

PRIVADO - ALL
20/5/15

PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS
COMERCIALES INTERNACIONALES 2010

PREAMBULO

(Propósito de los Principios)

Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.

Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos (*).

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la "lex mercatoria" o expresiones semejantes.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.

Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.

Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

CAPÍTULO I — DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1.1

(Libertad de contratación)

Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido.

ARTÍCULO 1.2

(Libertad de forma)

Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos.

(*) Las partes que deseen aplicar a su contrato los Principios pueden usar la siguiente cláusula, con la adición de eventuales excepciones o modificaciones:

"El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2010) [excepto en lo que respecta a los Artículos ...]."

Si las partes desearan aplicar también la aplicación de un derecho nacional en particular, pueden recurrir a la siguiente fórmula:

"El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2010) [excepto en lo que respecta a los Artículos ...], integrados cuando sea necesario por el derecho [del Estado "X"]."

ARTÍCULO 1.3

(Carácter vinculante de los contratos)

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios.

ARTÍCULO 1.4

(Normas de carácter imperativo)

Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.

ARTÍCULO 1.5

(Exclusión o modificación de los Principios por las partes)

Las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente.

ARTÍCULO 1.6

(Interpretación e integración de los Principios)

(1) En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

(2) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo posible según sus principios generales subyacentes.

ARTÍCULO 1.7

(Buena fe y lealtad negocial)

(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

(2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.

ARTÍCULO 1.8

(Comportamiento contradictorio. Venire contra factum proprium)

Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja.

ARTÍCULO 1.9

(Usos y prácticas)

(1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.

(2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.

ARTÍCULO 1.10

(Notificación)

(1) Cuando sea necesaria una notificación, ésta se hará por cualquier medio apropiado según las circunstancias.

(2) La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida.

(3) A los fines del párrafo anterior, se considera que una notificación "llega" al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal.

(4) A los fines de este artículo, la palabra "notificación" incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención.

ARTÍCULO 1.11

(Definiciones)

A los fines de estos Principios:

- "tribunal" incluye un tribunal arbitral;
- si una de las partes tiene más de un "establecimiento," su "establecimiento" será el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previsas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración;
- "deudor" o "deudora" es la parte a quien compete cumplir una obligación, y "acreedor" o "acreedora" es el titular del derecho a reclamar su cumplimiento;
- "escrito" incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible.

ARTÍCULO 1.12

(Modo de contar los plazos fijados por las partes)

(1) Los días feriados oficiales o no laborables que caigan dentro de un plazo fijado por las partes para el cumplimiento de un acto quedarán incluidos a los efectos de calcular dicho plazo.

(2) En todo caso, si el plazo expira en un día que se considera feriado oficial o no laborable en el lugar donde se encuentra el establecimiento de la parte que debe cumplir un acto, el plazo queda prorrogado hasta el día hábil siguiente, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

(3) El uso horario es el del lugar del establecimiento de la parte que fija el plazo, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

CAPÍTULO 2 -- FORMACIÓN Y APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

SECCIÓN 1: FORMACIÓN

ARTÍCULO 2.1.1

(Modo de perfección)

El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo.

ARTÍCULO 2.1.2

(Definición de la oferta)

Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

ARTÍCULO 2.1.3

(Retiro de la oferta)

- (1) La oferta surte efectos cuando llega al destinatario.
- (2) Cualquier oferta, aun cuando sea irrevocable, puede ser retirada si la notificación de su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.

ARTÍCULO 2.1.4

(Revocación de la oferta)

- (1) La oferta puede ser revocada hasta que se perfecciona el contrato, si la revocación llega al destinatario antes de que éste haya enviado la aceptación.
- (2) Sin embargo, la oferta no podrá revocarse:
 - (a) si en ella se indica, al señalar un plazo fijo para la aceptación o de otro modo, que es irrevocable, o
 - (b) si el destinatario pudo razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y haya actuado en consonancia con dicha oferta.

ARTÍCULO 2.1.5

(Rechazo de la oferta)

La oferta se extingue cuando la notificación de su rechazo llega al oferente.

ARTÍCULO 2.1.6

(Modo de aceptación)

- (1) Constituye aceptación toda declaración o cualquier otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación.
- (2) La aceptación de la oferta surte efectos cuando la indicación de asentimiento llega al oferente.
- (3) No obstante, si en virtud de la oferta, o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto sin modificación al oferente, la aceptación surte efectos cuando se ejecute dicho acto.

ARTÍCULO 2.1.7

(Plazo para la aceptación)

La oferta debe ser aceptada dentro del plazo fijado por el oferente o, si no se hubiere fijado plazo, dentro del que sea razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, incluso la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. Una oferta verbal debe aceptarse inmediatamente, a menos que de las circunstancias resulte otra cosa.

ARTÍCULO 2.1.8

(Aceptación dentro de un plazo fijo)

El plazo de aceptación fijado por el oferente comienza a correr desde el momento de expedición de la oferta. A menos que las circunstancias indiquen otra cosa, se presume que la fecha que indica la oferta es la de expedición.

