

**ANUARIO ESPAÑOL
DE DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO**

TOMO IV

***Iprolex*
2004**

Edición:

Iprolex, S.L.
Mártires Oblatos, 19, bis
28224 Pozuelo, Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 709 00 65
Fax: (34) 91 709 00 66
e-mail iprolex@iprolex.com
<http://www.iprolex.com>

Redacción:

Profesora Dra. Elena Artuch Iriberrí
Departamento de Derecho internacional público y de Derecho
internacional privado
Facultad de Derecho, Universidad Complutense
Ciudad Universitaria
28040 Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 394 58 03
Fax: (34) 91 394 55 37
e-mail artuch@der.ucm.es

Impresión:

Torreblanca Impresores
Paseo Imperial, 57
28005 Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 365 20 07

Distribución:

Marcial Pons
Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
San Sotero, 6,
28037, Madrid (España)
www.marcialpons.es

Web:

<http://www.telefonica.net/web/AEDIPr>

ISBN: 84-931681-1-4 Obra completa.

ISBN: 84-931681-6-5.

Depósito Legal: M-12610-2005.

Impreso en España

DOCTRINA

LEX MERCATORIA Y AUTONOMÍA CONFLICTUAL EN LA CONTRATACIÓN TRANSNACIONAL

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS
Catedrático de Derecho internacional privado.
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Planteamiento tradicional. 1. Alcance de la “autonomía conflictual”. 2. Posibilidades de la “autonomía material”. II. Ley aplicada por los árbitros. 1. Cohabitación entre el orden jurídico estatal y la *lex mercatoria*. 2. *Lex mercatoria* y normas imperativas. 3. Aplicación de la *lex mercatoria* a título principal: consecuencias de la “elección negativa”. 4. Aplicación del “tronco común” de las leyes nacionales en presencia. 5. Soluciones de las reglamentaciones arbitrales de carácter estatal y profesional. III. Inconvenientes de la referencia estatal. 1. Falta de adecuación a las necesidades del comercio internacional. 2. Eventual desigualdad de las partes. 3. Conformidad con el principio de legalidad. IV. Índices de la evolución. 1. Convención de México de 1994. 2. Principios Unidroit como expresión particularmente autorizada de la *lex mercatoria*. 3. Dimensión comunitaria: Los Principios europeos de Derecho de los contratos y el instrumento opcional comunitario en materia contractual. 4. Hacia una nueva redacción del art. 3 del Convenio de Roma. V. Superación de la concepción estatal en la regulación de los contratos transnacionales. 1. Planteamientos dogmáticos. 2. Irrelevancia de la admisión de la autonomía conflictual mercatoria.

I. Planteamiento tradicional

1. Alcance de la “autonomía conflictual”

1. La ley aplicable a un contrato es la base legal que da la expresión y el contenido a la voluntad de las partes. La autonomía privada en tanto que “principio de regulación” del DIPr contemporáneo de significación ecuménica alcanza su máxima expresión en materia contractual, siendo una de sus manifestaciones la posibilidad que tienen las partes de designar el Derecho que debe regir la relación pactada. Desde la perspectiva de las operaciones de comercio transnacional la autonomía de la voluntad ejerce una función de localización que responde a unas exigencias de seguridad jurídica, de certeza en el resultado y de previsibilidad¹ y que no son en modo alguno ajenas a otra importante manifestación de dicha autonomía: la designación del concreto proce-

¹ M. Virgós Soriano, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 33-34.

dimiento de arreglo de la eventual controversia surgida del contrato, bien a través de una cláusula atributiva de jurisdicción o por medio de una cláusula compromisoria.

Sin embargo hay ocasiones en que las partes, en vez de incluir en su contrato una cláusula de elección a un determinado ordenamiento estatal, deciden una solución de carácter “anacional” consistente en someterlo a un supuesto “Derecho transnacional” o a la *lex mercatoria*, esto es, a usos comerciales, prácticas negociales, principios generales de la contratación, reglas uniformes... que tienen su origen en la denominada sociedad internacional de comerciantes. Es cierto que la *lex mercatoria* no puede ser aplicada más que a título supletorio si existe una cláusula de elección de una ley estatal o cuando el contrato presente unos vínculos estrechos y evidentes con un determinado Estado²; y también es cierto que la referencia contractual a la *lex mercatoria* normalmente deviene ineficaz ante un órgano jurisdiccional estatal como cláusula de elección de ley aplicable. Pese a la función esencial que la autonomía conflictual cumple en el comercio internacional, garantizado que el contrato sea regulado por las mismas normas con independencia del lugar donde se desarrolle el litigio, domina, sobre todo en el Continente europeo, un sentimiento a favor de que las partes únicamente pueden elegir un “Derecho estatal”, atribuyéndose dicha limitación al art. 3 del Convenio de Roma de 1980 (“Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes”) que no permite la designación de la *lex mercatoria*, de determinados principios elaborados por instituciones científicas o cualquier otro sistema jurídico no estatal, como ley rectora del contrato³. El Convenio de Roma, en efecto, no hace referencia alguna a las normas del Derecho de los negocios transnacionales; silencio que es consecuente con una determinada concepción jurídica de la internacionalidad que considera que únicamente los Estados están dotados de la autoridad resultante del monopolio de la coactividad normativa en una sociedad organizada. Esta posición se ha reflejado, matizadamente, en la Resolución del *Institut de Droit International* de Basilea de 1991, que ha separado los supuestos sometidos a arbitraje, regidos por “reglas de Derecho” del resto de los supuestos, sometidos a “leyes estatales”⁴; con ciertas inflexiones,

² Laudo CCI n° 6500, de 1992, *Journ. dr. int.*, t. 119, 1992, pp. 1015-1018 y nota de J.J. Arnaldez.

³ P. Lagarde, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention du 19 juin 1980”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 300-301; F. Rigaux, “Examen de quelques questions laissées par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Cahiers dr. eur.*, 1988, pp. 308 ss, esp. pp. 318 ss; C. Esplugues Mota (dir.), *Derecho del comercio internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 147.

⁴ Resolución sobre “La autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales celebrados entre personas privadas”. De conformidad con su art. 2: “1. *Les parties ont le libre choix de la loi applicable à leur contrat. Elles peuvent convenir de l’application de tout droit étatique./ Aux fins de la présente Résolution, une unité territoriale est assimilée à un Etat lorsqu’elle dispose d’un droit matériel des contrats./ 2. La loi choisie par les parties s’applique à l’exclusion de ses règles de conflit, sauf volonté expresse contraire*”.

ha dominado en numerosos países de América latina y, aunque tiende a cambiar de signo en los últimos tiempos, todavía cuenta con sólidos defensores⁵.

2. Según esta concepción las remisiones efectuadas por las partes en el ejercicio de su “autonomía conflictual” se refieren exclusivamente a las leyes estatales, únicas capaces de garantizar la fuerza obligatoria de las estipulaciones contractuales⁶ y para ello ha sido frecuente recurrir a un *obiter dicta* de la CPJI en el asunto relativo al *pago de diversos empréstitos servios emitidos en Francia* según en cual “todo contrato que no es un contrato entre Estados en tanto que sujetos de Derecho internacional tiene su fundamento en una ley nacional”⁷. A partir de aquí se ha estimado que las normas del Derecho internacional general obligan en materia contractual a la aplicación de una determinada ley estatal y este criterio se suele confirmar con una alusión a lo dispuesto en referido art. 3 del Convenio de Roma de 1980 cuya redacción se ha estimado que “es un acierto”, pues únicamente las leyes estatales presentan “calidad suficiente” para regular los contratos internacionales⁸. Tal posición, que ha sido calificada de “archipositivista”⁹, niega cualquier valor jurídico a la *lex mercatoria* dependiendo su eventual valor normativo del pacto realizado por los contratantes y quedando incorporada a un determinado Derecho nacional¹⁰.

2. Posibilidades de la “autonomía material”

3. Cuestión distinta son los supuestos que se incluyen dentro de la denominada “autonomía material” o de la “incorporación por referencia”¹¹, esto es, de la

⁵ Reduciendo el ámbito de la *lex mercatoria* a la “autonomía material”. Cf. R. Dávalos Fernández, “La regulación jurídica del contrato internacional”, *Anuario IHLADI*, vol. 16, 2003, pp. 11-64, esp. 22.

⁶ B. Ancel, “Autonomía conflictual y Derecho material del comercio internacional en las Convenios de Roma y de México”, *AEDIPr*, t. II, 2002, p. 35.

⁷ CPJI, *Série A n° 20-21*, p. 40.

⁸ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Algunas preguntas críticas en torno al Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Estudios de contratación internacional. Régimen uniforme e internacional privado*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2004, pp. 138 ss, esp. pp. 151 y 153.

⁹ Cf. E. Hernández-Breton, “Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional”, Ponencia en el *XXIII Congreso del IHLADI*, Quito, 13-17 de septiembre de 2004, p. 4.

¹⁰ J.J. Álvarez Rubio, “Pautas básicas para un análisis de compatibilidad entre los Convenios de Roma de 1980 y de México de 1994 sobre ley aplicable a los contratos internacionales”, *Iberoamérica ante los procesos de integración, XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, BOE, 2000, pp. 217-227, esp. pp. 223-227.

¹¹ Vid. M. Virgós Soriano, en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. II, Oviedo, Ojanguren, 1984, pp. 310 ss; 3ª ed., rev. y ampliada, Oviedo, Ojanguren 1990, pp. 372 ss; 4ª ed., Madrid, CESSJ Ramón Carande, 1991, pp. 202 ss; 6ª ed. rev, Madrid, Eurolex, 1995, pp. 147 ss.

recepción de usos y prácticas profesionales, condiciones generales y, por extensión, las reglamentaciones realizadas por las asociaciones de comerciantes en el marco transnacional en virtud del cual las partes incorporan el contenido de la *lex mercatoria* a su contrato a través de esta mención. Es evidente que el desarrollo de normas materiales uniformes extraestatales relativas a las transacciones mercantiles internacionales facilita la concreción del contenido de la llamada *lex mercatoria*, si bien su efectividad está normalmente subordinada a la remisión de los contratantes en el marco de la autonomía de la voluntad: a un concreto instrumento normativo o, con carácter genérico, a la *lex mercatoria* o a los principios generales del Derecho de la contratación internacional¹². Ello es especialmente frecuente en caso de sumisión a arbitraje y coincide con la tendencia a limitar la trascendencia práctica de la técnica conflictual en la configuración del régimen jurídico de los negocios transnacionales¹³.

4. Una vez efectuada esta incorporación ningún ordenamiento jurídico negará la eficacia entre las partes instrumentos tales como los *Incoterms* o de las Reglas y Usos Uniformes sobre prácticas bancarias de la CCI, por lo que su inclusión en el contrato como mero pacto o como ley aplicable carece de trascendencia para determinar sus efectos¹⁴.

La condición de los *Incoterms* es meramente facultativa dependiendo su aplicación de la voluntad de las partes inserta en el marco de la “autonomía material”. Son instrumentos que configuran la cristalización de una serie de prácticas comerciales internacionales, que se han normalizado e incorporado a los distintos sistemas estatales¹⁵, que se emplean para armonizar las operaciones internacionales de comercio internacional y que coexisten con instrumentos de unificación internacional de la importancia de la Convención de Viena de 1980¹⁶. Cuestión distinta es que su generalizada utilización y la gran difusión con que cuentan hoy les haya dotado de un valor considerable, superior al meramente contractual, en la medida en que todos los participantes en el comercio internacional conocen su existencia y su significado. Por eso se ha llegado a sostener que si en un primer momento se limitaron a ser criterios a través de los cuales se interpretaba el alcance de la voluntad general, hoy, en función de la

¹² Vid. F. Marrella, *La nuova lex mercatoria: Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Pádua, Cedam, 2003.

¹³ Vid. P.A. de Miguel Asensio, “Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales”, *Dir. comm. int.*, vol. XII, 1998, pp. 859-883, esp. pp. 860-871.

¹⁴ Vid. J.C. Fernández Rozas, *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2003, pp. 148 ss.

¹⁵ M.J. Bonell, *Le regole oggettive del commercio internazionale: clausole tipiche e condizioni generali*, Milán, Giuffrè, 1976, pp. 24-49.

¹⁶ E. Castellanos Ruíz, *Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme en la compraventa internacional*, Granada, Comares, 1998, pp. 107-108.

internacionalización del comercio, se configuran como auténticas normas reguladoras del mismo¹⁷.

El empleo de las Reglas y Usos Uniformes bancarias de la CCI por la práctica totalidad de las entidades de crédito otorga a estas autorregulaciones un importante efecto uniformizador de la regulación en la materia, hallándonos ante una suerte de Derecho uniforme *sui generis*, en la medida en que la naturaleza y el cauce de aplicación de estas reglas es esencialmente contractual¹⁸. Por esa razón resultan innecesarios planteamientos enfáticos en torno a que estas reglas no han alcanzado ni siquiera la categoría de costumbre o de uso¹⁹. Y ello por cuanto no se derivan de las prácticas comerciales, sino que son impuestas “desde arriba” por corporaciones profesionales; que ponen el acento en su carácter dependiente de la voluntad de las partes y, en consecuencia, quedan sujetas al control de legalidad; o que insisten en su inclusión dentro de la “autonomía material”, por lo que únicamente pueden ser incorporadas por referencia²⁰. Resulta entonces baldía la polémica acerca del carácter imperativo de estas normas²¹, ignorando cuál es su alcance real y su eficacia en el comercio internacional y las ventajas que, precisamente, ofrecen sus revisiones periódicas para adaptarse a las realidades del tráfico mercantil²².

¹⁷ Cf. B.Mª Cremades en el prólogo a la versión española de la obra de F. Eisemann, *Los usos de la venta comercial internacional*, Madrid, Serv. Estudios Económicos del Banco Exterior de España, 1978, p. 15.

¹⁸ J. Fernández Armesto, *Los créditos documentarios irrevocables en las Reglas y Usos Uniformes (revisiones de 1974 y 1983) y en el Derecho español*, La Coruña, La Voz de Galicia, 1984, pp. 65-67; M. Checa Martínez, *El crédito documentario en el Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1994, pp. 87 ss.

¹⁹ En contra J.Mª Espinar Vicente, que considera que las RUU de la CCI son usos interpretativos o normativos integrados en nuestro ordenamiento jurídico por la vía de los arts. 2 y 50 Ccom. Cf. nota a la S TS 27 de octubre de 1984, *REDI*, 1988, pp. 260-262.

²⁰ En España existe una clara jurisprudencia al respecto de la cual son buena muestra la S TS 14 de marzo de 1989, *REDI*, 1990-99-Pr y nota de M. Checa Martínez, la STS 24 de enero de 2000, *AEDIPr*, 2002/15 y nota de J. de Paz Martín, la S TS 5 de junio de 2001, *AEDIPr*, 2003/20 y nota de J. Aramendía Gurrea y la S AP Madrid de 16 de febrero de 2002, *La Ley, Juris* 1098101/2002.

²¹ Cf. L.F. Carrillo Pozo, *Las garantías autónomas en el comercio internacional*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2000, p. 51; en contra, J. Aramendía Gurrea, “Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda)”, *Las garantías a primer requerimiento (garantías a primera demanda)* (F. Sánchez Calero, dir.), Madrid, Civitas, 1996, p. 95.

²² La jurisprudencia suiza es expresiva al respecto, como ha puesto de relieve la sentencia de la Sala Civil del *Obergericht* de Zurich de 8 de mayo de 1985 que declaró que una garantía bancaria a primera demanda debía quedar incluida, en tanto que instrumento de las relaciones mercantiles internacionales, dentro de una *lex mercatoria* supranacional e interpretarse conforme a las necesidades del comercio internacional (*Bl. für Zürcher Rechtsprechung*, vol. 85, 1986, nº 23). Vid. D. Guggenheim, *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 2ª ed., Ginebra, Georg, 1981, pp. 179 ss; A. Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1988, p. 101.

Las condiciones generales de venta y los contratos tipo, que son cada vez más numerosos y de frecuente empleo en la práctica internacional, involucran un amplio volumen de transacciones referidas a sectores muy concretos²³. Pese a tener como única fuerza jurídica aquélla que las partes le confieren a partir de su aceptación, constituyen una importante manifestación de la *lex mercatoria* por la existencia de un convencimiento, *prima facie*, de que han sido elaboradas de forma equitativa por los operadores jurídicos intervinientes en una específica rama de actividad comercial o industrial. En ellos se normalizan los enfoques jurídicos de distintos países y culturas y se da respuesta a las preguntas más frecuentes sobre la redacción de acuerdos comerciales internacionales. Con independencia de que estos instrumentos puedan ser vehículo de la “autonomía conflictual”, cuando incorporen una cláusula de elección de leyes, por lo general constituyen una manifestación de la “autonomía material” en la contratación transnacional²⁴. Partiendo, pues, de su inclusión manifiesta en el ámbito contractual, su generalización como instrumento simplificador del comercio internacional ha añadido una nueva perspectiva de autorregulación que ha tenido la virtud de uniformar múltiples usos mercantiles siendo por lo general bien acogidos por asegurar un cierto equilibrio entre las partes contratantes²⁵.

