

**ARMONIZACIÓN NORMATIVA Y RÉGIMEN
JURÍDICO DE LOS CONTRATOS MERCANTILES
INTERNACIONALES**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

Diritto del Commercio Internazionale,
vol. 12, núm. 4, Ottobre-Dicembre, 1998,
pp. 859-893

ISSN: 1593-2605

* 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://www.ucm.es/eprints>

Nota: Los números de las páginas no coinciden con los de la publicación, pero sí es idéntica la numeración de los párrafos, por lo que las citas a este documento pueden ir referidas a los números de los párrafos.

ABSTRACT

A significant feature of international commercial contracts at present is the trend to favour the application of non-national or transnational rules and standards, such as the UNIDROIT Principles on international commercial contracts. This article examines in detail the effectiveness of such rules in resolving disputes both before national courts and before arbitration tribunals. As regards national courts, the article contains new directions for the interpretation of the conflict of laws provisions focusing on the effects to be given to transnational rules in the framework of the 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations.

Keywords: International Commercial Contracts, *Lex Mercatoria*, Party Autonomy, International Principles, Arbitration

RESUMEN

Un rasgo destacado de la contratación mercantil internacional en la actualidad es la tendencia a la desnacionalización del régimen jurídico de las transacciones, favoreciendo la aplicación de conjuntos reglas de origen extraestatal, como es el caso de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Este artículo analiza en detalle la eficacia de tales reglas en la resolución de litigios tanto ante los tribunales estatales como ante los órganos arbitrales. En relación con el primer aspecto incluye una interpretación novedosa acerca de la aplicación de normas extraestatales a los contratos internacionales en el marco del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Palabras clave: contratos mercantiles internacionales, *lex mercatoria*, autonomía de la voluntad, reglas extraestatales, arbitraje

ARMONIZACIÓN NORMATIVA Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. -II. TENDENCIAS EN LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES. 1. Contraposición entre las jurisdicciones estatales y el arbitraje. 2. Propensión a la desnacionalización y rechazo de la técnica conflictual. -III. SIGNIFICADO DE LA LEY DEL CONTRATO. 1. Funciones de la ley del contrato. 2. ¿Irrelevancia de la precisión del ordenamiento (estatal) aplicable? -IV. ALCANCE DE LA REMISIÓN POR LOS CONTRATANTES A REGLAS NO ESTATALES. 1. La autonomía de la voluntad en la contratación internacional. 2. Eficacia de la elección ante los tribunales arbitrales y estatales. -V. OPERATIVIDAD DE LAS REGLAS EXTRAESTATALES A FALTA DE ELECCIÓN POR LAS PARTES. 1. Órganos arbitrales. 2. Tribunales estatales -VI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

1. El incremento sin precedentes de las transacciones comerciales internacionales se halla asociado a la interdependencia de las economías nacionales y a la pérdida de importancia de las fronteras estatales. Ese proceso va unido a una convergencia de las prácticas negociales de los operadores que toman parte en esas transacciones y al desarrollo sin la participación de los legisladores estatales de un elaborado entramado de normas materiales. Esta evolución normativa parece destinada a revisar o complementar las vías tradicionalmente establecidas para configurar el régimen jurídico de las transacciones transfronterizas. La precisión de la ley del contrato por medio de una regla de conflicto, como es característico de los distintos sistemas de Derecho internacional privado, implica la localización en un concreto país de un negocio vinculado con diversos sistemas jurídicos, con el propósito de que sea el ordenamiento de ese país el que determine el régimen normativo del contrato. La oportunidad de esta sistemática "nacionalización" de los contratos internacionales ha sido cuestionada con sólidos argumentos.

La realidad muestra que la necesidad de llevar a cabo esa localización con el propósito de precisar el régimen jurídico del contrato surge sólo en situaciones específicas. En definitiva, la constatación de que la técnica conflictual y el recurso potencial a la ley del contrato son instrumentos básicos e imprescindibles para disciplinar el régimen de las

* Este trabajo se inscribe en el proyecto DGICYT PB94-0264 "Derecho de la contratación internacional", dirigido por el Prof. Fernández Rozas.

obligaciones contractuales transfronterizas, como ilustran los arts. 3 y 4 del Convenio de Roma de 1980¹, debe contrastarse con la tendencia que muestra la práctica negocial (y la experiencia jurisprudencial, tanto de jurisdicciones estatales como de órganos arbitrales) a relativizar la trascendencia en el comercio internacional de la ley del contrato (desde una perspectiva cuantitativa de las relaciones para las que resulta realmente decisiva).

2. Los diversos ordenamientos nacionales en materia de contratos están integrados principalmente por normas dispositivas fundadas en el principio de autonomía de la voluntad, lo que ha facilitado el desarrollo progresivo de un conjunto de reglas relativas a transacciones internacionales, que en buena medida son normas elaboradas al margen de criterios políticos y “*legally system-indifferent*”². Esta tendencia se ha visto reforzada por las propias carencias de la mayor parte de los ordenamientos jurídicos para configurar el régimen normativo de los tipos contractuales propios del comercio internacional contemporáneo³ y para dar respuesta a las peculiaridades de las transacciones internacionales. La elaboración de normas materiales uniformes para regular el comercio internacional ha experimentado una apreciable transformación en los últimos años, con el progreso de mecanismos tendentes a hacer posible la formulación de reglas sin la participación de los legisladores estatales. Entre estas últimas destacan, junto a realizaciones de gran trascendencia en materias concretas, los Principios sobre los contratos comerciales internacionales elaborados en el marco de UNIDROIT⁴.

Superado ya en gran medida el debate acerca de la pretendida caracterización de la llamada *lex mercatoria* como ordenamiento jurídico en sentido propio (y acreditadas sus carencias para operar como ley del contrato)⁵, la cuestión clave es la relativa al papel que esas reglas,

¹ Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales hecho en Roma el 19 de junio de 1980.

² Cf. F.W. Grosheide, “Legal Borrowing and Drafting International Commercial Contracts”, *Comparability and Evaluation*, La Haya, 1994, pp. 69-83, p. 74.

³ Cf. A. Goldstajn, “Reflections on the Structure of the Modern Law of International Trade”, (P. Sarcevic, ed.), *International Contracts and Conflicts of Laws (A Collection of Essays)*, Londres, 1991, pp. 14-35, pp. 19-21 y 35.

⁴ UNIDROIT, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma, 1995.

⁵ *Vid.*, v.gr., J.M. Gondra Romero, “La moderna *lex mercatoria* y la unificación del Derecho del comercio internacional”, *RDM*, núm. 127, 1973, pp. 7-38; P. Lagarde, “Approche critique de la *lex mercatoria*”, *Etudes offertes à B. Goldman*, París, 1982, pp. 125-150, esp. pp. 127-139; P. Bernardini, “Contratti internazionali e diritto applicabile” *Dir.comm.int.*, vol. 1, 1987, pp. 393-414; y A. Giardina, “La *Lex Mercatoria* et la sécurité du commerce et des investissements internationaux”, *Hommage à F. Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 223-234.

producto de la armonización jurídica sin participación estatal directa, son susceptibles de desempeñar en la ordenación de los contratos internacionales. El tratamiento de esa cuestión reclama ante todo una reflexión global, necesitada de adaptaciones (que escapan al alcance de este trabajo) en su proyección a los distintos sectores de la contratación, caracterizados por una notable especialización y donde varían apreciablemente factores como el grado de elaboración de las reglas armonizadas, los hábitos de la práctica negocial y la aplicabilidad de normas estatales imperativas (basta pensar, por ejemplo, en las peculiaridades de los contratos de seguro)⁶.

Al analizar la aplicabilidad efectiva de reglas producto de los mecanismos recientes de armonización, en particular los aludidos Principios de UNIDROIT, parece oportuno adoptar como punto de partida una doble división bien conocida en el estudio del régimen jurídico de los contratos internacionales. De una parte, se impone distinguir entre los supuestos en los que los contratantes determinan que el negocio se rige por reglas no estatales relativas al comercio internacional y el resto de las situaciones, en las que no está presente una remisión a normas de esa naturaleza. De otra parte, en este contexto aparece consolidada la diferenciación del análisis en atención a la naturaleza arbitral o judicial (estatal) del órgano decisorio.

