

**DESARROLLO Y EFICACIA DE REGLAS
TRANSNACIONALES CON
PARTICIPACIÓN DE ACTORES NO ESTATALES**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

*La Gobernanza del interés público global (XXV Jornadas de la
Asociación española de Derecho internacional y relaciones
internacionales)*

N. Bouza, C. García y A.J. Rodrigo (dirs.)
Madrid, Tecnos, 2015

pp. 333-360

ISBN: 978-84-309-6504-5

* Catedrático de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
E- 28040 MADRID
pdmigue@der.ucm.es

*Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es>*

Desarrollo y eficacia de reglas transnacionales con participación de actores no estatales*

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

I. PLANTEAMIENTO. II. SIGNIFICADO DE LAS REGLAS EXTRAESTATALES EN LA ORDENACIÓN DE LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES. III. *SOFT LAW* Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: NUEVOS FOROS DE ELABORACIÓN. IV. TRANSFORMACIÓN SOCIAL Y PRIVATIZACIÓN DE LOS ÁMBITOS DE PRODUCCIÓN NORMATIVA. V. ACTORES NO ESTATALES Y FUNCIONAMIENTO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS. VI. LÍMITES A LA APLICACIÓN DE REGLAS PRIVADAS TRANSNACIONALES: EL EJEMPLO DE LA CONTRATACIÓN FINANCIERA. VII. ORGANIZACIONES INTERGUBERNAMENTALES Y ACTORES NO ESTATALES EN LA ORDENACIÓN DE LOS RECURSOS GLOBALES DE INTERNET. VIII. EFICACIA DE LAS NORMAS DE LA ICANN. IX. CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO

Desde la perspectiva de una reflexión conjunta sobre el llamado interés público global, como la que pretenden estas XXV Jornadas de la AEDPIRI, la referencia a las reglas transnacionales con participación de actores no estatales cobra especial sentido en la medida en que se aprecie que el desarrollo de tales reglas, aunque centradas en la regulación de relaciones privadas internacionales, ha ido unido en los últimos años a su particular importancia en la ordenación de ciertas cuestiones de trascendencia global. Su evolución reciente se vincula además con la expansión cuantitativa y cualitativa de las relaciones privadas transfronterizas, la creciente importancia del desarrollo de

* Esta contribución ha sido elaborada en el marco del proyecto de investigación DER 2012-34086, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y se corresponde con el texto de la ponencia del autor en las XXV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales (Barcelona, 19-20 de septiembre de 2013).

mecanismos privados para hacer frente a la peculiar inseguridad jurídica propia de tales relaciones, así como la complejidad y alcance global de ciertos mecanismos y fenómenos de la realidad social, que se vinculan con una erosión del conocimiento y del poder de los Estados individuales para regularlos de manera eficiente.¹

Punto de partida en la presente exposición debe ser la referencia al papel tradicional desempeñado por las reglas extraestatales en la ordenación de las relaciones privadas internacionales (apartado II), como presupuesto del análisis de la evolución de ese tipo de normas. Conviene también prestar atención a la convergencia entre algunos de los tipos de instrumentos adoptados tradicionalmente por operadores privados y la actividad reciente de las organizaciones internacionales clásicas dedicadas a elaborar normas de Derecho internacional privado (apartado III). La expansión de las reglas transnacionales elaboradas por operadores privados se vincula con la importante transformación de la realidad social en los últimos lustros, al hilo de la globalización y el desarrollo de la sociedad de la información (apartado IV). El limitado alcance de este trabajo, unido a la diversidad sectorial que caracteriza la producción normativa en el ámbito transnacional, aconsejan seleccionar dos áreas en las que la elaboración de reglas por actores no estatales ha alcanzado una especial relevancia y condiciona la ordenación de cuestiones de trascendencia global. De una parte, el funcionamiento de los mercados financieros (apartados V y VI); de otra, la estructura e interconexión global de Internet (apartados VII y VIII). Cada uno de estos sectores se presta a un análisis diferenciado de los presupuestos y características de los actores no estatales relevantes, de las normas que elaboran y de su eficacia.

II. SIGNIFICADO DE LAS REGLAS EXTRAESTATALES EN LA ORDENACIÓN DE LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES

Dejando de lado los instrumentos supranacionales, como los adoptados por la UE, desde hace años la superación del carácter estatal de las normas reguladoras de las

¹ J. Basedow, “The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations”, *R. des C.*, vol. 360, 2013, pp. 1-515, pp. 98 y 139.

relaciones privadas internacionales tiene lugar en buena medida a través de métodos flexibles, muy alejados de los tradicionales mecanismos de unificación del Derecho o creación del llamado Derecho uniforme². El interés en la elaboración de normas transnacionales es bien conocido en aquellos ámbitos vinculados al comercio internacional en los que la uniformización basada en instrumentos intergubernamentales es limitada y el incremento de la actividad internacional dota de gran utilidad al desarrollo progresivo de normas o estándares comunes³. Las deficiencias en los mecanismos tradicionales de creación de normas de Derecho uniforme –mediante la celebración de convenios internacionales- condicionan los limitados logros alcanzados y la calidad de las normas elaboradas⁴, así como la búsqueda de alternativas⁵. Ciertas organizaciones internacionales con significativas experiencias previas en la elaboración de reglas de *soft law*, como es el caso de UNIDROIT, han dado muestras en los últimos años de las peculiares posibilidades de cooperación que se abren en estos ámbitos flexibles de elaboración de normas incluso para las organizaciones intergubernamentales⁶.

Antes de hacer referencia a ámbitos más novedosos de privatización normativa, asociados a la reciente transformación social, conviene partir de que el recurso a reglas extraestatales es un elemento bien conocido como componente de la ordenación de las

² Acerca de la caracterización de los mecanismos formales de uniformización jurídica, *vid.* K. Linhart, *Internationales Einheitsrecht und einheitliche Auslegung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, pp. 19-30.

³ *Vid.* S. Huber, *Entwicklung transnationaler Modellregeln für Zivilverfahren*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 25-32.

⁴ *Vid.*, *v.gr.*, P.B. Stephan, “The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law”, *Va. J. Int'l L.*, vol. 39, 1999, pp. 743-797.

⁵ Por ejemplo, acerca del potencial, pero también de las peculiares dificultades –como las vinculadas a su acusada politización-, de la OMC como organización internacional para la armonización de las legislaciones nacionales y, en particular su comparación con UNCITRAL, *vid.* A. Reich, “The WTO as a Law-Harmonizing Institution” *U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, vol. 25, 2004, pp. 321-382.

⁶ Así, los Principios de procedimiento civil transnacional, preparados por UNIDROIT y por el *American Law Institute* constituyen una suerte de combinación entre los mecanismos de elaboración de *soft law* en el marco intergubernamental y destinado a los legisladores o autoridades judiciales –como es propio de ciertas leyes modelo o de los Principios de la Conferencia de La Haya-, y mecanismos más flexibles (recopilaciones de estándares o principios).

relaciones privadas internacionales⁷. La expansión de las normas extraestatales se ha visto favorecida por la progresiva formación de un mercado (e incluso una sociedad civil) global y por la erosión del significado de la soberanía estatal en el sistema de fuentes del Derecho⁸. Así, en el marco del comercio internacional, la práctica de los operadores, ciertas organizaciones por ellos creadas y los mecanismos arbitrales establecidos son elementos determinantes en la configuración de un conjunto normativo, autónomo -de hecho- respecto de los ordenamientos estatales, referido a las transacciones mercantiles internacionales⁹. En este ámbito el desbordamiento del carácter estatal de las normas reguladoras de las situaciones privadas internacionales no es consecuencia de la cesión de competencias de los Estados a organizaciones supranacionales ni del establecimiento de un entramado intergubernamental de creación de normas u otro tipo de compromisos entre Estados, sino que se desarrolla básicamente al margen de la intervención de los Estados y de sus correspondientes procesos legislativos y vinculado también a una progresiva privatización de la justicia producto del desarrollo de mecanismos alternativos de solución de controversias como ilustra la expansión del arbitraje comercial internacional. Desde la perspectiva procesal, el arbitraje comercial internacional resulta un marco que favorece -en línea con las flexibles disposiciones de las normas sobre ley aplicable al fondo características de los reglamentos de las instituciones arbitrales¹⁰- el empleo (y por lo tanto también la creación y eficacia) de normas materiales uniformes relativas a los negocios internacionales, evitando la sistemática “nacionalización” de éstos y su sometimiento a

⁷ P.A. De Miguel Asensio, “Contratación comercial internacional”, en J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. De Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 4ª ed., 2013 2001, pp. 257-358, pp. 326-329.

⁸ Vid. K.P. Berger, “The New Law Merchant and the Global Market Place”, id. (ed.), *the Practice of Transnational Law*, La Haya, Kluwer, 2001, pp. 1-22, pp. 14-19.

⁹ Acerca del concepto y categorías de autorregulación, con ejemplos de recopilaciones de cláusulas o normas, vid. F. De Ly, “Uniform Commercial Law and International Self-Regulation”, *Dir.com.int.*, vol. 11, 1997, pp. 519-547, pp. 520-525.

¹⁰ Es ilustrativo el artículo 21 del Reglamento de arbitraje 2012 de la CCI vigente a partir del 1 de enero de 2012, que, en la línea con la versión previa del Reglamento, establece que: “Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas”.

una normativa estatal ideada típicamente para transacciones internas, como es en principio propio del funcionamiento de las reglas de conflicto.

