidad jurídica actual. Precisa, por el contrario, una acomodación a las realizaciones concretas que se producen en la comunidad internacional. Dicho en otros términos, la codificación interna ha de desarrollarse de manera paralela y coordinada con la codificación internacional. Mas dentro de esta última no puede perderse de vista que ésta tampoco puede evolucionar al margen de unificación jurídica. Y ello, no cabe duda ofrece una nota de rigidez de la que está exenta la codificación interna.

C) *Pervivencia del particularismo*

34. Es cierto que las normas que regulan el comercio internacional muestran una notable semejanza en todas las legislaciones nacionales facilitando la tarea unificadora y que esa semejanza tuvo la virtud de superar durante los años sesenta del siglo XX la división del mundo entre países de economía de mercado y países de economía planificada⁷⁴. Pero la realidad muestra que, salvo en los sectores muy concretos vinculados a los procesos de integración económica, las

⁷³ Cf. K.P. BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, La Haya, 1999, p. 230.

⁷⁴ H. TRAMMER, "The Law of Foreign Trade in the Legal Systems of the Countries of Planned Economy", *The Sources of the Law of International Trade* (C.M Schitthoff, ed.), Nueva York, 1964, pp. 42 ss.

discrepancias son sustanciales e irreconciliables percibiéndose especiales divergencias entre los sistemas en presencia, incluso dentro de lo que pudiera calificarse como “familia jurídica”. Nos movemos en este sector en un contexto caracterizado por una interdependencia económica derivado del denominado diálogo Norte-Sur y, en la perspectiva jurídica, por una dialéctica entre países del *common-law* y de Derecho escrito; esto es, en una dimensión universal donde la solidaridad regional queda superada por las corrientes de unificación universal⁷⁵: un terrero abonado para insistir, con todas las reservas que ello entraña, en la idea de “familia” que se proyecta de algún modo ante las instancias internacionales de codificación del Derecho del comercio internacional cuyo foro más importante es, indudablemente, la Uncitral. Y por esa razón la uniformidad del Derecho mercantil internacional en la actual etapa de la comunidad internacional debe tener un carácter parcial y fragmentario y aún así, esta labor quedaría facilitada si se consiguiese la formulación de unos principios generales que rigiesen esta materia⁷⁶.

Conforma un hecho indiscutible la dialéctica entre las normas internas y las unificadoras pues la soberanía del Estado sigue constituyendo un importante freno a cualquier proyecto unificador⁷⁷. Una vez que se ha introducido en el sistema jurídico de un Estado el Derecho uniforme se convierte en “Derecho nacional”, no obstante, sigue conservando ciertas peculiaridades, derivadas de su especial proceso de elaboración, que no responde a unos principios jurídicos únicos, sino que es el resultado de una acomodación de intereses realizada por obra de la cooperación internacional; dichas peculiaridades se manifestarán, como es lógico, a la hora de la interpretación. Una ley, por técnica que sea en apariencia, es siempre la traducción de una ideología y de unos intereses y su contenido supone una política común, lo que requiere la unidad de soberanía excluida por hipótesis⁷⁸.

⁷⁵ Cf. A.M. GARRO, “Armonización y unificación del Derecho internacional privado en América latina: esfuerzos, tendencias y realidades”, *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Madrid, 1993, pp. 347-350.

⁷⁶ T.R. POPESCU, “Le droit du commerce international: une nouvelle tache pour les legislateurs nationaux ou une nouvelle ‘lex mercatoria’?”, *New Directions in International Trade Law*, vol. I, Dobbs Ferry, 1977, pp. 29-30.

⁷⁷ J. GOLDRING, “Globalisation, National Sovereignty and the Harmonisation of Laws”, *Rev. dr. unif.*, 1998, pp. 435-451.

⁷⁸ P. MALAURIE, “Loi uniforme et conflits de lois”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1964-1966)*, pp. 83-109.

35. Un recuento valorativo del proceso de unificación internacional del Derecho de los negocios transnacionales registra una serie de datos de interés que no presentan un carácter estático, sino que son elementos fruto de un momento histórico muy concreto y, por tanto, susceptibles de variación en función de los procesos de globalización y regionalización característicos de la sociedad internacional de nuestros días.

i) La unificación no es un fenómeno expansivo y si bien puede predicarse de determinadas materias jurídicas, especialmente vinculadas al sector de los transportes, de las propiedades especiales o del arbitraje, coexiste con una marcada tendencia hacia el particularismo. Particularismo que, incluso, sólo está en los primeros pasos de superación dentro de círculos jurídicos integrados que agrupan ordenamientos pertenecientes a una misma familia jurídica.

ii) La superación del particularismo precisa una revitalización del empleo del método comparado que es una fase mucho más elaborada del conocimiento del Derecho extranjero con el que se suele confundir. La profundización en las denominadas “unidades de comparación” y la selección de materias para unificar son elementos indispensables para que la obra unificadora fructifique sin sacrificar en aras de la uniformidad la idea de justicia⁷⁹. Muchos grandes proyectos unificadores están condenados al fracaso por lo ambicioso de sus objetivos y por los intereses en presencia ante los intentos de implantación hegemónica de una determinada opción prepotente. Y es que no puede perderse de vista que existe una incompatibilidad sustancial entre el particularismo jurídico y la idea de codificación⁸⁰.

iii) Los cauces tradicionales de la unificación han mostrado sobradamente sus insuficiencias, señaladamente los instrumentos basados en Leyes Uniformes y en Leyes Modelos, que se han declarado las más de las veces impotentes frente a la tendencia irresistible de los Estados al particularismo⁸¹. Por eso conviene no sacralizar el proceso de unificación internacional y mucho menos su formalización a través de un procedimiento de normación internacional: la solución uniforme no tiene por qué ser necesariamente la mejor y las construcciones basadas en su supuesta bondad por descansar, pura y simplemente, en un texto internacional deben aceptarse con muchas reservas.