II. TENDENCIAS EN LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

1. Contraposición entre las jurisdicciones estatales y el arbitraje

3. Elemento destacado de la práctica negocial reciente es la consolidación y desarrollo del arbitraje comercial internacional como alternativa a las jurisdicciones estatales. Lo fundamental aquí es valorar en

⁶ La restricción del estudio a los contratos mercantiles se vincula con la circunstancia de que es en el ámbito del comercio internacional donde están presentes los actores y los intereses que promueven y hacen posible el desarrollo y la operatividad de esas normas elaboradas sin la participación estatal. De otra parte, esa limitación no implica trasladar aquí una distinción (civil/mercantil) desconocida en muchos ordenamientos nacionales, sino que tiene como objetivo fundamental (en la línea seguida en los Principios de UNIDROIT) dejar al margen el régimen de ciertos contratos, como los de consumo y los de trabajo, en los que la intervención estatal a través de normas imperativas que limitan la autonomía de la voluntad de las partes con el propósito de garantizar el equilibrio contractual da lugar a un contexto normativo específico, distanciado del que es propio de las transacciones de comercio internacional donde es extraordinario que la injerencia estatal por medio de normas imperativas esté destinada a tutelar el equilibrio entre los contratantes.

qué medida la contraposición entre la justicia estatal y la arbitral determina la existencia de diferencias en el régimen jurídico de los contratos internacionales. Típicamente se destaca que los órganos arbitrales (o los contratantes al determinar los términos en los que esos órganos tienen que decidir) disfrutan de mayor libertad, pues, a diferencia de lo que ocurre con los tribunales estatales, no se hallan obligados a aplicar las normas del foro (noción que en el arbitraje pierde su sentido) sobre determinación de la ley aplicable (en el ámbito comunitario, el Convenio de Roma de 1980). Este dato se refleja en el alcance de las reglas sobre la ley aplicable al fondo contenidas en las legislaciones nacionales sobre arbitraje más avanzadas, que se limitan a recoger el principio de autonomía de la voluntad de los contratantes y a establecer que en su defecto los árbitros aplicarán las normas que consideren oportunas⁷, a sabiendas de que los árbitros no quedan vinculados por ese tipo de normas y de la imposibilidad de que los jueces controlen el Derecho aplicado por los árbitros o el fondo de su decisión⁸. También los convenios internacionales así como los reglamentos institucionales de arbitraje se caracterizan por su flexibilidad al regular el Derecho aplicable al fondo, estableciendo la primacía de la autonomía de la voluntad, sin fijar criterios que determinen cómo deben precisar los árbitros las normas a aplicar⁹. La práctica arbitral, a falta de elección por las partes, conoce soluciones muy diversas para dar respuesta a esta cuestión, como el recurso a (las reglas de conflicto de) un sistema de Derecho internacional privado (el del país en el que tiene su sede el arbitraje o cualquier otro considerado apropiado), a varios de esos sistemas aplicados cumulativamente, o la

⁷ Expresión de esta tendencia es el art. 1.496 del *Code de procedure civile* (Francia), *vid.* P. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, 1996, p. 879. Es claro que el obsoleto, ineficaz y perturbador art. 62 de la Ley española de arbitraje de 1988 contrasta con esa tendencia.

⁸ Cuando el arbitraje es de equidad, los árbitros no vienen obligados en principio a resolver aplicando normas jurídicas, sino (sus propios) criterios generales de justicia y equidad, pero en la práctica los condicionantes normativos pueden llegar a ser similares (*cf.* P. Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2ª ed., Tubinga, 1989, p. 550; y H.A. Grigera Naón, *Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration*, Tubinga, 1992, p. 9), entre otras circunstancias, porque la exigencia de respeto a las normas imperativas no derogables por los contratantes se impone también en el arbitraje de equidad para garantizar su eventual ejecución forzosa y porque las reglas jurídicas suelen ser expresión de criterios extendidos de justicia.

⁹ *Vid.*, *v. gr.*, art. VII.1 del Convenio de Ginebra de 1961 sobre arbitraje comercial internacional ("...si no existiere indicación por las partes en lo que concierne al derecho aplicable, los árbitros aplicarán la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión") y art. 17 del Reglamento de arbitraje de la CCI aprobado el 8 de abril de 1997 ("...si las partes no hubieran designado el derecho aplicable, el árbitro aplicará las reglas de derecho que considere oportunas").

determinación directa de las normas aplicables, identificando o no un ordenamiento estatal como aplicable¹⁰.

4. La diferenciación entre los tribunales estatales y arbitrales no oculta la existencia de notables similitudes en el procedimiento así como en los efectos de las decisiones, lo que se corresponde con la naturaleza en esencia judicial de la función que desempeñan los árbitros y con la constatación de que coincide con la función que cumplen los tribunales estatales al resolver litigios equivalentes. Lo anterior reclama estándares (comunes) de justicia material en una y otra vía de solución de controversias, si bien los árbitros en principio tienen mayor flexibilidad al concretar las reglas aplicables, lo que facilita el empleo de técnicas y el logro de soluciones adaptadas a las peculiaridades de las transacciones comerciales internacionales¹¹.

La idea de que las normas jurídicas a aplicar para resolver una controversia resultan sustancialmente diversas según el carácter estatal o arbitral del órgano decisorio no parece razonable con carácter general y no se compadece con la idea de que la “verdad jurídica” no depende de la naturaleza de la autoridad que la formula¹². La experiencia muestra que en los supuestos en los que los órganos arbitrales consideran necesario determinar la ley del contrato, tienden a localizar éste en un ordenamiento estatal, como hacen los jueces¹³, con base en criterios empleados en sistemas de Derecho internacional privado, si bien la mayor flexibilidad de que disponen para concretar las reglas aplicables conduce a que la localización en un ordenamiento nacional no sea en el arbitraje un criterio general que se imponga en los mismos términos que ante los tribunales estatales, e incluso que sea frecuente la referencia a la *lex mercatoria* como ley del contrato¹⁴. Asimismo, la toma de postura favorable a la convergencia del régimen normativo aplicado por los jueces y los árbitros es importante al valorar la repercusión en la regulación de los contratos internacionales de normas elaboradas sin participación estatal directa. Por ejemplo, no parece razonable que en el supuesto de que las partes -como

¹⁰ Dando cuenta de las posibles soluciones *vid.* J.D.M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Nueva York, 1978, pp. 221-529.

¹¹ Cf. H.A. Grigera Naón, *Choice-of-law...*, *op. cit.*, pp. 8 y 290.

¹² *Vid.* A.V.M. Struycken, “La mission de l’arbitre en ce qui concerne la détermination des règles de droit applicables au commerce international”, *Comparability...*, *op. cit.*, pp. 369-381, pp. 375-380.

¹³ Muy ilustrativos son en la práctica reciente, por ejemplo, el laudo parcial sobre ley aplicable en el asunto 5.314 (CCI) (*Yearbook C.A.*, vol. XX, 1995, pp. 35-40).y el de la Cámara de Comercio de Estocolmo de 17 de junio de 1992 (*Yearbook C.A.*, vol. XXII, 1997, pp. 199-204, pp. 202-203)

¹⁴ *Vid., v.gr.*, la decisión de 8 de marzo de 1996 de la Cámara de arbitraje de París (*Yearbook C.A.*, vol. XXII, 1997, pp. 28-34, p. 31)

es frecuente en la práctica negocial- hayan previsto en el contrato, además de la sumisión a arbitraje, que las eventuales controversias se resolverán de conformidad con los principios y usos comunes del comercio internacional, deban ser sustancialmente distintas las reglas aplicables por el órgano decisorio si llegado el momento, en vez de un tribunal arbitral, es un órgano estatal el que conoce de la controversia, por resultar ineficaz el convenio arbitral¹⁵. También debería ser semejante la solución cuando ni siquiera se ha incluido una cláusula de sumisión a arbitraje?

2. Propensión a la desnacionalización y rechazo de la técnica conflictual

5. La tendencia a recurrir al arbitraje en el ámbito comercial internacional responde en cierta medida a los recelos que suscita la práctica judicial de localizar sistemáticamente los contratos internacionales en un ordenamiento nacional. La creación de normas materiales uniformes relativas a las transacciones mercantiles internacionales supone una reacción frente a las carencias atribuidas a la técnica conflictual, que llevan a reclamar la elaboración progresiva de normas extranacionales de Derecho privado material¹⁶, superadoras de las reglas de conflicto como una respuesta de calidad muy superior a los problemas transnacionales¹⁷. Desde esta perspectiva se resalta el carácter paradójico e insatisfactorio de la solución que aportan las normas de conflicto¹⁸, que “nacionalizan” las transacciones conectadas con varios países y conducen a su regulación por una normativa nacional, típicamente ideada para transacciones internas.

6. El empleo generalizado de la técnica conflictual para concretar el régimen jurídico de las transacciones comerciales internacionales presenta deficiencias (algunas de las cuales pueden desaparecer en situaciones concretas, como cuando las partes han seleccionado la ley aplicable en

¹⁵ Planteando la hipótesis, *vid.* F. Dasser, “Lex mercatoria: Werkzeug der Praktiker oder Spielzeug der Lehre?”, *SZIER*, 1991, pp. 299-323, p. 318.

¹⁶ *Vid.* Q. Alfonsín, *Régimen internacional de los contratos*, Montevideo, 1950, esp. pp. 171-179, considerando la elaboración de una legislación extranacional como una nueva, incipiente (en el año 1950) y definitiva etapa en la regulación de los contratos internacionales, superadora de la limitación común a todas las soluciones conflictuales, que se ciñen a determinar el ordenamiento nacional rector del contrato (p. 111).

¹⁷ *Vid.* C.M. Schmitthoff, “International Trade Law and Private International Law”, *Select Essays on International Trade Law*, Dordrecht, 1988, pp. 533-545, pp. 540-543; y F.K. Juenger, “American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant”, *Vand.J.Trans.L.*, vol. 28, 1995, pp. 487-501, p. 497.