ARTÍCULO 2.1.9

(Aceptación tardía. Demora en la transmisión)

- (1) No obstante, la aceptación tardía surtirá efectos como aceptación si el oferente, sin demora injustificada, informa de ello al destinatario o lo notifica en tal sentido.



(2) Si la comunicación que contenga una aceptación tardía indica que ha sido enviada en circunstancias tales que si su transmisión hubiera sido normal habría llegado oportunamente al oferente, la aceptación surtirá efecto a menos que, sin demora injustificada, el oferente informe al destinatario que su oferta ya había caducado.

ARTÍCULO 2.1.10
(Retiro de la aceptación)

La aceptación puede retirarse si su retiro llega al oferente antes o al mismo tiempo que la aceptación haya surtido efecto.

ARTÍCULO 2.1.11
(Aceptación modificada)

(1) La respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene adiciones, limitaciones u otras modificaciones, es un rechazo de la oferta y constituye una contraoferta.

(2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretende ser una aceptación, pero contiene términos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituye una aceptación a menos que el oferente, sin demora injustificada, objete tal discrepancia. De no haberlo así, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación.

ARTÍCULO 2.1.12
(Confirmación por escrito)

Si dentro de un plazo razonable con posterioridad al perfeccionamiento del contrato fuese enviado un escrito que pretenda constituirse en confirmación de aquél y contuviere términos adicionales o diferentes, éstos pasarán a integrar el contrato a menos que lo alteren sustancialmente o que el destinatario, sin demora injustificada, objete la discrepancia.

ARTÍCULO 2.1.13
(Perfeccionamiento del contrato condicionado al acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular)

Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insiste en que el contrato no se entenderá perfeccionado hasta lograr un acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular, el contrato no se considerará perfeccionado mientras no se llegue a ese acuerdo.

ARTÍCULO 2.1.14
(Contrato con términos "abiertos")

(1) Si las partes han tenido el propósito de celebrar un contrato, el hecho de que intencionalmente hayan dejado algún término sujeto a ulteriores negociaciones o a su determinación por un tercero no impedirá el perfeccionamiento del contrato.

(2) La existencia del contrato no se verá afectada por el hecho de que con posterioridad:

- (a) las partes no se pongan de acuerdo acerca de dicho término, o
- (b) el tercero no lo determine, siempre y cuando haya algún modo razonable para determinarlo, teniendo en cuenta las circunstancias y la común intención de las partes.

ARTÍCULO 2.1.15
(Negociaciones de mala fe)

(1) Las partes tienen plena libertad para negociar los términos de un contrato y no son responsables por el fracaso en alcanzar un acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte.

(3) En particular, se considera mala fe que una parte entre en o continúe negociaciones cuando al mismo tiempo tiene la intención de no llegar a un acuerdo.

ARTÍCULO 2.1.16
(Deber de confidencialidad)

Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.

ARTÍCULO 2.1.17
(Cláusulas de integración)

Un contrato escrito que contiene una cláusula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito.

ARTÍCULO 2.1.18
(Modificación en una forma en particular)

Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos.

ARTÍCULO 2.1.19
(Contratación con cláusulas estándar)

(1) Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los Artículos 2.1.20 al 2.1.22.

(2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte.

ARTÍCULO 2.1.20
(Cláusulas sorprendentes)

(1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente.

(2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.

ARTÍCULO 2.1.21
(Conflicto entre cláusulas estándar y no-estándar)

En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última.

ARTÍCULO 2.1.22
(Conflicto entre formularios)

Cuando ambas partes utilicen cláusulas estándar y lleguen a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean substancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente indique con antelación, o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no desea quedar obligada por dicho contrato.

SECCIÓN 2: APODERAMIENTO DE REPRESENTANTES

ARTÍCULO 2.2.1
(Ámbito de aplicación de esta Sección)

(1) Esta Sección regula la facultad de una persona ("el representante") para afectar las relaciones jurídicas de otra persona ("el representado") por o con respecto a un contrato con un tercero, ya sea que el representante actúe en su nombre o en el del representado.

(2) Esta Sección sólo regula las relaciones entre el representado o el representante, por un lado, y el tercero por el otro.

(3) Esta Sección no regula la facultad del representante conferida por la ley ni la facultad de un representante designado por una autoridad pública o judicial.

ARTÍCULO 2.2.2
(Constitución y alcance de la facultad del representante)

(1) El otorgamiento de facultades por el representado al representante puede ser expreso o tácito.

(2) El representante tiene facultad para realizar todos los actos necesarios, según las circunstancias, para lograr los objetivos por los que el apoderamiento fue conferido.

ARTÍCULO 2.2.3
(Representación aparente)

(1) Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan directamente las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero, sin generar relación jurídica alguna entre el representante y el tercero.

(2) Sin embargo, los actos del representante sólo afectan las relaciones entre el representante y el tercero, cuando con el consentimiento del representado, el representante asume la posición de parte contratante.

ARTÍCULO 2.2.4
(Representación oculta)

(1) Cuando un representante actúa en el ámbito de su representación y el tercero no sabía ni debiera haber sabido que el representante estaba actuando como tal, los actos del representante afectan solamente las relaciones entre el representante y el tercero.