⁷⁹ H. BATIFFOL, “Codificación y unificación en Derecho internacional privado”, *Choix d'articles*, París, 1976, pp. 125-136.

⁸⁰ Cf. R. SACCO, “Codificare: Modo superato de l'igeferare?”, *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 119.

⁸¹ A. VON ZIEGLER, “Particularities of the Harmonisation and Unification of International Trade Law and Commerce”, *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Zurich, 2000, pp. 875-885.

iv) El fenómeno de la unificación, heredero del postulado de la armonía internacional de soluciones, no es un fin en sí mismo, no es un valor abstracto. Únicamente puede calificarse de positivo si ofrece soluciones adecuadas y mejor adaptadas de las que se encuentran en las normas internas; si, en rigor, sirven para clarificar y racionalizar las soluciones internas.

2. *Carácter especializado de la unificación*

36. Centrándonos en el proceso de codificación del Derecho de los negocios internacionales, es común partir de una noción extrajurídica, la de “comercio internacional”, sumamente imprecisa y cambiante⁸². Esta perspectiva posee un importante predicamento en la actualidad a partir de un relevante documento de la práctica contemporánea, la Res. de la AG de las NU 2102 (XX) de 20 diciembre de 1965 que define el Derecho mercantil internacional sobre la base de tres elementos.

i) Se concibe como un ordenamiento regulador de las relaciones comerciales internacionales, encargándose los sucesivos textos emanados de las NU de precisar el contenido de estas a partir de una serie tasada de operaciones: compraventa internacional de mercaderías, instrumentos negociables y créditos mercantiles bancarios, legislación sobre actividades financieras en el comercio internacional, seguros, transporte, propiedad industrial y patentes y arbitraje comercial⁸³; esto es, los primeros pasos que dio la Uncitral en orden a la unificación del Derecho privado se dirigieron, ciertamente, al campo del comercio internacional, pero se restringieron a siete los prototipos de materias a regular y en los casi cuarenta años de existencia de la Comisión no ha variado este esquema inicial, lo cual no implique que la materia regulada sea constitutiva de un ordenamiento jurídico con plenitud para regular la totalidad de las transacciones comerciales internacionales.

ii) Se circunscribe al conjunto de normas que rigen las relaciones comerciales de naturaleza de “Derecho privado” que comprenden diferentes países; en otras palabras, toda partido por un concepto eminentemente privatístico bastante diferente del que había dominado en el pasado y orientado hacia una concepción internacionalista⁸⁴.

⁸² J. GARRIGUES, “Última lección como Catedrático”, *Hacia un nuevo Derecho mercantil. Escritos, Lecciones y Conferencias*, Madrid, 1971, pp. 335-352

⁸³ “Unificación del Derecho mercantil internacional: nota de la Secretaría (Doc. A/C.6/L.572)”, *Anuario Uncitral*, vol. I, 1968-1970, p. 14.

⁸⁴ Al efecto R. ILLESCAS ORTÍZ ha realizado un esquema con el propósito de ofrecer puntual referencia de las distintas normas existentes. Cf. “El Derecho Uniforme del comercio internacio-

iii) Se configura como un nuevo *ius mercatorum* dedicado no a resolver conflictos de leyes, sino a evitar su presentación por medio de la uniformidad jurídica.

Estas tres características conducen a la búsqueda de la uniformidad con una técnica sustantivista de inspiración internacional superadora de la tendencia a imponer en el plano internacional las concepciones jurídicas propias del ordenamiento nacional.

37. Nos hallamos ante un conjunto de técnicas normativas favorables a la unificación del Derecho que se generan en determinados foros de codificación internacional. Unas técnicas que registran el inconveniente de que el ámbito material está restringido a la voluntad de un órgano codificador dependiente de las Naciones Unidas que hasta hace pocos años no ha dado excesivas muestras de actividad normadora. La agenda de trabajo de una institución, por prestigiosa que sea, no puede condicionar la delimitación de un determinado ordenamiento jurídico.

Tampoco puede quedar un ordenamiento restringido a un único método de reglamentación, el Derecho uniforme. La propia Uncitral define la unificación del Derecho mercantil internacional como “un proceso en virtud del cual unas normas contradictorias pertenecientes a dos o más sistemas jurídicos nacionales y aplicables a un mismo negocio jurídico internacional son sustituidas por una norma única”⁸⁵. Mas si el Derecho de los negocios internacionales se hiciera depender del método normativo, nos encontraríamos con la negación del objeto, de los problemas, de la ciencia y de las soluciones. Estamos ante una realidad jurídica que sólo en ciertas ocasiones ha encontrado respuestas por la vía del Derecho uniforme, dado que los límites y dificultades que éste impone ha llegado, incluso, a ser calificado de técnica jurídica inoperante⁸⁶, hablándose sin rodeos de una crisis abierta en el movimiento unificador del Derecho privado o de “un puente demasiado lejano”⁸⁷. Sin negar que la uniformidad o armonización puede ser un método eficaz en la regulación de las transacciones comerciales internacionales, no puede desconocerse que en la actualidad muchos sectores claves del comercio internacional siguen presentando una pluralidad de técnicas normativas, incluidas las conflictuales, e incluso en aquellos casos

nal...”, *loc. cit.*, pp. 90-91

⁸⁵ “Unificación del Derecho mercantil internacional: nota de la Secretaría..”, *cit.*, p. 14.

⁸⁶ P.B. STEPHAN, “The Futility of Unification and Harmonisation in International Commercial Law”, *Virginia J.I.L.*, vol. 39, 1999, pp. 743-797.