¹⁸ *Vid.* E. Steindorff, *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, Francfort, 1958, pp. 11-36. Más recientemente, *vid.* K. Siehr, “Sachrecht im IPR, transnacionales Recht und lex mercatoria”, *Internationales Privatrecht, Internationales Wirtschaftsrecht*, Colonia, 1985, pp. 103-126, pp. 103-104.

virtud de la autonomía prevista en la regla de conflicto o cuando el contrato está manifiestamente integrado en un país). Entre esas deficiencias destacan las relativas a la dificultad de garantizar la seguridad jurídica, valor sin duda fundamental en la ordenación del comercio internacional. De una parte, como los criterios empleados por las reglas de conflicto para localizar los contratos transfronterizos varían significativamente según los países¹⁹, sólo es posible conocer las normas que determinan la ley aplicable a una transacción cuando no existen dudas acerca del país cuyos tribunales van a decidir el litigio (salvo cuando en los países de que se trate las normas de conflicto sobre contratos están unificadas, como ocurre en el ámbito comunitario). Determinada la regla de conflicto aplicable, puede no existir certeza acerca del resultado al que conduce, en particular como consecuencia de la tendencia a dotar a los criterios de conexión de cierta flexibilidad que garantice el respeto al principio de proximidad (mediante la aplicación del ordenamiento que presenta los vínculos más estrechos con el contrato)²⁰. Una vez identificado el ordenamiento nacional aplicable no acaban las dificultades. Cuando la regla de conflicto remite a una ley foránea, aparecen los obstáculos inherentes a la aplicación judicial del Derecho extranjero, que pueden ocasionar su inaplicación, si no se logra conocer con certeza y precisión suficientes el contenido de ese ordenamiento. Incluso si la regla de conflicto conduce a la ley interna del tribunal que conoce de la controversia, la previsibilidad del régimen jurídico del contrato puede ser escasa habida cuenta de las dificultades presentes en los ordenamientos nacionales respecto a la determinación de la admisibilidad, validez y disciplina normativa de los contratos atípicos²¹, tan comunes en el comercio internacional. Puestas de relieve ciertas carencias asociadas al empleo sistemático de reglas de conflicto para regular transacciones comerciales internacionales, se impone valorar las vías de superación de esa situación y la eventual aptitud de las alternativas o complementos disponibles.

¹⁹ Vid. O. Lando, “The Conflict of Laws of Contracts. General Principles”, *R. des C.*, 1984-VI (t. 189), pp. 227-447, pp. 318-393.

²⁰ La incertidumbre existe incluso cuando la previsibilidad se considera básica en la interpretación de soluciones flexibles como la incorporada en el art. 4.5 del Convenio de Roma de 1980, cf. K. Kreuzer, “Zur Funktion von kollisionsrechtliche Berichtigungsnormen”, *ZfRV*, vol. 33, 1992, pp. 168-192, pp. 175-176. Insistiendo en el perjuicio para los contratantes derivado de la inseguridad jurídica propia de ciertas reglas de conflicto con una cláusula general inspirada en el principio de proximidad, vid. W. Wengler, “L’evolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, t. 79, 1990, 657-674, pp. 665-669.

²¹ Vid. L. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial (I, Introducción, Teoría del contrato)*, 5ª ed., Madrid, 1996, pp. 390-392.

III. SIGNIFICADO DE LA LEY DEL CONTRATO

1. Funciones de la ley del contrato

7. Con carácter general, son tres las funciones que desempeña la ley del contrato²²: conferir fuerza vinculante al acuerdo y fijar las condiciones de su existencia; establecer el marco imperativo del contrato, dentro del que opera la autonomía de los contratantes; y suministrar los criterios de interpretación y el régimen supletorio del contrato en lo no previsto por las partes. El carácter vinculante del contrato deriva normalmente de las disposiciones de un ordenamiento (estatal) que fundamenta en la voluntad de los otorgantes la obligatoriedad de los acuerdos (así, en España, arts. 1.091, 1.254, 1.255 y 1.278 Código civil). La voluntad de las partes no tiene un valor jurídico originario, sino que su poder vinculante deriva de la fuerza que le asigna un ordenamiento jurídico, de lo que resulta la imposibilidad lógica de contratos que no estén regidos por un ordenamiento estatal²³. Prácticamente la totalidad de los ordenamientos jurídicos coinciden en este planteamiento básico (principio *pacta sunt servanda*).

Las soluciones sí varían entre los ordenamientos en lo relativo a la configuración de las concretas exigencias a las que se subordina la existencia y validez de los contratos. En realidad esas cuestiones son determinadas por la ley del contrato, en la medida en que ésta desempeña la segunda de sus funciones, establecer el marco imperativo, dentro del cual los contratantes son libres para configurar el contrato. Las normas que establecen las exigencias a las que se subordina la validez y la existencia de los contratos constituyen el núcleo de las normas de Derecho de obligaciones que revisten carácter imperativo²⁴. Tales normas están destinadas a garantizar el respeto a los estándares mínimos de justicia en la formación y el contenido del contrato, previendo la invalidez de los negocios en los que el consentimiento de alguna de las partes (y su declaración) presenta importantes deficiencias (incapacidad, error, dolo,

²² Vid. B. von Hoffmann, "Assessment of the EEC Convention from a German Point of View", *Contract Conflicts (The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study)*, Amsterdam, 1982, pp. 221-235, p. 222; y también Q. Alfonsín, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 20.

²³ Cf. T.R. Popescu, "The Law of International Trade: A New Task for National Legislators or a New *Lex Mercatoria*", *New Directions in International Trade Law*, vol. I, Nueva York, 1977, pp. 21-49, p. 35; y F. Rigaux, "Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Cahiers dr.eur.*, vol. XXIV, 1988, pp. 306-321, pp. 307 y 318.

²⁴ Vid., desde una perspectiva comparada, K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3ª ed, Tubinga, 1996, pp. 318-324 y 374-382.

intimidación) o cuyo contenido es contrario a la ley, la moral o el orden público. Si bien la cuestión de qué contenidos infringen esos elementos es resuelta de manera dispar según los países, como consecuencia de las diversas tradiciones y políticas legislativas, dos aspectos comunes merecen ser destacados.

En la mayoría de los ordenamientos ha encontrado reflejo la tendencia a reducir los desequilibrios por medio de mecanismos que complementan el principio de libertad contractual con un principio de justicia contractual, lo que se manifiesta fundamentalmente en la adopción de normas protectoras de los consumidores, si bien en ocasiones la necesidad de protección comprende también a los operadores mercantiles²⁵. Particular importancia reviste en la contratación mercantil internacional el hecho de que en los ordenamientos contemporáneos proliferan las disposiciones legales que, para realizar objetivos de política social o económica (libre competencia, estabilidad monetaria, intereses estratégicos...), prohíben ciertos acuerdos o los supeditan a la concesión de una autorización administrativa. Esas disposiciones, pese a no ser normas de Derecho de obligaciones, son determinantes de la (in)validez de los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación, pues bien establecen sanciones contractuales directas, bien es preciso acudir para fijar esas sanciones a las normas del ordenamiento al que pertenecen relativas al tratamiento de los contratos contrarios a la ley²⁶. Este dato supone que el marco imperativo del contrato viene en buena medida fijado por normas no sólo que no pertenecen al Derecho de obligaciones, sino sobre todo, por normas, cuya aplicación a la relación contractual es, en general, como se pondrá de relieve, independiente de qué ordenamiento opera como ley del contrato.

8. También corresponde a la ley del contrato proporcionar la normativa aplicable a las relaciones entre los contratantes en la medida en que éstos no hayan previsto, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, un régimen específico. El desempeño de esta función se vincula con el sentido mismo de la presencia de normas dispositivas sobre obligaciones contractuales en los diversos ordenamientos. La existencia de estas normas, libremente derogables por acuerdo de las partes, facilita la contratación, al ofrecer una alternativa (más exactamente, un modelo de ordenación) a los contratantes que reduce los costes asociadas a una

²⁵ Vid. O. Lando, "Unfair Contract Clauses and a European Uniform Commercial Code", *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Florencia, 1978, pp. 267-288, pp. 269-282.

²⁶ Dando cuenta de la falta de consenso entre los ordenamientos nacionales acerca de esta última cuestión, *vid.* C. Szladitis, "Illegality of Prohibited Contracts: Comparative Aspects", *Legal Essays in Honor of H.E. Yntema*, Leiden, 1961, pp. 221-231.

redacción del contrato con pretensiones de exhaustividad para eliminar los riesgos de eventuales comportamientos oportunistas de los participantes²⁷.

El fundamento económico de la existencia de normas dispositivas sobre obligaciones contractuales hace fácilmente comprensible que en el ámbito del comercio internacional se pretenda que esta función (e incluso la de fijar el marco imperativo típico de Derecho de obligaciones) sea desempeñada por un conjunto normativo de carácter transnacional, que proporciona una reglamentación material elaborada y autónoma respecto de los ordenamientos nacionales, con el objetivo de reducir los riesgos y carencias propios de la técnica conflictual. El límite más importante para el desempeño de esa función por un instrumento como los Principios de UNIDROIT es la circunstancia de que al ser un compendio aislado, no integrado en un sistema jurídico, puede ser insuficiente en situaciones extremas para colmar las lagunas de regulación del contrato, pese a que lo elaborado de sus reglas y la flexibilidad de éstas limita mucho ese riesgo. En todo caso la eficacia de un instrumento de ese tipo -que no forma parte de ningún ordenamiento jurídico- para proporcionar el régimen supletorio del contrato se subordina normalmente al previo acuerdo de las partes en ese sentido, en línea con lo dispuesto en el sistema de Derecho internacional privado que resulte de aplicación.

2. ¿Irrelevancia de la precisión del ordenamiento (estatal) aplicable?