La proliferación de normas transnacionales en sectores de Derecho privado favorece una cierta difuminación de categorías previas y lleva a hablar de un creciente Derecho privado internacional¹¹, que pone el acento en la creación de normas a escala internacional, más que en que tales normas se hallan destinadas a regular situaciones privadas internacionales, como es característico del término Derecho internacional privado. Pero ahora interesa más destacar que los estudiosos en los últimos años de la llamada regulación privada transnacional, centrada en una perspectiva socio-política, al abordar la eficacia y aplicación de regímenes normativos privados, han desconocido por completo la existencia del Derecho internacional privado¹², o han ofrecido una visión sesgada y un tanto obsoleta de su potencial en este ámbito¹³. Una conclusión similar se impone con respecto a estudios relativos a los mecanismos informales de creación de normas internacionales en general¹⁴. El objeto del Derecho internacional privado va referido a situaciones privadas conectadas con más de un país (jurisdicción u ordenamiento jurídico), de modo que la referencia estatal condiciona la determinación de las relaciones comprendidas en el mismo, así como la reglamentación de esas situaciones, ya que típicamente la misma tiene lugar mediante la determinación del ordenamiento nacional aplicable a una concreta relación privada. No obstante, la eventual aplicación de reglas extraestatales resulta algo bien conocido en el ámbito del Derecho internacional privado¹⁵. Se trata de una práctica muy extendida en ciertos sectores, en particular en el ámbito mercantil. Así lo ilustra el considerando 13 del

¹¹ *Vid.*, v.gr., J. Spanogle, “The Arrival of International Private Law”, *Geo. Wash. J. Int’l L. & Econ.*, vol. 25, 1991, 477-522; y en relación con la actividad de UNCITRAL y UNIDROIT, *vid.*, C.R. Reitz, “Globalization, International Legal Developments, and Uniform State Laws”, *Loyola Law Review*, vol. 51, 2005, pp. 301-327, pp. 304-305.

¹² J. Bomhoff y A. Meuwese, “The Meta-regulation of Transnational Private Regulation”, *Journal of Law and Society*, vol. 38, 2011, pp. 138-162, p. 149.

¹³ *Ibíd.*, pp. 151-155.

¹⁴ *Vid.* J. Pauwelyn, R.A. Wessel and J. Wouters, *Informal International Lawmaking*, Oxford, OUP, 2012.

¹⁵ *Vid.* J.C. Fernández Rozas, “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional”, *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 35-78; y N. Bouza Vidal, “La elección conflictual de una normativa no estatal sobre contratos internacionales desde una perspectiva europea”, *Pacis Artes. Obra homenaje al prof. J.D. González Campos*, Madrid, Eurolex, 2005, pp.1308-1334.

Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I), que no supuso un avance en la materia, sino que se limitó a dejar constancia de un estado de cosas admitido ya en el marco del Convenio de Roma de 1980, al establecer expresamente que el Reglamento “no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal”. Por otra parte, resulta también reseñable cómo algunas de las técnicas de reglamentación del Derecho internacional privado aportan mecanismos apropiados para asegurar el respeto a los intereses estatales relevantes en la ordenación de las relaciones privadas internacionales, operando en caso necesario como límite a la aplicación de reglas extraestatales. Aunque en el contexto de la globalización la aplicación de las legislaciones nacionales puede presentar carencias en la regulación de ciertos sectores o actividades, cabe afirmar que el potencial regulatorio del Derecho internacional privado resulta esencial en ese marco¹⁶.

Particular atención merece la circunstancia de que la tendencia a la desnacionalización del régimen jurídico de las transacciones internacionales se relaciona con el desarrollo de instrumentos normativos de calidad, equilibrados, flexibles y con un amplio alcance material -el máximo exponente lo constituyen los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 1994, si bien su última versión es de 2010-, que facilitan la remisión por las partes a su contenido con base en la autonomía de la voluntad, el recurso a sus disposiciones por los órganos llamados a resolver las controversias e incluso contribuyen -por su elaborado contenido en materias de Derecho dispositivo- a erosionar el alcance de la tradicional distinción entre autonomía conflictual -vinculada a la idea de localización en un ordenamiento estatal- y autonomía material. Los supuestos de aplicación de los Principios UNIDROIT aparecen recogidos en su Preámbulo, según el cual "deberán" aplicarse si las partes han acordado someter el contrato a sus disposiciones; "podrán" ser aplicados cuando la partes hayan acordado que el contrato se rija por los principios generales del Derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes; pueden, además, proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar la

¹⁶ Vid. R.Wai, “Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization”. *Colum. J. Transnat'l L.*, vol. 40, 2002, pp. 209-274.

regla de derecho aplicable al contrato; y también pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme (lo que resulta de gran importancia en la medida en que pueden ser considerados principios generales del Derecho de la contratación internacional)¹⁷. Por último, los Principios pueden servir de modelo para los legisladores a nivel internacional. Para tratar de favorecer el empleo en la práctica de los Principios UNIDROIT, en la medida en que la eventual aplicación de instrumentos de *soft law* de este tipo depende básicamente de que las partes así lo prevean, en el marco de UNIDROIT se han elaborado recientemente un conjunto de cláusulas modelo para la utilización de los Principios¹⁸.

El contenido de los Principios UNIDROIT -que, a diferencia de lo que ocurría tradicionalmente con los mecanismos no estatales de uniformización jurídica, constituye un conjunto normativo apto para fijar en la mayor parte de los supuestos el marco imperativo contractual y el régimen supletorio a lo no previsto por las partes (sin perjuicio de que en algunos sectores como el de la validez del contrato existen importantes lagunas¹⁹)- condiciona la repercusión de esta normativa uniforme en la ordenación de los contratos internacionales. Conforme al artículo 3 del Reglamento Roma I las partes sólo pueden elegir como ley del contrato un ordenamiento estatal (o el de una unidad territorial con sus propias normas sobre obligaciones contractuales), pues frente al contenido de la Propuesta inicial de la Comisión de 2010²⁰ el texto final del Reglamento únicamente se refiere a esta cuestión en su considerando 13, para establecer que el Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un

¹⁷ Acerca de los criterios de aplicación de los Principios de UNIDROIT, *vid.* S. Vogenauer y J. Kleinheisterkamp, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford, OUP, 2009, pp. 21-110. Además, *vid.* F. Ferrari, “Defining the Sphere of Application of the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Tul.L.Rev.*, vol. 69, 1995, pp. 1225-1237; J.C. Wichard, “Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte”, *RabelsZ*, vol. 60, 1996, pp. 269-302; y K. Boele-Woelki, “Die Anwendung der UNIDROIT-Principles auf internationale Handelsverträge”, *IPRax*, vol. 17, 1997, pp. 161-171.

¹⁸ UNIDROIT, *Model Clauses for Use of UNIDROIT Principles, Model Clauses for Use of UNIDROIT Principles*, <<http://www.unidroit.org/english/modellaws/2013modelclauses/main.htm>>.

¹⁹ Cf. M.E. Storme, “Harmonization of the law on (substantive) validity of contracts (illegality and immorality)”, *Festschrift für U. Drobnig*, Tubinga, Mohr, 1998, pp. 195-207, pp. 195-196.

²⁰ COM (2005) 650 final, 15.12.2005.

Derecho no estatal²¹. El progresivo desarrollo de conjuntos extraestatales tan elaborados como los Principios UNIDROIT tiene como consecuencia que su eventual elección por las partes pueda implicar en la práctica que no resulte preciso acudir a la ley (estatal) del contrato para regular la cuestión controvertida. Por una parte, estas reglas extraestatales van referidas típicamente a cuestiones reguladas por normas de Derecho dispositivo²², de modo que pueden ser desplazadas por las reglas extraestatales, y por el nivel de desarrollo de la normativa extraestatal, el recurso a la ley del contrato con carácter supletorio puede resultar residual en la práctica. Además, de cara al futuro, si bien la elección de los Principios UNIDROIT como aplicables al contrato no puede ser considerada un supuesto de ejercicio de la autonomía conflictual -que debe ir referida a la ley de un país-, se impone una evolución que facilita que en la práctica su eficacia puede resultar muy próxima y desbordar los límites tradicionales de la autonomía material. Habiendo pactado las partes sin matizaciones que el contrato se regirá por los Principios UNIDROIT, éstos deberían prevalecer sobre todas las normas -tanto dispositivas como imperativas- de la ley del contrato²³ -cuya aplicación práctica sólo es necesaria de existir lagunas insuperables- sin perjuicio de la eficacia de las normas imperativas relevantes (art. 9 RRI) e incluso del orden público del foro. Esa solución se corresponde con el significado de la autonomía de la voluntad en la contratación mercantil internacional y no menoscaba los intereses del foro -cuyo Derecho internacional privado permite que sus reglas imperativas de Derecho de obligaciones sean derogadas a través de la remisión a otro ordenamiento estatal- habida cuenta de que, por su elaboración, los Principios de UNIDROIT garantizan un nivel de protección y equilibrio equivalente al de las normas sobre Derecho de obligaciones de los

²¹ E. Loquin, “Rome I et les principes et règles de droit matériel international des contrats”, S. Corneloup and N. Joubert (dirs.), *Le Règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Dijon, Litec, 2011, pp. 119-136.

²² Así con respecto a la aplicación de los Principios de UNIDROIT, se ha puesto de relieve que las normas imperativas “ordinarias” (como categoría contrapuesta a las normas internacionalmente imperativas) resultan excepcionales en el ámbito del Derecho contractual general, sin perjuicio de constatar que en ocasiones puedan existir normas imperativas en cuestiones reguladas en los Principios, como la imposición de ciertos requisitos específicos de forma, uso de condiciones generales, exigencia de autorizaciones públicas, adaptación contractual, cláusulas penales, *vid.* UNIDROIT, *Model Clauses...*, *op. cit.*, Model Clause No. 2, Comment § 5, at p. 15.

²³ P.A. De Miguel Asensio, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *Dir.com.int.*, vol. 12, 1998, pp. 859-893, at pp. 877-878.

ordenamientos estatales; sin perjuicio -cabe recordarlo- de que en caso de laguna insuperable será necesario acudir a la ley aplicable en defecto de elección conforme al artículo 4 Reglamento Roma I (o la ley elegida por las partes si han tenido la precaución de especificar una concreta ley estatal como ley del contrato).²⁴ Aunque no debe ser un elemento determinante, cabe señalar que la tendencia a favorecer la eficacia de la regulación privada extraestatal se convierte en el contexto actual de competencia entre ordenamientos en un factor relevante²⁵, que condiciona la percepción por las partes como más favorable de un país de cara a seleccionarlo eventualmente como foro para la solución de controversias -pues resulta determinante del sistema de Derecho internacional privado aplicable- o como ordenamiento rector (en lo no previsto en la normativa extraestatal) a la transacción.