⁸⁷ M.J. BONELL, “International Uniform Law in Practice –Or Where the Real Trouble Begins”, *AJCL*, vol. 38, 1990, pp. 865-869.

en que se ha logrado una cierta uniformidad (Derecho cambiario) se ha hecho patente la necesidad de tener en cuenta dispositivos conflictuales.

3. Tendencia a la armonización internacional: hacia un Derecho mercantil plurinacional

A) Métodos en presencia

38. La diversidad de los métodos que pueden utilizarse para la unificación de del Derecho de los negocios transnacionales conduce inexorablemente a ejercicios cartesianos todos ellos sugerentes. Una primera clasificación separaría aquéllos para los que es menester acudir a la autoridad del Estado (recepción de tratados internacionales, aceptación de leyes modelo) de los que dependen exclusivamente de la voluntad de las partes aunque cuente con el patrocinio de un organismo internacional (Incoterms, Usos y Prácticas Uniformes en materia de créditos documentarios)⁸⁸. Otra clasificación simple distinguiría entre las fórmulas flexibles que no implican obligatoriedad alguna para los Estados pero que presentan el inconveniente de su mayor inseguridad, tanto respecto de su vigencia como de su interpretación (por ejemplo, leyes uniformes o recomendaciones provenientes de organismos internacionales) y fórmulas basadas en un convenio internacional que tienen la ventaja de prevalecer sobre parte de las reglamentaciones internas de los Estados e imponer su vigencia tanto en las relaciones del tráfico interno como en las del tráfico externo. Sin embargo restringen su aplicación a las relaciones conectadas con más de un ordenamiento, coexistiendo con la normativa interna del Estado, que rige las relaciones del tráfico interno; esta dimensión suscita, como es lógico, un evidente problema de delimitación entre ambos órdenes. Baste reparar en que los convenios de Derecho uniforme no han llegado a adquirir por lo general un número importante de Estados parte. Resulta significativo el reducido número de Estados que han adoptado el Derecho cambiario de Ginebra y, sobre todo, la ausencia de él de los países anglosajones. No obstante, esta regla general registra excepciones, como hemos visto, en el ámbito de los transportes y, más recientemente, en el de la venta internacional de objetos corporales merced a la labor de instituciones tales como la Uncitral. Pero incluso en estas materias que, como puede observarse, se centran en aspectos muy concretos del Derecho del comercio internacional, y que contaban con la existencia de abundantes “prácticas comunes”, las dificultades de aplicación son muy numerosas.

⁸⁸ “Desarrollo progresivo del Derecho mercantil internacional: informe del Secretario General (Doc. A/6396)”, *Anuario de la Uncitral*, vol. I, 1968-1970, pp. 41-42.

Y, al lado de estas fórmulas, estaría la unificación generada en una organización de integración económica como la Comunidad Europea donde la unificación vendría a través de los actos normativos propios de su Derecho derivado. La elección de uno u otro método no se presenta, sin embargo, como inexorable y de ello son conscientes las instituciones codificadoras que en los últimos tiempos muestran una tendencia a relegar al convenio de su papel protagonista toda vez que su rigidez puede dificultar la empresa codificadora. Como veremos en la actualidad dicha empresa está penetrada por las técnicas de *soft law* que se materializan a través de leyes modelos, recomendaciones o resoluciones dirigidas al legislador interno con el propósito de alcanzar un cierto grado de uniformidad.

39. No resulta controvertido que el Derecho uniforme sea la técnica de reglamentación óptima para las transacciones comerciales internacionales, en la medida en que garantiza como ninguna otra la seguridad jurídica y la previsibilidad de los operadores económicos⁸⁹. No obstante, resulta menester realizar una serie de consideraciones previas de carácter delimitador.

i) Ha de atenderse al volumen de coordinación pretendido, que puede ser diverso a partir de la distinción entre la simple armonización normativa, en la que a se percibe únicamente la existencia de una serie de principios reguladores aunque se mantiene la diversidad entre las reglamentaciones en presencia, y la unificación propiamente dicha.

ii) Debe distinguirse entre la unificación, que está integrada por un conjunto de normas adoptadas por un grupo de Estados que mantiene una voluntad común de someterse a una misma reglamentación en determinadas relaciones jurídicas, y el Derecho unificado que hace referencia al resultado normativo en el que desemboca un proceso de unificación del Derecho, que puede materializarse a través de distintos cauces: Leyes Modelo, Leyes Uniformes, tratados de unificación y, en determinados círculos jurídicos con un alto grado de integración, ciertos instrumentos propios que, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea pueden adoptar distintas fórmulas como, especialmente, Directivas y Reglamentos.

A partir de aquí, el Derecho uniforme no sería otra cosa más que el Derecho unificado a través de único procedimiento: la Ley Uniforme, instrumentalizada siempre a través de un tratado internacional⁹⁰.

⁸⁹ Vid. M^a V. CUARTERO RUBIO, voz "Derecho uniforme", *EJB*, vol. II, 1995, pp. 2380-2381.

⁹⁰ P. CHAVEAU, "Des conventions portant Loi Uniforme", *Journ. dr. int.*, t. 83, 1956, pp. 570-594.

Dentro de estas nociones previas resultan obligadas las clásicas distinciones entre la unificación de las normas materiales y la unificación de las normas sobre conflicto de leyes y entre la unificación referida únicamente a las relaciones mercantiles internacionales y la unificación que incluya asimismo los supuestos conectados exclusivamente con un ordenamiento estatal; esto es, una unificación que abarque conjuntamente las relaciones del tráfico interno y las internacionales. Y debemos ser conscientes que, por el momento, los resultados de la práctica no se encaminan en esta última dirección suscitándose graves problemas de delimitación normativa pues mientras que la situación internacional puede quedar dentro de un régimen internacional unificado la misma situación si es meramente interna queda regulada por las normas de cada uno de los Derechos materiales en presencia.