(2) Sin embargo, cuando tal representante, al contratar con un tercero por cuenta de una empresa, se comporta como dueño de ella, el tercero, al descubrir la identidad del verdadero titular de la misma, podrá ejercitar también contra este último los acciones que tenga en contra del representante.

ARTÍCULO 2.2.5
(Representante actuando sin poder o excediéndolo)

(1) Cuando un representante actúa sin poder o lo excede, sus actos no afectan las relaciones jurídicas entre el representado y el tercero.

(2) Sin embargo, cuando el representado genera en el tercero la convicción razonable que el representante tiene facultad para actuar por cuenta del representado y que el representante está actuando en el ámbito de ese poder, el representado no puede invocar contra el tercero la falta de poder del representante.

ARTÍCULO 2.2.6
(Responsabilidad del representante sin poder o excediéndolo)

(1) Un representante que actúa sin poder o excediéndolo es responsable, a falta de ratificación por el representado, de la indemnización que coloque al tercero en la misma situación en que se hubiera encontrado si el representante hubiera actuado con poder y sin excederlo.

(2) Sin embargo, el representante no es responsable si el tercero sabía o debiera haber sabido que el representante no tenía poder o estaba excediéndolo.

ARTÍCULO 2.2.7
(Conflicto de intereses)

(1) Si un contrato celebrado por un representante lo involucra en un conflicto de intereses con el representado, del que el tercero sabía o debiera haber sabido, el representado puede anular el contrato. El derecho a la anulación se somete a los Artículos 3.2.9 y 3.2.11 a 3.2.15.

(2) Sin embargo, el representado no puede anular el contrato

(a) si ha consentido que el representante se involucre en el conflicto de intereses, o lo sabía o debiera haberlo sabido; o

(b) si el representante ha revelado el conflicto de intereses al representado y éste nada ha objetado en un plazo razonable.

ARTÍCULO 2.2.8
(Sub-representación)

Un representante tiene la facultad implícita para designar un sub-representante a fin de realizar actos que no cabe razonablemente esperar que el representante realice personalmente. Las disposiciones de esta Sección se aplican a la sub-representación.

ARTÍCULO 2.2.9
(Ratificación)

(1) Un acto por un representante que actúa sin poder o excediéndolo puede ser ratificado por el representado. Con la ratificación el acto produce iguales efectos que si hubiese sido realizado desde un comienzo con apoderamiento.

(2) El tercero puede, mediante notificación al representado, otorgarle un plazo razonable para la ratificación. Si el representado no ratifica el acto en ese plazo, no podrá hacerlo después.

(3) Si, al momento de actuar el representante, el tercero no sabía ni debiera haber sabido la falta de apoderamiento, éste puede, en cualquier momento previo a la

ratificación, notificarle al representado su rechazo a quedar vinculado por una ratificación.

ARTÍCULO 2.3.10
(Extinción del poder)

(1) La extinción del poder no es efectiva en relación a un tercero a menos que éste la conozca o debiera haberla conocido.

(2) No obstante la extinción de su poder, un representante continúa facultado para realizar aquellos actos que son necesarios para evitar un daño a los intereses del representado.

CAPÍTULO 3 — VALIDEZ

SECCIÓN 1: DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 3.1.1
(Cuestiones excluidas)

El presente Capítulo no se ocupa de la falta de capacidad de las partes.

ARTÍCULO 3.1.2
(Validez del mero acuerdo)

Todo contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional.

ARTÍCULO 3.1.3
(Imposibilidad inicial)

(1) No afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contratada.

(2) Tampoco afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato.

ARTÍCULO 3.1.4
(Carácter imperativo de estas disposiciones)

Las disposiciones de este Capítulo relativas al dolo, intimidación, excesiva desproporción e ilicitud son imperativas.

SECCIÓN 2: CAUSALES DE ANULACIÓN

ARTÍCULO 3.2.1
(Definición del error)

El error consiste en una concepción equivocada sobre los hechos o sobre el derecho existente al momento en que se celebró el contrato.

ARTÍCULO 3.2.2
(Error determinante)

(1) Una parte puede anular un contrato a causa de error si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas, y:

(a) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o lo debió haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial; o

(b) en el momento de anular el contrato, la otra parte no había actuado aún razonablemente de conformidad con el contrato.

(2) No obstante, una parte no puede anular un contrato si:

(a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o

(b) el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo.

ARTÍCULO 3.2.3
(Error en la expresión o en la transmisión)

Un error en la expresión o en la transmisión de una declaración es inputable a la persona de quien emitió dicha declaración.

ARTÍCULO 3.2.4
(Remedios por incumplimiento)

Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento.

ARTÍCULO 3.2.5
(Dolo)

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante maniobras dolosas de la otra parte, incluyendo palabras o prácticas, o cuando dicha parte omitió dolosamente revelar circunstancias que deberían haber sido reveladas conforme a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

ARTÍCULO 3.2.6
(Intimidación)

Una parte puede anular un contrato si fue inducida a celebrarlo mediante una amenaza injustificada de la otra parte, la cual, tomando en consideración las circunstancias del caso, fue tan inminente y grave como para dejar a la otra parte sin otra alternativa razonable. En particular, una amenaza es injustificada si la acción u omisión con la que el promitente fue amenazado es intrínsecamente incorrecta, o resultó incorrecto recurrir a dicha amenaza para obtener la celebración del contrato.