III. *SOFT LAW* Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: NUEVOS FOROS DE ELABORACIÓN

Al tratar de la evolución de la regulación transnacional en la ordenación de las relaciones privadas internacionales resulta preciso hacer referencia a cómo la expansión de los foros de desarrollo de normas flexibles de *soft law* se ha proyectado incluso sobre la actividad de las organizaciones internacionales de carácter intergubernamental que han tenido tradicionalmente un mayor peso en el ámbito del Derecho internacional privado, mediante la elaboración de convenios internacionales en la materia. Si bien en el caso de otras organizaciones internacionales, como la CNUDMI/UNCITRAL o UNIDROIT, la opción por el recurso a instrumentos del llamado *soft law*, como las leyes modelo o las recopilaciones de principios, es bien conocida; resulta ahora especialmente destacable que la propia Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, en el ámbito de la ley aplicable a los contratos, haya optado por

²⁴ UNIDROIT, *Model Clauses...*, *op. cit.*, Model Clauses No. 1.2 (a) and (b), at pp. 9-10.

²⁵ Cf. D. Wielsch, “Global Law's Toolbox: Private Regulation by Standards”, *AJCL*, vol. 60, 2012, pp. 1075-1104, p. 1100.

elaborar un conjunto de principios sobre elección de la ley aplicable²⁶, alejándose de su mecanismo tradicional centrado en la adopción de convenios internacionales. Los inconvenientes asociados al empleo de convenios internacionales de Derecho uniforme son bien conocidos, aunque con frecuencia han estado especialmente asociados a la elaboración de normas materiales. Entre esos inconvenientes se encuentran la excesiva rigidez de las normas codificadas internacionalmente, que dificulta su adaptación a las cambiantes circunstancias socioeconómicas²⁷, al tiempo que el riesgo de divergencias interpretativas según los países menoscaba el efecto uniformador, en peligro también por el gran número de excepciones y reservas. Además, la experiencia demuestra que bajo la directa influencia de los Estados, la elección de los temas no siempre ha sido la más acorde a los intereses y necesidades de la práctica, al tiempo que el enfoque negociador de los Estados como una cuestión de intereses políticos o de soberanía dificulta que las consideraciones de técnica jurídica y eficiencia sean las determinantes en la elaboración de reglas de Derecho privado -elaboradas al margen de un sistema y en las que prevalece la voluntad uniformizadora- contenidas en convenios internacionales²⁸. En el panorama actual -muy diferente al del siglo XIX- con más de doscientos Estados soberanos, no sólo el acuerdo en las conferencias diplomáticas sobre el texto de convenios internacionales suele ser muy complejo, sino que sobre todo el posterior proceso de ratificación y entrada en vigor del convenio suele resultar incierto y muy lento²⁹.

Ciertamente, se trata de una evolución, vinculada a las dificultades inherentes a la celebración de convenios internacionales también en este ámbito y en el seno de la Conferencia de La Haya³⁰, y a la incierta eficacia de los mismos, que debe valorarse a la

²⁶ “Draft Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts” (as approved by the November 2012 Special Commission meeting), http://www.hcch.net/upload/wop/contracts2012principles_e.pdf.

²⁷ *Vid.*, v. gr., J. Kropholler, *Internationales Einheitsrecht (Allgemeine Lehren)*, Tubinga, 1975, pp. 94-98.

²⁸ *Vid.* H. Kronke, “International Uniform Commercial Law Conventions: Advantages, Disadvantages, Criteria for Choice”, *ULR*, 2000, pp. 13-21, pp. 17-20.

²⁹ *Cf.* J. Basedow, “Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *ULR*, 2000, pp. 129-139, pp. 129-130.

³⁰ Así, sobre las dificultades con las que se enfrenta en el marco de la Conferencia de La Haya la reanudación del proyecto de elaborar un convenio internacional sobre (competencia judicial) y

luz de la experiencia inmediatamente anterior de elaboración de un convenio internacional en un ámbito de particular trascendencia en materia contractual, como es el Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro³¹. En todo caso, al valorar el limitado alcance de la nueva iniciativa de la Conferencia de La Haya, es de destacar que su contenido se ciñe a reglas sobre los acuerdos de elección de la ley aplicable por las partes. Por lo tanto, no incorpora reglas materiales, al tiempo que si bien tales pactos se incorporan típicamente o van referidos a contratos entre particulares, los destinatarios de los mismos serían en la práctica básicamente los legisladores al elaborar las normas sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (o los tribunales al aplicarlas) y no los operadores privados, como establece el propio preámbulo de los Principios.

Por otra parte, la rápida evolución social en ciertos ámbitos acentúa la falta de adaptación de los sistemas de Derecho internacional privado. La rigidez en los mecanismos de elaboración de normas en el marco de las organizaciones internacionales, así como las dificultades inherentes a la formulación de una regulación de calidad en el ámbito estatal o regional, explican el desarrollo alcanzado en ciertos sectores por conjuntos de principios elaborados en un entorno académico, con el propósito de servir de referencia en los procesos de reforma legislativa. Así ocurre en el ámbito de la propiedad intelectual, en la que dos conjuntos de principios de Derecho internacional privado, con comentarios, se han convertido en una referencia básica en los procesos de reforma legislativa en este ámbito³². En concreto, se trata de los “Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes”, adoptados en 2008 por el American Law Institute³³; y los Principios sobre

reconocimiento y ejecución de decisiones, a la luz de las divergencias entre los modelos de la UE y de EEUU, con especial referencia al alcance de la competencia en materia de obligaciones contractuales, *vid.* R.A. Brand, “Jurisdictional Developments and the New Hague Judgments Project”, *A Commitment to Private International Law – Essays to Honour Hans van Loon*, Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 89-99.

³¹ Que a 30 de septiembre de 2013 todavía no ha alcanzado las dos ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, *vid.* <<http://www.hcch.net>>.

³² *Vid.* S. Bariatti (ed), *Litigating Intellectual Property Rights Disputes Cross-Border: EU Regulations, ALI Principles, CLIP Project*, Milán, CEDAM, 2010.

³³ American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgments in Transnational Disputes*, St Paul, ALI Publishers, 2008.

Derecho internacional privado de la propiedad intelectual, elaborados por el Grupo Europeo Max Planck (Principios CLIP)³⁴. El interés en el desarrollo a escala global de estas iniciativas y de otras similares en Asia ha sido reconocido por la International Law Association³⁵.

En concreto, los Principios CLIP han sido elaborados, en el marco de una iniciativa conjunta del Instituto Max-Planck de Múnich de propiedad intelectual y el Instituto Max-Planck de Hamburgo de Derecho internacional privado como un instrumento flexible de *soft law*, susceptible de ser utilizado con diversas finalidades, en múltiples ámbitos y por operadores diferentes. Su objeto recae sobre un ámbito en el que los resultados logrados por los esfuerzos destinados a elaborar convenios internacionales han sido muy escasos, al tiempo que las legislaciones nacionales (y de la UE) se caracterizan con frecuencia por su escasa regulación y falta de claridad. Por ello, los Principios contemplan su eventual utilización para interpretar o complementar el derecho internacional y nacional, así como para servir de modelo a los legisladores nacionales, regionales e internacionales. En la línea de lo que es propio de otros instrumentos de similar naturaleza, se contempla también en su Primera Parte que los Principios puedan ser utilizados por los tribunales y árbitros como expresión de principios generales de derecho internacional privado en materia de propiedad intelectual, así como que puedan resultar de utilidad para las partes al configurar sus relaciones contractuales y extracontractuales.

IV. TRANSFORMACIÓN SOCIAL Y PRIVATIZACIÓN DE LOS ÁMBITOS DE PRODUCCIÓN NORMATIVA

La creciente complejidad y descentralización en el establecimiento de estándares internacionales se traduce en una expansión de la creación de normas en niveles

³⁴ European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Conflict of Laws in Intellectual Property (Text and Commentary)*, Oxford, OUP, 2013.

³⁵ The International Law Association, “Intellectual Property and Private International Law. Committee Report”, *Report of the Seventy-Fifth Conference*, London, 2012, pp. 791-813.

diversos³⁶. En concreto, la transformación social de los últimos años ha ido unida a un gran desarrollo de nuevos ámbitos privados o extraestatales de elaboración de normas, típicamente destinadas a regular actividades transfronterizas. Además, entre los fenómenos que comprende la actual regulación privada transnacional se encuentran algunos con características novedosas, que son básicamente el producto de la actividad de ciertos actores privados -incluyendo múltiples organizaciones-, que tradicionalmente han estado al margen de la creación de la llamada *lex mercatoria*.³⁷ Algunas de esas organizaciones presentan características muy peculiares, vinculadas al particular sector al que van referidas, y han alcanzado un singular poder.

Si bien la continuada expansión de esta normativa transnacional se corresponde, como ha sido tradicional, con las carencias de las legislaciones estatales –y de los convenios internacionales- para la regulación global y para el control del respecto a los estándares internacionales, así como la necesidad de superar la fragmentación inherente a la coexistencia de las diversas legislaciones estatales; el alcance de este fenómeno se ha visto transformado por la repercusión del desarrollo de ciertas tecnologías como las de Internet, así como por el significado de la adopción de estándares globales en un entorno social caracterizado por un desplazamiento hacia modelos de organización y actividad de alcance mundial, así como una cada vez mayor interdependencia económica, que menoscaba la posición del Estado-nación, incluso como fuente creadora de derechos y obligaciones³⁸.

El desarrollo privado de regímenes reguladores de las relaciones privadas internacionales se caracteriza por su alcance sectorial, y el recurso a una pluralidad de mecanismos de creación de estándares³⁹. Entre ellos ocupa un lugar destacado la elaboración de condiciones generales, cláusulas contractuales y contratos modelo. Así,

³⁶ Vid. v.gr., J.D. Wilets, “A Unified Theory of International Law, the State, and the Individual: Transnational Legal Harmonization in the Context of Economic and Legal Globalization”, *U. Pa. J. Int’l L.*, vol. 31, 2010, pp. 753-825.