9. Es habitual que la resolución -incluso por los tribunales estatales- de los litigios sobre contratos internacionales no exija precisar el ordenamiento jurídico de qué país es la ley del contrato, cuando las partes no la han elegido. Entre las circunstancias determinantes del menoscabo de la importancia de la ley rectora del contrato para regir las transacciones internacionales no es la principal el hecho de que las normas imperativas y dispositivas de la ley del contrato desempeñan las funciones que acaban de señalarse sólo respecto de las cuestiones incluidas en el ámbito de aplicación de la ley del contrato²⁸. El ordenamiento aplicable a numerosos aspectos de la relación negocial se determina de manera autónoma, es decir, es independiente de la ley aplicable al contrato: capacidad efectiva para contratar; forma del contrato (según lo dispuesto en el art. 9 del Convenio de Roma de 1980); representación voluntaria; cuestiones reales de los contratos sobre bienes corporales; aspectos regidos por la ley de protección en los acuerdos sobre derechos de propiedad intelectual e

²⁷ Cf. K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung...*, *op. cit.*, p. 318.

²⁸ La enumeración no exhaustiva de esas cuestiones aparece en el art. 10 del Convenio de Roma de 1980.

industrial.... Asimismo, lo relativo al cumplimiento contractual se halla condicionado necesariamente por disposiciones del país en el que debe tener lugar la ejecución.

Más importancia aún reviste el dato de que la precisión del régimen jurídico de los contratos internacionales no siempre implica un conflicto de leyes (en los términos del art. 1.1 del Convenio de Roma)²⁹. Con frecuencia identificar cuál es la ley del contrato no es necesario para garantizar el desempeño de las funciones propias de esa ley ni para dar respuesta a las cuestiones controvertidas en el caso concreto. En lo que atañe a este último aspecto, el que la ley del contrato carezca de importancia para resolver una controversia acerca de la relación negocial no debe extrañar, pues con frecuencia lo decisivo en el litigio es la veracidad de ciertos hechos³⁰; asimismo, el predominio en el ámbito internacional del modelo anglosajón de redacción de los contratos³¹, caracterizado por el extremado detalle y la elaboración de su clausulado, reduce la necesidad de acudir a la normativa dispositiva de la ley del contrato.

10. En lo que al desempeño de las funciones propias de la ley del contrato se refiere, en primer lugar, la necesidad lógico-jurídica de que un ordenamiento estatal (en particular cuando el litigio se tramita ante un tribunal estatal) confiera fuerza vinculante al contrato no implica, en la práctica, la necesidad de determinar cuál es ese concreto ordenamiento, pues típicamente los diversos sistemas implicados coinciden en atribuir carácter vinculante a los acuerdos voluntariamente celebrados por las partes y en exigir el cumplimiento en sus propios términos. Incluso cuando para decidir la controversia es preciso completar lo pactado por las partes, acudiendo a la normativa aplicable subsidiariamente, no debe extrañar que la identificación de la ley del contrato sea innecesaria, en particular, porque las normas relevantes de los diversos sistemas jurídicos implicados en la controversia son iguales o conducen a resolver del mismo modo la cuestión controvertida. Esta circunstancia explica que con frecuencia en los laudos arbitrales no se identifique un ordenamiento estatal como aplicable e incluso que la solución alcanzada aparezca

²⁹ Poniendo de relieve cómo la importancia de prácticas uniformes dota de un significado peculiar a la idea de *conflict avoidance* en este contexto, *vid.* C.M. Schmitthoff en *Colloque de Bâle sur la loi régissant les obligations contractuelles*, Basilea-Francfort, 1983, pp. 144-145. *Vid.*, asimismo, *id.*, "Conflict Avoidance in Practice and Theory", *Select...*, *op. cit.*, pp. 484-517, *passim*, destacando la importancia a estos fines del método comparativo.

³⁰ Cf. T.M. De Boer, "Facultative Choice of Law. The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law", *R. des C.*, 1996 (t. 258), pp. 225-427, p. 361.

³¹ Cf. V. Gessner, "Global Legal Interaction and Legal Cultures", *Ratio Iuris*, vol. 7, 1994, pp. 132-145, p. 140.

fundada en la *lex mercatoria*, cuando en realidad no existe incompatibilidad entre los usos, prácticas y principios del comercio internacional y las normas materiales de los distintos ordenamientos nacionales vinculados con la controversia³².

Este dato también parece condicionante de la práctica de los tribunales estatales, en particular al disminuir la trascendencia de la cuestión de ley aplicable, lo que se corresponde tanto con la realidad de los tribunales, que no es extraño que obvien ese aspecto al resolver los litigios sobre contratos internacionales³³, como con la actitud de los litigantes, para los cuales la cuestión con frecuencia es de una importancia menor³⁴. Las carencias de los ordenamientos estatales en la regulación de las modalidades contractuales típicas del comercio internacional, que se vincula con la mayor importancia de los principios generales sobre obligaciones contractuales y de los usos, también favorecen la evolución en la dirección señalada.

11. Incluso cuando se trata de configurar el marco imperativo del contrato su ley rectora puede revestir una importancia menor. Con carácter general, el régimen jurídico del acuerdo viene establecido en su mayor parte por normas dispositivas³⁵. Es más, las normas de Derecho de obligaciones que son imperativas presentan notable similitud en la

³² Utilizando el concepto “*false conflict*” para dar cuenta de estas situaciones, con significativos ejemplos de la práctica arbitral, *vid.* H.A. Grigera Naón, *Choice-of-law...*, *op. cit.*, Tubinga, 1992, pp. 39 y 75-83.

³³ A modo de ejemplo, en la jurisprudencia reciente española, resolviendo las cuestiones de fondo suscitadas por contratos internacionales sin plantearse la determinación de la ley del contrato, *vid.* Sent. Tribunal Supremo (sala 1ª) de 16 de mayo de 1996 (RAJ 3.912) (con nota de M. Checa Martínez en *REDI*, 1997-2; 43-Pr), en relación con una operación de crédito documentario en la que las partes habían previsto expresamente la aplicación de las Reglas y usos uniformes. Asimismo, *vid.* Sent. Aud. Prov. Barcelona de 11 de marzo de 1997 (*RGD*, 1998, núms. 640-641, pp. 1302-1306) resolviendo el litigio surgido en relación con un contrato de distribución exclusiva sin hacer mención a la ley italiana, pese a reconocer que el contrato incluía una cláusula previendo expresamente que “el contrato será regido por la ley italiana”.

³⁴ Lo que unido a la tendencia bien conocida de los tribunales estatales al *legeforismo* contribuye a facilitar la aplicación de la ley material del foro, sin menoscabo de la imperatividad de las normas de conflicto como regla de base, en la medida en que se pueda considerar que existe una aceptación tácita por los contratantes (en los términos del art. 3.1 del Convenio de Roma) de esa ley.

³⁵ Si bien en el ordenamiento español no existe una regla favorable al carácter dispositivo de las normas sobre contratos, sino que es un problema de interpretación de cada norma, *cf.* L. Díez-Picazo, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 128-129, quien señala que, en términos generales, son imperativas las normas que establecen prohibiciones y las que prevén la sanción de nulidad en caso de incumplimiento (*vid.* también *ibíd.* pp. 359-360).

mayoría de los ordenamientos³⁶. La situación es distinta tratándose de normas imperativas que tienen como objetivo realizar determinados intereses económicos, políticos o sociales (ordenación de mercado, control de exportaciones, protección de los consumidores...), que sí divergen significativamente según los países. Ahora bien, estas normas, condicionantes de la validez de los acuerdos, tienen un ámbito de aplicación espacial específico -independiente de la voluntad de los contratantes- que no coincide con el de las normas sobre obligaciones contractuales y además (al menos, tratándose de normas del foro) prevalecen incondicionalmente sobre la *lex contractus*³⁷. Ilustrativo de que el alcance espacial de esas normas imperativas (de intervención) es distinto del de las disposiciones sobre obligaciones contractuales, es el dato de que ley del contrato puede ser incluso la de un país que no presenta ningún vínculo con el negocio (cuando las partes así lo acuerdan, conforme al art. 3 del Convenio de Roma³⁸). En tales circunstancias, si bien el contrato se halla regido por todas las normas tanto imperativas como dispositivas (éstas si no son derogadas por las partes) de la ley del contrato, las normas imperativas de intervención de ese ordenamiento típicamente no serán aplicables al contrato ya que éste no afecta a los intereses económicos, políticos o sociales que tratan de proteger (por ejemplo, el ámbito espacial de las normas de defensa de la competencia suele limitar su aplicación a los contratos que producen efectos en el mercado protegido por el poder público que adopta las normas); mientras que normas imperativas de algún otro ordenamiento sí pueden ser de aplicación a ese contrato.

Los criterios para determinar si procede la aplicación de las normas de intervención de un ordenamiento distinto a la ley del contrato es algo que en principio varía en función de que el órgano decisorio sea estatal o arbitral. Tratándose de un tribunal estatal, si el supuesto cae dentro del ámbito espacial de normas de intervención del foro éstas prevalecen en todo caso (art. 7.2 del Convenio de Roma) sobre la ley del contrato (cuyas

³⁶ Respecto a las cuestiones a las que suelen referirse esas normas es ilustrativo el final del comentario al art. 1.5 de los Principios, *vid.*, UNIDROIT., *Principios...*, *op. cit.*, p. 13.

³⁷ Destacando cómo la presencia de normas ajenas a la *lex contractus* que prevalecen sobre ésta en la regulación de los contratos internacionales (en especial, normas imperativas de ordenación económica del foro y normas materiales contenidas en convenios internacionales) es un dato clave en el menoscabo de la importancia práctica de la *lex contractus*, *vid.* L. Collins, "Arbitration and the Law Governing Contractual Relations: An Introductory Report on the Position in England", *Colloque...*, *op. cit.*, pp. 55-79, pp. 66-69.