ARTÍCULO 3.2.7
(Excesiva desproporción)

(1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

(a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y

(b) la naturaleza y finalidad del contrato.

(2) A petición de la parte legítimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

(3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicará, por consiguiente, el párrafo (2) del Artículo 3.10.

ARTÍCULO 3.2.8
(Terceros)

(1) Cuando el dolo, la intimidación, excesiva desproporción o el error sean imputables o sean conocidos o deban ser conocidos por un tercero de cuyos actos es responsable la otra parte, el contrato puede anularse bajo las mismas condiciones que si dichas anomalías hubieran sido obra suya.

(2) Cuando el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción sean imputables a un tercero de cuyos actos no es responsable la otra parte, el contrato puede anularse si dicha parte conoció o debió conocer el dolo, la intimidación o la excesiva desproporción, o bien si en el momento de anularlo dicha parte no había actuado todavía razonablemente de conformidad con lo previsto en el contrato.

ARTÍCULO 3.2.9
(Confirmación)

La anulación del contrato queda excluida si la parte facultada para anularlo lo confirma de una manera expresa o tácita una vez que ha comenzado a correr el plazo para notificar la anulación.

ARTÍCULO 3.2.10
(Pérdida del derecho a anular el contrato)

(1) Si una de las partes se encuentra facultada para anular un contrato por causa de error, pero la otra declara su voluntad de cumplirlo o cumple el contrato en los términos en los que la parte facultada para anularlo lo entendió, el contrato se considerará perfeccionado en dichos términos. En tal caso, la parte interesada en cumplirlo deberá hacer tal declaración o cumplir el contrato inmediatamente de ser informada de la manera en que la parte facultada para anularlo lo ha entendido y antes de que ella proceda a obrar razonablemente de conformidad con la notificación de anulación.

(2) La facultad de anular el contrato se extingue a consecuencia de dicha declaración o cumplimiento, y cualquier otra notificación de anulación hecha con anterioridad no tendrá valor alguno.

ARTÍCULO 3.2.11
(Notificación de anulación)

El derecho a anular un contrato se ejerce cursando una notificación a la otra parte.

ARTÍCULO 3.2.12
(Plazos)

(1) La notificación de anular el contrato debe realizarse dentro de un plazo razonable, teniendo en cuenta las circunstancias, después de que la parte impugnante conoció o no podía ignorar los hechos o pudo obrar libremente.

(2) Cuando una cláusula del contrato pueda ser anulada en virtud del Artículo 3.2.7, el plazo para notificar la anulación empezará a correr a partir del momento en que dicha cláusula sea invocada por la otra parte.

ARTÍCULO 3.2.13
(Anulación parcial)

Si la causa de anulación afecta sólo a algunas cláusulas del contrato, los efectos de la anulación se limitarán a dichas cláusulas a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias, no sea razonable conservar el resto del contrato.

ARTÍCULO 3.2.14
(Efectos retroactivos)

La anulación tiene efectos retroactivos.

ARTÍCULO 3.2.15
(Restitución)

(1) En caso de anulación, cualquiera de las partes puede reclamar la restitución de lo entregado conforme al contrato o a la parte del contrato que haya sido anulada, siempre que dicha parte restituya al mismo tiempo lo que recibió en base al contrato o a la parte del contrato que fue anulada.

(2) Si no es posible o apropiada la restitución en especie, procederá una compensación en dinero, siempre que sea razonable.

(3) Quien recibió el beneficio del cumplimiento no está obligado a la compensación en dinero si la imposibilidad de la restitución en especie es imputable a la otra parte.

(4) Puede exigirse una compensación por los gastos que fueren razonablemente necesarios para proteger o conservar lo recibido.

ARTÍCULO 3.2.16
(Daños y perjuicios)

Independientemente de que el contrato sea o no anulado, la parte que conoció o debió haber conocido la causa de anulación se encuentra obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios causados, colocándose en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato.

ARTÍCULO 3.2.17
(Declaraciones unilaterales)

Las disposiciones de este Capítulo se aplicarán, con las modificaciones pertinentes, a toda comunicación de intención que una parte dirija a la otra.

SECCIÓN 3: ELICITUD

ARTÍCULO 3.3.1

(Contratos que violan normas de carácter imperativo)

(1) La violación de una norma de carácter imperativo que resulte aplicable en virtud del Artículo 1.4 de estos Principios, ya sea de origen nacional, internacional o supranacional, tendrá los efectos, en el supuesto que los tuviera, que dicha norma establezca expresamente.

(2) Si la norma de carácter imperativo no establece expresamente los efectos que su violación produce en el contrato, las partes podrán ejercitar aquellos remedios de naturaleza contractual que sean razonables atendiendo a las circunstancias.