³⁷ Vid. F. Cafaggi, “New Foundations of Transnational Private Regulation”, *Journal of Law and Society*, vol. 38, 2011, pp. 20-40.

³⁸ P.A. De Miguel Asensio, “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *AEDIPr*, 2001, pp. 37-87.

³⁹ Vid. D. Casey y C. Scott, “The Crystallization of Regulatory Norms”, *Journal of Law and Society*, vol. 38, 2011, pp. 76-95.

más allá de la labor de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)⁴⁰, cabe reseñar cómo en el ámbito de los proyectos internacionales de construcción destaca el uso generalizado de los modelos elaborados por una organización privada, integrada por representantes de los diversos operadores del sector, como es la *Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils (FIDIC)*. Sus términos contractuales operan como una suerte de mecanismo uniformizador que facilita una distribución de riesgos entre los contratantes respetuosa con las particularidades de este sector, y suple la ausencia de convenios internacionales. Los contratos constituyen también el mecanismo básico para la efectividad de estándares adoptados en el marco de otros regímenes extraestatales complejos, que han adquirido una creciente importancia en los últimos años en relación con aspectos vinculados a la protección del medio ambiente –como ilustran los estándares elaborados por el *Forest Stewardship Council*–, la tutela de los trabajadores o la protección de los consumidores. La inclusión en cadenas de contratos resulta determinante de la efectividad de muchos de esos estándares. También se ha producido un desarrollo significativo de códigos de conducta (por ejemplo, en materia publicitaria o de comercio electrónico), cuya efectividad se subordina típicamente a la adhesión voluntaria, si bien es frecuente que incorporen mecanismos institucionales para sancionar los incumplimientos⁴¹, al tiempo que, como demuestra la experiencia de la UE, las legislaciones estatales sobre prácticas comerciales desleales pueden sancionar el incumplimiento de esos compromisos por los operadores⁴².

Ahora bien, la heterogeneidad característica de los ámbitos e instrumentos de normas transnacionales, unida al carácter limitado de este trabajo, justifican la selección de un par de sectores, en atención a su especial relevancia desde la perspectiva de la ordenación de actividades con efectos globales, y porque en ellos se ha asistido en los últimos años al desarrollo progresivo de un importante acervo de Derecho transnacional creado por organizaciones privadas que ha alcanzado especial trascendencia. En

⁴⁰ <<http://www.iccwbo.org>>.

⁴¹ Vid. C. Scott, “Beyond Taxonomies of Private Authority in Transnational Regulation”, *German Law Journal*, vol. 13, 2012, pp. 1329-1338.

⁴² Vid., v.gr., artículo 6.2.b) Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (DO 2005 L 149/22), y artículos 5.2 y 21 de la Ley de competencia desleal.

concreto, esos dos sectores son el relativo a los mercados financieros, y el sistema de nombres básico en el funcionamiento de Internet.

V. ACTORES NO ESTATALES Y FUNCIONAMIENTO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

La *International Swaps and Derivatives Association* (ISDA)⁴³ es la principal organización privada relativa a la ordenación de los mercados financieros internacionales, en la que participan sus actores más destacados, para los que reviste particular importancia la gestión de los riesgos de esos mercados y el régimen de los derivados extrabursátiles⁴⁴. Precisamente, la ISDA ha sido pionera en la formulación de estándares tendentes a reducir los riesgos y proporcionar seguridad jurídica en relación con el empleo de derivados financieros⁴⁵. La relevancia de estos instrumentos para el sistema financiero global se ha visto acentuada por su significado como mecanismo de protección frente a riesgos de impago incluso por parte de los Estados, como ilustra la trascendencia de los aspectos suscitados por el régimen de las permutas de cobertura por impago (*credit default swaps*) de los tenedores de deuda pública en relación con la reestructuración de la deuda de Grecia.

Instrumento esencial para el establecimiento de estándares por parte de la ISDA con respecto al mercado de derivados es la formulación de un contrato modelo junto con una serie de definiciones de los términos utilizados en el mismo. Ciertamente, con el propósito de armonizar el régimen de estas transacciones, proporcionar previsibilidad y seguridad jurídica, reduciendo los costes de su negociación, el *Master Agreement* de la ISDA se configura como un modelo, que las partes de las concretas transacciones tienen a su disposición, como un conjunto elaborado de cláusulas, que si bien las partes pueden modificar, ha alcanzado un reconocimiento generalizado y un uso muy extendido, en

⁴³ <<http://www2.isda.org>>.

⁴⁴ S. M. Flanagan, “The Rise of a Trade Association: Group Interactions within the International Swaps and Derivatives Association”, *Harv. Negot. L. Rev.*, vol. 6, 2001, pp. 211-264.

⁴⁵ vid. C.M. Baker, “Regulating the Invisible: The Case of the Over-the-Counter Derivatives”, *Notre Dame L. Rev.*, vol. 85, 2010, pp. 1287-1378, p. 1359.

línea con el criterio de que evita los costes y riesgos inherentes a la negociación individual de los términos del contrato⁴⁶.

En la práctica internacional los contratos relativos a derivados, incluidas las permutas de cobertura por impago (*credit default swaps*) y las permutas de tipo de interés, suelen estar basados en el *Master Agreement* de la ISDA, que se ha convertido en un estándar de uso generalizado, lo que se corresponde con la caracterización de estas transacciones como contratos propios del “Derecho bancario transnacional de origen internacional”⁴⁷. Su efectividad en las relaciones entre las partes se vincula con la operatividad de la autonomía de la voluntad, en la medida en que son las partes quienes consienten en la utilización de esos términos contractuales o eventualmente en la incorporación por referencia, de modo que se integran para regular las relaciones entre las partes como otros conjuntos de reglas extraestatales, en línea con una práctica bien conocida en el Derecho internacional privado⁴⁸, en particular en el ámbito de los negocios internacionales, como ha quedado ya reseñado. No obstante, la experiencia reciente demuestra cómo el significado de los estándares desarrollados en el seno de la ISDA trasciende la mera regulación de las concretas transacciones, en la medida en que repercuten sobre el sistema financiero global.

Esa repercusión se percibe especialmente, en la presencia de ciertas disposiciones como las relativas a la compensación y, en concreto, al llamado *close-out netting*, que pueden influir de manera significativa en el alcance de los riesgos sistémicos, vinculados a la red de interdependencias que crean estos contratos. Precisamente, desde la perspectiva de los riesgos sistémicos la labor de la ISDA no sólo resulta de interés en relación a situaciones de insolvencia, reestructuración o resolución de entidades privadas sino también con respecto a la deuda pública soberana. En la

⁴⁶ J. Biggins y C. Scott, “Public-Private Relations in a Transnational Private Regulatory Regime: ISDA, the State and OTC Derivatives Market Reform”, *Eur. Bus. Org. L. Rev.*, vol. 13, 2012, 309-346, p. 322.

⁴⁷ En los términos, por ejemplo, de las sentencias de la Audiencia Provincial de Tenerife de 2 de mayo (JUR 2011, 281708) y 21 de septiembre de 2011 (JUR 2011, 410950).

⁴⁸ F.C. Villata, “Remarks on the 2012 Greek Sovereign Debt Restructuring: Between Choice-of-Law Agreements and New EU Rules on Derivative Instruments”, *Riv.dir.int.pr.proc.*, 2013, pp. 325-356, p. 348.

reciente crisis financiera reviste singular importancia el tratamiento de las permutas de cobertura por impago soberano (*sovereign credit default swap*), como mecanismo de protección de los titulares de deuda soberana. Estas permutas se configuran como un contrato derivado en virtud del cual se procederá a un pago u otra prestación en caso de que se produzca un evento de crédito o un incumplimiento que afecte a un emisor soberano. Por ello, la definición y concreción de cuando se produce un “evento de crédito” resulta de gran trascendencia⁴⁹. Precisamente, en relación con la reestructuración de la deuda soberana de Grecia, la circunstancia de que en su mayor parte los *swaps* relevantes se hubieran concluido con base en el *Master Agreement* de la ISDA llevó a que la concreción de si concurría esa circunstancia (un evento de crédito o *credit event* a los efectos de las *ISDA Credit Derivatives Definitions* de 2003), con extraordinarias implicaciones para el sistema financiero global, tuviera lugar en el marco de la ISDA, en concreto la *European, Middle Eastern and African section of the Credit Determination Committees*.

Además, el significado de los estándares elaborados en el marco de la ISDA se ha visto acentuado por la tradicional ausencia de regulación por parte de los Estados, condicionada por las modalidades de desarrollo de la contratación de derivados. Desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales, la importancia cuantitativa de los contratos de derivados extrabursátiles (*over-the counter –OTC- derivatives*), caracterizados por su insuficiente transparencia, difumina la concreción de los riesgos ligados al mercado de derivados. Ante esta situación, los Estados, incluso agrupados en el marco del G-20, han convenido en la necesidad de establecer un marco regulatorio, superador de la situación previa, como refleja muy especialmente la reciente evolución de las legislaciones de EEUU y de la UE. Esta evolución plantea interesantes cuestiones acerca de la influencia de los estándares desarrollados en el seno de la ISDA sobre el contenido de las legislaciones estatales (regionales), así como la eficacia variable de los estándares transnacionales –como los adoptados por la ISDA- en función de la materia regulada, con especial referencia al significado de las normas de Derecho internacional privado. Esta última circunstancia se vincula también con el eventual interés, también

⁴⁹ D. Wielsch, “Global...”, *loc. cit.*, p. 1088.

por parte de la ISDA, en el desarrollo de ciertos estándares internacionales en el seno de organizaciones intergubernamentales, ante los límites inherentes a la eficacia en este ámbito de las reglas formuladas por una organización privada.