³⁸ Una elección así tiene lugar normalmente cuando la opción por un ordenamiento neutral es la única posibilidad de alcanzar un acuerdo o porque se trata de un ordenamiento cuya normativa se adapta bien a las peculiaridades del negocio.

normas tampoco se aplican si son contrarias al orden público conforme al art. 16 del Convenio), siendo la ley del foro la que determina el contenido de la prohibición y su alcance sobre la eficacia del negocio jurídico (corresponde a la ley del contrato precisar las ulteriores consecuencias de la ineficacia sobre la relación negocial, por ejemplo, decidir acerca de la eficacia de la parte del acuerdo no afectada por la prohibición cuando ésta se refiere sólo a ciertas cláusulas del contrato). Cuando las normas imperativas en cuyo ámbito de aplicación queda comprendido el contrato son de un tercer ordenamiento, su eficacia ante los tribunales españoles se subordina a lo dispuesto en el art. 7.1 del Convenio de Roma, que, además de exigir un vínculo estrecho entre la situación y el país del que procede la norma, prevé un proceso de decisión por parte del tribunal sobre la conveniencia o necesidad de la aplicación o toma en consideración de la norma, valorando su naturaleza y objeto, así como las consecuencias resultantes de su aplicación³⁹. Tratándose de un órgano arbitral la diferenciación entre normas imperativas del foro y de terceros Estados pierde su sentido, si bien el resultado al que se llegue en la práctica no tiene por qué ser distinto que ante los tribunales estatales. La idea ampliamente extendida es que en línea de principio los árbitros deben dar efecto a las normas materiales de intervención -que realizan objetivos estatales de importancia- de los países con los que está vinculada la situación, en especial, en la medida en que de no proceder así se obstaculice la eventual ejecución del laudo en esos países⁴⁰; asimismo, la aplicación por los árbitros de las normas de la ley del contrato no procede cuando contraría el orden público (internacional)⁴¹.

IV. ALCANCE DE LA REMISIÓN POR LOS CONTRATANTES A REGLAS NO ESTATALES

1. La autonomía de la voluntad en la contratación internacional

12. Es común en el panorama comparado que los sistemas de Derecho internacional privado atribuyan a los contratantes la posibilidad

³⁹ Con ulteriores referencias y mayor elaboración, *vid.* P.A. De Miguel Asensio, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Madrid, 1996, pp. 325-367.

⁴⁰ *Vid.* H.A. Grigera Naón, "International Commercial Arbitration in Latin America: What Now?", *Comparability...*, *op. cit.*, pp. 325-340, pp. 334-336; y la conclusión a la que llega D. Hochstrasser, "Choice of Law and Foreign Mandatory Rules in International Arbitration", *J.Int. Arb.*, vol. 11, 1994, pp. 57-86, p. 86.

⁴¹ *Vid.* P. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité...*, *op. cit.*, pp. 874-878.

de elegir mediante acuerdo la ley estatal aplicable al contrato⁴². La facultad de elección de la ley del contrato encuentra su fundamento en el principio de libre disposición, al tiempo que aporta una significativa dosis de seguridad jurídica⁴³, permitiendo eliminar las dificultades propias de la determinación objetiva de la ley aplicable⁴⁴. No obstante, en la práctica los contratos internacionales carecen con frecuencia de una cláusula de elección de la ley aplicable. Entre los motivos que explican esa situación, destaca la imposibilidad de alcanzar un acuerdo entre los contratantes, por rechazar sistemáticamente cada una de las partes la elección de la ley del país del otro contratante o de un tercer Estado, que normalmente le resultan desconocidas⁴⁵. No es extraño en los contratos internacionales, en especial en los que contemplan el recurso a arbitraje, la inclusión de una cláusula de elección referida a conjuntos normativos no estatales (en especial a la aplicación de "los principios generales del comercio internacional" o "la *lex mercatoria*").

El déficit de seguridad jurídica de las cláusulas de elección relativas a conjuntos normativos no estatales, como consecuencia de las limitaciones de éstos, ha sido determinante de la crítica a la inclusión de ese tipo de cláusulas⁴⁶. Pese a lo razonable de esa crítica, no cabe desconocer que los progresos en la armonización (sobre todo, no legislativa) de las normas relativas a la contratación internacional contribuyen a que remisiones a instrumentos normativos creados en ese marco -en particular, los Principios de UNIDROIT- puedan aportar un nivel apreciable de seguridad jurídica a la relación contractual. Si bien no se integran en un sistema capaz de colmar todas sus lagunas y que

⁴² Ilustrativo del consenso sobre el particular -si bien las limitaciones impuestas a esta facultad de las partes varían según las materias y los países- es la Resolución adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Basilea (1991), *vid. Ann. de l'IDI*, vol. 64, 1991, pp. 77-79 y el informe explicativo de E. Jayme, pp. 62-76.

⁴³ En general, acerca de las razones que justifican la facultad de elegir la ley aplicable en la contratación internacional *vid.* O. Lando, "The Conflict...", *loc. cit.*, pp. 284-286; destacando como fundamento último el principio de libre disposición de los contratantes, *vid.* K. Siehr, "Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht", *Festschrift für M. Keller*, Zúrich, 1989, pp. 485-510, p. 498.

⁴⁴ Si bien algunas de las causas de inseguridad jurídica inherentes a la técnica conflictual subsisten incluso cuando las partes han determinado expresamente el ordenamiento aplicable, *cf.* en relación con las dificultades propias de la aplicación judicial del Derecho extranjero, J.R. Lowe, "Choice of Law Clauses in International Contracts. A Practical Approach", *Harvard ILJ*, vol. 12, 1971, pp. 1-32, pp. 9-10.

⁴⁵ *Cf.* A. Kappus, "Lex mercatoria als Geschäftsstatut vor staatlichen Gerichten in deutschen internationalen Schuldrecht", *IPRax*, vol. 13, 1993, pp. 137-142, p. 138.

⁴⁶ *Vid.* W. Wengler, "Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat", *Rev.crit.dr.int.pr.*, t. 71, 1982, pp. 467-501, pp. 485-496, advirtiendo que determinadas situaciones, como las de los contratos en los que es parte un Estado, reclaman soluciones más matizadas.

garantice la interpretación uniforme, los Principios de UNIDROIT constituyen un conjunto desarrollado y equilibrado de normas, de fácil conocimiento por los contratantes y cuya aplicación al contrato puede contribuir a la previsibilidad del régimen jurídico⁴⁷. El nivel de elaboración de los Principios (que contienen ciertas normas sobre peculiaridades de las transacciones transfronterizas de las que suelen carecer los ordenamientos nacionales) hace que, junto con lo dispuesto en el clausulado contractual, sean capaces de configurar hasta tal punto el régimen jurídico del contrato que, a la luz de las circunstancias del caso, la precisión de la ley rectora no sea necesaria en la práctica (eliminando las dificultades propias de esa tarea) salvo en situaciones específicas, habida cuenta también de que las normas imperativas de intervención y las relativas a cuestiones que quedan al margen de la ley del contrato se aplican independientemente de cuál sea ésta.

2. Eficacia de la elección ante los tribunales arbitrales y estatales

13. La vía más sencilla para lograr la eficacia de los Principios de UNIDROIT (y, en general, de las reglas armonizadas sin la participación estatal directa) es pactando en el contrato su aplicación⁴⁸, como se prevé en el Preámbulo mismo de los Principios (“deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones” y “pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes”⁴⁹). La distinción, consolidada en Derecho internacional privado (como ilustra el art. 3 del Convenio de Roma), entre autonomía

⁴⁷ Cf. K. Boele-Woelki, “Die Anwendung der UNIDROIT-Principles auf internationale Handelsverträge”, *IPRax*, vol. 17, 1997, pp. 161-171, p. 164.

⁴⁸ La remisión expresa a los Principios de UNIDROIT (o la idea de que éstos son expresión de los principios generales o la *lex mercatoria*, cuya aplicación al contrato pactan las partes) parece ser cada vez más frecuente en la práctica negocial, cf. M.J. Bonell, “The UNIDROIT Principles in Practice: The Experience of the First Two Years”, *Uniform LR*, 1997, pp. 34-45 (también disponible en *http*, pp.1-10), pp. 3-4, dando cuenta de un supuesto concreto (pp. 6-7) en relación con el laudo de la Corte de Arbitraje de Milán núm. 1.795, de 1 de diciembre de 1996.

⁴⁹ La peculiar naturaleza de los Principios de UNIDROIT los hace un instrumento privilegiado para ser considerados manifestación de esas categorías, pudiendo conducir a un resultado semejante a la referencia expresa a esos Principios, *vid.* K. Boele-Woelki, “Die Anwendung...”, *loc. cit.*, p. 167.

conflictual y autonomía material⁵⁰ viene siendo considerada esencial al valorar el alcance ante los tribunales estatales de una elección de ese tipo⁵¹.