(3) Al determinar lo que es razonable, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes criterios:

- (a) la finalidad de la norma violada;
- (b) la categoría de personas que la norma busca proteger;

- (c) cualquier sanción que imponga la norma violada;
- (d) la gravedad de la violación;
- (e) si la violación era conocida o debió haber sido conocida por una o ambas partes;
- (f) si el cumplimiento del contrato conlleva la violación; y
- (g) las expectativas razonables de las partes.

ARTÍCULO 3.3.2
(Restitución)

- (1) En el caso de haberse cumplido un contrato que viola una norma de carácter imperativo según el Artículo 3.3.1, podrá proceder la restitución siempre que dicha restitución sea razonable atendiendo a las circunstancias.
- (2) Para determinar lo que es razonable, se tendrán en cuenta los criterios a los que se refiere el Artículo 3.3.1 (3), con las adaptaciones necesarias.
- (3) Si se reconoce la restitución, se aplicarán las reglas del Artículo 3.2.15, con las adaptaciones necesarias.

CAPÍTULO 4 -- INTERPRETACIÓN

ARTÍCULO 4.1
(Intención de las partes)

- (1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes.
- (2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrán dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes.

ARTÍCULO 4.2
(Interpretación de declaraciones y otros actos)

- (1) Las declaraciones y otros actos de una parte se interpretarán conforme a la intención de esa parte, siempre que la otra parte la haya conocido o no la haya podido ignorar.
- (2) Si el párrafo precedente no es aplicable, tales declaraciones y actos deberán interpretarse conforme al significado que le hubiera atribuido en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

ARTÍCULO 4.3
(Circunstancias relevantes)

- Para la aplicación de los Artículos 4.1 y 4.2, deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluyendo:
- (a) las negociaciones previas entre las partes;
 - (b) las prácticas que ellas hayan establecido entre sí;
 - (c) los actos realizados por las partes con posterioridad a la celebración del contrato;
 - (d) la naturaleza y finalidad del contrato;
 - (e) el significado comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial; y
 - (f) los usos.

ARTÍCULO 4.4
(Interpretación sistemática del contrato)

Los términos y expresiones se interpretarán conforme a la totalidad del contrato o la declaración en la que aparezcan en su conjunto.

ARTÍCULO 4.5
(Interpretación dando efecto a todas las disposiciones)

Los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos.

ARTÍCULO 4.6
(Interpretación contra proferentem)

Si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.

ARTÍCULO 4.7
(Discrepancias lingüísticas)

Cuando un contrato es redactado en dos o más versiones de lenguaje, todas igualmente auténticas, prevalecerá, en caso de discrepancia entre tales versiones, la interpretación acorde con la versión en la que el contrato fue redactado originalmente.

ARTÍCULO 4.8
(Integración del contrato)

- (1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias.
- (2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes:
 - (a) la intención de las partes;
 - (b) la naturaleza y finalidad del contrato;
 - (c) la buena fe y la lealtad negocial;
 - (d) el sentido común.

CAPÍTULO 5 -- CONTENIDO, ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS Y OBLIGACIONES CONDICIONALES

SECCIÓN 1: CONTENIDO

ARTÍCULO 5.1.1
(Obligaciones expresas e implícitas)

Las obligaciones contractuales de las partes pueden ser expresas o implícitas.

ARTÍCULO 5.1.2
(Obligaciones implícitas)

- Las obligaciones implícitas pueden derivarse de:
- (a) la naturaleza y la finalidad del contrato;
 - (b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos;
 - (c) la buena fe y la lealtad negocial;
 - (d) el sentido común.

ARTÍCULO 5.1.3

(Cooperación entre las partes)

Cada una de las partes debe cooperar con la otra cuando dicha cooperación pueda ser razonablemente esperada para el cumplimiento de las obligaciones de esta última.

ARTÍCULO 5.1.4

(Obligación de resultado y obligación de emplear los mejores esfuerzos)

(1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.

(2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.

ARTÍCULO 5.1.5

(Determinación del tipo de obligación)

Para determinar en qué medida la obligación de una parte implica una obligación de emplear los mejores esfuerzos o de lograr un resultado específico, se tendrán en cuenta, entre otros factores:

- los términos en los que se describe la prestación en el contrato;
- el precio y otros términos del contrato;
- el grado de riesgo que suele estar involucrado en alcanzar el resultado esperado;
- la capacidad de la otra parte para influir en el cumplimiento de la obligación.

ARTÍCULO 5.1.6

(Determinación de la calidad de la prestación)

Cuando la calidad de la prestación no ha sido precisada en el contrato ni puede ser determinada en base a éste, el deudor debe una prestación de una calidad razonable y no inferior a la calidad media, según las circunstancias.

ARTÍCULO 5.1.7

(Determinación del precio)

(1) Cuando el contrato no fija el precio o carece de términos para determinarlo, se considera que las partes, salvo indicación en contrario, se refirieron al precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial o, si no puede establecerse el precio de esta manera, se entenderá que las partes se refirieron a un precio razonable.

(2) Cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario.

(3) Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y éste no puede o no quiere fijarlo, el precio será uno razonable.

(4) Cuando el precio ha de fijarse por referencia a factores que no existen o que han dejado de existir o de ser accesibles, se recurrirá como sustituto al factor equivalente más cercano.