VI. LÍMITES A LA APLICACIÓN DE REGLAS PRIVADAS TRANSNACIONALES: EL EJEMPLO DE LA CONTRATACIÓN FINANCIERA

Si bien el *Master Agreement* de la ISDA resulta en la práctica normalmente determinante del contenido típico de los contratos internacionales relativos a derivados financieros, es importante destacar que su eventual eficacia ante los tribunales estatales se halla condicionada por su carácter como mero conjunto de reglas extraestatales en materia contractual. Por consiguiente, en el marco del Reglamento (CE) nº 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) su eficacia se halla subordinada, como es característico de las normas de ese tipo, a la aplicación preferente con carácter necesario de las normas imperativas de la ley aplicable al contrato, sobre las que además prevalecerán las normas internacionalmente imperativas de la ley del foro (art. 9.2), así como la posibilidad de dar efecto a las normas de ese tipo del país (o países) de ejecución de las obligaciones contractuales (art. 9.3). Entre los sectores del ordenamiento en los que están presentes normas imperativas, se encuentran las normas en el ámbito financiero que establecen ciertos deberes de transparencia y de información por parte de los prestadores de servicios acerca de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros.

Además, la ley aplicable al contrato (o la ley aplicable si el contrato fuera válido) resultará también determinante para apreciar la existencia de consentimiento y la validez del contrato, incluida la eventual incorporación por referencia al mismo de las reglas extraestatales y la presencia de un error invalidante del consentimiento. En el caso de las transacciones internas, la eficacia de cláusulas extraestatales se halla limitada por el alcance de la autonomía contractual (art. 1.255 Cc), así como por la eventual aplicación de las reglas sobre condiciones generales de la contratación, en particular en relación con su incorporación al contrato y el control de su contenido.

Precisamente, en la práctica judicial española de los últimos años cabe encontrar un número significativo de resoluciones que incluyen referencias a las reglas elaboradas por la ISDA. Ahora bien, resulta significativo que los litigios en el marco de los cuales se contienen esas referencias van típicamente referidos a contratos internos de permutas financieras de tipo de interés, entre entidades financieras y sus clientes minoristas, que preveían una incorporación por referencia de esas reglas. Tratándose de contratos en los que concurren esas circunstancias, la inclusión en el contrato litigioso relativo al instrumento financiero preconfigurado y redactado por la entidad financiera, de una remisión para el entendimiento de su terminología a definiciones externas “tales como las incluidas en el contrato marco de operaciones financieras CMOF elaborado por la Asociación Española de Banca Privada y protocolizado en una determinada acta notarial y en lo no contemplado en el mismo a las definiciones ‘2000 ISDA Definitions’ elaboradas por la International Swap Dealers Association (*sic*)”, ha sido un elemento relevante en la práctica judicial para concluir que el contrato resultaba contrario al deber de información exigible a la entidad financiera y apreciar la nulidad absoluta del contrato por la existencia de un error invalidante del consentimiento (art. 1266 Cc)⁵⁰. En todo caso, debe destacarse que la nulidad de estos contratos y la eventual ineficacia en estos supuestos de las normas de la ISDA viene determinadas por las peculiares circunstancias de los contratos enjuiciados –contratos (internos) entre entidades financieras y clientes finales-, condicionantes de que en esas concretas situaciones la falta de información pueda considerarse como invalidante del consentimiento, de modo que esta línea jurisprudencial no debe ser relevante para rechazar la eficacia y exigibilidad de las reglas de la ISDA en otro tipo de situaciones.

⁵⁰ S AP Valladolid (Secc. 3ª) núm. 199/2011, de 7 junio (Fdto. Dcho. 3), JUR\2011\246430. En un sentido similar y con referencia expresa a la ISDA, *vid.* S AP Asturias (Secc. 1ª) núm. 185/2011, de 4 abril, JUR\2011\187448; S AP Huelva (Secc. 1ª), de 25 abril 2012, JUR\2012\178734; S AP Huelva (Secc. 3ª) núm. 89/2012, de 4 junio, JUR\2013\152785; S AP Madrid (Secc. 10ª) núm. 435/2012, de 27 junio, JUR\2012\312905; S AP Jaén (Secc. 2ª) núm. 249/2012, de 19 octubre, JUR\2013\140685; S AP Madrid (Secc. 14ª) núm. 496/2012, de 12 noviembre, JUR\2013\7174; S AP Madrid (Secc. 10ª) núm. 651/2012, de 14 noviembre, JUR\2013\8451; y SAP Valladolid (Secc. 3ª) núm. 85/2013, de 18 marzo, JUR\2013\164929, si bien afirmando la validez de la póliza de operaciones sobre instrumentos financieros derivados, contrato marco respecto del que se asocia la permuta financiera de tipos de interés declarada nula.

Por otra parte, entre los aspectos objeto de creciente regulación estatal como reacción frente a la crisis financiera, se encuentra los derivados extrabursátiles o negociados fundamentalmente en mercados no organizados (OTC). Más allá de los compromisos de facilitar la transparencia y supervisión en este ámbito asumidos en el marco del G-20⁵¹, la intervención legislativa en esta materia ha sido intensa, tanto en EEUU, básicamente mediante la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*⁵², como en la UE. En concreto, en el seno de la UE el Reglamento (UE) No 648/2012, de 4 de julio de 2012, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones (EMIR)⁵³, regula la obligación de compensación a través de una entidad de contrapartida central respecto de aquellos contratos de derivados extrabursátiles que puedan compensarse de forma centralizada, establece requisitos en materia de gestión bilateral del riesgo para tales contratos, así como requisitos de información y normas uniformes para el desempeño de las actividades de las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones. Además el marco regulatorio EMIR está integrado por otro conjunto de instrumentos, a través de los que se lleva a cabo el desarrollo del Reglamento (UE) No 648/2012. De cara al futuro, la Propuesta de Directiva relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se deroga la Directiva 2004/39/CE (refundición) (MiFID)⁵⁴ incluye también normas para mejorar la organización de los mercados de derivados financieros.

Desde la perspectiva de la interacción con las normas transnacionales, en particular, las desarrolladas por la ISDA, cabe destacar cómo si bien el nuevo marco regulatorio se configura básicamente como de carácter imperativo en la medida en que resulta aplicable de manera necesaria al ofrecimiento de servicios o la realización de

⁵¹ Declaración de los líderes de la cumbre del G-20 en Pittsburgh (24-25 de septiembre de 2009), <www.treasury.gov/resource-center/international/g7-g20/Documents/pittsburgh_summit_leaders_statement_250909.pdf>.

⁵² Vid. R. Scalcione, *The Derivatives Revolution (A Trapped Innovation and a Blueprint for Regulatory Reform)*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, pp. 343-400.

⁵³ DO 2012 L 201/1. Además, en relación con las coberturas por impago, debe destacarse la normativa establecida en el Reglamento (UE) No 236/2012, de 14 de marzo de 2012, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago (DO 2012 L 86/1).

⁵⁴ COM(2011) 656 final.

actividades en los mercados de la Unión, este marco normativo deja básicamente al margen los aspectos contractuales reguladoras de los concretos instrumentos financieros. Por consiguiente, para la determinación del contenido negocial de estos contratos, el Master Agreement y los estándares de la ISDA siguen siendo determinantes⁵⁵ en la medida en que las partes así lo prevean, así como en su defecto lo dispuesto en la ley del contrato, siendo frecuente que conforme al modelo de la ISDA se incluya en el mismo una elección de la ley inglesa o de Nueva York.

Ahora bien, cuando se trata de regular aspectos que quedan al margen del ámbito de aplicación de la ley designada por las reglas de conflicto en materia contractual y, por el contrario, recaen sobre materias en las que no opera la autonomía de la voluntad, la eficacia de los estándares elaborados por organizaciones privadas no depende del acuerdo sobre el particular entre las partes en una transacción. En relación con las transacciones sobre derivados y el aspecto clave del riesgo sistémico asociado a estos instrumentos financieros, resulta de gran importancia la interacción con el Derecho concursal, en el que típicamente prevalece en materia conflictual el criterio *lex fori concursus*. Por ello, la previsión de un tratamiento especial en materia concursal de las obligaciones resultantes de derivados financieros, vinculada a la voluntad de proteger a los operadores de las consecuencias de la insolvencia de sus contrapartes para evitar el riesgo sistémico inherente a la expansión del uso de derivados, ha sido tradicionalmente una prioridad para la ISDA. Sin embargo, la eficacia de las disposiciones específicas sobre *close-out netting* depende en la práctica de su admisión en la jurisdicción del correspondiente concurso. Por eso, más allá de una previsión específica en su Master Agreement, la ISDA ha adoptado también una Ley modelo en la materia⁵⁶, reflejo de que la eficacia de ese estándar está supeditada a la evolución de las legislaciones estatales. Precisamente, estas limitaciones de la eficacia de la actividad creadora de estándares de una organización privada se corresponden con la renovada trascendencia de la actividad uniformizadora en el seno de las organizaciones intergubernamentales,

⁵⁵ F.C. Villata, “Remarks...”, *loc. cit.*, pp. 354-355.

⁵⁶ *2002 Model Netting Act* ahora sustituida por la *2006 ISDA Model Netting Act - Version 2* (publicada el 10 de octubre de 2007), accesible en <http://www.isda.org/docproj/model_netting.html>.

aunque esta tenga lugar mediante el recurso a instrumentos flexibles o de *soft law*. En este sentido, cabe destacar cómo siguiendo las recomendaciones de ciertas autoridades regulatorias, como el *Financial Stability Board (FSB)* y el *Cross-border Bank Resolution Group of the Basel Committee on Banking Supervision*, acerca de la utilidad del *close-out netting* como mecanismo para limitar los riesgos sistémicos, el Consejo de Gobierno de UNIDROIT en su 92 sesión, celebrada en mayo de 2013 adoptó los *Principles on the Operation of Close-Out Netting Provisions*⁵⁷ o Principios relativos a la aplicabilidad de las cláusulas de rescisión-compensación⁵⁸. También en ese contexto debe valorarse que la ISDA haya expresado su apoyo a que la Conferencia de La Haya aborde los aspectos de Derecho internacional privado relativos a la adopción de medidas de reestructuración y resolución de las entidades financieras⁵⁹.