II. Ley aplicada por los árbitros

1. Cohabitación entre el orden jurídico estatal y la *lex mercatoria*

5. Si las partes se someten al arbitraje, una incorporación por referencia de este tipo no debiera suscitar problemas toda vez que el árbitro está obligado a dar aplicación a lo convenido por las aquéllas. En esta materia las controversias pueden ser solucionadas aplicando normas de carácter anacional agregadas de forma autónoma o conjuntamente con un determinado Derecho estatal, dando lugar a una suerte de “cohabitación normativa”. Una cohabitación que, por descontado, ha de tener en cuenta que con frecuencia la *lex mercatoria* precisa de la labor creativa, en ocasiones excesivamente creativa, de los árbitros para llenar eventuales lagunas y solventar eventuales imprecisiones²⁶. Dicha cohabitación no podrá tener lugar si en la cláusula compromisoria se establece la aplicación

²³ J.F. Leclercq, J. Mahaux y A. Meinertzhagen-Limpens, *Quelques aspects des contrats standardisés*, Bruselas, Université de Bruxelles, 1982, pp. 240 ss.

²⁴ S. Álvarez González, *Condiciones generales en la contratación internacional*, Madrid, La Ley, 1992, pp. 23-24 y 67.

²⁵ P. Benjamin, “The ECE General Conditions of Sale and Standard Forms of Contracts”, *Journal of Business Law*, 1961, pp. 114 ss.

²⁶ W. Wengler, “Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1982, pp. 467-501.

de una ley estatal “con exclusión de cualquier otra ley”: se trata de evitar que las partes puedan verse apresadas por la aplicación de unas normas a las que en ningún momento quisieron someterse por muy extendidas que estén en las transacciones comerciales internacionales (v. gr. las condiciones FIDIC y ENAA)²⁷.

Pese a que el argumento acerca de la escasez normativa de la *lex mercatoria* está cada vez más en declive²⁸, no cabe duda que ésta se refiere por lo general a un mínimo de normas concretas en el Derecho de obligaciones y contratos y los usos, que integran su parte más desarrollada, suelen referirse a operaciones muy precisas del comercio internacional; por contra de los principios generales del Derecho, que poseen un mayor ámbito de generalidad que les permite conducir a una concreta solución en un determinado litigio. De ahí que para colmar las frecuentes lagunas de la *lex mercatoria*, los árbitros sean muy proclives al empleo de los principios generales del Derecho para extraer de ellos las normas aplicables al caso concreto. Si no es posible proveer una lista exhaustiva de todos los elementos de la *lex mercatoria*, en su formulación se encuentran, en efecto, una serie de principios generales: que las prestaciones contractuales deben ser equilibradas; interpretación de buena fe de los contratos²⁹; presunción de competencia de los operadores del comercio internacional; compromiso para el acreedor de una obligación inejecutada de minimizar el perjuicio; suposición, a falta de acción, de renuncia a las sanciones contractuales; deber de cooperación de las partes³⁰; exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses; validez de la aceptación tácita del contrato; reglas de interpretación de los contratos; transparencia sustantiva en un grupo de sociedades y ampliación del efecto relativo de los contratos, etc...³¹. Ahora bien, los denominados “principios generales del comercio internacional”, entendidos como un conjunto normativo que no deriva de un único ordenamiento estatal sino

²⁷ “*Etant donné que dans le contrat... les parties n'ont fait aucune référence aux Principes en question [d'Unidroit] et que la formulation de la clause sur la loi applicable permet d'exclure avec certitude que les parties aient voulu soumettre le contrat à la lex mercatoria ou aux principes généraux du droit, on ne voit pas comment les principes en question pourraient trouver application en tant que tels*”: Laudo CCI n° 8873, de julio de 1997, *Journ. dr. int.*, t. 125, 1998, 1017 ss y nota de D. Hascher.

²⁸ Cf. F. K. Juenger y S. Sánchez Lorenzo, “Conflictualismo y *lex mercatoria* en el Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LII, 2000, p. 29.

²⁹ P. Mayer, “Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international”, *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea/Frankfurt, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 543-556. Resulta ilustrativo el Laudo CCI n° 5065 de 1986 donde los árbitros decidieron excluir la aplicación de una determinada ley estatal para pronunciarse acerca de su propia competencia entendiendo que el Derecho más adecuado debía desprenderse de “*les principes généraux du droit et les usages acceptés dans le commerce international, et en particulier le principe de bonne foi*” (*Journ. dr. int.*, t. 114, 1987, pp. 1039 ss y nota de Y. Derains)

³⁰ P. Morin, “Le devoir de coopération dans les contrats internationaux: droit et pratique”, *Derecho procesal civil internacional*, t. 6, 1980, pp. 9-28.

³¹ O. Lando, “The *Lex Mercatoria* International Commercial Arbitration”, *ICLQ*, vol. 34, 1985, pp. 747 ss.

que se desprende de la comparación de los Derechos nacionales, de fuentes internacionales tales como los convenios internacionales, o de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en función de su generalidad y abstracción no permiten resolver la inmensa mayoría de los litigios comerciales internacionales³². Se trata del germen de una tendencia que considera a la *lex mercatoria* como un mero recurso interpretativo de las cláusulas de los contratos comerciales internacionales; es decir, que ante la duda sobre el sentido y el alcance de una cláusula de un contrato se podría recurrir a la *lex mercatoria* para tratar de precisar³³. Acaso por estas razones, como los propios prácticos del arbitraje reconocen, la referencia a la *lex mercatoria* “continúa siendo relativamente poco común” prefiriendo las partes someterse a una ley nacional única³⁴. Pero estas lagunas e imprecisiones no constituyen elementos indispensables para la verificación de un verdadero ordenamiento jurídico, tanto más desde el momento en que los árbitros tienen la posibilidad de determinar su contenido³⁵.

6. Resulta factible en ciertos casos, cuando las divergencias entre la ley estatal aplicable, según el juego de las normas de conflicto, y el *lex mercatoria* es manifiesto, la aplicación de esta última. Por ejemplo, la obligación de minimizar los daños está presente en el *lex mercatoria* y es conocida por los sistemas de *common law*, mas no es aceptada en muchos sistemas de Derecho escrito; de esta suerte, si el contrato está sometido al Derecho español, pero en virtud de su carácter transnacional es regulado por el *lex mercatoria*, es evidente que la regla de minimización de los daños debería ser aplicada, no porque dicha *lex* posea una jerarquía superior, sino porque la ley estatal no da una respuesta pertinente a esta cuestión. Es un supuesto que encaja con precisión dentro de la autonomía material de las partes, que pueden interactuar en aquellas cuestiones reguladas mediante normas dispositivas en el Derecho aplicable.

Y tampoco puede descartarse la posibilidad de completar o de modificar el contenido de la ley estatal elegida por las partes con el recurso a normas de carácter transnacional, si bien la mayor parte de los supuestos de este tipo se vinculan a los litigios entre Estados e inversores extranjeros que poseen un fuerte contenido “anacional”³⁶.

³² E. Gaillard, “La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international”, *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 204; *id.*, “Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?”, *Arbitration International*, vol. 17, 2001, pp. 59-71.

³³ *Vid.* H. Keith, “The Enigma of the *lex mercatoria*”, *Lex Mercatoria and Arbitration* (T E. Carbonneau, ed.), Nueva York, Juris Publ./Kluwer, 1990

³⁴ *Cf.* Y. Derains y E.A. Schwartz, *El nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, México, Oxford University Press, 2001, pp. 268-269.

³⁵ *Cf.* A. Bucher, *Le nouvel arbitrage...*, *op. cit.*, p. 99.

³⁶ Laudo CIADI de 20 de mayo de 1992, (“Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd c. República Árabe de Egipto”), párrafo 84, donde la aplicación de la ley egipcia fue completada con los principios de Derecho internacional, *Journ. dr. int.*, t. 121, 1994, pp. 229 ss y nota de E. Gaillard.

2. Lex mercatoria y normas imperativas

7. La respuesta es menos simple cuando la ley estatal susceptible de entrar en contradicción con el *lex mercatoria* es una norma imperativa que el Estado donde ha sido promulgada pretende aplicar de manera inmediata³⁷. A estos efectos, acaso resulte útil retrotraerse a las teorías clásicas del Derecho civil, que afectan a la contratación internacional; ciertamente, el comercio internacional se basa en un entramado de derechos y deberes caracterizados por su disponibilidad. Tanto en el intercambio de mercancías, servicios o capitales, las partes en los contratos internacionales compran, venden o permutan derechos que son disponibles para ellos. Sin embargo, este carácter disponible del Derecho objeto de negocio no significa que la operación jurídica de intercambio quede regida completamente por normas dispositivas para las partes. La regulación de fuente estatal sobre determinadas operaciones comerciales oscila entre la casi completa indiferencia (el ejemplo típico es la compraventa, cuya regulación contenida en el Convenio de Viena de 1980 es casi sustituible en su integridad por el contenido contractual que las partes prefieran) a la atención constante sobre ciertos contratos que pueden afectar a intereses colectivos.

Esta idea supone aceptar que la tesis del efecto relativo de los contratos debe ser revisada. Verdad es que el negocio despliega sus efectos entre las partes, mas en algunos casos también manifiesta efectos colaterales sobre el mercado en el que se extiende o sobre su entorno social: nos hallamos ante el concepto económico de “externalidad”, que encuentra su trasunto jurídico en las normas imperativas. Cuando la actividad privada afecta al entorno, entonces el ordenamiento reacciona activando normas imperativas que no pueden ser alteradas ni por la acción de la norma de conflicto, ni por voluntad de las partes. Un ejemplo concreto lo ofrece el Derecho de la competencia, minuciosamente regulado en las normativas nacionales y en el Derecho comunitario pero mínimamente contemplado en la *lex mercatoria* que se limita a establecer el principio del respeto y de la defensa de una competencia efectiva. Y, ciertamente, si nos detenemos en el caso de los contratos de distribución en exclusiva, encontramos el mejor objeto de prueba de este aserto³⁸. En cuanto pacto entre las partes, éstas disponen de libertad para regular su contenido y el Derecho que sea aplicable; pero como la operación jurídica implica ciertos riesgos desde el punto de vista de la libre

³⁷ M. Blessing, “Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration”, *Journ. int. arb.*, vol. 14, 1997, nº 4, pp. 23-40.

³⁸ Es el punto de partida de la S TJCE de 1 de junio de 1999, “Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV”, *Rec.* 1999; *vid.* S. Álvarez González, “Arbitraje comercial internacional, orden público y Derecho comunitario de la competencia”, *La Ley*, nº 4895, 1999, pp. 1-4; L. Idot, “L’arbitre et l’ordre public communautaire: prise de position de la Cour de Justice”, *Rev. arb.*, 1999, nº 3, pp. 631-653; T. Diederik de Groot, “The Impact of the *Benetton* Decision on International Commercial Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, vol. 20, 2003, pp. 365-375.

competencia, las normas imperativas de defensa de la competencia, vigentes en el mercado en el que el contrato expande sus efectos, pueden ser aplicadas. Y lo harán a título de norma de protección del mercado afectado: nos hallamos ante un contrato que expande efectos externos y el marco jurídico reacciona en consecuencia. Sigue tratándose del intercambio de derechos disponibles, pero tal intercambio genera una consecuencia social que ya no es dispositiva. De ello resultan consecuencias esenciales en el régimen jurídico rector del contrato; cuando la validez de un acuerdo transnacional restrictivo de competencia, o la responsabilidad incurrida por una práctica restrictiva de la competencia con efectos transnacionales, son el objeto de un litigio, el juez no podría decidir más que recurriendo a la ley estatal sobre la competencia que le parezca aplicable, a tenor de lo previsto en el art. 7 del Convenio de Roma de 1980³⁹.

8. En el caso del arbitraje, la relación de algunos litigios, o de las operaciones en que traen causa, con normas imperativas, ha generado dos incógnitas en la doctrina. De un lado, la posible inarbitrabilidad de controversias afectadas por normas imperativas y, de otro, la necesidad o no para los árbitros de respetar tal imperatividad. En el momento actual puede afirmarse que las controversias en las que aparecen normas materiales imperativas siguen siendo arbitrables⁴⁰. Como se ha indicado, la operación jurídica de base, el contrato, versa sobre derechos disponibles y eso hace que las controversias que de él dimanen también lo sean. Lo relevante a estos efectos es que el litigio traiga causa en el contrato mismo, desde su propia validez a su cumplimiento o extinción, lo que incluye la reclamación de nulidad por contravención del orden público en materia de defensa de la competencia y sus consecuencias en las relaciones entre las partes⁴¹. Después de todo, los árbitros en estos casos están decidiendo sobre el contrato mismo, objeto de su competencia. Ahora bien, en esta labor decisoria deben tenerse presentes las normas imperativas. No, ciertamente, porque sean normas del foro, ni de un tercer Estado, puesto que los árbitros no disponen de un foro

³⁹ Como también ha ratificado el TJCE en las SS de 28 de marzo de 2000, "Krombach c. Bamberski", *Rec.* 2000 y de 11 de mayo de 2000, "Régie nationale des usines Renault S.A. c. Maxicar SpA, Orazio Fomento", *Rec.* 2000, con nota de S. Álvarez González, "Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del juez nacional y orden público comunitario", *La Ley*, n° 5108, de 31 de julio de 2000, pp. 1-4.

⁴⁰ Cf. K.H. Bockstiegel, "Public Policy and Arbitrability", *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series*, n° 3, 1987, pp. 177-204.

⁴¹ *Vid.* Laudo CCI n° 6503/1990, *Recueil CCI*, 1991-1995, pp. 613-617 y H. Verbist, "The Application of European Community Law in ICC Arbitrations", *Bull. CCI, Special Supplement: International Commercial Arbitration in Europe*, 1994, esp. pp. 38-39, donde se cita el Laudo CCI n° 7097/1993 en referencia a esta cuestión.

de referencia. La razón es que son las “normas jurídicas aplicables al contrato”, y con carácter necesario⁴².

La jurisprudencia arbitral ha elaborado una doctrina al respecto que se centra en el concepto de orden público transnacional, de manera que el respeto por las normas imperativas, concretamente la de defensa de la competencia, sería un principio integrado en este voluble concepto. La construcción jurídica es brillante, pero dadas las últimas decisiones del TJCE al respecto, quizá haya devenido innecesaria. Lo cierto es que si las controversias aludidas son arbitrables, los árbitros asumen la responsabilidad de dictar laudos que luego resulten eficaces ante las jurisdicciones nacionales, tanto de control como de reconocimiento y ejecución. Y un laudo dictado con indiferencia a normas de aplicación necesaria puede encontrar problemas, por lo menos si la anulación o la ejecución se plantean en Estados afectados por el comportamiento anticompetitivo. En esos supuestos, la efectividad del laudo se vería impugnada por la contravención al orden público del Estado que lo enjuicia y no por causa de la inarbitrabilidad de la controversia. Es esa la opinión de TJCE en asunto “Eco Swiss c. Benetton”, reiterada en jurisprudencia posterior, que implica el deber de respeto del orden público comunitario en todas sus variantes.

Este posible control estatal no tiene por qué darse en todos los casos, así que es correcto que desde instancias arbitrales se abogue por la consideración de las normas imperativas como parte del llamado orden público transnacional: ya que el árbitro no está obligado a aplicar la ley de policía de un Estado, salvo si dicha ley reviste un carácter de orden público transnacional, tal orden público se considera incluido en la *lex mercatoria*. Lo cierto es que, en cualquier caso, la convivencia entre las normas imperativas y la *lex mercatoria* es posible si se encuadran correctamente sus respectivos ámbitos de aplicación y finalidades.

3. Aplicación de la *lex mercatoria* a título principal: consecuencias de la “elección negativa”

9. Con independencia de la referida “cohabitación”, la llamada a la *lex mercatoria* a título principal y exclusivo ofrece evidentes dosis de imparcialidad y de neutralidad cuyas bondades se proyectan en una serie de supuestos: cuando las partes no se ponen de acuerdo en torno a la ley estatal aplicable al contrato; en orden a la validez y a la eficacia de una cláusula compromisoria pese a existir individualizada una *lex contractus* estatal⁴³; en los contratos multi-partes vincu-

⁴² Vid. O. Lando, “The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration”, *ICLQ*, vol. 34, 1985, pp. 746-768, esp. pp. 765-768. Laudo CCI n° 9333 (*ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, n°. 2, 1999, pp. 102-104).