B) *Técnicas de codificación*

40. El particularismo y los intereses hegemónicos no son los únicos problemas en presencia de la unificación. Al margen de las experiencias que únicamente son factibles en determinados círculos jurídicos que cuentan, además, con procedimientos de interpretación uniforme⁹¹, los cauces tradicionales de la unificación han mostrado sobradamente sus insuficiencias, señaladamente los instrumentos basados en Leyes Modelos, que se han declarado las más de las veces impotentes frente a la tendencia irresistible de los Estados al particularismo⁹².

En esta materia se cuenta con una larga trayectoria histórica pues ya desde el último tercio del siglo XIX aparecen numerosos proyectos de leyes uniformes que han tenido una vocación principalmente regional y, en ocasiones, universal, predicándose dicha uniformidad tanto para las relaciones del tráfico jurídico interno como para el tráfico jurídico internacional. La institución codificadora que más se caracterizó por el empleo de esta técnica fue el Unidroit desde el año 1928. La metodología para la elaboración de una ley uniforme requiere una hábil selección del tema, para que la realidad acotada sea asumible para el grupo que pretende la unificación; por descontado que cuando la materia seleccionada esté profundamente arraigada y particularizada en un ordenamiento concreto, las dificultades de éxito de la empresa disminuyen; dicho éxito será

⁹¹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Madrid, 1996, pp. 5236-5237.

⁹² A. VON ZIEGLER, "Particularities of the Harmonisation and Unification of International Trade Law and Commerce", *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Zurich, 2000, pp. 875-885.

mayor cuando la selección de las materias sea efectuada por los operadores jurídicos interesados en las cuestiones sustantivas y no por los propios componentes de los grupos de juristas que protagonizan las primeras etapas de la unificación. Una vez realizada tan compleja selección comienza una fase de estudio de los Derechos en presencia que pretenden unificarse, que deberá ir acompañada de un empleo correcto del método comparado para analizar las causas de la diversidad legislativa. A partir de aquí se propone un texto que, por lo general, se aprueba en una conferencia internacional.

4. Inconvenientes de los tratados internacionales como instrumento de la unificación

41. En rigor, el Derecho uniforme utiliza preferentemente el tratado internacional de carácter multilateral como cauce de positivación, lo cual presenta ventajas e inconvenientes. Ventajas, por proporcionar certeza sobre la materia unificada, inconvenientes, por la rigidez que toda codificación trae consigo y por las dificultades de adaptación que un texto de este tipo ofrece en cada sistema jurídico nacional. Baste reparar en que los convenios de Derecho uniforme no han adquirido por lo general un número importante de Estados parte. Por ejemplo, resulta significativo el reducido número de Estados que han adoptado el Derecho cambiario de Ginebra y, sobre todo, la ausencia de él de los países anglosajones. No obstante, esta regla general registra excepciones en el ámbito de los transportes y, más recientemente, en el de la venta internacional de objetos corporales merced a la labor de instituciones tales como la Uncitral. Pero incluso en estas materias que, como puede observarse, se centran en aspectos muy concretos del Derecho del comercio internacional, y que contaban con la existencia de abundantes “prácticas comunes”, las dificultades de aplicación son muy numerosas.

La uniformidad a través del tratado internacional acusa los problemas generales que caracterizan a esta particular técnica codificadora.

i) El eventual “déficit democrático”, por la frecuente desvinculación, primero de los redactores de los proyectos (que muchas veces actúan a título individual) y luego de los negociadores en la Conferencia internacional, con las necesidades reales del círculo jurídico al que supuestamente representan a lo que se añade la descoordinación existente entre los procesos de codificación interna e internacional.

ii) Desde una perspectiva centrada en la nueva *lex mercatoria* la unificación convencional es una expresión del positivismo en el sentido de que permite a los Estados preservar su capacidad de control en la creación del Derecho; se asis-

te de esta suerte a un fenómeno paralelo al producido en la legislación interna, pudiendo reprocharse a ambos un exceso de cantidad y un defecto de calidad⁹³.

iii) Por ser el resultado de intereses muchas veces antagónicos que se plasman en compromisos que sacrifican la necesaria sencillez de las normas unificadas dando lugar a textos ambiguos que ofrecen numerosas dificultades al intérprete⁹⁴.

iv) Por la rigidez que entrañan muchas soluciones convencionales, toda vez que la rápida evolución del comercio internacional puede convertir en obsoletos en un breve espacio de tiempo convenios que no incorporen mecanismo flexibilizadores en su articulado; esta rigidez es fruto muchas veces de la ausencia de un poder político distinto de los Estados, que impulse la elaboración de los convenios y su grado de cumplimiento y de adecuación a la realidad social⁹⁵.

v) Por los problemas que ofrece la incorporación de los tratados unificadores en el orden interno de los Estados que han prestado su consentimiento en obligarse pues a partir de ella pueden enfrentarse a la aparición de diversos subsistemas en función de los efectos que la norma convencional despliegue; estos subsistemas generalmente son dos: uno de fuente interna y otro de fuente convencional, cuestión esta a la que hay que debe agregarse el problema de la aplicación del convenio en las distintas unidades territoriales caso de encontrarnos ante un Estado plurilegislativo⁹⁶.

vi) Porque la incorporación del convenio de Derecho uniforme se vincula a la recepción y aceptación de los tratados por los jueces nacionales en el proceso de aplicación del Derecho; la interpretación judicial a través de categorías jurídicas del foro o la eventual acción del orden público son elementos que dificultan la puesta en práctica de una sana asimilación del Derecho unificado por parte de las instancias nacionales⁹⁷.

⁹³ Cf. B. OPPETIT, "Le droit international privé, droit savant", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 234, 1992, pp. 339-432, esp. p. 422.