ARTÍCULO 5.1.8

(Contrato de tiempo indefinido)

Cualquiera de las partes puede resolver un contrato de tiempo indefinido, notificándolo con razonable anticipación.

ARTÍCULO 5.1.9

(Renuncia por acuerdo de partes)

(1) Un acreedor puede renunciar a su derecho mediante un acuerdo con el deudor.

(2) La oferta de renunciar a título gratuito a un derecho se presume aceptada si el deudor no la rechaza inmediatamente después de conocerla.

SECCIÓN 2: ESTIPULACIÓN A FAVOR DE TERCEROS

ARTÍCULO 5.2.1

(Estipulación a favor de terceros)

(1) Las partes (el "promitente" y el "estipulante") pueden otorgar por acuerdo expreso o tácito un derecho a un tercero (el "beneficiario").

(2) La existencia y el contenido del derecho del beneficiario respecto del promitente se determinan conforme al acuerdo de las partes y se encuentran sujetos a las condiciones y limitaciones previstas en dicho acuerdo.

ARTÍCULO 5.2.2

(Identificación del beneficiario)

El beneficiario debe estar identificado en el contrato con suficiente certeza pero no necesita existir cuando se celebre el contrato.

ARTÍCULO 5.2.3

(Cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad)

El otorgamiento de derechos al beneficiario incluye el de invocar una cláusula en el contrato que excluya o limite la responsabilidad del beneficiario.

ARTÍCULO 5.2.4

(Excepciones)

El promitente puede oponer al beneficiario toda excepción que el promitente puede oponer al estipulante.

ARTÍCULO 5.2.5

(Revocación)

Las partes pueden modificar o revocar los derechos otorgados por el contrato al beneficiario mientras éste no los haya aceptado o no haya actuado razonablemente de conformidad con ellos.

ARTÍCULO 5.2.6

(Renuncia)

El beneficiario puede renunciar a un derecho que se le otorgue.

SECCIÓN 3: OBLIGACIONES CONDICIONALES

ARTÍCULO 5.3.1

(Tipos de condiciones)

Un contrato o una obligación contractual pueden ser condicionales si dependen de un evento futuro e incierto, de modo que el contrato o la obligación contractual sólo surte efectos (condición suspensiva) o deja de tenerlos (condición resolutoria) si acontece el evento.

ARTÍCULO 5.3.2

(Efectos de las condiciones)

A menos que las partes convengan otra cosa:

- a) El contrato o la obligación contractual surtirá efectos al cumplirse la condición suspensiva;
- b) El contrato o la obligación contractual cesará de tener efectos al cumplirse la condición resolutoria.

ARTÍCULO 5.3.3

(Intromisión en el cumplimiento de la condición)

- 1) Si el cumplimiento de una condición es impedido por una parte en violación del deber de buena fe y lealtad negocial o de cooperación, dicha parte no podrá invocar la falta de cumplimiento de la condición.
- 2) Si el cumplimiento de una condición es provocado por una parte en violación del deber de buena fe y lealtad negocial o de cooperación, dicha parte no podrá invocar el cumplimiento de la condición.

ARTÍCULO 5.3.4

(Obligación de preservar los derechos)

Antes del cumplimiento de la condición, una parte no puede en violación del deber de actuar de buena fe y lealtad negocial, comportarse de manera tal que perjudique los derechos de la otra parte en caso de que se cumpla la condición.

ARTÍCULO 5.3.5

(Restitución en caso de cumplimiento de una condición resolutoria)

- 1) En el caso de cumplirse una condición resolutoria, se aplicarán las reglas sobre la restitución de los Artículos 7.3.6 y 7.3.7, con las adaptaciones necesarias.
- 2) Si las partes han convenido que una condición resolutoria tendrá un efecto retroactivo, se aplicarán las reglas sobre la restitución del Artículo 3.2.15, con las adaptaciones necesarias.

CAPÍTULO 6: CUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1: CUMPLIMIENTO EN GENERAL

ARTÍCULO 6.1.1

(Momento del cumplimiento)

Una parte debe cumplir sus obligaciones:

- (a) si el momento es fijado o determinable por el contrato, en ese momento;

(b) si un período de tiempo es fijado o determinable por el contrato, en cualquier momento dentro de tal período, a menos que las circunstancias indiquen que a la otra parte le corresponde elegir el momento del cumplimiento;

(c) en cualquier otro caso, en un plazo razonable después de la celebración del contrato.

ARTÍCULO 6.1.2

(Cumplimiento en un solo momento o en etapas)

En los casos previstos en el Artículo 6.1.1(h) o (c), el deudor debe cumplir sus obligaciones en un solo momento, siempre que la prestación pueda realizarse de una vez y que las circunstancias no indiquen otro modo de cumplimiento.

ARTÍCULO 6.1.3

(Cumplimiento parcial)

(1) El acreedor puede rechazar una oferta de un cumplimiento parcial efectuada al vencimiento de la obligación, vaya acompañada o no dicha oferta de una garantía relativa al cumplimiento del resto de la obligación, a menos que el acreedor carezca de interés legítimo para el rechazo.

(2) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento parcial han de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor.