⁴³ Considerando que la autonomía de la cláusula compromisoria permite excluir a ésta de la ley que rige en fondo del contrato: “justifie cette référence à une règle non étatique déduite des seules usages du commerce international”: Laudo CCI n° 5721 de 1990, *Journ. dr. int.*, t. 117, 1990 pp. 1019 ss y nota de Y. Derains. “Il incombe au tribunal d’arbitrage de choisir les sources

lados a diversos Estados y, por tanto, a diferentes legislaciones y para evitar casos en que la “parte fuerte” trate de imponer la ley del Estado donde está establecida... Desde el momento en que las partes prevén que el contrato debe ser sometido a la *lex mercatoria* el árbitro ha de ser fiel cumplidor de este mandato pues sus facultades están limitadas por el poder que las partes le han conferido. Debe, pues, acomodarse a dicha remisión y aplicar el bloque normativo seleccionado.

10. Y estas bondades también pueden ponerse de manifiesto cuando las partes han omitido una referencia a la ley aplicable al contrato. Al lado de soluciones de carácter objetivo inapropiadas o de soluciones sofisticadas como las previstas en el art. 4 del Convenio de Roma de 1980, el árbitro al elegir la aplicación de la *lex mercatoria* cuenta con la ventaja añadida de utilizar un método mucho más rápido y flexible⁴⁴. En todo caso, y con todas las reservas que una solución tan drástica puede deparar⁴⁵, no parece que exista inconveniente en que el árbitro llegue a la *lex mercatoria* por deducción de la voluntad implícita de las partes a partir de un argumento *a contrario*: si las partes han guardado silencio en torno a la ley aplicable se entiende que no han querido someterse a una ley nacional determinada⁴⁶; es lo que se denomina “elección negativa” en la práctica arbitral. De admitirse esta eventualidad, en defecto de elección expresa a la *lex mercatoria* el árbitro deberá intentar la determinación del “Derecho aplicable” de manera objetiva teniendo en cuenta que dicha expresión no se limita a una ley estatal *strictu sensu*. No obstante sus facultades en la materia no son ilimitadas apuntado la jurisprudencia arbitral que en un primer momento el árbitro deberá

de droit applicables pour la détermination de la validité de la convention d'arbitrage, sans qu'il lui soit nécessaire d'établir le droit international privé applicable à condition que ce choix ne soit pas contraire aux règles d'arbitrage iraniennes ou françaises”: Laudo CCI n° 4381 de 1986, *Journ. dr. int.*, t. 113, 1986, p. 1102 ss y nota de Y. Derains.

⁴⁴ Así en el asunto “Norsolor” los árbitros estimaron que “ante la dificultad de elegir la ley nacional cuya aplicación se impondría con suficiente fuerza” y “teniendo en cuenta el carácter internacional del contrato” debía descartarse cualquier “referencia apremiante a una legislación específica, sea turca o francesa, y aplicar la *lex mercatoria* internacional”. *Vid.* el texto del Laudo en *Rev. arb.*, 1983, p. 525 ss y nota de B. Goldman, pp. 379-409; *Yearbook C.A.*, 1984, pp. 109 ss; y su versión castellana en J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, *Derecho internacional privado español. Textos y materiales*, vol. I, *Derecho judicial internacional*, 2ª ed., Madrid, SPFDUCM, 1992, pp. 808-817.

⁴⁵ O. Lando, “The Law Applicable to the Merits of the Dispute”, *Arbitration International*, vol. 2, 1986, pp. pp. 104-115.

⁴⁶ Como pusiera de relieve el Laudo CCI n°2291 de 1975 cuando “*les parties n'ayant pas pris la précaution de rédiger un contrat formel, il convient d'interpréter leurs volontés et leurs engagements à partir de leurs écrits, et en fonction des principes généraux du droit et de l'équité, qui doivent régir les transactions commerciales internationales*”, *Journ. dr. int.*, 1976, pp. 989 ss.

indagar si el supuesto presenta vínculos estrechos con la ley de un determinado Estado⁴⁷.

Evidentemente, la elección del Derecho aplicable debiera ser formulada siempre de modo inequívoco, sin embargo, esto no se produce en todos los casos suscitándose un problema de interpretación respecto al objeto del *pactum de lege utenda*, como evidenció el Laudo CCI n° 7375 de 1996. En este asunto el gobierno iraní y la sociedad norteamericana Westinghouse habían pactado la provisión de radares a instalar en algunas bases militares iraníes; fijada su propia competencia los árbitros se interrogaron acerca de la determinación del Derecho aplicable, toda vez que ninguno de los contratos sobre los que versaba el litigio contenía una cláusula en tal sentido. La demandante y demanda reclamaban, respectivamente, la aplicación del Derecho iraní y la del Derecho del Estado de Maryland (USA). La opción no era en modo alguno baladí pues, mientras que en el Derecho iraní post revolucionario no estaba prevista la aplicación de términos de prescripción, para la ley del Estado de Maryland los derechos del Estado de Irán habían prescrito. El tribunal arbitral entendió que, con base en la teoría general del Derecho y a una praxis consolidada, el Derecho aplicable a la controversia debía buscarse a través de un método de carácter objetivo observando que la relación controvertida presentaba un vínculo más estrecho estrecha con el ordenamiento de Maryland: En efecto, allí se encontraba el domicilio del vendedor y el lugar de ejecución de las prestaciones nacidas del contrato y, de acuerdo a estas premisas, la tesis de la demandada debía ser aceptada. Sin embargo, consideró que dicho método no era satisfactorio en cuanto no tenía en cuenta un elemento fundamental: que la ausencia de una cláusula de elección del Derecho aplicable no era en modo alguno casual si no que era una consecuencia intencionada de las partes existiendo una “elección negativa implícita” que se manifestaba precisamente, en la voluntad de cada una de las partes de evitar la aplicación de la ley del país de la contraparte. Por ello al Tribunal arbitral no le quedaba otra opción que explorar otro camino con el fin de individualizar un tercer Derecho con respecto al de las partes en causa. Al respecto, los árbitros examinaron tres hipótesis de solución: Individualizar la ley de un tercer Estado, aplicar la teoría del *trunc-commun* (a la que nos referiremos más abajo), o basarse en principios generales de Derecho de comercio internacional. La primera solución no podía admitirse por no hallarse en el caso elementos suficientes para individualizar una conexión estrecha con la ley de un tercer Estado; la segunda, aunque no desdeñable teóricamente, no resolvía la cuestión sujeta a controversia, ya que justamente en materia de prescripción el Derecho iraní ofrecía una solución opuesta a la de la ley de Maryland. Al tribunal no quedó otra alternativa que la

⁴⁷ De acuerdo con el Laudo CCI 5953 en el asunto “Valenciana” “à défaut de volonté commune exprimée, il convient de rechercher dans un premier temps, si le contrat qui lie les parties présente objectivement des points de rattachement plus nombreux ou plus importants avec le droit de tel ou tel Etat” (cit. infra, nota 53).

tercera solución, o sea la del recurso a los principios generales del Derecho de comercio internacional y a la *lex mercatoria*. Ésta tenía, en efecto, la ventaja de tutelar el interés negativo común a ambas partes consistente en impedir que el que tiene que juzgar aplique normas específicas de un Derecho interno que las partes no conozcan o que resulten inadecuadas en un contexto internacional⁴⁸.

11. La *lex mercatoria* se ha convertido a partir de aquí en un instrumento fundamental en el Derecho de los negocios transnacionales siendo considerada por la jurisprudencia arbitral con el mismo rango que los sistemas jurídicos estatales afirmando expresamente la juridicidad de sus normas precisándolas e, incluso, creándolas. Por eso la controversia se ha desplazado de la juridicidad de las normas a las posibilidades de su aplicación al caso concreto. La jurisprudencia emanada de los recursos de anulación y de los procedimientos de exequátur de laudos pronunciados en las grandes plazas internacionales donde se realiza el arbitraje es proclive a esta tendencia. Baste referirse a que en el asunto “Fougerolle” la *Cour de cassation* francesa declaró expresamente que le *lex mercatoria* podía alcanzar la cualidad de *lex contractus*⁴⁹. En la misma dirección, el Tribunal Supremo de Austria se negó a anular el laudo arbitral pronunciado en el asunto “Norsolor”⁵⁰, donde los árbitros se habían referido a la *lex mercatoria* apoyándose en el principio general de la buena fe para decidir acerca de la responsabilidad derivada de la ruptura de un contrato de representación comercial⁵¹ y esta decisión fue refrendada en el exequátur del laudo solicitado en Francia al entenderse que el fallo se había fundamentado en los “principios generales de las obligaciones generalmente aplicables en el comercio internacional”⁵². Esta línea ha sido confirmada también para rechazar el recurso en nulidad contra el laudo parcial en el asunto “Valenciana”⁵³ donde el árbitro único, después de haber

⁴⁸ De acuerdo con este importante laudo: “*The tribunal will apply those general principles and rules of law applicable to international contractual obligations which qualify as rules of law and which have earned a wide acceptance and international consensus in the international business community, including notions which are said to form part of a lex mercatoria, also taking into account any relevant trade usages as well as the Unidroit Principles, as far as they can be considered to reflect generally accepted principles and rules*” (*Rev. dr. unif.*, 1997, pp. 598-599).

⁴⁹ En la sentencia de apelación que motivó este fallo la *Cour d'appel* de París había dejado constancia de que los árbitros habían juzgado sobre la base de los principios generales de las obligaciones generalmente aplicables en el comercio internacional y apoyándose en un uso del comercio internacional “*s'imposant avec la force de l'évidence*” y “*qu'en se déterminant ainsi selon des règles de droit, les arbitres ont statué dans les termes du compromis*” (*Journ. dr. int.*, t. 109, 1982, pp. 931 ss y nota de B. Oppetit; *Rev. arb.*, 1982, pp. 183 ss y nota de G. Couchez)

⁵⁰ *Vid. supra*, nota 44 e *infra*, nota 84.

⁵¹ *IPRax*, 1984, p. 97 ss y nota de B. von Hoffmann; *Yearbook C.A.*, 1984, pp. 159 ss y nota de W. Melis.

⁵² Sentencia del Tribunal de *Grande instance* de París de 4 de marzo de 1981 (*Journ. dr. int.*, t. 108, 1981, pp. 836 ss y nota de Ph. Kahn).

⁵³ Laudo parcial del Tribunal de arbitraje de la CCI de 1 de setiembre de 1988 (“Primary Coal c. Compañía Valenciana de Cementos Portland”), *Rev. arb.*, 1990, pp. 701-712.

comprobado que las partes no habían tenido la intención someter el contrato litigioso a una ley estatal determinada decidió que el litigio debía regirse únicamente por los usos del comercio internacional, también llamados *lex mercatoria*. La *Cour de cassation* consideró para zanjar la cuestión que el árbitro, al referirse al conjunto de reglas del comercio internacional derivadas de la práctica y sancionadas por las jurisprudencias nacionales, había decidido en Derecho de conformidad con el mandato que había recibido del acta de misión. De esta suerte estableció que los principios rectores de la *lex mercatoria* tenían la consideración de “normas de Derecho”⁵⁴. La jurisprudencia italiana⁵⁵, inglesa⁵⁶ y suiza⁵⁷ contiene también precedentes que corroboran esta corriente de admisión favorable.

4. Aplicación del “tronco común” de las leyes nacionales en presencia

12. El silencio de las partes en orden a la elección del Derecho aplicable puede ser completado con una técnica alternativa, aunque estrechamente vinculada, a la *lex mercatoria*. Partiendo del rechazo a la aplicación de una ley estatal imprevisible, no puede descartarse la aplicación de la parte coincidente de las leyes nacionales en presencia en la relación controvertida. Más exactamente, el silencio puede expresar un repudio hacia la ley nacional de la otra parte contratante, lo que no implica descartar la aplicación de una suerte de “tronco común” de las leyes llamadas a regir el contrato⁵⁸; y las lagunas derivadas tal “elección negativa” podrían ser completadas con la *lex mercatoria* en una manifestación distinta de cohabitación a la descrita con anterioridad. La ventaja es que la aplicación del “tronco común” respeta el juego de la elección tácita de las partes que no queda distorsionada por el eventual capricho de los árbitros. Esto explica una práctica arbitral según la cual, ante el silencio de las partes respecto del Derecho

⁵⁴ Sentencia de la *Cour d'appel* de Paris (lère Ch. Sect. C) , de 13 de julio de 1989, *Journ. dr. int.*, t. 117, 1990, pp. 430 ss y nota de B. Goldman; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1990, pp. 305 ss y nota de B. Oppetit; confirmada por la Sentencia de la *Cour de Cassation* (lère Ch.civ.) de 22 de octubre de 1991, *Journ. dr. int.*, 1992, pp. 456 ss y nota de P. Lagarde; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 113 ss y nota de B. Oppetit.

⁵⁵ “Nella misura in cui si constata che quegli operatori –prescindendo dal vincolo della loro appartenenza ad uno Stato e/o dalla ubicazione della loro attività in uno Stato- consentono su valori basilari inerenti al loro traffico, e, quindi, mostrano di nutrire (...) l'opinione necessitatis, deve ritenersi che esista una *lex mercatoria*...”: Sentencia de la *Corte di Cassazione* de 8 de febrero de 1882 (“Ditta Fratelli Damiano s.n.c. Ditta August Topfer & Co. GmbH”), *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1982, pp. 829 y nota a A. Giardina, “Arbitrato transnazionale e *lex mercatoria* di fronte alla Corte di Cassazione”, *ibid.*, pp. 754-765.

⁵⁶ Sentencia de la *Court of Appeal* de 24 de marzo de 1987 (“Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH c. Ras Al Khaimah National Oil Co”), *Yearbook C.A.*, 1988, pp. 522-536.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal cantonal vaudois de 28 de enero de 1986, *RCEA*, vol. III, 1986, pp. 255 ss y nota de J.M. Vulliemin.

⁵⁸ Cf. M. Rubino-Sammartano, “Le ‘tronc commun’ des lois nationales en présence (réflexions sur le droit applicable par l'arbitre international)”, *Rev. arb.*, 1987, pp. 133-138, esp. p. 136.

aplicable al contrato, los árbitros no suelen optar por la ley nacional de una de ellas que, a todas luces, tomaría a la otra parte por sorpresa⁵⁹.

Desde esta perspectiva, la ausencia de elección de un único Derecho nacional aplicable constituiría, en el fondo, una doble elección. Una, de carácter positivo, denotaría la opción por las partes de solucionar sus litigios de acuerdo a las previsiones comunes o similares de sus respectivos Derechos nacionales. Otra, de carácter negativo, significaría el rechazo de los litigantes a ver aplicadas normas divergentes por exclusión. En definitiva, y en esa dirección parece avanzar la práctica arbitral, las partes habrían optado por la aplicación del “tronco común” como referencia de base y la *lex mercatoria* actuaría de complemento en caso de que las normas similares no fuesen suficientes en la solución del litigio en cuanto al fondo. A tal interpretación, los propios creadores de la doctrina del “tronco común” oponen, no obstante, el tenor literal del art. 3.1º del Convenio de Roma que, en efecto, habla de demostrable y razonable certeza basada en los términos del contrato y en las circunstancias del caso para determinar una elección implícita. Dejando de lado la ausencia de vinculación para los árbitros del referido precepto, lo cierto es que la práctica arbitral no hace otra cosa que determinar las normas aplicables al caso de acuerdo a una razonable certeza sobre lo que las partes quisieron, a lo previsto en el contrato y las circunstancias del caso.

Es cierto que el planteamiento descrito registra una cierta ambigüedad. Pero puede ser aceptado con las oportunas reservas. Es precisamente en la práctica arbitral, donde su desarrollo parece más previsible, dados los poderes de los árbitros respecto al Derecho aplicable al fondo de la controversia.

5. Soluciones de las reglamentaciones arbitrales de carácter estatal y profesional

13. Ninguna norma de obliga a los árbitros a aplicar obligatoriamente una ley nacional máxime cuando su jurisdicción está basada en la voluntad de las partes y no en la potestad jurisdiccional de un Estado determinado. No en vano, el art. 7 del Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, dispone que los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles. Es más, la libertad de acuerdo respecto a la ley aplicable al fondo de la controversia ha sido la fórmula recogida en el art. 13.3º del antiguo Reglamento de arbitraje de la CCI⁶⁰, desarrollada y

⁵⁹ Es lo que se denomina el elemento clave de la doctrina del “tronco común”; *vid.* B. Ancel, “Tronc commun. Logique et expérience dans l’arbitrage international”, *Il Foro padano*, 1990, parte seconda, pp. 20-26; “The Tronc Commun Doctrine: Logisc and Experience in International Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, vol. 7, nº 3, 1990, pp. 65-72.