Es también habitual al abordar el alcance de tales remisiones distinguir en función de que el órgano decisorio sea estatal o arbitral. Tratándose de un órgano arbitral, habida cuenta de que con carácter general no tiene la obligación de aplicar las reglas de conflicto de un sistema estatal y que las disposiciones que le guían en la determinación de las normas aplicables son muy flexibles, tiende a matizarse el alcance de la distinción entre autonomía material y conflictual, admitiendo que cuando las partes se han remitido a un elaborado conjunto normativo extraestatal - como los Principios- o a expresiones como "*lex mercatoria*" o "principios generales"⁵² la necesidad de determinar la ley (estatal) aplicable desaparece⁵³ (si bien en realidad no cabe descartar que puedan existir lagunas normativas y que los árbitros consideren preciso determinar el ordenamiento estatal aplicable para colmarlas). Por el contrario, si el órgano decisorio es un tribunal estatal, como éste debe aplicar las reglas de conflicto del foro, y, en concreto, el art. 3 del Convenio de Roma de 1980 presupone que la ley del contrato debe ser un ordenamiento estatal, se afirma que si las partes prevén que el contrato se rige por los Principios esa remisión sólo opera en el ámbito de la llamada autonomía material,

⁵⁰ Vid. M. Virgos Soriano, "Obligaciones contractuales", J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado (Parte especial)*, 6ª ed., Madrid, 1995, pp. 143-207, pp. 148-149.

⁵¹ El ejercicio de la autonomía conflictual (específica de la contratación internacional) supone que las partes seleccionan el ordenamiento (estatal) aplicable al contrato, mientras que la autonomía material actúa en el ámbito reconocido a las partes (también de contratos internos) por la ley del contrato (seleccionada por las partes en ejercicio de la autonomía conflictual o determinada objetivamente) para regular libremente sus relaciones, siempre que sus pactos no afecten a las normas de ese ordenamiento que no pueden ser derogadas por los contratantes. La autonomía conflictual está limitada por normas internacionalmente imperativas (las que son aplicables a la relación cualquiera que sea la ley aplicable) del foro, mientras que la autonomía material opera sólo dentro del marco imperativo ordinario de la ley del contrato.

⁵² En la práctica arbitral cabe encontrar ya laudos afirmando que la remisión a expresiones de ese tipo debe conducir a la aplicación de los Principios de UNIDROIT. Es ilustrativo el laudo parcial CCI de 1995 (citado por M.J. Bonell, "The UNIDROIT Principles ...", *loc. cit.*, p. 6) sobre ley aplicable a un contrato de suministro de bienes por una empresa inglesa a Oriente Medio, que interpreta que la remisión hecha en el contrato a "los principios de justicia natural" como ley aplicable al fondo, debe llevar a la aplicación de los Principios de UNIDROIT, por ser la expresión más auténtica de reglas generales y principios que gozan de amplia aceptación.

⁵³ Vid. M. Bonell, "I Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali: origini, natura e finalità", *Dir.comm.int.*, vol. 9, 1995, pp. 3-22, pp. 19-20; y con ulteriores consideraciones, A. Giardina, "Les Principes UNIDROIT sur les contrats internationaux", *Journ.dr.int.*, vol. 122, 1995, pp. 547-558, pp. 551-553.

prevaleciendo todas las normas imperativas del ordenamiento estatal al que se remite la regla de conflicto.

14. En esta línea, es opinión extendida que la elección por los contratantes de los Principios de UNIDROIT como aplicables a sus relaciones opera en todo caso en el marco de la autonomía material, es decir, sólo puede constituir una incorporación por referencia de esas reglas al contrato, operativa en la medida en que no afecten a ninguna de las disposiciones imperativas de la ley del contrato⁵⁴. Este planteamiento, además de coincidir con el entendimiento generalizado de la autonomía de la voluntad en el Convenio de Roma ha sido asumido por los propios redactores de los Principios, como una restricción específica de los tribunales estatales, que no opera en el ámbito del arbitraje comercial internacional⁵⁵.

Ahora bien, la idea de que cuando las partes prevén que el contrato se rija por los Principios de UNIDROIT esa elección opera en el ámbito de la autonomía material, de manera que no afecta a la aplicación de las normas imperativas de la ley (objetiva) del contrato, contrasta con la apreciación de que los Principios contienen un régimen elaborado y equilibrado de normas de Derecho de obligaciones, tanto dispositivas como imperativas⁵⁶. Teniendo las partes libertad para elegir cualquier ordenamiento (estatal) como aplicable, no parecen existir razones para justificar que cuando optan por un elaborado conjunto normativo de origen extraestatal, que incluye un régimen imperativo de Derecho de obligaciones equiparable al de los ordenamientos más avanzados, prevalezcan sobre lo elegido por las partes las normas imperativas en materia de contratos de la ley a la que remita la regla de conflicto del foro.

15. La contraposición entre autonomía conflictual y autonomía material tiende a difuminarse⁵⁷, en particular, cuando se observa que la

⁵⁴ Cf., F. Ferrari, "Defining the Sphere of Application of the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Tul.L.Rev.*, vol. 69, 1995, pp. 1.225-1.237, pp. 1.229-1.230; A. Giardina, "Les Principes...", *loc. cit.*, p. 549; y J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 3ªed., Tubinga, 1997, p. 413.

⁵⁵ Cf. UNIDROIT, *Principios...*, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁶ En este sentido, *vid.* J.C. Wichard, "Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte", *RabelsZ*, vol. 60, 1996, pp. 269-302, pp. 282-290; y K. Boele-Woelki, "Die Anwendung...", *loc. cit.*, pp. 165-167.

⁵⁷ Una tendencia apuntada ya en ocasiones, *vid.*, *v. gr.*, cuestionando la relevancia práctica y la oportunidad de la distinción, W. Müller-Freienfels, en *Colloque...*, *op.cit.*, p. 149, citando bibliografía muy anterior; y K.P. Berger, "Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie in der internationalen Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit", *RiW*, vol. 40, 1994, pp. 12-18, p. 14, n. 14.

diferenciación entre normas imperativas en la que se apoya -de una parte, un grupo reducido que serían de aplicación a las transacciones internacionales cualquiera que sea la ley del contrato, de otra, la categoría más extensa que incluye todas las normas imperativas aplicables a los contratos (internos o internacionales regidos por ese ordenamiento)- requiere ciertas precisiones. La mayor parte de las normas de Derecho de obligaciones son dispositivas, pero las que presentan carácter imperativo establecen típicamente preceptos cuyo contenido esencial debe ser respetado tanto en los contratos internos como en los internacionales⁵⁸, incluso si éstos están regidos por un ordenamiento extranjero. Esta idea se refuerza al observar, desde la vertiente negativa del orden público internacional, que la aplicación por nuestros tribunales de un ordenamiento extranjero debe excluirse cuando sea incompatible con los criterios básicos de cualquiera de las normas imperativas de nuestro Derecho de obligaciones (por ejemplo, en el caso de que las normas extranjeras excluyan el deber de actuar con buena fe, no permitan impugnar la validez de un contrato celebrado bajo amenaza, o admitan conductas manifiestamente inequitativas de una de las partes).

Si bien el contenido esencial de las normas generales sobre Derecho de obligaciones que presentan carácter imperativo no es derogable, las peculiaridades de la contratación (mercantil internacional) explican que se permita a las partes elegir como aplicable otro ordenamiento (estatal), que opera en la medida que las normas imperativas de su Derecho de obligaciones aseguren un nivel de tutela y de equilibrio equivalente al del foro, esencial para garantizar los criterios básicos de justicia en la formación y el desarrollo de los contratos. Las normas imperativas del régimen general de los contratos, aunque con contenidos y formulaciones dispares, suelen garantizar en los distintos ordenamientos el nivel de tutela y equilibrio contractual indispensable, por lo que son sustituibles (se permite la elección de cualquier ordenamiento), con el límite de la excepción de orden público, residual en este sector. Ahora bien, las normas expresión de objetivos sociopolíticos destinadas a garantizar la posición negocial de contratantes necesitados de especial tutela sí merecen un tratamiento específico. También es distinta la situación respecto de las normas imperativas que no forman parte del Derecho de contratos, si bien condicionan la validez y eficacia de éstos, las llamadas normas de intervención, pertenecientes a otros sectores del ordenamiento (libre

⁵⁸ No sólo existe una significativa corriente que rechaza la conveniencia de un régimen diferenciado de los contratos internacionales respecto a los internos, sino que en el ámbito comunitario se cuestiona la compatibilidad de esa diferenciación con el principio de no discriminación y con el objetivo de integración, *cf.* B. Von Hoffmann, “General Report on Contractual Obligations”, *European Private International Law of Obligations*, Tubinga, 1975, pp. 1-41, p. 5.

competencia, régimen aduanero, control de cambios...), que responden a intereses económicos, sociales o políticos estatales y tienen un ámbito de aplicación espacial específico, diverso de las normas sobre obligaciones contractuales.

16. En definitiva, la idea de que la elección por las partes de los Principios como normativa rectora del contrato no equivale (ante los tribunales estatales) al ejercicio de la autonomía conflictual es cierta en la medida en que conforme a los arts. 3 y 4 del Convenio de Roma de 1980 sólo un ordenamiento estatal puede ser la ley rectora, que desde una perspectiva lógico-jurídica existe en todo contrato y que es de la que deriva en última instancia la fuerza vinculante del contrato y la que proporciona cuando es preciso el régimen supletorio. Pero la elección de los Principios tampoco debe equipararse a la llamada autonomía material. Cuando existe esa elección no parece admisible que las normas imperativas de Derecho de obligaciones del ordenamiento objetivamente aplicable prevalezcan con carácter general sobre las de los Principios (a las que hace referencia su art. 1.5), lo que menoscaba la importancia práctica de identificar en tales situaciones qué ordenamiento estatal es la ley del contrato. La idea de que las peculiares exigencias del comercio internacional justifican en ocasiones la posibilidad de que las partes desplacen también a las normas imperativas de la ley del contrato no es en absoluto novedosa⁵⁹.