ARTÍCULO 6.1.4

(Secuencia en el cumplimiento)

(1) En la medida en que las prestaciones de las partes puedan ser efectuadas de manera simultánea, las partes deben realizarlas simultáneamente, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.

(2) En la medida en que la prestación de sólo una de las partes exija un período de tiempo, esta parte debe efectuar primero su prestación, a menos que las circunstancias indiquen otra cosa.

ARTÍCULO 6.1.5

(Cumplimiento anticipado)

(1) El acreedor puede rechazar el cumplimiento anticipado de la obligación a menos que carezca de interés legítimo para hacerlo.

(2) La aceptación por una parte de un cumplimiento anticipado no afecta el plazo para el cumplimiento de sus propias obligaciones si este último fue fijado sin considerar el momento del cumplimiento de las obligaciones de la otra parte.

(3) Los gastos adicionales causados al acreedor por el cumplimiento anticipado han de ser soportados por el deudor, sin perjuicio de cualquier otro remedio que le pueda corresponder al acreedor.

ARTÍCULO 6.1.6

(Lugar del cumplimiento)

(1) Si el lugar de cumplimiento no está fijado en el contrato ni es determinable con base en aquél, una parte debe cumplir:

(a) en el establecimiento del acreedor cuando se trate de una obligación dineraria;

(b) en su propio establecimiento cuando se trate de cualquier otra obligación.

(2) Una parte debe soportar cualquier incremento de los gastos que incidan en el cumplimiento y que fuere ocasionado por un cambio en el lugar de su establecimiento ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato.

ARTÍCULO 6.1.7

(Pago con cheque u otro instrumento)

(1) El pago puede efectuarse en cualquier forma utilizada en el curso ordinario de los negocios en el lugar del pago.

(2) No obstante, un acreedor que acepte un cheque o cualquier otra orden de pago o promesa de pago, ya sea en virtud del párrafo anterior o voluntariamente, se presume que lo acepta solamente bajo la condición de que sea cumplida.

ARTÍCULO 6.1.8

(Pago por transferencia de fondos)

(1) El pago puede efectuarse por una transferencia a cualquiera de las instituciones financieras en las que el acreedor haya hecho saber que tiene una cuenta, a menos que haya indicado una cuenta en particular.

(2) En el caso de pago por transferencia de fondos, la obligación se cumple al hacerse efectiva la transferencia a la institución financiera del acreedor.

ARTÍCULO 6.1.9

(Moneda de pago)

(1) Si una obligación dineraria es expresada en una moneda diferente a la del lugar del pago, éste puede efectuarse en la moneda de dicho lugar, a menos que:

(a) dicha moneda no sea convertible libremente; o

(b) las partes hayan convenido que el pago debería efectuarse sólo en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada.

(2) Si es imposible para el deudor efectuar el pago en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada, el acreedor puede reclamar el pago en la moneda del lugar del pago, aun en el caso al que se refiere el párrafo 1)(b).

(3) El pago en la moneda del lugar de pago debe efectuarse conforme al tipo de cambio aplicable que predomina en ese lugar al momento en que debe efectuarse el pago.

(4) Sin embargo, si el deudor no ha pagado cuando debió hacerlo, el acreedor puede reclamar el pago conforme al tipo de cambio aplicable y predominante, bien al vencimiento de la obligación o en el momento del pago efectivo.

ARTÍCULO 6.1.10

(Moneda no expresada)

Si el contrato no expresa una moneda en particular, el pago debe efectuarse en la moneda del lugar donde ha de efectuarse el pago.

ARTÍCULO 6.1.11

(Gastos del cumplimiento)

Cada parte debe soportar los gastos del cumplimiento de sus obligaciones.

ARTÍCULO 6.1.12

(Imputación de pagos)

(1) Un deudor de varias obligaciones dinerarias al mismo acreedor puede especificar al momento del pago a cuál de ellas pretende que sea aplicado el pago. En cualquier caso, el pago ha de imputarse en primer lugar a cualquier gasto, luego a los intereses debidos y finalmente al capital.

(2) Si el deudor no hace tal especificación, el acreedor puede, dentro de un plazo razonable después del pago, indicar al deudor a cuál de las obligaciones lo imputa, siempre que dicha obligación sea vencida y sea disputada.

(3) A falta de imputación conforme a los párrafos (1) o (2), el pago se imputa, en el orden indicado, a la obligación que satisfaga uno de los siguientes criterios:

(a) la obligación que sea vencida, o la primera en vencerse;

(b) la obligación que cuente con menos garantías para el acreedor;

(c) la obligación que es más onerosa para el deudor;

(d) la obligación que surgió primero.

Si ninguno de los criterios precedentes se aplica, el pago se imputa a todas las obligaciones proporcionalmente.

ARTÍCULO 6.1.13

(Impugnación del pago de obligaciones no dinerarias)

El Artículo 6.1.12 se aplica, con las adaptaciones del caso, a la impugnación del pago de obligaciones no dinerarias.