⁶⁰ En el contexto de la práctica arbitral del antiguo art. 13.3º *vid.* Laudos arbitrales CCI nº 5835 (*ICC International Arbitration Bulletin*, vol. 10, nº 2, 1999, pp. 34-39); nº 7110 (*ibid.*, pp. 39-54); nº 7375 (*Rev. dr. unif.*, 1997, pp. 598-599); nº 8128 (*Journ. dr. int.*, t. 123, 1996, pp. 1024 ss y nota de D. Hascher); nº 8502 (*ICC, International...*, *loc. cit.*, pp. 72-74); nº 8817 (*ibid.*, pp. 75-78); nº 9117 (*ibid.*, pp. 96-1001).

modernizada por el art. 17.1° del nuevo Reglamento en vigor a partir de 1998 que sustituyó la referencia a la “ley” por la de “normas jurídicas”, no quedando el árbitro obligado a elegir la ley aplicable a partir de una determinada norma de conflicto⁶¹. Por consiguiente, la aceptación por las partes del referido Reglamento permite que la ley pertinente para la solución del litigio sea elegida por los árbitros con exclusión de las leyes nacionales⁶², aunque no tiene por qué ser así en todos los casos⁶³. En una dirección similar se expresa el art. 28.1° de la Ley modelo Uncitral de 1985, que autoriza a las partes elegir las “normas de Derecho” aplicables al fondo del litigio y sólo en caso de que no realicen tal elección se faculta al tribunal arbitral para aplicar “la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables” (art. 28.2°)⁶⁴; a lo que debe añadirse lo dispuesto en el art. 42.1° del Convenio de Washington de 1965 cuando alude expresamente a “las normas de Derecho acordadas por las partes”⁶⁵.

14. Esta tendencia también se encuentra en legislaciones nacionales recientes, que permiten al árbitro la localización de la ley sustantiva a la controversia

⁶¹ Art. 17.1°: “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”. Vid. Y. Derains y E.A. Schwartz, *El nuevo Reglamento...*, op. cit., pp. 266 ss; E. Gaillard, “Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?”, *Arbitration International*, vol. 17, 2001, pp. 59 ss. En aplicación del nuevo art. 17.1° vid. Laudo CCI n° 8547 (*ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12, n° 2, 2001, pp. 57-60); n° 8873 (*Journ. dr. int.*, t. 125, 1998, p. 1017); n° 9797 (J.M. Bonell, “A ‘Global’ arbitration decided on the basis of the Unidroit Principles: In re Andersen Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Business Unit Member Firms and Andersen Worldwide Société Coopérative”, *Arbitration International*, vol. 17, 2001, pp. 249-261); n° 9875 (*ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 12, n° 2, 2001, pp. 95-97); n° 10022 (*ibid.*, p. 100) n° 10114; (*ibid.*, pp. 82-84); n° 10422 (*Journ. dr. int.*, t. 130, 2003, pp. 1142-1150).

⁶² H. Grigera Naón, “Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration”, *R. des C.*, t. 289, 2001, p. 213. Vid. Sentencia del Tribunal cantonal vaudois de 28 de enero de 1986, cit. supra, nota 57.

⁶³ De acuerdo con el Laudo CCI n° 9416 (“*The undersigned arbitrator is not convinced of the applicability of the so-called lex mercatoria. While acknowledging the authoritative nature of the school of thought that has posited the existence of such an unwritten and supranational law, based on principles and usages generally accepted by players in international commerce (the so-called mercatores), and although aware that there have even been awards in international commercial arbitration where explicit reference is made to lex mercatoria, the undersigned arbitrator sides with the other school of thought that does not believe in the existence of lex mercatoria and which firmly believes that the search for a law that can be applied to a contractual relationship must necessarily lead to the identification of a national law*”) (*ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, n° 2, 1999, pp. 104-106).

⁶⁴ G. Parra Aranguren, “La determinación del Derecho aplicable a la controversia en las recientes leyes sobre arbitraje comercial internacional”, *Ley de Derecho internacional privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, comentarios, Jurisprudencia. Libro homenaje a Gonzalo Parra Aranguren)*, vol. III, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 231 ss, esp. pp. 234-235.

⁶⁵ Vid c.W.O. Stoecker, “The *Lex Mercatoria*: To what extent does it exist?”, *Journal of International Arbitration*, vol. 7, 1990, pp. 101 ss, esp. pp. 118-120.

sin necesidad de poner en marcha el mecanismo conflictual⁶⁶. En Europa, entre otros ejemplos, podemos referirnos a los siguientes preceptos: art. 1496 NCPC francés, conforme al cual, el árbitro dirime el litigio conforme al Derecho elegido por las partes y, en defecto de elección, de acuerdo a las normas que estime apropiadas teniendo en cuenta, en todo caso, los usos de comercio; art. 1054 CPC holandés, que tras ordenar al Tribunal arbitral deberá dictar su laudo conforme a las “*rechtsregels*”, elegidas por las partes y, en defecto de tal elección, de conformidad con las “*rechtsregels*” que considere pertinentes; art. 187.1º LDIP suiza, que se refiere (en su versión francesa) a las “*règles de droit*”, y no al “Derecho”, elegidas por las partes; por lo que no quedan restringidas a la elección de un determinado Derecho estatal pudiendo optarse, sin duda alguna, por normas de carácter no nacional como la *lex mercatoria*... Y esta corriente se ha extendido a América Latina, pues al margen de los países que, como México, se han incorporado por entero a la Ley modelo Uncitral de 1985, existen normas particulares en esta dirección, como evidencia el art. 36.2º de la Ley de arbitraje de Guatemala de 16 de noviembre de 1995: “En el caso de que el arbitraje sea de carácter internacional, el tribunal arbitral podrá tener en cuenta las prácticas y principios del Derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación”.

15. La reciente reforma del arbitraje elaborada en España refleja, como es lógico, esta tendencia. En la exposición de motivos de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre se indica que la utilización en el art. 34 de la expresión “normas jurídicas” en vez de “Derecho aplicable” obedece a que “esta última parece englobar la exigencia de remisión a un concreto ordenamiento jurídico de un Estado, cuando en algunos casos lo que ha de aplicarse son normas de varios ordenamientos o reglas comunes del comercio internacional”. Se trata de una clara diferencia con la situación de la anterior Ley 36/1988, en la que se utilizaba una norma de conflicto en cascada de carácter rígido y extraordinariamente inoperante. El art. 34 LA parece inclinarse por un arbitraje deslocalizado, posible sólo cuando éste sea internacional, de acuerdo a lo previsto en el art. 3 LA. Sin embargo, de la lectura de la referida exposición de motivos se infiere que el legislador se inclina a optar por una postura más pacífica muy cercana a la “cohabitación” de la que se hablaba más arriba. La expresión “normas jurídicas” ofrece un abanico más amplio de posibilidades a las partes y a los árbitros, lo cual no significa que se vaya a prescindir de todo Derecho nacional en cada caso⁶⁷. Sencillamente se trata de permitir la aplicación de las normas necesarias y los usos oportunos cuando y hasta donde sea posible, sin negar la compatibilidad de esta

⁶⁶ Cf. A. Bucher, *Le nouvel arbitrage ...*, op. cit., p. 98); B. Dutoit, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2ª ed., Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1997, p. 392.

⁶⁷ C. Esplugues Mota, “Comentario al artículo 34”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 1122-1127.

aplicación con el respeto a normas de Derecho necesario de los Estados con los que el laudo pueda llegar a contactar, muy particularmente el de ejecución. Si los árbitros acuden a respuestas jurídicas adaptadas con fidelidad a los negocios internacionales, y en ocasiones mejor acomodadas a éstos que las normas estatales, cabe plantearse por qué un juez no puede seguir el ejemplo. Sobre todo cuando tales respuestas derivan de la voluntad de las partes en el contrato. Además, la referencia a la *lex contractus* como ley de un Estado no se limita a la ley en sentido formal, sino al Derecho en su totalidad y si éste incorpora como parte y fuente del mismo determinadas prácticas comerciales que cumplan una serie de condiciones, incluidas la que se refieren a sus relaciones con las leyes, dichas prácticas habrán de integrarse como ley aplicable.

16. Interesa retener que este es también el parecer de la denominada “sociedad de comerciantes” expresado con nitidez por la *International Law Association* que en su reunión de El Cairo en 1992 emitió una resolución recomendando la validez y el carácter ejecutorio de los laudos arbitrales basados en normas de carácter transnacional (principios generales del Derecho, principios comunes a varios Derechos, Derecho internacional, usos del comercio, etc.), desde el momento en que las partes las hubieran elegido expresamente o guardasen silencio en torno a la ley aplicable⁶⁸.

III. Inconvenientes de la referencia estatal

1. Falta de adecuación a las necesidades del comercio internacional

17. La práctica internacional ha confirmado en muchas ocasiones los inconvenientes derivados de la hegemonía de las leyes estatales en la regulación de contratos internacionales. Y ello por ir muchas veces en contra de la certidumbre y de la estabilidad imprescindibles en este tipo de transacciones. Es cierto que la elección de una ley estatal puede ofrecer indudables ventajas al presentarse como un modelo integrado y conocido por las partes, pero tal elección no ofrece una seguridad total pues la ley nacional puede presentar lagunas o no estar adaptada a las necesidades del comercio internacional. Y estas dificultades se acrecientan, sin duda, cuando una de las partes en el contrato es un Estado que a través de su potestad legislativa puede de manera unilateral realizar modificaciones sustanciales en el contrato en detrimento de la parte privada.

Se aprecia, asimismo, que la localización de los contratos internacionales dentro de un sistema nacional determinado puede ser arbitraria, toda vez que una gran parte de dichas transacciones presenta vinculaciones de importancia similar

⁶⁸ I.L.A., *Report of the Sixty-Fifth Conference*, El Cairo, Egipto, 1992; *Rev. arb.*, 1994, pp. 211 ss y nota de E. Gaillard, *ibid.*, pp. 212-214.

con distintos órdenes nacionales y, lo que es más frecuente, otra gran parte de ellas se desarrolla en plazas comerciales de carácter transnacional donde la referencia estatal puede quedar muy debilitada. Circunstancias a las que se unen situaciones derivadas de las nuevas tecnologías como el comercio electrónico donde la ubicación de la relación contractual en un determinado espacio territorial resulta totalmente irrelevante. En efecto, las normas de conflicto tradicionales en materia contractual en ocasiones no se acomodan a las peculiaridades de la contratación electrónica, señaladamente por las dificultades derivadas de la determinación del lugar de ejecución de la prestación característica. De ahí que se propugne la aplicación de una supuesta *lex electronica* entendida como un bloque normativo integrado por un conjunto de normas jurídicas de carácter informal aplicables en sector del comercio en línea derivadas de los usos elaborados en la práctica del comercio electrónico. En todo caso, el carácter abierto y descentralizado de Internet menoscaba la eficacia práctica en ese marco de algunas de las reglas extraestales, cuyo empleo es más habitual entre partes pertenecientes a un mismo sector de actividad⁶⁹.

18. Las normas clásicas del DIPr de los contratos son complicadas y sus resultados a menudo inciertos pues los tribunales nacionales manifiestan una tendencia a favor de la aplicación de la *lex fori* que incluso en muchos sistemas ha tenido una clara plasmación legal: siempre que la ley elegida “tenga alguna relación con el contrato”⁷⁰. No puede negarse que el método conflictual ha mostrado cierta ineficacia por más que haya realizado un importante impulso de adaptación a un entorno económico y social muy diverso del que lo vio nacer⁷¹; y se ha llegado a afirmar que el “conflictualismo padece una enfermedad consustancial para alcanzar los objetivos y valores que se propone”⁷². Las normas de conflicto, es cierto, tienden a “nacionalizar” la cuestión al designar como aplicable a un determinado sistema jurídico interno. Gran parte de las normas nacionales nunca fueron concebidas para aplicarse a situaciones internacionales y precisamente el intento de resolver esa insatisfactoria situación motivó el desarrollo del Derecho uniforme aunque sus resultados han sido tan limitados que en la actualidad la

⁶⁹ Vid. P. de Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2002, pp. 83-84.

⁷⁰ Al margen del cada vez más reducido ámbito de aplicación del art. 10.5º Cc, la Ley 60/2003, de arbitraje ha derogado la exigencia del art. 62 Ley 36/1988 de los árbitros resolviéndose las posibles disputas conforme a la ley designada expresamente por las partes, “siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia”.

⁷¹ B. Audit, “Le droit international privé à fin du XX^{ème} siècle: Progres ou recul”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 50, 1998, p. 447.

⁷² Cf. F. K. Juenger y S. Sánchez Lorenzo, “Conflictualismo y *lex mercatoria*...”, *loc. cit.*, p. 22.

norma de conflicto no ha perdido su papel relevante en la ordenación del tráfico comercial internacional⁷³.

Las técnicas del DIPr basadas en la norma de conflicto se muestran a veces inadecuadas para regular las complejas cuestiones suscitadas en el ámbito del comercio internacional⁷⁴. La pretensión de localizar en un ordenamiento jurídico una situación privada, se ha dicho, es una solución basada en una teoría metafísica. Al margen de la falacia que registra una afirmación de este tipo, no pueden desconocerse una serie de datos que van en contra del método savigniano en la solución de las transacciones comerciales internacionales. En primer lugar, desde el punto de vista de los procedimientos de producción normativa, todavía existen muchos sistemas nacionales, no solo de filiación anglosajona, donde la norma de conflicto es de fuente predominantemente jurisprudencial, con la consiguiente incertidumbre que ello entraña. Esa incertidumbre también se manifiesta, en segundo término, con la actual coexistencia de normas internas con tratados internacionales en un determinado sistema jurídico y la delicada operación de identificar, dentro de un determinado sistema, la norma pertinente a la transacción controvertida; y ello al margen de la eventual aplicación de los Principios de Unidroit de 1994. En tercer lugar, y aunque la codificación internacional trata de evitarlo, por ejemplo la exclusión del reenvío operada por el art. 15 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, todavía están presentes los denominados “problemas de aplicación de la norma de conflicto” que pueden generar importantes perturbaciones a la hora de dar una solución justa al caso concreto⁷⁵. Finalmente, si la consecuencia de la norma de conflicto es designar la aplicabilidad de un determinado Derecho estatal, localizando allí el supuesto, no cabe duda que esta operación se caracteriza, como hemos apuntado, por “nacionalizar”, impregnando de concepciones particulares, la respuesta a la transacción; y tal respuesta impide una consideración efectiva de la especialidad que introduce en la controversia jurídica la “internacionalidad del supuesto”: la propia situación del comercio internacional obliga a estimar la consideración del “elemento internacional” como una exigencia de justicia.

Argumentos como los apuntados han conducido a que el conflicto de leyes, identificado con frecuencia con el DIPr, haya sido considerado con máximo

⁷³ Vid. J.C. Fernández Rozas, “Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5209-5237.

⁷⁴ I.F.G. Baxter, “International Conflict of Laws and International Business”, *ICLQ*, vol. 34, 1985, pp. 538-559.

⁷⁵ J.-P. Béraudo, “La mise en oeuvre du droit matériel uniforme par le juge et par l’arbitre dans le règlement des litiges commerciaux”, *Rev. dr. unif.*, vol. III, 1998, p. 259.

recolo por los ius-mercatoristas y, en particular, por los abogados prácticos⁷⁶; ello es explicable, dado que el DIPr es altamente abstracto y académico, mientras que el Derecho comercial es a menudo menos preciso, pero vivo⁷⁷. Numerosas legislaciones mercantiles nacionales no se adaptan a las necesidades del comercio internacional en función de la incertidumbre que ofrecen los mecanismos de determinación del Derecho aplicable. Frente a ello la *lex mercatoria* se revela como un procedimiento mucho más simple y rápido por incorporar directamente una norma de carácter material. Además la ley nacional no es apropiada muchas veces para los contratos entre entidades públicas y particulares, en función del papel hegemónico que pueden ejercer aquéllas en la designación de su propia ley nacional sin tener en cuenta las peculiaridades del comercio internacional que están implícitas en la concreta transacción comercial.

2. Eventual desigualdad de las partes

19. La referencia a un determinado sistema estatal basada en la garantía del necesario equilibrio entre las partes en la contratación internacional ha ido evolucionando progresivamente hasta generalizarse una práctica, en un sentido radicalmente contrario tendente a acentuar la desigualdad de las partes en el contrato por dos motivos de diferente entidad. De un lado, por la diversidad, pues han brotado en el mercado internacional un número muy considerable de fórmulas contractuales que estaban en relación directa con la naturaleza de la actividad comercial involucrada y con el protagonismo de determinados Estados en el comercio internacional; de otro lado, porque las referidas fórmulas contractuales se remitían de forma exclusiva a un ordenamiento jurídico determinado, coincidente con el del Estado hegemónico en el sector donde, curiosamente, tenía su sede la asociación redactora⁷⁸. Más recientemente esta técnica ha sido desarrollada por las empresas multinacionales con el propósito de defender sus intereses frente a su co-contratante; de esta suerte, la entidad asegura la uniformidad en la contratación para todas las empresas integrantes de su conglomerado económico involucrado a industrias muy poderosas para que inserten en sus contratos tipo una cláusula de remisión siempre al mismo ordenamiento jurídico.