Cuando las partes han pactado la aplicación de los Principios sin matizaciones⁶⁰ prevalecen éstos sobre todas las normas (dispositivas e imperativas) de la ley (objetiva) del contrato, quedando a salvo la eficacia de las normas de intervención relevantes (art. 7 Convenio de Roma de 1980), así como el orden público del foro. Esta solución es respetuosa con el significado de la autonomía de la voluntad en la contratación mercantil internacional y no menoscaba los intereses del foro (cuyas reglas de conflicto se aplican y que admite que sus reglas imperativas de Derecho

⁵⁹ Vid. esa idea ya en J. Perroud, "De la loi applicable aux conditions de validité des contrats", *Journ.dr.int.*, vol. 60, 1933, pp. 289-298, pp. 296-298, con referencia a la práctica jurisprudencial francesa, que también ha puesto de relieve en el ámbito del transporte marítimo que la remisión por las partes a un texto convencional uniforme no supone en ocasiones una mera incorporación por referencia, pues las normas imperativas del convenio al que las partes se remiten son de aplicación con independencia de lo dispuesto en la ley del contrato, *vid. sent. Cour de Cassation* de 4 de febrero de 1992 (*Rev.cr.dr.int.pr.*, vol. 81, 1992, pp. 495-497, con nota de P. Lagarde, pp. 497-503).

⁶⁰ La peculiar naturaleza de los Principios hace que las partes puedan prever la aplicación sólo de alguna de sus disposiciones, dejando al margen incluso disposiciones imperativas (pese al tenor del art. 1.5, *cf.* A. Giardina, "Les Principes...", *loc. cit.*, pp. 549-550); en tal caso, es claro que el marco imperativo de Derecho de obligaciones es necesariamente el de la ley objetiva del contrato.

de obligaciones sean derogadas a través de la remisión a cualquier ordenamiento estatal), pues los Principios garantizan un nivel de protección y equilibrio equivalente al de las normas sobre Derecho de obligaciones de los ordenamientos estatales. El significado tradicional de la autonomía conflictual resulta alterado por el creciente desarrollo de normas extraestatales y su importancia en la configuración del régimen jurídico contractual.⁶¹ En conclusión, la eficacia del acuerdo de las partes de que el contrato se rija por los Principios de UNIDROIT debe ser semejante ante los órganos arbitrales y los judiciales: las normas (dispositivas e imperativas) de los Principios desplazan a la ley (objetiva) del contrato -cuya aplicación práctica sólo es necesaria de existir lagunas insuperables-; si bien existen diferencias acerca de la repercusión de las normas de intervención de los ordenamientos implicados y en torno al límite del orden público del foro.

Por último, no cabe desconocer que la decisión de que el contrato se rija por los Principios de UNIDROIT (o los "principios generales del comercio internacional" u otras expresiones que a la luz de las circunstancias del caso lleven también a esa solución) plantea dificultades específicas en la medida en que la cuestión contractual controvertida no esté regulada en los Principios. En tales circunstancias, cuando no sea posible resolver la cuestión integrando el contenido de los Principios de acuerdo con "sus principios generales subyacentes" (art. 1.5) será preciso determinar el ordenamiento estatal aplicable a falta de elección por las partes.

V. OPERATIVIDAD DE LAS REGLAS EXTRAESTATALES A FALTA DE ELECCIÓN POR LOS CONTRATANTES

1. Órganos arbitrales

17. Ha quedado ya señalado que los tribunales arbitrales gozan - frente a los estatales- de una peculiar flexibilidad al determinar la normativa aplicable al contrato, lo que facilita el recurso a reglas extraestatales y, en particular, el empleo de los Principios de UNIDROIT en ausencia de elección por las partes⁶². Cuando no existe acuerdo entre los participantes acerca de la ley que rige el contrato y los términos de éste (o las referencias que contenga a instrumentos específicos) son insuficientes para regular la situación, es frecuente que los árbitros

⁶¹ Cf. K. Siehr, "Die Parteiautonomie...", *loc. cit.*, p. 509.

⁶² Cf. L. Olavo Baptista, "The UNIDROIT Principles for International Commercial Law Project: Aspects of International Private Law", *Tul.L.Rev.*, vol. 69, 1995, pp. 1.209-1.224, p. 1.223; y J.C. Wichard, "Die Anwendung...", *loc. cit.*, pp. 292-293.

decidan la controversia invocando principios generales del derecho, típicamente reconocidos en los diversos ordenamientos jurídicos vinculados con la situación. No es de extrañar que un conjunto elaborado de reglas relativas a la parte general del Derecho de los contratos, como son los Principios de UNIDROIT, con amplia difusión y aceptación a nivel internacional y que incluye la regulación de cuestiones específicas de los negocios internacionales, esté llamado a desempeñar un importante papel como fuente de normas aplicables por los árbitros en defecto de elección por las partes⁶³. El recurso a los Principios aporta soluciones transnacionales de amplia aceptación, marginando la necesidad de identificar el ordenamiento estatal aplicable, tarea en ocasiones poco previsible y de gran complejidad.

En dos de los supuestos de aplicación mencionados en su Preámbulo, los Principios pueden ser de importancia ante los árbitros, incluso cuando éstos proceden a seleccionar un ordenamiento estatal como ley el contrato, con criterios similares a los de los tribunales estatales (o cuando las partes han seleccionado como aplicable un ordenamiento nacional)⁶⁴. El empleo de los Principios “cuando no sea posible determinar la regla (*rule*) de derecho aplicable” se muestra de especial utilidad ante los árbitros⁶⁵, donde no opera la solución de recurrir en tales circunstancias a la ley del foro, consolidada en muchas jurisdicciones estatales. Por otra parte, el recurso a los Principios “para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme” (e incluso las normativas nacionales en la materia ideadas normalmente para transacciones internas) parece resultar una solución idónea⁶⁶, habida cuenta de su aptitud para satisfacer la exigencia de que esos textos sean interpretados de manera uniforme, autónoma y respetando su carácter internacional. Así lo refleja la práctica arbitral reciente, en la que cabe encontrar ya laudos que acuden a los Principios de UNIDROIT no sólo para interpretar o suplementar convenios de derecho uniforme, en especial la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional⁶⁷, sino también para interpretar (o confirmar) la normativa nacional aplicable⁶⁸.

⁶³ Como ilustra ya la práctica, *vid.* los antecedentes del laudo CCI relativo a un contrato entre una empresa italiana y una agencia gubernamental de Oriente de Medio, mencionado en M.J. Bonell, “The UNIDROIT Principles...”, *loc. cit.*, p. 6.

⁶⁴ *Vid.* K. Boele-Woelki, “Die Anwendung...”, *loc. cit.*, pp. 168-169.

⁶⁵ *Cf.* J.C. Wichard, “Die Anwendung...”, *loc. cit.*, pp. 292-293.

⁶⁶ *Ibíd.*, pp. 297-301.

⁶⁷ Son ya varios los laudos arbitrales publicados que acuden a los Principios de UNIDROIT para determinar el tipo de interés por falta de pago y el periodo durante el que se devengan en supuestos en los que es de aplicación la Convención de Viena que en su art. 78 se limita a establecer el derecho a percibir intereses. *Vid.* laudo CCI de 1995 en el asunto 8.128 (*Journ.dr.int.*, vol. 123, 1996, pp. 1.024-1.028, con nota de D.H, pp. 1.028-

2. Tribunales estatales

18. La eficacia ante los jueces de los Principios de UNIDROIT, como la de otros conjuntos normativos extraestatales, se halla condicionada por lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado del foro acerca del régimen jurídico de los contratos internacionales. En concreto, en el ámbito europeo, cuando existe un conflicto de leyes y las partes no han elegido la ley aplicable al contrato, se impone determinar el ordenamiento estatal que rige el contrato conforme a lo establecido en el art. 4 del Convenio de Roma de 1980. La exigencia de acudir a un ordenamiento estatal parece menoscabar decisivamente la operatividad de los Principios⁶⁹. Es cierto que no es posible en ese marco que los Principios sean considerados como la ley del contrato⁷⁰, pero aun así los Principios pueden desempeñar un importante papel en la configuración del régimen jurídico contractual, lo que se acentúa al considerar la tendencia a menoscabar la importancia práctica de la ley del contrato.

1.030); y los laudos de la *Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft* (Austria) núm. 4.318 y 4.366 de 15 de junio de 1994 (*RIW*, vol. 41, 1995, pp. 590-592), sobre estos últimos, *vid.* P. Schlechtriem, *RIW*, vol. 41, 1995, pp. 592-594; I. Seidl-Hohenveldern, *Journ.dr.int.*, vol. 122, 1995, pp. 1.055-1.056; y A. Mari, “Le prime decisioni arbitrali in applicazione dei Principi Unidroit”, *Dir.com.int.*, vol. 9.2, 1995, pp. 495-501. Estos laudos interpretan que la no regulación de esos aspectos en la Convención es una laguna subsumible en el art. 7.2 de la Convención, que se puede colmar acudiendo a los principios generales en los que se basa la Convención, por lo que no es necesario el recurso a la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado (crítico con la solución de esos laudos, *vid.* P. Schlechtriem, *loc. cit.*, pp. 593-594).