VII. ORGANIZACIONES INTERGUBENAMENTALES Y ACTORES NO ESTATALES EN LA ORDENACIÓN DE LOS RECURSOS GLOBALES DE INTERNET

El desarrollo de los estándares relativos a los protocolos de comunicación y la asignación de direcciones que permiten la interconexión a través de Internet ha tenido lugar prácticamente desde sus orígenes en el marco de ciertas organizaciones privadas, abiertas a la cooperación entre múltiples interesados. Entre esas organizaciones cabe mencionar la *Internet Society (ISOC)*⁶⁰, la *Internet Engineering Task Force (IETF)*⁶¹, la *Internet Architecture Board (IAB)*⁶², la *Internet Research Task Force (IRTF)*⁶³ y el

⁵⁷ <<http://www.unidroit.org/english/principles/netting/netting-principles2013-e.pdf>>.

⁵⁸ N. Bouza Vidal, “UNIDROIT ante los retos del siglo XXI”, *AEDIPr*, 2012, pp. 657-669, p. 668.

⁵⁹ “Letter dated 5 April 2013 from the International Swaps And Derivatives Association to the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law” <<http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2013inf07.pdf>>. En relación con esa posibilidad, *vid.* Hague Conference on Private International Law (Permanent Bureau), “Should the Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law Start Preliminary Work on Cross-Border Aspects Relating to Resolution?”, Prel. Doc. No 10, April 2013, <<http://www.hcch.net/upload/wop/gap2013pd10en.pdf>>.

⁶⁰ *Vid.* <<http://www.internetsociety.org>>.

⁶¹ *Vid.* <<http://www.ietf.org>>.

⁶² <<http://iab.org>>.

World Wide Web Consortium (W3C)⁶⁴. La eficacia a nivel mundial de las reglas y estándares elaborados en el marco de estas estructuras no está subordinada a la aprobación por órganos nacionales o intergubernamentales, ni a la conformidad de ningún órgano democráticamente elegido. La legitimidad de esas normas deriva de la posición de las entidades de las que emanan como instituciones específicas de coordinación de Internet, así como de su carácter necesario para el funcionamiento y desarrollo de la Red y de su aceptación por el conjunto de los participantes. Estas circunstancias se relacionan muy especialmente con el limitado alcance material de las reglas aprobadas por estas instituciones. En esencia, esas reglas se restringen a la fijación de estándares tecnológicos y a la ordenación de aspectos técnicos necesarios para el buen funcionamiento de la Red, que se imponen a todos los participantes, que deben respetar los estándares comunes para asegurarse la utilización racional de Internet. En el marco de esas estructuras no se elaboran normas que regulen significativamente la existencia, configuración y contenido de las relaciones jurídico-privadas entre los participantes en Internet, aunque sí condicionan los modelos de negocio⁶⁵. La posición de estas organizaciones y la aceptación de sus estándares se vincula con el conocimiento especializado necesario para la elaboración de los mismos, la contribución de esas organizaciones a la mejora de los estándares, y los beneficios que de ellos se derivan. Se trata de una legitimidad en buena parte compartida con la de otras organizaciones dedicadas ya con anterioridad a la formulación de estándares técnicos en otros ámbitos, en particular, la *International Organization for Standardization* (ISO)⁶⁶.

En el debate acerca de una gobernanza multilateral de Internet, la contraposición entre estas organizaciones y la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), como organización intergubernamental en cuyo seno se elaboran estándares básicos de funcionamiento de la infraestructura de telecomunicaciones, reviste especial interés.

⁶³ <<http://www.irtf.org>>.

⁶⁴ <<http://www.w3.org>>.

⁶⁵ *Vid.*, con ulteriores referencias, P.A. De Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, 4ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson-Reuters.

⁶⁶ D. Casey y C. Scott, “The Crystallization...”, *loc. cit.*, p. 91.

Ahora bien, en la práctica el papel desempeñado por esta organización ha sido muy limitado. Su escasa relevancia en este ámbito no sólo es resultado del éxito de organizaciones privadas en la formulación de los estándares técnicos relevantes, sino también de las carencias de una organización intergubernamental como la UIT en tanto que foro para la elaboración de una regulación Internet. Por una parte, la UIT no resulta una institución capaz de superar las significativas divergencias a nivel comparado en materia de protección de los derechos fundamentales de más relevancia en relación con las actividades de Internet, como la libertad de información y expresión, la protección del derecho a la intimidad y de datos personales, la tutela del derecho de propiedad (en relación con la propiedad intelectual e industrial), así como la garantía de acceso a Internet y de intercambio de información a través de ese medio por parte de todas las personas. Las divergencias entre los Estados en relación con el alcance y las implicaciones de estos derechos fundamentales lastra las posibilidades de progreso de la UIT en los aspectos relativos a la regulación internacional de Internet.

Así, desde la perspectiva de la UE, el carácter abierto de Internet y la libertad en este medio se configuran como valores esenciales, compatibles con la exigencia del respeto en el mismo de la normativa internacional actualmente existente. Frente a esa posición, a escala global se observa una creciente división en el mundo en relación con la imposición de controles (potencialmente, censura) al tráfico de Internet, que se reflejó con claridad en el resultado de la Conferencia Mundial de Telecomunicaciones Internacionales, celebrada por la UIT en diciembre de 2012 Dubai, y en la negativa de un gran número de Estados a firmar las Actas Finales de la Conferencia⁶⁷. Dichas Actas incluían la revisión del Reglamento de las Telecomunicaciones Internacionales, que constituye el tratado internacional que establece el marco mundial con respecto a la interconexión e interoperabilidad de los servicios de información y comunicación, que había sido revisado por última vez en 1988 en Melbourne, antes del desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación. Entre los Estados que no firmaron las Actas Finales, se encuentran los Estados miembros de la Unión Europea, Australia, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Estados Unidos, Filipinas, India, Israel, Japón,

⁶⁷ <<http://www.itu.int/en/wcit-12/Documents/final-acts-wcit-12-es.pdf>>.

Kenia, Moldavia, Mongolia, Noruega, Nueva Zelanda, Perú y Suiza⁶⁸. La negativa de este importante conjunto de países a firmar el Tratado se vincula con las dudas suscitadas por ciertas reglas que pueden facilitar una mayor supervisión del tráfico a través de Internet. La negativa a la firma se vincula con la adopción de una Resolución para “Fomentar un entorno propicio para el mayor crecimiento de Internet” (que destaca que “todos los gobiernos deben asumir un papel y una responsabilidad idénticos para la gobernanza internacional de Internet y para garantizar la estabilidad, seguridad y continuidad de Internet”), así como la introducción en la nueva versión del Reglamento de ciertas disposiciones sobre el control de las redes⁶⁹ de potencial incierto en su eventual aplicación por Estados en los que prevalecen criterios acerca de la apertura de Internet y sus implicaciones en materia de derechos fundamentales muy diversos a los que existen, por ejemplo, en la UE. Por ello, desde la perspectiva de la Unión Europea se ha impuesto el criterio de que la creciente conectividad a Internet favorece la expansión de la democracia y no debe ir unida a la implantación de mecanismos de censura o de supervisión masiva⁷⁰.

El fracaso de la Conferencia Mundial de Telecomunicaciones Internacionales de diciembre de 2012 ha venido a confirmar el limitado papel que tradicionalmente ha desempeñado la UIT en la gobernanza de Internet. La relevancia en este ámbito de la elaboración de estándares en el marco de estructuras extraestatales junto con las carencias de las organizaciones intergubernamentales como la UIT –así como el reducido alcance de otras iniciativas, como el proceso de la Cumbre de las Naciones Unidas sobre la Sociedad de la Información-, son factores que han contribuido a la posición fundamental que para la regulación de ciertos aspectos básicos del funcionamiento de Internet ocupa en la actualidad una singular organización, como es la

⁶⁸ <<http://www.itu.int/osg/wcit-12/highlights/signatories.html>>.

⁶⁹ Así, el artículo 5A, relativo a la seguridad y robustez de las redes, prevé que los Estados “procurarán garantizar, individual y colectivamente, la seguridad y robustez de las redes de telecomunicación internacionales a fin de lograr su utilización eficaz y evitar perjuicios técnicos a las mismas, así como el desarrollo armonioso de los servicios internacionales de telecomunicación ofrecidos al público”.

⁷⁰ *Vid.* en el seno de la UE la comunicación conjunta “Cybersecurity Strategy of the European Union: An Open, Safe and Secure Cyberspace”, JOIN(2013) 1 final, de 7 de febrero de 2013.

ICANN o *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*. Ahora bien, en relación con la organización del sistema de direcciones y de nombres de Internet resulta preciso adoptar medidas con una gran relevancia en la ordenación de relaciones jurídicas entre los intervinientes en Internet y en las que pueden estar implicados importantes intereses de política legislativa. Por ello, la ICANN adopta decisiones que parecen propias de organizaciones internacionales gubernamentales. Precisamente, los potenciales conflictos entre los diversos intereses implicados y las opciones de política legislativa presentes determinan que la regulación de esas cuestiones presente particularidades que la aleja del objeto típico de las organizaciones que se limitan a establecer estándares técnicos. En el caso de esos estándares, lo determinante para su aceptación y aplicación es que los que se pretenden introducir funcionen y resulten practicables siendo además admisible que sólo los consideren vinculantes quienes voluntariamente decidan cumplirlos, pero ese no es el caso cuando se trata de adoptar medidas en ámbitos en los que existen diferentes opciones de política legislativa, como sucede en buena parte de las cuestiones sobre las que se proyecta la actividad de la ICANN⁷¹, condicionando su evolución hacia una institución más política que meramente técnica⁷². La trascendencia política y económica de las medidas adoptadas en el seno de la ICANN se relaciona con el creciente papel desempeñado en esta organización por su Comité Asesor Gubernamental (GAC), integrado por representantes estatales y que cumple la función de asegurar la presencia de los poderes públicos estatales, aunque con carácter consultivo o de asesoría, en la fijación de las políticas y de las medidas adoptadas por la ICANN. La trascendencia de las funciones que desempeña y la peculiar posición de ICANN plantean múltiples cuestiones de interés en relación con el ámbito de esta contribución. Desde la perspectiva de la interacción con las organizaciones intergubernamentales y con los Estados en la formulación de reglas, cabe hacer referencia a otros dos aspectos.