También se asiste a una marcada inadecuación de las técnicas codificadoras protagonizadas por los Estados, cuyos objetivos no se acomodan plenamente a las necesidades de los operadores económicos, lo que ha suscitado una honda preocupación en torno a los costos y a la propia rentabilidad del movimiento

⁷⁶ B.Mª Cremades, "Los Estados y las empresas públicas en su condición de socios en el comercio internacional", *RCEA*, vol. II, 1985, p. 27.

⁷⁷ Cf. P. de Miguel Asensio, "El Derecho internacional privado ante la globalización", *AE-DIPr*, t. I, 2001, p. 39.

⁷⁸ Cf. P. Benjamin, "The ECE General Conditions of Sale and Standard Forms of Contracts", *Journal of Business Law*, 1961, p. 119.

internacional en pro de la unificación del Derecho mercantil⁷⁹, que llegan a cuestionar muy seriamente su utilidad práctica. Y también el de ciertas instituciones internacionales donde tiene lugar la codificación⁸⁰. Baste comprobar los resultados deparados por el paradigma de los Convenios de unificación del Derecho de los negocios transnacionales que es la Convención de Viena de 1980: si tenemos en cuenta que sus normas son preferentemente de Derecho dispositivo, que poseen una vocación esencialmente subsidiaria, que se refieren a una modalidad contractual relativamente simple y universalmente conocida y que, por añadidura, no elimina la “autonomía conflictual” (art. 6), no podemos por menos de desconfiar de esta metodología codificadora⁸¹.

20. A veces, la ley aplicable es extraña al juez y/o a las partes y requerir la información sobre su contenido puede resultar altamente perturbador. Desde la perspectiva arbitral, la ausencia de foro confiere al procedimiento arbitral una marcada autonomía en orden al procedimiento respecto de las normas procesales de estatales. Por eso, al igual que no cabe hablar de ley del foro, en el arbitraje comercial internacional no existe propiamente una ley extranjera⁸². Tal ausencia confiere al árbitro un importante margen de actuación en orden a la determinación del Derecho aplicable al fondo del litigio⁸³. Esta situación de posible y cada vez más frecuente “desnacionalización” de la ley aplicable al arbitraje tiene la virtud de restringir de una manera tajante el problema tradicional del DIPr relativo al Derecho aplicable: la consecuencia jurídica de la norma de conflicto. En ausencia de una designación expresa respecto del Derecho aplicable el árbitro cuenta con un amplio poder de iniciativa en la determinación de la ley aplicable al fondo del litigio, como se desprende de lo dispuesto en el art. 7 del Convenio de Ginebra de 1961.

La ausencia de un foro arbitral permite al árbitro aplicar al fondo del litigio las normas consuetudinarias del comercio internacional al margen de cualquier intervención de las normas estatales. Frente a lo que ocurre en la justicia estatal el árbitro, al no estar sometido a una soberanía estatal determinada, tiene un amplio margen de actuación en tal sentido⁸⁴. Ante los árbitros el problema tradi-

⁷⁹ F.J. Garcimartín Alférez, “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, *REDI*, vol. XLVII, 1995-2, p. 30.

⁸⁰ W. Rodino, “Unification of Law and International Organizations”, *International Journal of Legal Information*, n° 27, 1999, pp. 156-162.

⁸¹ J.C. Fernández Rozas, *Ius mercatorum...*, *op. cit.*, pp. 173 ss.

⁸² *Vid.* J.C. Fernández Rozas, “Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international”, *R. des C.*, t. 290, 2001, pp. 148-150.

⁸³ B. Goldman, “Les conflits de lois en matière d’arbitrage international”, *R. des C.*, t. 109, 1963-II, p. 443.

⁸⁴ Laudo CCI n. 3131 (1979), “Norsolor”, *Rev. arb.*, 1983, pp. 525-531. B. Goldman, “Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*”, *Rev. arb.*, 1983, pp. 379-409. O. Lando, “The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration”, *ICLQ*, vol. 34, 1985, pp. 747-768.

cional del DIPr de la condición de la ley extranjera queda sustituido por el del procedimiento de aplicación de las leyes estatales. Por eso en el arbitraje comercial internacional la cuestión de la confrontación entre la ley del foro y la ley extranjera carece totalmente de significado⁸⁵, como también carece de significado que el árbitro se vea compelido a aplicar una ley extranjera que las partes no hayan alegado expresamente o cuyo contenido no hayan acreditado.

En consecuencia la necesidad de información sobre el Derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto no parece más perentoria y, por descontado, no es cuantitativamente más significativa en el arbitraje que en la justicia estatal. Además, los mecanismos de cooperación judicial en el ámbito de la información del Derecho extranjero se encuentran, en principio cerrados a los árbitros toda vez que el Convenio europeo acerca de la información sobre el Derecho extranjero, hecho en Londres el 7 de junio de 1968, (art. 3.1º) establece que la petición de datos deberá siempre emanar de una autoridad judicial. Ello con independencia de que los árbitros, y las partes con la autorización en su caso de aquellos, puedan recurrir a la autoridad judicial competente del lugar en que se celebra el arbitraje, recabando la información necesaria del Derecho positivo aplicable en el proceso⁸⁶. Consiguientemente, las propias características del procedimiento arbitral en relación con las cuestiones relativas al Derecho aplicado por el árbitro no conducen a precisar la oportunidad un sistema específico de cooperación judicial de auxilio a los árbitros en este sector.

3. Conformidad con el principio de legalidad

21. La elección por las partes de la *lex mercatoria* o de una reglamentación privada no tiene por qué vulnerar el principio de legalidad previsto en las Constituciones de nuestro entorno pues, al margen de la existencia de postulados tales como en contenido en el art. 1091 Cc, dicha sumisión no supone eliminar cualquier control estatal. Si en orden al arbitraje dichos controles vienen determinados tanto por el recurso de anulación, como por el procedimiento de exequátur, en la materia que nos ocupa la designación de la *lex mercatoria* no eliminan controles estatales como el orden público (art. 16 del Convenio de Roma de 1980)⁸⁷ o las normas materiales imperativas a las que ya nos hemos referido⁸⁸.

⁸⁵ B. Goldman, "Les conflits de lois en matière d'arbitrage...", *loc. cit.*, p. 449.

⁸⁶ Esta interpretación ha sido avalada legislativamente por el art. 1044 de la Ley holandesa de 1986 y que se refiere expresamente al Convenio de 1968. Además, aunque el art. 4.2º de la Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979, establece que "los Estados Partes podrán extender la aplicación de esta Convención a la petición de informes de otras autoridades", no parece posible estimar incluidos en la expresión "otras autoridades" a los tribunales arbitrales.

⁸⁷ Cf. F. K. Juenger y S. Sánchez Lorenzo, "Conflictualismo y *lex mercatoria*...", *loc. cit.*, p. 33-34.

⁸⁸ *Vid. supra*, núms. 7 y 8.

IV. Índices de la evolución

1. Convención de México de 1994

22. De hecho, la autonomía conflictual mercatoria ha comenzado a desarrollarse en las codificaciones internacional e interna, como demuestra el art 9 de la Convención Interamericana sobre la ley aplicable a los contratos internacionales, hecha en México el 17 de marzo de 1994: “El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el Derecho del Estado con el cual tiene los vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”. Se trata de una de las aportaciones más importantes de este sobresaliente instrumento internacional, calificado como la “expresión postmoderna por excelencia del Derecho internacional privado de los contratos internacionales”⁸⁹, pues introduce un nuevo factor de conexión, a falta de elección del Derecho aplicable, para cuya determinación el tribunal dispondrá de elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato, y tomará en cuenta principios generales del Derecho comercial internacional, aceptados por organismos internacionales. La solución de aplicar el Derecho relacionado con las características del contrato, en vez de normas ajenas al mismo, tales como, la nacionalidad de las partes o el lugar de su celebración, no es extraño al Derecho y legislación comparados. Además, la determinación del “vínculo más estrecho” conduce al análisis del marco socio-económico del contrato del cual forma parte, y éste es determinante para el establecimiento del Derecho aplicable. De particular importancia es la inclusión de principios generales del Derecho comercial internacional, aceptados por organismos internacionales, lo cual vincula esta Convención, especialmente con los principios Unidroit. Y el juez podrá, en casos excepcionales, aplicar sólo a una parte del contrato el Derecho más estrechamente vinculado con el mismo, lo cual reafirma el *depeçage*⁹⁰.

Frente a los resultados alcanzados en Europa⁹¹, se sintió la necesidad de realizar un reconocimiento más explícito de la *lex mercatoria*, lo cual no era algo nuevo en la CIDIP pues veinte años antes, se había realizado una cierta aceptación de este bloque normativo a propósito de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial aprobada en la CIDIP I de 1975, en Panamá, en cuanto

⁸⁹ Cf. E. Hernández-Breton, “Propuesta de actualización...”, *loc. cit.*, pp. 4-5.

⁹⁰ Vid. L. Pereznieta Castro, “Introducción a la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. 30, 1994, pp. 765-776.

⁹¹ S.M. Carbone, “Dos intentos regionales de regulación de los contratos internacionales: el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y su relación con la Convención interamericana de 1994 sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 2003, pp. 45-60.

el art. 3 admitía la posibilidad de regular al arbitraje por medio de un Reglamento de Procedimientos elaborado por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). No es casual que propio título de la Convención se refiera al “Derecho” aplicable a los contratos internacionales y no de la “ley” aplicable, expresión ésta última considerada demasiado reductora de las manifestaciones de lo jurídico en el campo internacional, en cuanto implicaba la admisión de una de sola de las fuentes posibles del Derecho. Puede afirmarse que la admisión de la “autonomía conflictual mercatoria” gozó de una cierta acogida, aunque debe reconocerse que no generalizada, como evidenciaron las posiciones de varios delegados en la V CIDIP⁹².

23. A partir aquí es obvio que para la Convención no es cuestionable el reconocimiento de un Derecho objetivo extra-estatal que se va paulatinamente organizando y expandiendo en razón de su eficacia para regular los contratos internacionales y que va relegando de manera gradual a importantes sectores del orden jurídico estatal. Tampoco es polémica la aceptación por la Convención de México de la *lex mercatoria* como principio interpretativo que auxilie a llenar las lagunas que presentan las normas y los contratos internacionales; al menos esto es lo que se desprende del art. 10 cuando se refiere a la obligación de respetar “las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

El interrogante se centra en determinar el papel que el referido art. 9 otorga a la *lex mercatoria* en el ordenamiento jurídico internacional. Hemos de reconocer que esta cuestión no encuentra una respuesta contundente en la Convención y resulta aventurado dar una respuesta categórica. No obstante tampoco puede descartarse una línea interpretativa favorable a la “autonomía conflictual mercatoria”. Sin ir más lejos puede sostenerse que cuando el art. 9 entiende que las partes contratantes no han elegido el Derecho aplicable, será el tribunal el encargado de hacerlo y que dicho tribunal “también tomará en cuenta los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por los organismos internacionales”. A mayor abundamiento, el referido art. 10 afirma que “además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios de 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”. Ello permitiría considerar a la *lex mercatoria* como un Derecho autónomo que puede ser designado directamente por las partes o por el juez me-

⁹² L. Pereznieta Castro, “Introducción a la Convención interamericana...”, *loc. cit.*, pp. 765-776, esp. p. 770 ss; F.K. Juenger, “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons”, *AJCL*, vol. 42, 1994, pp. 381-391, esp. p. 390; *id.*, “Contract Choice of Law in the Americas”, *AJCL*, vol. 45, 1997, pp. 195-213, esp. pp. 204-205.

dian­te la búsqueda de los la­zos más estrechos para el caso de que exista una ausencia de la voluntad de aquéllas⁹³.

Esta manera de razonar no puede queda desvirtuada por la redacción de dos preceptos de la Convención que incluyen el término “Derecho” en una marco muy distinto cual es el de las denominadas “normas de aplicación”, que no actúan en el proceso de reglamentación de las situaciones privadas internacionales, sino en un proceso ulterior donde surgen problemas que deben resolver los órganos estatales⁹⁴. Nos referimos, de un lado, al art. 2 que indica la aplicación del Derecho designado por la Convención a un Estado no parte; y, de otro lado, al art. 17 que determina que “para los efectos de esta Convención se entenderá por ‘Derecho’ el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”, pues su objetivo único es la exclusión del reenvío del ámbito de la contratación internacional regulada por la Convención.

24. Por el momento la Convención está en un estado cuasi-durmiente pero no cabe descartar que por una circunstancia determinada despierte de su letargo y que a Venezuela y a México se agreguen pronto Bolivia, Brasil y Uruguay, que ya han firmado este instrumento, y conformen una nueva cultura contractual en América Latina que ha sido respaldada por la Resolución del IHLADI de Quito de 2004, a partir de una amplia oferta de posibilidades de incorporación al modelo⁹⁵. Al margen de una línea doctrinal que cada vez registra mayor aceptación, dicha cultura comienza a aparecer, frente a un panorama comparado poco propicio, en ciertas reglamentaciones de origen estatal que muestran una evolución de las normas conflictuales en el sentido indicado⁹⁶. La Ley de DIPr de Venezuela⁹⁷, tras reproducir en los arts. 29 y 30 el régimen de Derecho aplicable a los contratos previsto en la Convención de México, añade un art. 31 con el siguiente tenor: “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, 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

⁹³ Vid. T.B. de Maekelt, “La flexibilización del contrato internacional en la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales”, *Ley de Derecho internacional privado de 6 de agosto de 1998...*, op. cit., vol. II, pp. 359-380.

⁹⁴ Cf. J.D. González Campos, *Derecho internacional privado*, Parte I, *Introducción* (polico­piado), Madrid, UAM, 1983, pp. 86-87.

⁹⁵ “(B)ien mediante la ratificación de la Convención, siguiendo el ejemplo de México y de Venezuela, o a través de fórmulas blandas de incorporación, material o por referencia...”, *Conclusiones y Acuerdos del XXIII Congreso*, Quito (Ecuador), 13-17 de septiembre de 2004, p. 13.

⁹⁶ Vid. E. Hernández-Breton, “Autonomía conflictual en América Latina. Tendencias actuales”, *Anuario IHLADI*, vol. 16, 2003, pp.441-471; *id.*, “Propuesta de actualización...”, *loc. cit.*, pp. 15-24.

⁹⁷ Vid. T.B. de Maekelt, “Das neue venezolanische Gesetz über Internationales privatrecht”, *Rabels Z.*, 2000/2, pp. 299-344, esp. pp. 307 y 330-331; E. Hernández-Breton, “Las obligaciones convencionales en la Ley de Derecho internacional privado”, *Ley de Derecho internacional privado de 6 de agosto de 1998...*, op. cit., vol. II, pp. 324-341.

las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

2. Principios Unidroit como expresión particularmente autorizada de la *lex mercatoria*⁹⁸

25. Durante los últimos años se han experimentado transformaciones fundamentales en el ámbito del Derecho rector de la contratación. Dos instrumentos son de referencia obligada: los principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales (1994) y los Principios europeos de Derecho de los contratos (PECL) (2001) Se trata de experiencias compiladoras donde convergen *lex mercatoria*, hasta ahora sin consolidar en un cuerpo normativo integrado, y la codificación en sentido tradicional⁹⁹. Los primeros están concebidos un sistema de reglas del Derecho de los contratos que se adaptan de forma específica a las necesidades de la práctica comercial moderna, tratando de evitar la utilización de una terminología propia de un determinado sistema jurídico estatal. Pueden ser elegidos por las partes como Derecho aplicable (los Principios pueden aplicarse, según su preámbulo, cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los “principios generales del Derecho” la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes), servir de referencia a los jueces y árbitros, interpretar o completar otros instrumentos de Derecho internacional uniforme, como el Convenio de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, y ser modelo para legisladores internacionales y nacionales. Importa retener aquí que la mayoría de los integrantes del grupo de trabajo que redactó los Principios son decididamente favorables de la aplicación de la *lex mercatoria* a la contratación internacional y esta tendencia se manifiesta en una abultada corriente doctrinal que se apoya en dichos Principios para reafirmar esta posición, aunque la asimilación no es necesariamente indispensable, en función de su carácter eminentemente científico¹⁰⁰.