⁹⁴ Señaladamente a la hora de determinar el ámbito de aplicación de las disposiciones del Convenio: B. Knapp, "Unification internationale des règles et désignation du droit applicable", *Internationalisation du droit. Mélanges el l'honneur de Yvon Loussouarn*, París, 1994, pp. 219-232.

⁹⁵ A.L. DIAMOND, "Conventions and their Revision", *Unification. Liber amicorum Juan Georges Sauveplanne*, Deventer, 1984, pp. 45-60.

⁹⁶ S. SÁNCHEZ LORENZO, "La aplicación de los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos", *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 131 ss.

⁹⁷ A. GOLDSTAJN, "International Conventions and Standard Contracts as Means of Escaping from the Application of Municipal Law", *The Sources of the Law of International Trade* (C.M Schmitthoff, ed.), Nueva York, 1964, pp. 109 ss. pp. 109 ss.

vii) Por la existencia de una amplia red de tratados en este sector, muchas veces de carácter sucesivo, suscita la cuestión de sus relaciones mutuas⁹⁸ y, por ende, el juego de las cláusulas del instrumento internacional que contiene el resultado unificador, en lo que respecta a los ámbitos de aplicación material, temporal y territorial del convenio, lo que tampoco contribuye a una difusión de este particular conjunto normativo; a lo que hay que añadir la circunstancia de que cada vez es más frecuente el fenómeno de convenios que se suceden en el tiempo dando lugar a “conflictos de convenciones” que a veces resultan de difícil solución por el funcionamiento de las cláusulas que incorporan⁹⁹ o por guardar silencio sobre esta cuestión. Y ello al margen del juego de las reservas, particularmente relevante en los convenios reguladores de las transacciones mercantiles internacionales¹⁰⁰.

Esta inadecuación de las técnicas codificadoras protagonizadas por los Estados, cuyos objetivos no se acomodan plenamente a las necesidades de los operadores económicos, ha suscitado una honda preocupación en torno a los costos y a la propia rentabilidad del movimiento internacional en pro de la unificación del Derecho mercantil¹⁰¹, que llegan a cuestionar muy seriamente su utilidad práctica. Y también el de ciertas instituciones internacionales donde tiene lugar la codificación¹⁰². Por eso las técnicas alternativas basadas en el *soft law* que cada vez proliferan más son una consecuencia directa de esta situación, como también lo es la posibilidad de que los particulares puedan, en uso de su autonomía de la voluntad, excluir la aplicación de determinado instrumento internacional de unificación de sus relaciones concretas; y ello pese a las consecuencias contradictorias con los objetivos unificadores pretendidos.

42. La concepción según la cual los convenios de Derecho uniforme tienen por finalidad eliminar cualquier conflicto de leyes que se pueda producir en la materia objeto de los mismos debe descartarse porque la uniformidad legislativa no supone la uniformidad de interpretación. La práctica comercial demuestra que los sistemas jurídicos, aún provenientes de una mis-

⁹⁸ F. FERRARI, “The Relationship between International Uniform Contract Law Conventions”, *Rev. dr. unif.*, vol. V, 2000, pp. 69-84.

⁹⁹ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Cláusulas de compatibilidad en los Convenios de la Conferencia de La Haya”, *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 41 ss.

¹⁰⁰ *Vid.* M. TORSELLO, “Reservations to International Uniform Commercial Law Conventions”, *Rev. dr. unif.*, vol. V, 2000, pp. 85-120.

¹⁰¹ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, *REDI*, vol. XLVII, 1995-2, pp. 11-39, esp. p. 30.

¹⁰² W. RODINO, “Unification of law and International Organizations”, *International Journal of Legal Information*, n° 27, 1999, pp. 156-162.

ma familia, suelen dar respuestas diversas divergentes a una cuestión concreta regulada en un instrumento de unificación internacional¹⁰³. El problema de la interpretación de este tipo de Convenios no solo es una de las cuestiones más debatidas, sino que ofrece una importante enjundia teórica¹⁰⁴. En principio, si se contara con un texto que preventivamente eliminase cuestiones interpretativas y utilizase categorías muy delimitadas, se evitarían problemas *a posteriori*. No obstante, esta labor no es factible en muchas ocasiones, apareciendo el dilema a la hora de aplicar las normas. Más los problemas no concluyen aquí pues en los últimos tiempos con la multiplicación de los convenios internacionales de Derecho uniforme aparecen notables divergencias en la interpretación que se dé a un mismo concepto que figura en dos o más de estos instrumentos. La inexistencia, hoy por hoy, de unos “conceptos autónomos” en el Derecho uniforme del comercio, tales como “venta”, “bienes muebles”, “establecimiento mercantil” o “*factoring*”, nociones de distinto alcance según el concreto instrumento que contemplemos, obliga a una coordinación de los esfuerzos unificadores para que, de manera preventiva, que soslayen las cuestiones derivadas de la denominada “interpretación interconvencional”¹⁰⁵.

La solución más simple a cuestiones como las apuntadas vendría dada por la existencia, junto al texto del Convenio, de la atribución de competencia interpretativa a una jurisdicción internacional que se pronunciase en caso de existir desavenencia en torno a los términos del Convenio; lo que ocurre es que tal jurisdicción no existe más que en determinados círculos jurídicos, señaladamente la Comunidad Europea. A este respecto el TJCE ha declarado que: “de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad”. Pero en el resto de los supuestos, en los que el Convenio de Derecho uniforme no cuenta con una estructura jurisdiccional de apoyo, es menester acudir a otros procedimientos que, en detrimento de las aparentes ventajas de esta técnica normativa, dificultan su aplicación.

¹⁰³ E. KRINGS, “L’opportunité de juridictions supranationales pour l’interprétation des lois uniformes”, *Rev. dr. unif.*, vol. III, 1998, pp. 525-534

¹⁰⁴ L. MARQUIS, “L’interprétation du droit commercial international uniforme: un modèle personifié par Marc-Antoine”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 54, 2002, pp. 97-125.