⁷¹ Cf. J. Voegeli-Wenzl, “*Internet Governance* am Beispiel der Internet Corporation of Assigned Names and Numbers (ICANN)”, *GRURInt*, 2007, pp. 807-816, pp. 812-813.

⁷² J.P. Kesan y A.A. Gallo, “Pondering the Politics of Private Procedures: The Case of ICANN”, *IS Journal of Law and Policy*, vol. 4, 2008, pp. 345-409.

Uno de ellos es la especial influencia ejercida tradicionalmente por una organización intergubernamental, como es la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en el proceso de elaboración de normas de la ICANN en lo relativo a la ordenación del sistema de nombres de dominio y la coordinación con la protección de signos distintivos, que se han elaborado en un cierto marco de coordinación con la OMPI. En el desarrollo de un sistema de gestión de nombres de dominio genéricos acorde con el carácter global de Internet tuvo particular relevancia la participación de la OMPI. Fue la OMPI quien recomendó la adopción de ciertas prácticas normativas para reducir la tensión entre nombres de dominio y marcas, y promovió la adopción por ICANN de un procedimiento administrativo de solución de controversias, estableciendo un conjunto de criterios básicos para resolver el fondo de las controversias, que condicionó decisivamente a ICANN al establecer sus reglas sobre resolución de controversias relativas a los nombres de dominio⁷³. Con respecto al complejo y controvertido proceso actualmente en curso en el seno de la ICANN para la expansión de las categorías de nombres de dominio de nivel superior disponibles, posibilitando el uso como tales de, por ejemplo, marcas, nombres de personas o de territorios, también cabe observar una activa participación de la OMPI, en buena medida centrada en destacar ciertas carencias y proponer alternativas para mejorar las propuestas de la ICANN en relación con la tutela de las marcas y la solución de controversias relativas a esos dominios⁷⁴.

Otro aspecto es el que tiene que ver con la particular influencia que EEUU conserva sobre la ICANN, que, junto con la función “consultora” atribuida a las organizaciones intergubernamentales y los Estados en el marco de la ICANN, lastra la idea de que el desarrollo de esta organización privada ha hecho posible que aspectos esenciales de un recurso de alcance global sean decididos en un marco multilateral. La ICANN fue creada en 1998 como una entidad no lucrativa organizada conforme a la

⁷³ Vid. OMPI, *La gestión de los nombres y direcciones de Internet: Cuestiones de propiedad intelectual*, Ginebra, 1999, párr. 4-22 e *id.*, *El reconocimiento de los derechos y el uso de nombres en el sistema de nombres de dominio de Internet*, Ginebra, 2001, consultados en <<http://www.wipo.int>>.

⁷⁴ Vid. la abundante correspondencia al respecto de la OMPI a la ICANN en <<http://www.wipo.int/amc/en/domains/resources/icann/>>.

Nonprofit Public Benefit Corporation Law de California (EEUU), parte de cuyas funciones tradicionalmente estaban controladas por el Departamento de Comercio de EEUU y que ha ejercido sus actividades, pese a ir referidas al funcionamiento de un mecanismo global, en buena medida como consecuencia de una delegación y bajo la supervisión del Departamento de Comercio de EEUU. Esta circunstancia constituye uno de los principales obstáculos a su legitimidad, por la difícil justificación de esa conexión con un concreto Estado respecto de funciones que se proyectan sobre el conjunto de la comunidad internacional⁷⁵, si bien ese control disminuyó significativamente tras la “Afirmación de compromisos por parte del Departamento de Comercio de EEUU y la ICANN” de 30 de septiembre de 2009⁷⁶. El dato de que en el marco de las actividades de la ICANN el registro de ciertos nombres de dominio de primer nivel genéricos esté delegado a entidades estadounidenses y la práctica de EEUU de adoptar medidas unilaterales con respecto a los sitios de Internet accesibles a través de tales nombres de dominio con base en esa circunstancia ha reforzado la preocupación acerca del control unilateral de aspectos muy relevantes del sistema de nombres de dominio.

VIII. EFICACIA DE LAS NORMAS DE LA ICANN

Para finalizar, cabe hacer una breve referencia a la eficacia de las normas de la ICANN, en el contexto de los regímenes extraestatales. Diversos factores condicionan la peculiar eficacia de la regulación del sistema de direcciones y nombres de Internet emanada de la ICANN. Por una parte, son relevantes la propia arquitectura de Internet y la capacidad de la ICANN para controlar directamente algunos de sus recursos esenciales. Así sucede, por ejemplo, con relación a la efectividad de las medidas de la ICANN para la introducción de nuevos nombres de dominio de primer nivel o las resoluciones que ordenan la cancelación de un nombre de dominio en el marco de los mecanismos alternativos de solución de controversias. Esta posición se ve reforzada

⁷⁵ Vid. J. Gernroth, *Die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) and die Verwaltung des Internets*, Ilmenau, Univesitätsverlag Ilmenau, 2008, pp. 77-78.

⁷⁶ A.M. Froomkin, “Almost Free: An Analysis of ICANN's 'Affirmation of Commitments'”, *J. on Telecomm. & High Tech. L.*, vol. 9, 2011, pp. 187-233.

mediante mecanismos contractuales, en ocasiones en virtud del recurso a cadenas contractuales. A este respecto, resulta clave el establecimiento por la ICANN de los regímenes que regulan sus relaciones, por ejemplo, con los responsables de los diversos registros delegados de nombres de dominio de primer nivel o con los proveedores de solución de controversias en materia de nombres de dominio. La efectividad de las decisiones adoptadas en el marco de la Política se encuentra directamente relacionada con el control que ejerce la ICANN de ciertos recursos básicos de Internet, lo que, simplificando, le permite determinar con qué concreta dirección IP se corresponde un nombre de dominio, sin necesidad de contar con el consentimiento de los implicados ni de autoridades nacionales⁷⁷.

Precisamente, la posibilidad de que los titulares de derechos sobre marcas pongan en marcha el procedimiento de solución de controversias establecido en la Política uniforme de solución de controversias de la ICANN es consecuencia de la inclusión en los contratos de registro de nombres de dominio, por imposición de la ICANN -que no es parte en esos contratos- a los registradores de nivel superior, de una cláusula a favor de tercero, relativa a la aceptación por parte de quien contrata el registro de un nombre de dominio de la posibilidad de ser demandado a través de esa vía por cualquier tercero, de modo que los concretos acuerdos de registro incorporan por referencia la Política Uniforme como parte de su contenido. La peculiaridad del compromiso del que deriva la posibilidad de iniciar un procedimiento bajo la Política implica que la participación en un procedimiento de ese tipo es, en principio, “obligatoria” para el titular del nombre de dominio correspondiente, pero no para los titulares de marcas que pretenden reclamar pues éstos no están vinculados por el acuerdo de registro relativo a ese nombre de dominio. Además, resulta obligatoria la participación para quien registró el nombre de dominio como consecuencia de una cláusula incluida en un contrato de adhesión, que no puede negarse a aceptar si quiere registrar un nombre de dominio de cualquiera de las categorías en las que se impone este mecanismo por mandato de la ICANN. Las circunstancias en las que esa aceptación

⁷⁷ Vid. A.M. Froomkin, “Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution”, *Duke Law Journal*, vol. 50, 2000, pp. 17-186, pp. 43-50.

tiene lugar podrían servir para cuestionar su eficacia, en particular en el caso de que el aceptante sea un consumidor. Pero uno de los aspectos característicos de los procedimientos en el marco de la Política es que –a diferencia de lo que es propio del arbitraje- no son excluyentes de la vía jurisdiccional. En realidad, la aceptación de esa cláusula de los acuerdos de registro supone que quien registra el nombre se obliga a poder ser demandado por esa peculiar vía extrajudicial, pero sin que ello le impida a él acudir a la vía judicial ante los tribunales estatales competentes, en cualquier momento⁷⁸. En consecuencia, consciente de las limitaciones del mecanismo, el sistema establecido por la ICANN restringe su propia eficacia, al prever su subordinación a los procedimientos judiciales estatales. No obstante, la existencia de una pluralidad de jurisdicciones estatales va unida a un potencial riesgo de resoluciones judiciales inconciliables en relación con el eventual registro de un nombre de dominio bajo el control de la ICANN. Los riesgos de descoordinación entre la aplicación de la normativa desarrollada por la ICANN y los ordenamientos nacionales pueden acentuarse en relación con el proceso iniciado por la ICANN para la expansión de las categorías de nombres de dominio de primer nivel.

Por último, cabe reseñar que las reglas elaboradas por la ICANN en lo relativo a los criterios de registro de los nombres de dominio bajo dominios de primer nivel genéricos (como .com, .net. o .org) –a partir del criterio de prioridad temporal-, así como las reglas relativas al establecimiento y resolución de mecanismos alternativos de solución de controversias, ejercen en la práctica una influencia básica como reglas modelo en muchas legislaciones estatales, que han evolucionado para adaptar el contenido de la normativa reguladora del correspondiente dominio geográfico (como .es o .eu) las reglas de la ICANN. Así, en España las características básicas del sistema de resolución de conflictos previsto en el Plan Nacional de nombres de dominio de 2005⁷⁹ están inspiradas en el modelo de la Política Uniforme de la ICANN, así como el Reglamento del procedimiento de resolución extrajudicial de conflictos, aprobado

⁷⁸ P.A. De Miguel Asensio, “Mecanismos internacionales de solución de controversias sobre dominios de Internet: interacción con las jurisdicciones estatales”, *Anuario Hispano Luso Americano de Derecho internacional*, vol. XIX, 2009, pp. 247-285.