Esta última dimensión ya empieza a dar resultados. Un primer ejemplo lo encontramos en la Ley de arbitraje adoptada en Panamá (Decreto Ley nº 5 de 8 de julio de 1999), que establece el régimen general del arbitraje, la conciliación y la mediación y que se aplica también al arbitraje comercial internacional; se-

⁹⁸ Expresión de P. Lalive (“L’arbitrage commercial et les Principes Unidroit”, M.J. Bonell y F. Bonelli, eds., *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milán, 1997, pp.71 ss, esp. p. 80), que ha sido acogida con calor por un importante sector doctrinal. Vid. M.J. Bonell, “Unidroit Principles: a Significant Recognition by a U.S. District Court”, *Rev. dr. unif.*, 1999, pp. 651 ss.

⁹⁹ Cf. S. Sánchez Lorenzo, “La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material”, *Paces Artis. Obra homenaje al profesor J.D. González Campos*, t. II, Madrid, Eurolex, 2005 (en prensa). Vid. S.L. Feldstein de Cárdenas, “Los Principios Unidroit y los Principios Europeos: una primera mirada desde el Derecho Internacional Privado”, *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes*, nº 15, septiembre, 1998.

¹⁰⁰ Cf. D. Bureau, “Les nouveaux principes Unidroit: Colloque de l’Institut de la CCI, Paris, 20-21 octobre 1994”, *Rev. arb.*, 1994, pp. 787-789.

gún su art. 27, el tribunal arbitral apreciará las estipulaciones del contrato para la aplicación del Derecho que rige la relación contractual y tendrá en cuenta los usos, las prácticas del comercio y los Principios de Unidroit¹⁰¹. Un segundo ejemplo aparece en el Contrato modelo de la CCI de intermediación ocasional (acuerdo de reserva y confidencialidad, ARC)¹⁰² en cuyo art. 13.1º se establece que salvo estipulación en contrario, todas las cuestiones relacionadas con este acuerdo ARC se regirán por las reglas y principios de Derecho general reconocidas en el comercio internacional como aplicables a los contratos internacionales así como por los Principios de Unidroit. Y, finalmente, un tercer ejemplo, se registra en el Contrato modelo de venta comercial internacional de bienes perecederos establecido por el Centro de comercio internacional UNCTAD/OMC (CCI) de 1999, en cuyo art. 14 (Reglas de Derecho aplicable) se dispone que para toda materia no cubierta por las cláusulas precedentes, el contrato se regirá por el Convenio de Viena de 1980 y, en su defecto, por los Principios de Unidroit.

26. Indiscutiblemente el empleo de estos principios ha tenido un desarrollo mayoritario en el ámbito del arbitraje comercial internacional¹⁰³. No en vano en el seno del arbitraje CCI se han dictado cerca de medio centenar de laudos en los que no sólo se ha hecho referencia, sino que se han aplicado directamente los Principios del Unidroit como expresión de la *lex mercatoria*¹⁰⁴. Y esta conformidad se está extendiendo, aunque de una manera más tibia, no sólo en el marco del arbitraje administrado¹⁰⁵, sino en el del arbitraje *ad hoc* y en distintos ámbitos geográficos incluido el latinoamericano¹⁰⁶. La utilización de los Principios no se ha limitado en todos los casos a una mera referencia para completar un deter-

¹⁰¹ Esta posibilidad fue utilizada expresamente por el Laudo Arbitral dictado en la Ciudad de Panamá el 24 de febrero de 2001 (www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=13620).

¹⁰² Publicación CCI, nº 619, 2000.

¹⁰³ K.P. Berger, "International Arbitral Practice and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts", *AJCL*, vol. 46, 1998, pp. 129-150; F. Bortolotti, "The Unidroit Principles and the Arbitral Tribunals", *Rev. dr. unif.*, 2000, pp. 141-150; F. Marrella, "Nuovi sviluppi dei Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali nell'arbitrato CCI", *Contatto e Impresa / Europa*, vol. 7, 2002, pp. 40-53; *id.*, "Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: the Relevance of Unidroit Principles of International Commercial Contracts", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, p. 1137-1188.

¹⁰⁴ Laudo CCI nº 8261, de 27 de septiembre de 1996 (*Gazette du Palais: cahiers de l'arbitrage*, nº 119/123, 2001, p. 40); nº 9029 (*ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, nº 2, 1999, pp. 88-96).

¹⁰⁵ *Vid. supra* nota 101; Laudo de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo nº 117/1999, *Stockholm Arbitration Report*, 2002-1, pp. 59 ss y notas de H. Kronke, pp. 65 ss y de J. Fernández Armesto, pp. 71 ss.

¹⁰⁶ Laudo *ad hoc* pronunciado en Buenos Aires el 10 de diciembre de 1997 que dirimió un litigio entre una empresa argentina y otra chilena, *Rev. dr. unif.*, 1998, pp. 178-179.

minado argumento, registrando la práctica supuestos en que este instrumento ha sido el referente completo del fallo¹⁰⁷.

Ausentes por el momento de la jurisprudencia internacional¹⁰⁸, en la jurisprudencia estatal la aceptación de los Principios del Unidroit utilizados por los árbitros comienzan a abrirse paso, aunque tímidamente y para cuestiones por lo general muy específicas, como la aceptación de una supuesta cláusula compromisoria patológica¹⁰⁹ o la determinación del ámbito de una cláusula atributiva de jurisdicción¹¹⁰, en el marco de los recursos de anulación o en el del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Y ello sin olvidar su empleo en el ejercicio de los litigios de comercio exterior¹¹¹. Sin embargo, la práctica no permite, por el momento, realizar una valoración con pretensiones de generalidad. Baste retener que en términos generales la referencia a los Principios opera como complemento a un determinado razonamiento del juez, como evidencia su empleo en la Sentencia de 9 de octubre de 1997 de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) en el asunto “Embotelladora Caracas, C.A. y otras c. Pepsi Cola Paname-ricana, S.A.”¹¹²

3. Dimensión comunitaria: Los Principios europeos de Derecho de los contratos y el instrumento opcional comunitario en materia contractual¹¹³

27. El nuevo orden jurídico construido por la UE ha tenido la virtud de limitar las competencias soberanas de los Estados miembros en ciertos sectores concretos. En el seno de este nuevo orden los sujetos no son solamente los Estados sino también sus nacionales y en este contexto en los últimos años se viene dis-

¹⁰⁷ J.M. Bonell, “A ‘Global’ arbitration decided on the basis of the Unidroit Principles...”, *loc. cit.*, pp. 249-261; *id.*, “Un arbitrato ‘globale’ deciso sulla base dei Principi Unidroit”, *Dir. comm. int.*, vol. 15, 2001, pp. 211-236.

¹⁰⁸ El Abogado General los utilizó, sin embargo, en el asunto C-334/00 “Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa contra Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH”. Cf. M. Requejo Isidro, “Incertidumbre sobre la materia delictual en el Convenio de Bruselas de 1968: método de delimitación y determinación del Tribunal competente”, *La Ley: Unión eur.*, n° 5709, 2003, p. 7.

¹⁰⁹ Sentencia de la *Cour d’appel* de Grenoble de 14 de enero de 1996, “Société Harper Robinson c. Société internationale de maintenance et de réalisations industrielles”, *Rev. arb.*, 1997, p. 87; *Rev. dr. unif.*, 1997, pp. 180-181.

¹¹⁰ Sentencia de la *Cour d’appel* de Grenoble de 23 de octubre de 1996 (“SCEA GAEC Des Beauches Bernard Bruno c. Société Teso Ten Elsen GmbH & COKG”) (<http://witz.jura.uni-sb.de/CISG/decisions/231096v.htm>).

¹¹¹ Dictamen de la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (Compromex) relativo a la queja promovida por “Dulces Luisi, S.A. de C.V., en contra de Seoul International Co. LTD., y Seoulia Confectionery Co”, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de enero de 1999.

¹¹² *Vid. RCEA*, vol. XIV, 1998, pp. 263278, esp. pp. 274-275 y nota de E. Hernández-Breton, “Aplicación judicial en Venezuela de los Convenios en materia de arbitraje comercial internacional (Comentario a la S CSJ de Venezuela de 9 de octubre de 1997)”, *ibid.*, pp. 99-104.

¹¹³ Este apartado toma como referente un estudio anterior. *Vid. J.C. Fernández Rozas*, “Alternativa conflictual o material en la búsqueda de un Derecho contractual europeo más coherente”, *La Ley*, febrero de 2005.

cutiendo acerca de la utilidad de establecer un instrumento jurídico nítidamente comunitario que modifique y que adapte al comercio internacional las normas vigentes en los Estados miembros en el espíritu del art. 20 del Convenio de Roma de 1980. Uno de los objetivos armonizadores de la UE es, en efecto, frenar la dispersión y la atomización normativa en materia contractual y en los últimos años se ha ido produciendo una cierta armonización en el Derecho contractual¹¹⁴, pero sólo de forma parcial ya que la diversidad de leyes dificulta la unificación¹¹⁵. Cabe hablar, desde esta perspectiva, de una auténtica tendencia hacia la “comunitarización” del Derecho de los contratos¹¹⁶.

En medios comunitarios hay una conciencia generalizada que la existencia de los Códigos civiles estatales y el propio papel del DIPr constituyen una importante barrera hacia la integración. Por eso las acciones comunitarias no han quedado limitadas, como en otros tiempos, a resolver los problemas suscitados por las relaciones transfronterizas. La voluntad de superar el pasado forjando un Derecho común de obligaciones reposa en el carácter fragmentario de la armonización europea. Por desdoblado, las disposiciones del Convenio de Roma de 1980 y las de la Convención de las Naciones Unidas de 1980 podrían constituir en el futuro un fundamento jurídico común; sin embargo por sí mismas no están en disposición resolver por completo el problema de las relaciones jurídicas transfronterizas en el sector contractual. Y es también factible hallar en el acervo comunitario instrumentos cuyo carácter “puntual” es sólo aparente. Hasta la fecha la Comunidad Europea ha aprobado numerosas Directivas para la unificación de problemas concretos en el ámbito del Derecho privado, que tuvieron en la mayoría de los casos como objetivo, simultáneamente, la protección de los consumidores y la unificación de las condiciones de la competencia de los empresarios. Debe reconocerse el cuantioso alcance armonizador de estos instrumentos respecto de los Derechos nacionales, hasta el punto de conformar una especie de “Derecho común” en las materias citadas. Por esta razón determinadas ramas del Derecho privado (y, en particular, el Derecho contractual) han desarrollado normas comunes gracias a la armonización progresiva realizada a escala comunitaria.

¹¹⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo (2001/C 255/01), *DOCE*, C 255, de 13.9.2001.

¹¹⁵ C. Vattier Fuenzalida, “Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad Europea”, *RDP*, nº 78, 1994, pp. 223-230; M^a P. García Rubio, “Presente y futuro del Derecho privado en el proceso de integración europea”, *XIV Jornadas de Estudio: La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1995, pp. 237-258; J. Vicent Chuliá, “La unificación del Derecho de obligaciones”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, nº 2, pp. 21-52.

¹¹⁶ J. Basedow, “A Common Contract Law for the Common Market”, *CMLRev.*, vol. 33, 1996, pp. 1169-1195; G. Benacchio, *Diritto privato della Comunità europea: fonti, modelli, regole*, Pádua, Cedam, 1998, p. 9.

Todo ello ha generado un ambiente favorable a la construcción del Derecho privado a partir una supuesta tradición jurídica europea comúnmente aceptada¹¹⁷ y de la existencia de una serie de instituciones y de principios jurídico-privados coincidentes en las legislaciones del área considerada¹¹⁸. La más antigua experiencia tendente a la unificación del Derecho de los contratos arranca en 1980 a partir de un grupo de profesores encabezados por O. Lando¹¹⁹, en que se detallan “principios comunes” en los países de la UE relativos a la formación, validez, interpretación y contenido de los contratos; al cumplimiento e incumplimiento y a algunas otras cuestiones concretas, como la autoridad de los mandatarios para vincular a sus mandantes. Con ello, se supera la posición tradicional contraria a la *lex mercatoria* que se recoge en el art. 3 Convenio de Roma de 1980, al menos según la interpretación clásica de este precepto, dando los principios una respuesta acertada a una incongruencia propia del sistema europeo que permitía el empleo de tal *lex* para la elección de fuero (art. 23 Reglamento 44/2001) y no la admitía como Derecho aplicable¹²⁰. Dichos Principios pueden aplicarse como parte de la *lex mercatoria*, ya que ésta incorpora los usos y costumbres internacionales del comercio internacional (art. 1.101.3º) o pueden servir para colmar las eventuales lagunas sobre el Derecho aplicable (art. 1.101.4º). Con ello estaríamos ante un Derecho común europeo para comerciantes y no comerciantes, y ante la desaparición de la dualidad entre Derecho civil y mercantil por considerarse que no existen problemas específicos en ambas materias¹²¹. Bien entendido que su ámbito es exclusivamente europeo y por tanto rigen únicamente en aquellas relaciones contractuales que se susciten en el interior de la UE¹²².

28. Un instrumento de estas características sería un instrumento precioso para los jueces y los abogados en orden a la interpretación del Derecho contractual europeo común procedente tanto del Derecho comunitario como del Derecho de

¹¹⁷ Vid., desde una posición muy crítica: “la inconveniencia de un Código civil europeo”, S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, pp. 279 ss.

¹¹⁸ R. Schulze, “Le droit privé commun européen”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 47, 1995, pp. 18 ss.

¹¹⁹ Que ha publicado ya dos partes de *Principles of European Contract Law*, Kluwer, 2000. Entre los defensores de esta iniciativa Vid. en la doctrina italiana, M.J. Bonell, “Verso un codice europeo dei contratti”, *Europa e diritto privato*, 1998, pp. 171 ss. En la doctrina española, Vid. L. Díez-Picazo, E. Roca y A.M. Morales, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 2002.

¹²⁰ Cf. S. Sánchez Lorenzo, “La unificación del Derecho contractual europeo ...”, *loc. cit.*, p. 380.

¹²¹ O. Lando, “El Derecho contractual europeo en el tercer milenio”, *Derecho de los negocios*, nº 116, 2000, pp. 1-20; I. Sánchez Ruíz de Valdivia, “La unificación del Derecho privado europeo: los Principios de Derecho contractual europeo de la Comisión Lando”, (S. Sánchez Lorenzo y M. Moya Escudero, eds.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 258-259.

¹²² Acerca de su eventual extensión Vid. M.M. Méndez Serrano, “Ámbito espacial de los Principios de Derecho contractual europeo: ¿Eficacia sólo intracomunitaria?”, *La cooperación judicial...*, *op. cit.*, pp. 275-291.

los Estados miembros¹²³. Y por si esto fuera poco existe una compatibilidad manifiesta entre los PECL y los resultados de la unificación internacional del sector puestos de manifiesto, por ejemplo, en el Convenio de las Naciones Unidas de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.

Esta iniciativa ha sido objeto de importantes críticas por los juristas de tradición romanista, para quienes la existencia de un “Código” justifica un cierta manera de pensar a la que no están dispuestos a renunciar¹²⁴ y supone la materialización de una vieja aspiración académica que siempre aspiró a explicar un texto único aplicable a todos los Estados de la UE¹²⁵. Rechazando estos reproches puede afirmarse que con los Principios Unidroit y con los PECL estamos ante experiencias que se ajustan a los modernos planteamientos en orden a la reglamentación de los contratos. Una comparación entre ambos registra una evidente similitud como no podría ser menos en función de que los dos textos fueron elaborados por un gran número de redactores comunes y de manera simultánea, con una fluida comunicación entre los miembros integrantes de ambas comisiones redactoras. No obstante los Principios Unidroit se elaboraron para describir las normas generales que deben regir los contratos comerciales internacionales, mientras que los PECL se han limitado a regular los contratos intracomunitarios o exclusivamente internos desbordando la categoría de comercial. Desde el punto de vista de la metodología utilizada los PECL se asemejan más a los *Restatements* americanos que los Principios Unidroit en la medida en que cada disposición va acompañada de sus antecedentes, tanto de los Derechos nacionales como de los convenios internacionales, y de sus correspondientes comentarios de gran utilidad a la hora de la interpretación¹²⁶.

29. Dentro de las diferentes alternativas puestas en marcha por la Comunicación de la Comisión de julio del 2001 sobre Derecho contractual europeo resultan de interés algunas de las actuaciones previstas en el Plan de acción para un Derecho contractual más coherente de 12 de febrero del 2003¹²⁷ que se ha decantado por descartar la construcción de un Código contractual europeo vinculante para los Estados miembros y avanzar en otras líneas de actuación. Dentro

¹²³ O. Lando, “The Future Development of European Civil and Commercial Law”, “The Influence of the Principles of European Contract Law on Dutch Law”, *Derecho patrimonial europeo (Monografía asociada a la Revista de Derecho Patrimonial)*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2003, pp. 231-240.