¹⁰⁵ F. FERRARI, “I rapporti tra le convenzioni di diritto materiale uniforme in materia contrattuale e la necessità di un’interpretazione interconvenzionale”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2000, pp. 669-688.

Uno de ellos sería el apuntado recurso a una jurisdicción internacional, otro al dictamen vinculante de los servicios jurídicos del organismo internacional del que dimana el Convenio y, por último, acudir a una organización especializada en la materia objeto del texto internacional que asegure una interpretación objetiva o autónoma. Son, como puede observarse, pobres resultados, lo cual es significativo de las dificultades en presencia. Además, tales recursos, aparte de insinuar evidentes dificultades técnicas de aplicación, ofrecen un generalizado rechazo por parte de los Estados. De ahí que, en la práctica, el remedio habitual consista en el sometimiento de la cuestión interpretativa a la jurisdicción del Estado que aplica el Convenio, especificando este último cuáles son los criterios que debe tener en cuenta el juez (*v.gr.* el art. 7.1º de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa de mercaderías).

V. El *soft law* en la unificación del Derecho de los negocios internacionales¹⁰⁶

1. *Directriz habilitante y efecto dinamizador*

43. En íntima relación con la *lex mercatoria* y su recepción por los organismos internacionales, no puede olvidarse la importante acción que en este ámbito despliega el denominado *soft law* (“Derecho flexible”) en la unificación del Derecho de los negocios internacionales¹⁰⁷. Desde un punto de vista amplio o impropio, las normas reguladoras del comercio internacional incluyen una serie de elementos normativos y pseudonormativos que sirven para fundamentar las decisiones y proposiciones jurídicas. La flexibilización como tendencia general del Derecho encuentra una primera manifestación en el ámbito de los procedimientos de producción normativa¹⁰⁸. Estos procedimientos se ablandan para permitir un desarrollo más abierto del Derecho de los negocios internacionales y gracias a la armonización conseguida a través de ellos cabe aspirar a la reducción de las contradicciones existentes entre los distintos sistemas jurídicos y a que los Estados se animen a realizar esfuerzos en la perspectiva de la internacionalización.

¹⁰⁶ Este epígrafe se desarrolla en J.C. Fernández Rozas, *Ius mercatorum...*, *op. cit.*, pp. 187 ss.

¹⁰⁷ Vid. I. SEIDL-HOHENVELDERN, “International Economic Soft Law”, *R. des C.*, 1979, pp. 173 ss; P. Sarcevic, “Unification and Soft Law”, *Conflicts et harmonisation. Mélanges en l’honneur d’Alfred E. Von Overbeck à l’occasion de son 65^{ème} anniversaire*, Friburgo, 1990, pp. 87-101; G. ABI-SAAB, “Eloge de ‘droit assoupli’. Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain”, *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à Francois Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 59-68.

¹⁰⁸ S. SÁNCHEZ LORENZO, “Postmodernismo e integración en el Derecho internacional privado de fin de Siglo”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, 1996, p. 159.

La flexibilización de las fuentes apunta, pues, a un desarrollo más flexible del Derecho por parte del propio legislador. Aparece así el concepto de *soft law* o *droit assourdi*. A unas normas blandas o abiertas para el juez o el árbitro corresponden unos instrumentos, soportes o fuentes también blandos. Estaríamos pues ante un conjunto normativo que carece de fuerza vinculante y que, sin embargo, ejerce una influencia decisiva en la voluntad de los operadores jurídicos a los que se dirigen en materias de carácter preferentemente dispositivo. El *soft law* es un concepto particularmente operativo en el Derecho internacional público y en él se incluyen recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, principios, etc... sin poder de vinculación directa, pero que influyen no sólo en el desarrollo legislativo futuro, sino como referentes específicos en la actuación judicial. El Derecho económico internacional es un sector particularmente afectado por este *soft law* que ahora nos interesa, así como el arbitraje comercial internacional es donde encuentra su máxima expresión. La proliferación de Leyes modelo elaboradas en foros internacionales, algunos actos normativos característicos del Derecho institucional, convenios internacionales disponibles por las partes o la propia fuerza ejemplificativa de determinados convenios internacionales, actúan como fuentes a menudo en sentido impropio y pueden ser tenidas en cuenta tanto por el legislador, como, indirectamente, por el intérprete¹⁰⁹.

44. La función del *soft law* en el marco de las transacciones comerciales internacionales puede ser concebida desde dos perspectivas diversas. Respecto del legislador es susceptible de configurar una “directriz habilitante”, por ejemplo, a través de una directiva comunitaria; pero también puede perseguir un “efecto dinamizador”, simplemente abriendo nuevas áreas de expansión del Derecho; en éste último sentido, el *soft law* trata de procurar la unificación del Derecho sin soportar los costes de negociación que supone un proceso de este tipo y, de esta suerte, sí interesa la posibilidad de insertar en su razonamiento jurídico principios o reglas no incorporadas directamente a su ordenamiento nacional, como *ratio scripta*. Sin embargo, un abuso del *soft law* en el arbitraje puede responder, según los casos, a una búsqueda de fuga del Derecho que pretende básicamente convertir la *lex mercatoria* en fuente del Derecho, cuando no proponer un nuevo realismo jurídico que vendría a identificar el Derecho con la doctrina del Derecho. La segunda perspectiva se centra en el marco judicial y contempla la posibilidad que tienen los jueces para utilizar este Derecho impropio, no incorporado a su ordenamiento jurídico, como instrumento de construcción y o de interpretación de sus soluciones; la utilización de estas “normas na-

¹⁰⁹ G. ABI-SAAB, “Eloge du droit ‘droit assourdi’...”, *loc. cit.*, pp. 64-68.

rrativas” es, sin duda, una actividad factible pero condicionada a que se utilice como argumento adicional, que evidencia una serie de postulados existentes en determinados círculos jurídicos, y que puede fundamentar una decisión¹¹⁰.