⁶⁸ Acudiendo a los Principios de UNIDROIT, incluso antes de su publicación definitiva, para interpretar el régimen contractual a la luz de la creciente admisión internacional del principio de que la presencia de sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato justifica la terminación o adaptación de éste, *vid.* el laudo de la Corte de Arbitraje de Berlín de 1992 en el asunto 126/90, reseñado por D. Maskow, “Hardship and Force Majeure”, *AJCL*, vol. 40, 1992, pp. 657-669, p. 665. En la misma línea, *vid.* el laudo preliminar de 25 de noviembre de 1994 de la Cámara de Comercio de Zúrich que invoca para precisar el alcance de las obligaciones de los contratantes en el marco del Derecho suizo las normas sobre interpretación contenidas en los arts. 4.1 y 4.2 de los Principios, así como el art. 3.5 de los Principios para precisar el alcance del error (*Yearbook C.A.*, vol. XXII, 1997, pp. 211-221, pp. 218-220); asimismo, en el marco de la CCI, *vid.* los dos laudos, uno de 1995 (en el que siendo aplicable la ley suiza se hace referencia a los Principios simplemente para confirmar la aceptación a nivel internacional de la regla suiza sobre la determinación de la tasa de cambio para el pago en la moneda local - art. 6.1.9.3-) y otro de 1996 (que confirma con referencias a los Principios la exigibilidad de la obligación de las partes de actuar con buena fe prevista ya en la ley del Estado de Nueva York, aplicable al contrato) reseñados en M.J. Bonell, “The UNIDROIT Principles...”, *loc. cit.*, p. 5.

⁶⁹ Cf. K. Boele-Woelki, “Die Anwendung...”, *loc. cit.*, p. 169.

⁷⁰ Cf. J.C. Wichard, “Die Anwendung...”, *loc. cit.*, p. 294.

En primer lugar, la utilidad de los Principios para "interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme", puesta ya de relieve respecto de los árbitros, debe ser reafirmada ante los tribunales estatales⁷¹ cuando esos textos son de aplicación según las normas de Derecho internacional privado, pues debe satisfacerse el compromiso de interpretación autónoma y uniforme, respetuosa con el carácter internacional de las normas. Asimismo, la determinación de que el contrato se rige por un ordenamiento estatal no implica desconocer las peculiaridades de la situación derivadas del carácter transfronterizo del contrato, que pueden ser determinantes del empleo por el juez de los Principios de UNIDROIT o de otros conjuntos normativos extraestatales. En particular, cuando se trata de interpretar y suplir las carencias del ordenamiento aplicable, que puede, por ejemplo, no regular algunas cuestiones peculiares de los contratos internacionales sí contempladas en los Principios. También, más sencillamente, porque es posible que el ordenamiento rector del contrato prevea que el régimen normativo de éste se halla también integrado, además de por lo previsto por las partes, por los usos mercantiles (en línea con lo previsto en la normativa material española en el art. 1.258 Código civil y en el art. 2 Código de comercio) y tratándose de contratos internacionales los instrumentos que contienen normas de aceptación generalizada relativas a transacciones de ese tipo merecen especial atención como expresión de los usos relevantes.

19. La labor de adaptación del ordenamiento estatal rector del contrato a las peculiaridades derivadas del carácter transnacional de la situación y el empleo a ese fin de normas extraestatales, pueden verse facilitados por la referencia en las normas de Derecho internacional privado a la toma en consideración por el juez de los usos mercantiles internacionales. Esta línea, bien conocida en las normas sobre ley aplicable en materia de arbitraje, ha sido adoptada fuera de ese ámbito por la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales de 17 de marzo de 1994⁷², que después de regular la determinación del ordenamiento estatal aplicable al contrato, prevé en el

⁷¹ Así lo refleja ya la práctica judicial en la aplicación de la Convención de Viena sobre compraventa de 1980, *vid.* la decisión de 23 de octubre de 1996 de la *Cour d'appel* de Grenoble (reseñada en M.J. Bonell, "The UNIDROIT Principles...", *loc. cit.*, pp. 5-6), que invoca el art. 6.1.6 de los Principios de UNIDROIT en relación con el art. 57.1 de la Convención, para concretar el lugar del cumplimiento de la obligación del vendedor de devolver parte del precio indebidamente pagado por el deudor, determinante en el litigio de la competencia judicial internacional conforme al art. 5.1 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones.

⁷² El texto de la Convención, que todavía no ha entrado en vigor, puede consultarse en *REDI*, vol. XLVI, 1994 (2), pp. 934-940, con nota de D.P. Fernández Arroyo, pp. 929-934.

art. 10 que “... se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”⁷³. En la medida en que esta disposición satisface los objetivos reseñados, supone un cierto progreso sobre el Convenio de Roma de 1980, que no recoge de modo expreso la creciente importancia, también ante los órganos judiciales, de la armonización extraestatal del régimen jurídico de los contratos internacionales; si bien en la práctica ese avance es muy limitado, pues típicamente la propia ley del contrato y la correcta aplicación del Convenio hacen posible el empleo por el órgano decisorio de los principios y usos de general aceptación en el comercio internacional (para interpretar o complementar las disposiciones de la ley del contrato) en tanto sea necesario para garantizar la justicia de la decisión.

Por el contrario, muchas más dificultades suscita la idea de que la referencia -contenida en el art. 9.2 de la Convención interamericana- a que se tomarán en cuenta “los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales” para determinar el ordenamiento estatal aplicable, representa un avance respecto a las soluciones del Convenio de Roma de 1980⁷⁴. Tal disposición no facilita la determinación por los jueces de la ley aplicable (por ejemplo, los Principios de UNIDROIT no incorporan ninguna regla sobre determinación de la ley del contrato). La inclusión de ese precepto es producto de la acogida de un planteamiento opuesto a la utilización de la técnica conflictual para determinar el régimen jurídico de los contratos internacionales⁷⁵. Mientras que el apartado 1 de ese artículo prevé el empleo de la técnica conflictual, al establecer la aplicación del Derecho del Estado con el que el contrato presente los vínculos más estrechos; el apartado 2, en lugar de aportar criterios que guíen a los tribunales en la

⁷³ Vid. G. Parra Aranguren, “Aspectos de Derecho internacional privado de los Principios para los contratos mercantiles internacionales elaborados por el UNIDROIT”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (Universidad Central de Venezuela)*, núm. 91, 1994, pp. 169-180, pp. 179-180.

⁷⁴ Opinión que sostiene K. Boele-Woelki, “Die Anwendung...”, *loc. cit.*, p. 170.

⁷⁵ Vid. F.K. Juenger, “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons”, *AJCL*, vol. XLII, 1994, pp. 381-393, p. 391, quien no oculta sus expectativas de que en el futuro la técnica conflictual quede desplazada (falta de confianza en esa técnica que parece justificar la imprecisión de la norma de la Convención al respecto, cuya abstracción pone en peligro su correcto funcionamiento y la interpretación uniforme por los tribunales de los diversos Estados que pueden llegar a formar parte de la Convención).

determinación de la ley del contrato⁷⁶, prevé la toma en consideración de los usos del comercio internacional en una fase (la relativa a la precisión del ordenamiento estatal aplicable) en el que prácticamente nada pueden aportar. Una cosa es que la ley (estatal) del contrato tenga una trascendencia práctica limitada incluso ante los tribunales estatales -en particular porque la precisión del concreto ordenamiento que desempeña ese papel no es siempre necesaria para dar respuesta a las cuestiones litigiosas- y que en el régimen jurídico material de los contratos internacionales las reglas extraestatales tengan una creciente importancia, y otra, muy distinta, es que ese tipo de reglas aporten soluciones cuando de lo que se trata es de determinar la ley (estatal) del contrato. Esta última tarea, que es imprescindible y decisiva en muchas ocasiones, reclama para tutelar correctamente los intereses en presencia, criterios que garanticen un nivel razonable de seguridad jurídica (previsibilidad de la determinación de la ley aplicable)⁷⁷ y en ese plano las soluciones del art. 4 del Convenio de Roma son superiores a las del texto interamericano.

VI. CONCLUSIÓN

20. El desarrollo alcanzado en la ordenación de los negocios internacionales por los conjuntos normativos creados sin participación estatal se halla asociado a las carencias de los mecanismos tradicionales de creación de Derecho uniforme. Si bien las comunidades jurídicas estatales continúan dominando la escena mundial, la realidad del tráfico mercantil facilita la elaboración al margen de los Estados de recopilaciones muy desarrolladas de normas, entre las que destacan, por su alcance, los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT. La creciente repercusión de normas de este tipo sobre la configuración del régimen jurídico contractual, que reclama la revisión de ciertas categorías tradicionales en el Derecho internacional privado de los contratos, se corresponde con la constatación de la limitada trascendencia práctica de la identificación de la ley (estatal) del contrato, tarea que en ocasiones puede ser irrelevante para decidir las concretas controversias surgidas de una relación negocial. La idea de que con carácter general la eficacia de las

⁷⁶ Dudando de la utilidad de la mención en el art. 9.2 a los principios generales del Derecho comercial internacional en la determinación de la ley aplicable, *vid.* M.B. Noodt Taquela, “Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales”, *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, 1997, pp. 91-134, pp. 102-103, quien indica las peculiares circunstancias en las que tuvo lugar el compromiso para incorporar la propuesta de la delegación de EE.UU.

⁷⁷ *Vid.* F. Vischer, “The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts”, *R. des C.*, 1974 (t. 142), pp. 1-70, pp. 52-65.

normas extraestatales es mucho más intensa ante los órganos arbitrales que ante los tribunales estatales debe ser matizada, considerando que ante situaciones semejantes las respuestas de unos y de otros no deben diferir significativamente, conclusión que se refuerza al analizar las vías de eficacia de esas normas operativas ante uno y otro tipo de órganos.