¹²⁴ P. Legrand, “Sens et non-sens d’un Code civil européen”, *Rev. int. dr. comp.*, 1996, pp. 779-812.

¹²⁵ J. Plaza Penadés, “Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo”, *Derecho patrimonial europeo...*, *op. cit.*, p. 315.

¹²⁶ C. Kessedjian, “Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: les Principes proposés par l’Unidroit”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1995, pp. 641-470, esp. p. 646.

¹²⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: “El Derecho contractual europeo más coherente: Plan de acción” (2003/C 63/01), *DOCE*, C 63, 15.3.2003.

de éstas estaría la adopción de un nuevo instrumento comunitario de carácter opcional, facultativo o dispositivo para las partes que comprendería disposiciones sobre las cuestiones generales de Derecho contractual y sobre determinadas cuestiones específicas. Esto es: un instrumento susceptible de ser elegido por las partes como ley aplicable a sus contratos¹²⁸ que incorpore principios y reglas aplicables a los contratos sobre bienes y servicios en general (conclusión, validez, interpretación, ejecución e incumplimiento) y que se acomode a las necesidades económicas y jurídicas del mercado interior. Dicho instrumento tendría la virtud de mitigar algunos de los principales efectos negativos que la diversidad de leyes en presencia en el orden contractual genera en la Unión Europea a los operadores jurídicos¹²⁹. Bien entendido que los argumentos a favor o en contra de una armonización de este tipo reposan en las eventuales dificultades de funcionamiento del mercado interior y en un eventual aumento de los costes de las transacciones; y dicho debate reproduce el generado con la redacción de un Código europeo de contratos, sobre todo desde la perspectiva de las competencias codificadoras de la UE. No en vano cualquier armonización en este sentido ha de tener en cuenta al principio de subsidiariedad (art. 5 TCE): se trata de hallar un equilibrio entre ambas nociones para armonizar el Derecho únicamente en los casos en que la propia subsidiariedad puede implicar una injusticia. Por eso el legislador comunitario debe plantearse necesidad de la armonización en este sector y el alcance de tal cometido con un respaldo firme en los objetivos comunitarios una vez verificada la imposibilidad de que los Estados miembros los obtengan individualmente¹³⁰.

Indiscutiblemente la tarea ofrece una extraordinaria complejidad pues es menester una labor previa de compilación y de elaboración de bases de datos de la legislación y la jurisprudencia nacionales relativas al Derecho contractual. Por eso no es de extrañar que los intentos de codificación global queden postergados en beneficio de la “sectorialización” atendiendo a las materias más involucradas: los contratos de consumo y los contratos de seguro, por precisar un elevado grado de protección de los consumidores y la inclusión de las disposiciones obligatorias a las que obliga el mercado interior.

30. Cualquier resultado que se obtenga en tal sentido supondría una seria alternativa a la *lex mercatoria* en su formulación tradicional, aunque tendría la

¹²⁸ D. Staudenmayer, “The Commission Action Plan on European Contract Law”, *European Review of Private Law*, 2003,2, p. 127.

¹²⁹ Vid. esta cuestión ampliamente desarrollada en N. Bouza Vidal, “La elección conflictual de una normativa no estatal sobre contratos internacionales desde una perspectiva europea (Consideraciones sobre el Plan de Acción de la Comisión de febrero de 2003)”, *Paces Artis. Obra homenaje al profesor J.D. González Campos*, t. II, Madrid, Eurolex, 2005 (en prensa).

¹³⁰ Vid. sobre el particular M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, “Estado de origen vs. estado de destino: las diferentes lógicas del Derecho internacional privado”, *Paces Artis. Obra homenaje al profesor J.D. González Campos*, t. II, Madrid, Eurolex, 2005 (en prensa).

virtud de incorporar su contenido esencial desde una perspectiva codificadora. El Derecho comunitario, a diferencia de la *lex mercatoria*, es un Derecho coexistente con los Derechos de los Estados miembros; pero también es un ordenamiento jurídico de carácter incompleto y no puede desconocerse que las partes si se deciden a remitirse a un instrumento europeo en materia contractual siempre realizarían una elección parcial de la *lex contractus*. Por esta razón el juez seguiría teniendo un papel relevante en la determinación del Derecho estatal aplicable a las cuestiones no contempladas expresamente por el referido instrumento comunitario. Se trata de una materia que no es nueva, pues existe abundante práctica arbitral donde, al margen de las previsiones del Convenio de Roma, las partes se refieren expresamente al Derecho comunitario¹³¹, a un acto comunitario, sin aludir a una ley concreta de un Estado miembro, reservándose la función de establecer la equivalencia de las legislaciones en presencia a los árbitros¹³². De aprobarse una iniciativa del tipo del instrumento opcional, en caso de conflicto correspondería al juez rechazar o admitir, por ejemplo, la acción de una norma imperativa de una ley nacional respecto a la *lex contractus*.

Mas por el momento, no parece que esta opción goce de gran predicamento como han puesto de relieve los sectores involucrados que han sido objeto de consulta¹³³. Bien entendido que un instrumento opcional, de carácter global o sectorial, deberá respetar, en todo caso, la libertad contractual coexistiendo con las Derechos nacionales en vigor. De esta suerte las partes podrían elegir el instrumento europeo como Derecho aplicable al contrato con el mismo título que si fuera un Derecho nacional aplicable en virtud de las normas de DIPr. No obstante, la elección de un Derecho comunitario uniforme contenida en un instrumento europeo no relevaría al juez de indagar, la *lex contractus* aplicable y esta combinación normativa no dejará de suscitar dificultades. Asimismo, la existencia de un instrumento europeo deja abiertas una serie de incertidumbres sobre todo en función de la existencia de la Convención de Viena de 1980 sobre venta internacional de mercancías a la que están incorporados la mayor parte de los países de la UE. En todo caso, la determinación de si el instrumento opcional puede ser elegido por las partes en un contrato se vincula al problema general de la designación de las “normas de Derecho” y se inserta en el actual proceso de moderni-

¹³¹ J.J. Burst, “L’arbitrage dans ses rapports avec les Communautés européennes”, *Rev. arb.*, 1979, pp. 105-115; W. Brown, “Commercial Arbitration and European Economic Community”, *Journal International Arbitration*, 1985, pp. 21-44.

¹³² S TJCE de 23 de marzo de 1982, asunto 102/81: “Nordsee”, *Rec.* 1982, pp. 1108-1112; X. de Mello, “Arbitrage et droit communautaire”, *Rev. arb.*, 1982, pp. 349-403.

¹³³ N. Reich, “Critical Comments on the Commission Communication ‘On European Contract Law’”, *An Academic Green Paper on European Contract Law* (S. Grundmann y J. Jules Stuyck, eds.), La Haya, Kluwer, 2002, pp. 283-291; B. Campuzano Díaz, “El plan de acción para un Derecho contractual europeo más coherente”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IV, 2004, pp. 289-309; J.C. Fernández Rozas, “El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho privado de la Unión Europea”, *Obra homenaje al profesor D. Operti Badán* (en prensa).

zación y eventual comunitarización en instrumento comunitario del Convenio de Roma de 1980¹³⁴.

4. Hacia una nueva redacción del art. 3 del Convenio de Roma

31. Todas las iniciativas descritas hasta aquí conducen a rechazar la lectura tradicional del art. 3 del Convenio de Roma y a propugnar su reforma de acuerdo a los nuevos tiempos. Frente a la posición tradicional que considera que los bloques normativos que estamos examinando todavía no constituyen un cuerpo de reglas jurídicas coherente y completo, otras opiniones propugnan, al contrario que la elección de normas no estatales puede constituir una elección de ley tal y como se contempla en el art. 3 del Convenio de Roma; y una de las razones alegadas en favor de una solución de este tipo es que no procede denegar esta práctica al juez ordinario cuando, en muchos Estados, se admite para los árbitros. El operador jurídico no puede ignorar la existencia nuevos conjuntos normativos de origen privado acomodados a las necesidades del comercio internacional y susceptibles de dar respuestas en ocasiones mucho más adecuadas a las que puede ofrecer la legislación contractual de un Estado concreto; y en otras ocasiones mucho más equilibradas a una determinada transacción que, de someterse a una ley estatal supondría un evidente desequilibrio entre las partes contratantes.

Ya hemos insistido en que la limitación contenida en dicho precepto al referirse a una “ley” deriva de la propia terminología que utiliza toda vez que su ámbito de aplicación se limita a las situaciones que impliquen un “conflicto de leyes” entendiéndose que tales leyes son exclusivamente estatales¹³⁵. A partir de esta lectura no les sería posible a las partes incorporar al contrato ni la *lex mercatoria* ni las normas contenidas en un eventual instrumento europeo de alcance general o sectorial¹³⁶. El interrogante gira, pues, en torno a la necesidad de modificar el referido art. 3 para dar entrada a los bloques normativos en principio excluidos. Además, desde la perspectiva del DIPr vigente, la introducción de un instrumento opcional comunitario en materia contractual abre otros interrogantes en torno a: las relaciones entre el instrumento opcional y el Convenio Roma de 1980 o futuro Reglamento comunitario¹³⁷; la exigencia de revisar el Conve-

¹³⁴ A.M. López Rodríguez, “The Revision of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations—A Crucial Role within the European Contract Law Project?”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 72, 2003, pp. 341-367 y, con carácter general, “Comments on the European Commission’s Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into Community Instrument and its Modernisation”, *Rebels Z*, vol. 68, 2004, pp. 1-118.

¹³⁵ Firmándose con ello la sentencia de muerte de la *lex mercatoria*: A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 11.

¹³⁶ Las abundantes referencias bibliográficas acerca de la polémica sustentada por esta postura radical se recogen en S. Sánchez Lorenzo, “La función de las técnicas conflictuales...”, *loc. cit.*

¹³⁷ El tránsito de Convenio a Reglamento ofrece interés por lo que implica de mayor coherencia de la política legislativa comunitaria en materia de DIPr, basada en la letra c) del art. 61

nio/Reglamento Roma I, en el sentido apuntado por la Comisión en la cuestión nº. 8 del Libro verde de enero de 2003; y la introducción de un DIPr de los contratos que tenga en cuenta las exigencias de la integración europea¹³⁸.

32. Como hemos puesto de manifiesto, hoy por hoy, una cierta interpretación del Convenio permite únicamente la elección de una ley estatal para regir el contrato y sería menester proceder a una sustancial modificación del mismo para permitir a las partes remitirse a las opciones que estamos examinando incluido el referido documento opcional. Los redactores del Convenio, cayendo víctimas de la moda conflictual de la época, se basaron en un principio vago (aplicación del Derecho del Estado con el cual el contrato tiene “los vínculos más estrechos”), lo cual no cuenta con una aceptación generalizada. Por tanto la balanza se inclinó a favor de la conveniencia de trasladar al juez la tarea de localizar, a falta de elección de las partes, el ordenamiento jurídico estrechamente vinculado con el contrato, permitiéndole resolver, caso a caso, la cuestión de la ley aplicable¹³⁹.

La cuestión no es, con mucho, pacífica¹⁴⁰. La denominada “Comisión Lando” y el “Grupo Hondius” son decididamente seguidores de una nueva redacción del precepto para permitir la inclusión de normas no estatales para regir el contrato incluyendo tanto la *lex mercatoria*, los principios Unidroit o el eventual

TCE. Supone, asimismo, la atribución de una competencia de interpretación al Tribunal de Justicia en mejores condiciones que hasta la fecha; y ello sin olvidar la eventual flexibilidad en la aplicación de normas de conflicto uniformadas en los nuevos Estados miembros.

¹³⁸ Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización. Bruselas, 14.1.2003, COM(2002) 654 final.

¹³⁹ Resulta ilustrativo el coloquio presidido por Julio González Campos que tuvo lugar en el C.E.S.S.J. “Ramón Carande en 1993. La lectura de las Actas no sólo muestra el enfrentamiento entre dos posiciones encontradas: la europea, representada por el profesor Paul Lagarde y la de F Juenger que quedó reflejada parcialmente en la Convención de México de 1994. La lectura del siguiente pasaje es sumamente expresiva: “F.K. Juenger (Universidad de California, Davis). En cuanto a la Unión Europea, es poco progresista la Convención de Roma, aunque sea obra del colega Lagarde. Como dijo, ya hace muchas décadas, el gran jurista uruguayo Quintín Alfonsín: “el comercio internacional de nuestros días desdeña la aparente protección que le ofrecen las legislaciones, unificadas o no”. Entonces, la verdad es que debido al arbitraje y a los modelos de contratos, sin duda existe ya una nueva *lex mercatoria*. Lamentablemente, el Convenio de Roma, aunque no prohíbe, tampoco sanciona la elección de la *lex mercatoria*. Es uno de los muchos defectos de este Convenio, ojalá que nosotros no copiemos este Convenio en la CIDIP. El otro defecto es la “prestación característica”, concebida, como decía Jessurun D'Oliveira, para la protección de los hoteleros y los fabricantes de relojes de cucú suizos. Como este concepto no tiene valor, no vamos a copiarlo, sino que buscaremos una solución más sana en nuestro continente” (Cf. *Principios, objetivos y métodos del Derecho internacional privado. Balance y perspectivas de una década*, Madrid, Eurolex, 1995, p. 63).

¹⁴⁰ Gran parte de las posiciones que se recogen en el presente estudio están extraídas de las respuestas a la cuestión 8ª del Libro Verde de la Comisión de enero de 2003, y se recogen en http://europe.eu.int/comm/justice_home/new/consulting-public/rome_i.

instrumento europeo¹⁴¹; siendo secundado por los gobiernos de los Países Bajos y de la República Checa (con referencias expresas a la admisión de la *lex mercatoria*). Esta es también la línea seguida no sólo por el Unidroit, lo que es totalmente comprensible, sino por prestigiosas instituciones científicas como el Max Planck Institute¹⁴², en cuya propuesta de nueva redacción del art. 3 del Convenio de Roma se establece que las partes pueden elegir como ley aplicable a) la ley de un Estado determinado; b) un convenio internacional o c) los principios generales del Derecho tales como los principios Unidroit o los PECL; referencia a convenios internacionales y a principios generales del Derecho que se recoge, asimismo, en la propuesta de modificación del Grupo Nórdico de DIPr. Ni que decir tiene que esta posición es respaldada con calor por la denominada sociedad internacional de comerciantes a cuyo frente se sitúa la Cámara Internacional de Comercio¹⁴³, aunque, curiosamente, no se registra una completa unanimidad sobre todo cuando se trata de contratos bancarios¹⁴⁴ o de contratos que vinculan a pequeñas y medianas empresas¹⁴⁵. Por el contrario, el denominado “Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado”, pese a ciertas inflexiones, es partidario en principio de no modificar el precepto¹⁴⁶ y en la misma dirección se sitúa-

¹⁴¹ O. Lando y C. von Bar, *Communication on European Contract Law. Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code*, http://www.sgecc.net/media/download/stellungnahme_kommission_5_final1.pdf, pp. 36-37 (nº 70-72).

¹⁴² Grupo de Trabajo Roma I, coordinado por el profesor J. Basedow.

¹⁴³ ICC, Doc. 373-33/8, 3 octubre 2003.

¹⁴⁴ Por razones de seguridad jurídica, de acuerdo con la *London Investment Banking Association* (15 septiembre 2003) o integrando la *lex mercatoria* exclusivamente la “autonomía material”. Vid. las observaciones de la *Fédération Bancaire Française*, de 5 de septiembre de 2003.

¹⁴⁵ Por ejemplo la Cámara de Comercio e Industria de París entiende que en una futura reforma del art. 3 del Convenio de Roma la referencia a la ley debe entenderse con carácter *strictu sensu* en favor de las PYMES que no cuentan, a juicio de la entidad, con asesores jurídicos expertos en comercio internacional. De esta suerte el ámbito de la *lex mercatoria* debería quedar reducido al arbitraje. Vid. Rapport de G. Pallaruelo, adoptado el 3 de julio de 2003, *La loi applicable au contrat: vers une communitarisation et une modernisation de la Convention de Rome de 1980*, París, Chambre de Commerce et d’Industrie de París, pp. 12-14.