2. *Nuevas técnicas de normación*

45. Ello no significa desconocer nuevas técnicas normativas favorables a la unificación del Derecho que se generan en determinados foros de codificación internacional. Ante la reticencia de los Estados a incorporarse a Leyes Uniformes, en una defensa a ultranza de sus particularismos jurídicos, se acude a un cauce mucho más flexible, cual es el de la Ley Modelo, que juega un papel cada vez más importante como cauce para la aproximación de las legislaciones al proporcionar a los Estados un gran margen de libertad al decidirse a regular una materia concreta a partir de soluciones aceptadas internacionalmente y modernizar su legislación de acuerdo con sus propias necesidades. Y ello sin desconocer que se trata de una técnica de codificación “alternativa” que ofrece un menor nivel de cooperación internacional configurándose muchas veces como una solución puntual a una concreta situación que como un mecanismo genérico de codificación¹¹¹. Una ley modelo es un texto legislativo que suele ser adoptado por lo general en el seno de una Conferencia internacional, que se recomienda a los Estados para su incorporación al Derecho interno. No tiene un carácter obligatorio directo, incluso los Estados no tienen obligación alguna de comunicar al órgano codificador o a otros Estados que ha incorporado al texto, sino que su función es inspirar al legislador interno a la hora de codificar una determinada materia cubierta por dicha Ley modelo. Habida cuenta de que estamos ante un modelo de texto legal preparado con la finalidad de que sea incorporado al Derecho interno, ese texto presenta los mismos rasgos que cualquier texto legal destinado a ser promulgado por un Parlamento y, por consiguiente, no contiene ninguna lista de “firmantes” como la que suele adjuntarse a los tratados internacionales.

El arquetipo descrito presenta la ventaja añadida de que en el procedimiento de incorporación al Derecho interno el Estado puede modificar o suprimir alguna de sus disposiciones, superando la práctica tradicional de las reservas que se produce cuando lo que se adopta es un texto convencional; dicha práctica no suele estar bien acogida en el ámbito de la codificación mercantil, incluso muchos acostumbrando los convenios a limitar escrupulosamente su alcance con

¹¹⁰ J.M. Van Dunne, “Narrative Coherence and Its Function in Judicial Decision Making and Legislation”, *AJCL*, vol. 44, 1996, pp. 463-486.

¹¹¹ A.L. CALVO CARAVACA, “Las fuentes del Derecho internacional privado”, *RGD*, 1986, p. 5075.

carácter excepcional. Y, en todo caso, la flexibilidad que caracteriza a esta técnica permite al legislador adaptar el texto modelo a sus peculiaridades internas, por ejemplo de naturaleza procesal. Bien entendido que las instituciones codificadoras recomiendan encarecidamente a los Estados que no recurran a esta práctica para hacer más efectiva la labor codificadora.

La Uncitral ha adoptado en los últimos tiempos esta técnica en un intento de superar reticencias estatales y de expandir una serie de principios de base en relación con ciertas instituciones. Un ejemplo significativo ha sido la Ley Modelo Uncitral sobre arbitraje comercial internacional de 1985, aunque no ha dado los frutos que de ella se esperaban; baste comprobar el desinterés del legislador interno respecto de la misma, en las posteriores Leyes estatales sobre arbitraje, señaladamente, la española de 2003.

Sin embargo la técnica de la Ley modelo no se ha generalizado en todos los foros internacionales de codificación; por ejemplo, la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado ha descartado desde hace muchos años la posibilidad de armonizar las normas de conflicto de leyes a través de leyes modelo, técnica propuesta por los representantes norteamericanos¹¹²; aunque esta situación que se ha flexibilizado en los últimos tiempos.

46. La mundialización y el rápido ritmo de la innovación tecnológica en el sector de los servicios y el de los productos de consumo hacen que sea difícil prever todos los problemas que puede plantear la protección de los consumidores y propicia procedimientos para la busca de soluciones adecuadas. Esto exige que las autoridades nacionales vigilen constantemente las políticas que determinan tal protección; sin embargo, las empresas también tienen su propio interés en ayudar a crear y promover un entorno seguro para los consumidores siendo objeto estas actividades de autorregulación cada vez de mayor atención y se traducen en códigos de buen gobierno.

Esta modalidad de autorregulación se manifiesta de formas muy diversas.

i) Cada vez es más frecuente que las empresas definan su propio código de valores éticos y otros principios corporativos que desean impulsar y respetar.

ii) El sector empresarial y las organizaciones de consumidores pueden trabajar juntos para elaborar y aplicar códigos voluntarios de autorregulación que

¹¹² K.H. NADELMANN y W.L.M. REESE, "The American Proposal at the Hague Conference on Private International Law to Use the Method of Uniform Laws", *AJCL*, 1958, pp. 239-247; K. NADELMANN, "Méthodes d'unification du droit international privé. La législation uniforme et les conventions internationales", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 37-51.

establezcan mecanismos eficaces y aplicables de protección de los consumidores y tal colaboración puede contribuir de manera eficaz a impulsar la confianza de estos.

iii) Tanto las organizaciones gubernamentales como las no gubernamentales pueden facilitar la elaboración de iniciativas y códigos voluntarios de autorregulación proporcionando consejos acerca de los elementos básicos de una protección global de los consumidores.

iv) Los gobiernos pueden ayudar aplicando leyes que respalden los esfuerzos del sector privado para proteger a los consumidores con códigos de autorregulación. Ahora bien, el conjunto de principios que se desprende de estas acciones puede resultar adecuado en algunos casos e inadecuado en otros por lo que no puede generalizarse una doctrina general acerca de la conveniencia o inconveniencia de su implantación. Aquellas medidas que pueden ser válidas para una empresa en un país determinado, pueden no serlo para otra empresa, incluso dentro del mismo país o sector.