⁷⁹ Adoptado mediante Orden Ministerial ITC/1542/2005, de 19 de mayo.

mediante Instrucción del Director General de la entidad pública empresarial Red.es el 7 de noviembre de 2005⁸⁰ y que representa una variante de la Política Uniforme de la ICANN. También el procedimiento alternativo de solución de controversias aplicable en relación con el dominio “.eu” constituye una variante de la Política Uniforme de la ICANN, como reflejan las normas de la UE reguladoras de este mecanismo, contenidas básicamente en los artículos 21 a 23 Reglamento (CE) 874/2004 y 4.2.d) Reglamento (CE) 733/2002⁸¹.

X. CONCLUSION

Incluso desde la perspectiva de la ordenación de relaciones privadas internacionales, la creación de normas extraestatales presenta actualmente una particular repercusión en ciertos ámbitos de interés global. El desarrollo de la normativa extraestatal se caracteriza por su heterogeneidad sectorial, vinculada a la posición alcanzada por las instituciones en el marco de las cuales se elaboran que condiciona también su eficacia y su interacción con los ordenamientos estatales, como se refleja especialmente en relación con la ordenación de los recursos de Internet y su coordinación con ciertos derechos subjetivos, como las marcas, a partir de la singular posición de la ICANN. Pese al pretendido carácter de la normativa transnacional como superadora de las técnicas basadas en la determinación del ordenamiento estatal aplicable, lo cierto es que el Derecho internacional privado resulta típicamente clave para valorar la eficacia y límites de las normas extraestatales en la ordenación de las relaciones privadas transfronterizas. Así lo ilustra en particular la situación en el ámbito de los mercados financieros, no sólo en relación con la eficacia de las reglas extraestatales entre contratantes, sino también con respecto a su limitada eficacia en la ordenación de cuestiones que quedan fuera del ámbito de la ley del contrato o de la autonomía de la voluntad, como sucede cuando se trata de aspectos regidos según las

⁸⁰ <www.dominios.es>.

⁸¹ Reglamento 874/2004, de 28 de abril de 2004, por el que se establecen normas de política de interés general relativas a la aplicación y a las funciones del dominio de primer nivel “.eu”, así como los principios en materia de registro (*DO L* 162 de 30.4.2004, p. 40); y Reglamento (CE) 733/2002, de 22 de abril de 2002, relativo a la aplicación del dominio de primer nivel “.eu” (*DO L* 113 de 30.4.2002, p. 1).

normas de Derecho internacional privado en todo caso por la ley aplicable al concurso. Esos límites condicionan la estrategia de las organizaciones privadas de las que emanan las normas extraestatales en ese ámbito, por ejemplo, de cara a promover la formulación de normas en el seno de organizaciones intergubernamentales que favorezcan la evolución o superación de los ordenamientos estatales.

BIBLIOGRAFÍA

S. Bariatti (ed), *Litigating Intellectual Property Rights Disputes Cross-Border: EU Regulations, ALI Principles, CLIP Project*, Milán, CEDAM, 2010.

C.M. Baker, “Regulating the Invisible: The Case of the Over-the-Counter Derivatives”, *Notre Dame L. Rev.*, vol. 85, 2010, pp. 1287-1378.

J. Basedow, “The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations”, *R. des C.*, vol. 360, 2013, pp. 1-515.

J. Basedow, “Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *ULR*, 2000, pp. 129-139.

K.P. Berger, “The New Law Merchant and the Global Market Place”, id. (ed.), *the Practice of Transnational Law*, La Haya, Kluwer, 2001, pp. 1-22.

J. Biggins y C. Scott, “Public-Private Relations in a Transnational Private Regulatory Regime: ISDA, the State and OTC Derivatives Market Reform”, *Eur. Bus. Org. L. Rev.*, vol. 13, 2012, 309-346.

K. Boele-Woelki, “Die Anwendung der UNIDROIT-Principles auf internationale Handelsverträge”, *IPRax*, vol. 17, 1997, pp. 161-171.

J. Bomhoff y A. Meuwese, “The Meta-regulation of Transnational Private Regulation”, *Journal of Law and Society*, vol. 38, 2011, pp. 138-162.

N. Bouza Vidal, “La elección conflictual de una normativa no estatal sobre contratos internacionales desde una perspectiva europea”, *Pacis Artes. Obra homenaje al prof. J.D. González Campos*, Madrid, Eurolex, 2005, pp.1308-1334.

N. Bouza Vidal, “UNIDROIT ante los retos del siglo XXI”, *AEDIPr*, 2012, pp. 657-669.

R.A. Brand, “Jurisdictional Developments and the New Hague Judgments Project”, *A Commitment to Private International Law – Essays to Honour Hans van Loon*, Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 89-99.

“Desarrollo y eficacia de reglas transnacionales con participación de actores no estatales”, *La Gobernanza del interés público global*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 333-360

F. Cafaggi, “New Foundations of Transnational Private Regulation”, *Journal of Law and Society*, vol. 38, 2011, pp. 20-40.

D. Casey y C. Scott, “The Crystallization of Regulatory Norms”, *Journal of Law and Society*, vol. 38, 2011, pp. 76-95.

F. De Ly, “Uniform Commercial Law and International Self-Regulation”, *Dir.com.int.*, vol. 11, 1997, pp. 519-547

P.A. De Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, 4ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson-Reuters.

P.A. De Miguel Asensio, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *Dir.com.int.*, vol. 12, 1998, pp. 859-893.

P.A. De Miguel Asensio, “Contratación comercial internacional”, en J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. De Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 4ª ed., 2013 2001, pp. 257-358.

P.A. De Miguel Asensio, “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *AEDIPr*, 2001, pp. 37-87.

J.C. Fernández Rozas, “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional”, *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 35-78.

F. Ferrari, “Defining the Sphere of Application of the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Tul.L.Rev.*, vol. 69, 1995, pp. 1225-1237.

S. M. Flanagan, “The Rise of a Trade Association: Group Interactions within the International Swaps and Derivatives Association”, *Harv. Negot. L. Rev.*, vol. 6, 2001, pp. 211-264.

A.M. Froomkin, “Almost Free: An Analysis of ICANN's 'Affirmation Of Commitments'”, *J. on Telecomm. & High Tech. L.*, vol. 9, 2011, pp. 187-233.

A.M. Froomkin, “Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution”, *Duke Law Journal*, vol. 50, 2000, pp. 17-186.

J. Gernroth, *Die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) and die Verwaltung des Internets*, Ilmenau, Univesitätsverlag Ilmenau, 2008.

S. Huber, *Entwicklung transnationaler Modellregeln für Zivilverfahren*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008.

J.P. Kesan y A.A. Gallo, “Pondering the Politics of Private Procedures: The Case of ICANN”, *IS Journal of Law and Policy*, vol. 4, 2008, pp. 345-409.

H. Kronke, “International Uniform Commercial Law Conventions: Advantages, Disadvantages, Criteria for Choice”, *ULR*, 2000, pp. 13-21.

J. Kropholler, *Internationales Einheitsrecht (Allgemeine Lehren)*, Tubinga, Mohr, 1975.

K. Linhart, *Internationales Einheitsrecht und einheitliche Auslegung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.

E. Loquin, “Rome I et les principes et règles de droit matériel international des contrats”, S. Corneloup and N. Joubert (dirs.), *Le Règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Dijon, Litec, 2011, pp. 119-136.

J. Pauwelyn, R.A. Wessel and J. Wouters, *Informal International Lawmaking*, Oxford, OUP, 2012.

A. Reich, “The WTO as a Law-Harmonizing Institution” *U. Pa. J. Int’l Econ. L.*, vol. 25, 2004, pp. 321-382.

C.R Reitz, “Globalization, International Legal Developments, and Uniform State Laws”, *Loyola Law Review*, vol. 51, 2005, pp. 301-327.

R. Scalcione, *The Derivatives Revolution (A Trapped Innovation and a Blueprint for Regulatory Reform)*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011.

C. Scott, “Beyond Taxonomies of Private Authority in Transnational Regulation”, *German Law Journal*, vol. 13, 2012, pp. 1329-1338.

J. Spanogle, “The Arrival of International Private Law”, *Geo. Wash. J. Int’l L. & Econ.*, vol. 25, 1991, 477-522.

P.B. Stephan, “The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law”, *Va. J. Int’l L.*, vol. 39, 1999, pp. 743-797.

M.E. Storme, “Harmonization of the law on (substantive) validity of contracts (illegality and immorality)”, *Festschrift für U. Drobnig*, Tübingen, Mohr, 1998, pp. 195-207.

UNIDROIT, *Model Clauses for Use of UNIDROIT Principles, Model Clauses for Use of UNIDROIT Principles*, <<http://www.unidroit.org/english/modellaws/2013modelclauses/main.htm>>.

F.C. Villata, “Remarks on the 2012 Greek Sovereign Debt Restructuring: Between Choice-of-Law Agreements and New EU Rules on Derivative Instruments”, *Riv.dir.int.pr.proc.*, 2013, pp. 325-356.

J. Voegeli-Wenzl, “Internet Governance am Beispiel der Internet Corporation of Assigned Names and Numbers (ICANN)”, *GRURInt*, 2007, pp. 807-816.

S. Vogenauer y J. Kleinheisterkamp, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford, OUP, 2009, pp. 21-110.

R.Wai, “Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in an Era of Globalization”. *Colum. J. Transnat’l L.*, vol. 40, 2002, pp. 209-274.

“Desarrollo y eficacia de reglas transnacionales con participación de actores no estatales”, *La Gobernanza del interés público global*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 333-360

J.C. Wichard, "Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte", *RebelsZ*, vol. 60, 1996, pp. 269-302.

D. Wielsch, "Global Law's Toolbox: Private Regulation by Standards", *AJCL*, vol. 60, 2012, pp. 1075-1104.

J.D. Wilets, "A Unified Theory of International Law, the State, and the Individual: Transnational Legal Harmonization in the Context of Economic and Legal Globalization", *U. Pa. J. Int'l L.*, vol. 31, 2010, pp. 753-825.