¹⁴⁶ En la Doudécima reunión del Grupo (París 20-22 de septiembre de 2002), se encargó el estudio de esta cuestión a un “Subgrupo” *ad hoc* que no ha conseguido resultados espectaculares (5 <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-reunions-12t.html>; nota de J.D. González Campos y A. Borrás, *REDI*, vol. LIV, 2002, pp. 1066-1067). El subgrupo propuso en un primer momento una solución favorable a la admisión de reglas no estatales aunque pero no llegó a adoptar a una posición unánime. Después de haber llamado la atención de que la doctrina mayoritaria asimila la elección de normas no estatales (*lex mercatoria*, principios Unidroit, principios de Derecho europeo de los contratos, ley estatal surgida de una cláusula de estabilización que excluye las modificaciones de esta ley posterior a la conclusión del contrato...), a una simple elección de Derecho material, dependiente desde entonces de la ley aplicable, el subgrupo vaciló, especialmente con motivo de la incidencia sobre el arbitraje, acerca de la necesidad de incluir esta materia, decidiéndose por agregar después de la primera frase del párrafo primero, la siguiente precisión: “*La portée du choix d’un corps de règles non étatiques ou d’une loi étatique stabilisée au jour du contrat est déterminée par la loi étatique objectivement applicable au contrat*”. Vid. M. Fallon, “Proposition de modification de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Rev. belge. dr. int.*, vol. 33, 2000, pp. 640-648.

an ciertos Gobiernos de los Estados miembros como Finlandia o el Reino Unido¹⁴⁷.

VI. Superación de la concepción estatal en la regulación de los contratos transnacionales

1. Planteamientos dogmáticos

33. En orden a su valor normativo, existe un serio intento doctrinal de consolidar esa “amalgama de ‘reglas del juego’ y de ‘fuentes materiales’ en la línea de un verdadero ‘ordenamiento supraestatal’ basado en su ‘autijuricidad’ frente a los ordenamientos nacionales”¹⁴⁸ llegando a considerar que la nueva *lex mercatoria* es un Derecho de jaez típicamente consuetudinario, como lo era la vieja *lex mercatoria* de los comerciantes de la Edad Media¹⁴⁹: la *lex mercatoria*, Derecho a-nacional o tercer Derecho¹⁵⁰. Desde esta perspectiva el examen parte de una consideración menos pragmática y más teórica que pone en acento en que las necesidades del comercio internacional exigen la aplicación de un ordenamiento neutral. Ello se evidencia en los procesos de reproducción y de estandarización en virtud de los cuales las cláusulas de los contratos internacionales más importantes, cuidadosamente redactadas para evitar cualquier vinculación con los Derechos nacionales, que sirven de modelo para las grandes categorías que presiden la contratación internacional. Y es a partir de este examen empírico cuando surgen, según esta posición, una multitud de normas de carácter anacional; lo que lleva a justificar la legitimidad de la *lex mercatoria* como Derecho objetivo cuyo reconocimiento por parte de los Estados no sólo no plantea inconvenientes sino que es algo aconsejable para que éstos puedan ejercitar el oportuno control en beneficio de la justicia entre las partes¹⁵¹.

¹⁴⁷ Resulta significativa la respuesta del Gobierno británico a esta cuestión: “*In the view of the UK Government the parties should only be able to choose a national body of law. Permitting parties to choose an international convention to govern their contract would give rise to undesirable uncertainty and ambiguity. Such agreements do not generally contain the necessary supplementary rules covering matters such as the formal validity of the contract, the burden of proof, the consequences of breach, the heads of damage recoverable and limitation. There should not be uncertainty about which law should govern important matters of this kind. Allowing the parties to choose general principles of law would create even greater uncertainty. If the parties want to select such an option for the resolution of their dispute, then they should choose arbitration rather than seek a judicial decision*”.

¹⁴⁸ Cf. M. Virgós Soriano, voz “*Lex mercatoria*”, *EJC*, t. III, p. 3992.

¹⁴⁹ H. Berman y F. Dasser; “The ‘New’ Law Merchant and the ‘Old’: Sources, Content, and Legitimacy”, *Lex Mercatoria and Arbitration* (E. Carbonneau, dir.), Dobb Ferry, New York, Juris Publ.-Kluwer, 1990, pp. 53-70.

¹⁵⁰ A. Pellet, “La *lex mercatoria* ‘tiers ordre juridique’?. Remarques ingénues d’un internationalista de droit public”, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn*, París, Litec, 2000, pp. 53-74.

¹⁵¹ *Vid.*, por todos, la tesis de habilitación de U. Stein, *Lex mercatoria: Realität und Theorie*,

Los defensores de este pensamiento se apoyan en distintas construcciones. Una de ellas, que descansa en la concepción de “ordenamiento jurídico” que formulara S. Romano¹⁵², excluye el elemento de coercibilidad, propio de la noción de ordenamiento jurídico estatal como requisito consustancial del calificativo de jurídico. A partir de esta hábil construcción, es suficiente para admitir el carácter de *contrainte* que la ordenación de la conducta sea imperativa y susceptible de una sanción, lo que en el marco de la sociedad internacional de comerciantes podría ser el boicot¹⁵³. Estaríamos pues ante un ordenamiento elaborado y aplicado por particulares y no solamente con una finalidad dispositiva, sino también sancionadora, al margen del Derecho estatal¹⁵⁴; dicho ordenamiento en vez de sustentarse en la voluntad del legislador nacional lo hace en una caudalosa fuente de materiales conceptuales de carácter jurídico y extra-jurídico: costumbres comerciales internacionales, prácticas comerciales generadas a partir de las caóticas condiciones del mercado mundial, o más bien en las prácticas dictadas por los intereses económicos dominantes y los conflictos se resuelven por la vía de arbitrajes¹⁵⁵. Esta idea ha propiciado la referencia a la inmunidad legislativa de ciertos contratos “multinacionales” conectados con diversos Estados, pero nunca lo suficiente como para justificar aplicación de un Estado determinado.

34. Y junto a este planteamiento existe otro cada vez más extendido que rechaza la explicación positivista que no admite la *lex mercatoria*, calificándolo de puramente dogmático y centrado en la posición contraria de los tribunales estatales para admitir este tipo de normas. La situación es bien distinta, según esta posición, cuando intervienen los árbitros, que son los que resuelven el mayor número de contenciosos en el comercio internacional. La legitimidad de esta concepción¹⁵⁶ se vincula a, a juicio de S. Sánchez Lorenzo, “una concepción neoliberal no exenta de ribetes postmodernistas, tanto por lo que tiene de negación de la fórmula estatal como expresión de la razón totalizadora, como de llamada a fórmulas de interpretación jurídica más imaginativas y fantasiosas”, aprovechando para fustigar a quienes defienden su “pureza doctrinal” amparados

Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1995.

¹⁵² S. Romano, *El ordenamiento jurídico*, Madrid, 1963, pp. 139-140.

¹⁵³ B. Oppetit, “La notion de source du droit et le droit du commerce international”, *Archiv. Phil. droit*, 1982, p. 45; F. Rigaux, “Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général du droit international privé”, *R. des C.*, t. 213, 1989, pp. 45 ss y 68 ss.

¹⁵⁴ Vid. W. Wengler, “Immunité législative des contrats internationaux”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1971, pp. 637 ss.

¹⁵⁵ H. de Vries, “Le caractère normatif des pratiques commerciales internationales”, *Homage à Frederic Eisemann*, París, ICC Services SARL, 1978, pp. 151-125; R. Goode, “Usage and its Reception in Transnational Law”, *ICLQ*, vol. 46, 1997, pp. 32-35.

¹⁵⁶ Cf. B. Oppetit, “Le droit international privé, droit savant”, *R. des C.*, t. 234, 1992, p. 393-401.

exclusivamente en la defensa de intereses económicos muy particulares¹⁵⁷. Con independencia que este autor haya matizado su posición en trabajos más recientes no cabe duda que tras la alabanza a las supuestas bondades de la *lex mercatoria* puede esconderse una labor de *marketing* por parte de los operadores jurídicos dedicados a la solución de conflictos en este ámbito que es justo que se denuncie en sede científica por la posibilidad de desvirtuar la realidad de las cosas. Esta es, en nuestra opinión, la clave con la que deben valorarse toda una serie de construcciones pseudo-doctrinales que no buscan otra cosa que la presencia en el mercado de la solución de controversias mercantiles internacionales. Pero la inconsistencia de argumentos de este tipo no pueden desvirtuar la tesis que estamos manteniendo.

35. Por descontado, detrás de la concepción estatal en la regulación de los contratos subyace una determinada concepción de la inclusión de las normas jurídicas dentro de un “código”. Esta concepción reposa no sólo en la inercia de una tradición jurídica, sino, sobre todo, obedece a una determinada percepción que está en la base de la cultura científica europeo continental. De esta suerte, el ideal de Código quedaría conformado por la formulación de un conjunto de normas con vocación de resolver en su integridad todos los problemas que pudiesen presentarse en un concreto sector del ordenamiento jurídico. Mas este enfoque, basado en normas concretas y determinadas para cada caso, no puede en modo alguno desmerecer la labor realizada al otro lado del Atlántico que tanta repercusión ha tenido en las modernas actividades de la unificación jurídica internacional y, en particular, en la elaboración de los Principios de Unidroit sobre contratos. El éxito del *Restatement of Contracts*, que corresponde a la mayor de las economías mundiales, su proyección a su entorno jurídico más inmediato como es Canadá, su adaptación más acertada a las necesidades de los comerciantes y su enfoque eminentemente contractualista, ponen de relieve que la moderna codificación mercantil debe mirar a ese instrumento en vez de limitarse a recopilar materias especialmente dispersas. No en vano se ha dicho de este instrumento que es una de las aportaciones más importantes del Derecho mercantil del siglo XX¹⁵⁸.

36. Las posiciones que limitan el ámbito de la *lex mercatoria* a la autonomía material, fueron formuladas en un periodo histórico muy concreto, los años setenta y principios de los ochenta del pasado siglo, cohetáneo al debate acerca de la virtualidad de la *lex mercatoria* y en un momento en que esta última permanecía en una cierta nebulosa y aún no se habían producido hechos tan

¹⁵⁷ Cf. S. Sánchez Lorenzo, “Postmodernismo y Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. XLVI, 1994, p. 573.

¹⁵⁸ C.M. Shmitthoff, *Commercial Law in Changing Economic Climate*, 2ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1981, p. 13.

transcendentales como la apartición de los principios del Unidroit en materia de contratos internacionales. La defensa de la consecuencia jurídica de la autonomía conflictual referida la ley de un Estado efectuada en este periodo recuerda los planteamientos contrarios a la propia inclusión de la autonomía de la voluntad en el sector contractual, o las construcciones adversas al arbitraje propias de etapas anteriores, que en España tuvieron al profesor F. de Castro como máximo exponente y que apuntaban a la presencia de oscuros intereses en la defensa de estos postulados¹⁵⁹. Por eso, y sin necesidad acudir al análisis exegético del propio Convenio de Roma de 1980 o de sus trabajos preparatorios, si en la actualidad no puede negarse la posibilidad de afirmar el papel de la *lex mercatoria* en tanto que parte de la *lex contractus*, también cabe dar un paso adelante. Hoy tampoco puede negarse, como afirma S. Sánchez Lorenzo, “siquiera sea *de lege ferenda*, la posibilidad de una elección directa de la *lex mercatoria* como ley aplicable al contrato. La referencia al Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías en aquellos Estados que no son parte, o la sujeción a los Principios Unidroit o a los Principios de Derecho Contractual Europeo, serán prácticas comerciales cada vez más habituales”¹⁶⁰. Es discutible en qué medida determinadas prácticas comerciales internacionales no acabarán integrándose en los distintos ordenamientos nacionales y aunque es posible que los tribunales europeos no vayan a interpretar el Convenio de Roma de una forma tan restrictiva, lo cierto es que esta limitación es comúnmente admitida por la doctrina europea. No extraña, por tanto, que en el propio preámbulo de los Principios Unidroit se advierta que “cuando las partes deseen adoptar los Principios como el Derecho aplicable a su contrato, es aconsejable combinar la adopción de los Principios con un acuerdo de arbitraje”.

2. Irrelevancia de la admisión de la autonomía conflictual mercatoria

37. La autonomía conflictual mercatoria, o posibilidad de designar como *lex contractus* un régimen como el de los Principios Unidroit, o de los Principios de Derecho contractual europeo, carece intrínsecamente de relevancia. En la contratación internacional la delimitación del ámbito de la autonomía material debe realizarse exclusivamente a través del juego de las normas imperativas,

¹⁵⁹ F. de Castro, “El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*”, *ADC*, 1979, pp. 619 ss.

¹⁶⁰ S. Sánchez Lorenzo, “La unificación jurídica europea y el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *La unificación jurídica europea (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP)*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 150-151; K.P. Berger, “The *Lex Mercatoria* Doctrine and the Unidroit Principles of International Commercial Contract”, *Law and Policy in International Business*, vol. 28, 1997, pp. 943-990; *id.*, “The Relationship between the Unidroit Principles of International Contracts and the New *Lex Mercatoria*”, *Unif. L. Rev.*, vol. 5, 2000, pp. 153-170.

tanto de la *lex causae* como de la ley del foro o de terceros Estados¹⁶¹. Esto implica una superación entre la tradicional divisoria entre autonomía material o conflictual incluso aunque se admita la posibilidad de que las partes designen como *lex contractus* un ordenamiento no estatal¹⁶². Y ello con independencia de que sea factible una referencia, subjetiva u objetiva, a un Derecho estatal como sistema residual de cierre o de cobertura de lagunas de la reglamentación no estatal. Una referencia que quedará limitada, en todo caso, por la acción de las normas materiales imperativas de alcance internacional. Como hemos puesto de relieve, la autonomía conflictual mercatoria va siendo objeto de una aceptación progresiva en la codificación internacional e interna, como evidencia el art. 9.2º de la Convención Interamericana sobre la ley aplicable a los contratos internacionales de México de 17 de marzo de 1994. La remisión que este precepto efectúa ofrece consecuencias que se engloban en la tesis antes apuntada y, como pusiera de relieve su inspirador principal, tiene el mérito de combinar los mecanismos tradicionales del *proper law* con una aproximación a las normas materiales¹⁶³.

38. Además, el Convenio de Roma aunque no prohíbe tampoco sanciona la elección de la *lex mercatoria*¹⁶⁴. Desde esta perspectiva la función de la *lex mercatoria* quedaría seriamente limitada, pues únicamente existiría en la medida en que un determinado ordenamiento estatal la incorpore¹⁶⁵.

Tanto el art. 3 del Convenio de Roma, como los arts. 7 y 8 de la Convención de México de 1994 sobre ley aplicable a los contratos internacionales, se centran en una óptica sustantivista o material que, como ha puesto de relieve con acierto M. Ancel, da prioridad al contenido de la ley sobre su autoridad pero que no impiden otras opciones. En su opinión, dichas normas permiten los contratantes la designación de una ley sin ningún vínculo objetivo con la relación contractual y en la práctica actual a nadie sorprende que las partes designen por el único motivo de que su contenido se acomode a la solución que desean dar a sus intereses desde un punto de vista material; por otra parte, estos instrumentos admiten la combinación (*panachage*) de varias leyes o el *dépeçage* del contrato entre varias leyes que pueden aplicar los contratantes a su antojo utilizando las soluciones que estimen mejor acomodadas a sus intereses; por último, las partes

¹⁶¹ S. Sánchez Lorenzo, "La función de las técnicas conflictuales...", *loc. cit.*

¹⁶² P.A. de Miguel Asensio, "Armonización normativa...", *loc. cit.*, pp. 872-878.

¹⁶³ F.K. Juenger, "The Inter-American Convention...", *loc. cit.*, p. 391. *Vid.*, asimismo, 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. 102-104.

¹⁶⁴ F.K. Juenger, intervención en el coloquio de 4 de junio de 1993, *Principios, objetivos y métodos del Derecho internacional privado. Balance y perspectivas de una década*, Madrid, 1995, p. 63.

¹⁶⁵ M. Virgós Soriano, en J.D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 5ª ed. rev., Madrid, 1993, pp. 217-221.

tienen la facultad de modificar la ley aplicable desde el momento en que consideren que su relación contractual se desarrollará de forma más conforme a sus deseos si se acomoda a una legislación diferente y a partir de ese momento. Si de estas tres circunstancias, entre otras que pudieran señalarse, se deduce que las partes gozan en el marco de la autonomía conflictual de unas facultades omnimodas a la hora de regular materialmente el contrato; si no están obligadas a respetar la integridad de las leyes estatales; si hacen lo que quieren a tenor de lo que ordenan sus intereses sustancialmente acordados en el contrato, “no se entiende por qué una libertad que puede llegar a transformar las leyes estatales en simples catálogos de recetas susceptibles de combinarse, en simples modelos a seguir, que pueden ser adaptados y recortados, no llegaría a permitir darse una reglamentación contractual por referencia a la *lex mercatoria* o, más simplemente, adoptar los Principios Unidroit, o acordar la aplicación del Convenio de Viena a un contrato no sujeto a su ámbito de aplicación”¹⁶⁶. Con ello el edificio normativo del DIPr adquiere una nueva fisonomía al incorporar una nueva planta y aporta en elemento esencial en la mitología jurídica de la época en que nos ha correspondido vivir.

¹⁶⁶ B. Ancel, “Autonomía conflictual y Derecho material...”, *loc. cit.*, pp. 43-44.