Trasladando el planteamiento anterior a la práctica internacional se observa que los denominados “códigos de conducta” constituyen instrumentos jurídicos que pretenden regular algunos aspectos de las relaciones privadas internacionales como, principalmente, las actividades de las empresas multinacionales en los países de acogida¹¹³. Su origen no es otro que la ordenación de la práctica comercial existente en el mundo de las empresas al margen del intervencionismo del Estado pasando posteriormente esta técnica al ámbito del Derecho marítimo al conformar un catálogo de reglas pactadas entre empresas navieras. Sin embargo, esta técnica también se ha desarrollado en el ámbito del Derecho internacional público, que concibe a estos Códigos como un conjunto de principios y de normas relativas al comportamiento de ciertos “agentes internacionales” que se incorporan a un solo acto jurídico adoptado por los Estados¹¹⁴.

47. Otra manifestación del *soft law* viene determinada por las denominadas “Guías legislativas”, esto es, un texto puramente indicativo elaborado por una institución internacional que evite los inconvenientes que ofrece la codificación a través de tratados internacionales. El empleo de esta técnica se ha generalizado en los últimos años en el seno de la Uncitral partiendo de la base de la tendencia a la autonomía legislativa que suele experimentar el legislador estatal a la hora de codifi-

¹¹³ S.K.B. ASANTE, “United Nations: International Regulation of Transnational Corporation”, *JWTL*, vol. 13, 1979, pp. 55-66.

¹¹⁴ A.A. FATOUROS, “Le projet de Code international de conduite sur les entreprises transnationales: essai préliminaire d’évaluation”, *Journ. dr. int.*, t. 107, 1980, p. 6.

car determinadas cuestiones del Derecho de los negocios. De esta suerte la “Guía legislativa” suele acompañar al texto de una “Ley modelo” con el propósito de que ésta última resulte de mayor utilidad al legislador interno por su carácter de explicación general del texto unificado que va dirigida preferentemente al legislador interno a quien concierne la redacción de las normas. Sin embargo, las guías tienen como función facilitar la consulta del texto legal por parte del conjunto de los operadores jurídicos incluyendo los jueces y a los profesores.

A través de la técnica de las “Guías” se aconseja a los Estados la incorporación de un conjunto de principios y reglas de actuación que, a la postre, conducen a la armonización de importantes instituciones del comercio internacional dentro de la Uncitral.

VI. Interacción entre autorregulación y unificación en la creación del Derecho de los negocios internacionales

48. La creación del Derecho en el plano transnacional no es otra cosa que expresión de la realidad comercial en la actual etapa de las transacciones mercantiles internacionales que encuentra en la autorregulación privada, en los procesos de unificación de carácter institucional y en la interacción de ambas técnicas normadoras su máxima expresión. Incluso en el propio marco contractual, la autorregulación debe quedar completada necesariamente con un ordenamiento comercial común que suministre los principios fundamentales necesarios aplicables a las transacciones que estamos estudiando y ese ordenamiento sólo puede surgir de un movimiento de cooperación internacional entre los Estados. El tráfico comercial internacional ha reivindicado históricamente la nota de universalidad, mucho antes de que las relaciones entre los pueblos y entre los Estados alcanzasen el grado de fluidez que ofrecen en la hora actual. Un sistema jurídico y mucho menos un sistema dedicado a la reglamentación de las transacciones mercantiles internacionales no puede mantenerse constreñido en reglamentaciones normativas producto exclusivo del legislador interno desfasadas e inadecuadas a la realidad jurídica actual. Precisa, por el contrario, una acomodación a las realizaciones concretas que se producen en la comunidad internacional. La codificación interna ha de desarrollarse de manera paralela y coordinada con la codificación internacional. Mas dentro de esta última no puede perderse de vista que tampoco puede evolucionar al margen de unificación jurídica. Y ello, no cabe duda, ofrece una nota de rigidez de la que está exenta la codificación interna.

49. Un balance valorativo del proceso de unificación internacional del Derecho de los negocios transnacionales registra una serie de datos de interés que no presentan un carácter estático, sino que son elementos fruto de un momento histórico muy concreto y, por tanto, susceptibles de variación en función de los procesos de globalización y regionalización característicos de la sociedad internacional de nuestros días. La unificación no es un fenómeno expansivo y que si bien puede predicarse de determinadas materias jurídicas, especialmente vinculadas al sector de los transportes, de las propiedades especiales o del arbitraje, coexiste con una marcada tendencia hacia el particularismo. Sin embargo, el particularismo, la necesidad de un ahondamiento metodológico y los intereses hegemónicos no son los únicos problemas en presencia.

Al margen de las experiencias que únicamente son factibles en determinados círculos jurídicos que cuentan con procedimientos de interpretación uniforme, los cauces tradicionales de la unificación han mostrado sobradamente sus insuficiencias, señaladamente los instrumentos basados en Leyes Uniformes y en Leyes Modelos, que se han declarado las más de las veces impotentes frente a la tendencia irresistible de los Estados al particularismo. Por eso conviene no sacralizar el proceso de unificación internacional y mucho menos su formalización a través de un procedimiento de normación internacional: la solución uniforme no tiene por qué ser necesariamente la mejor y las construcciones basadas en su supuesta bondad por descansar, pura y simplemente, en un texto internacional deben aceptarse con muchas reservas. El fenómeno de la unificación, heredero del postulado de la armonía internacional de soluciones, no es un fin en sí mismo, no es un valor abstracto. Únicamente puede calificarse de positivo si ofrece soluciones adecuadas y mejor adaptadas de las que se encuentran en las normas internas; si, en rigor, sirven para clarificar y racionalizar las soluciones internas.