ARTÍCULO 6.1.14

(Solicitud de autorización pública)

Cuando la ley de un Estado requiera una autorización pública que afecta la validez del contrato o su cumplimiento y ni la ley ni las circunstancias del caso indican algo distinto:

(a) si sólo una parte tiene su establecimiento en tal Estado, esa parte deberá tomar las medidas necesarias para obtener la autorización; y

(b) en los demás casos, la parte cuyo cumplimiento requiere de la autorización deberá tomar las medidas necesarias para obtenerla.

ARTÍCULO 6.1.15

(Gestión de la autorización)

(1) La parte obligada a tomar las medidas necesarias para obtener la autorización debe hacerlo sin demora injustificada y soportará todos los gastos en que incurra.

(2) Esa parte deberá, cuando sea pertinente, notificar a la otra parte, sin demora injustificada, de la concesión o la denegación de la autorización.

ARTÍCULO 6.1.16

(Autorización ni otorgada ni denegada)

(1) Cualquiera de las partes puede resolver el contrato si, pese a que la parte responsable de obtener la autorización ha tomado todas las medidas requeridas para obtenerla, ésta no se otorga ni rechaza dentro del plazo convenido o, cuando no se haya acordado plazo alguno, dentro de un plazo prudencial a partir de la celebración del contrato.

(2) No se aplicará lo previsto en el párrafo (1) cuando la autorización afecte solamente algunas cláusulas del contrato, siempre que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea razonable mantener el resto del contrato a pesar de haber sido denegada la autorización.

ARTÍCULO 6.1.17

(Autorización denegada)

(1) La denegación de una autorización que afecta la validez del contrato comporta su nulidad. Si la denegación afecta únicamente la validez de algunas cláusulas, sólo tales cláusulas serán nulas si, teniendo en cuenta las circunstancias, es razonable mantener el resto del contrato.

(2) Se aplican las reglas del incumplimiento cuando la denegación de una autorización haga imposible, en todo o en parte, el cumplimiento del contrato.

SECCIÓN 2: EXCESIVA ONEROSIDAD (HARDSHIP)

ARTÍCULO 6.2.1 (Obligatoriedad del contrato)

Cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre "excesiva onerosidad" (*hardship*).

ARTÍCULO 6.2.2 (Definición de la "excesiva onerosidad" (*hardship*))

Hay "excesiva onerosidad" (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.

ARTÍCULO 6.2.3 (Efectos de la "excesiva onerosidad" (*hardship*))

- En caso de "excesiva onerosidad" (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.
- El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.
- En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.
- Si el tribunal determina que se presenta una situación de "excesiva onerosidad" (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:
 - resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o
 - adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio.

CAPÍTULO 7 — INCUMPLIMIENTO

SECCIÓN 1: INCUMPLIMIENTO EN GENERAL

ARTÍCULO 7.1.1 (Definición del incumplimiento)

El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío.

ARTÍCULO 7.1.2 (Intervención de la otra parte)

Una parte no podrá ampararse en el incumplimiento de la otra parte en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de la primera o por cualquier otro acontecimiento por el que ésta haya asumido el riesgo.

ARTÍCULO 7.1.3 (Suspensión del cumplimiento)

- Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que la otra ofrezca su prestación.
- Cuando las partes han de cumplir de modo sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que la parte que ha de hacerlo primero haya cumplido.

ARTÍCULO 7.1.4 (Subsanación del incumplimiento)

- La parte incumplidora puede subsanar a su cargo cualquier incumplimiento, siempre y cuando:
 - notifique sin demora injustificada a la parte perjudicada la forma y el momento propuesto para la subsanación;
 - la subsanación sea apropiada a las circunstancias;
 - la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y
 - dicha subsanación se lleve a cabo sin demora.
- La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento.
- Los derechos de la parte perjudicada que sean incompatibles con el cumplimiento de la parte incumplidora se suspenden desde la notificación efectiva de la subsanación hasta el vencimiento del plazo para subsanar.
- La parte perjudicada puede suspender su propia prestación mientras se encuentre pendiente la subsanación.
- A pesar de la subsanación, la parte perjudicada conserva el derecho al resarcimiento por el retraso y por cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación.

ARTÍCULO 7.1.5 (Período suplementario para el cumplimiento)

- En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder, mediante notificación a la otra parte, un período suplementario para que cumpla.
- Durante el período suplementario, la parte perjudicada puede suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ningún otro remedio. La parte perjudicada puede ejercitar cualquiera de los remedios previstos en este Capítulo si la otra parte le notifica que no cumplirá dentro del período suplementario o si éste finaliza sin que la prestación debida haya sido realizada.
- En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha notificado a la otra el otorgamiento de un período suplementario de duración razonable, puede resolver el contrato al final de dicho período. El período suplementario que no sea de una duración razonable puede extenderse en consonancia con dicha duración. La parte perjudicada puede establecer en su notificación que el contrato quedará resuelto automáticamente si la otra parte no cumple.
- El párrafo (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora.

ARTÍCULO 7.1.6 (Cláusulas de exoneración)

Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la

otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato.

ARTÍCULO 7.1.7

(Fuerza mayor)

(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, si momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, habiendo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento es sólo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.

(4) Nada de lo dispuesto en este artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido.

SECCIÓN 2: DERECHO A RECLAMAR EL CUMPLIMIENTO

ARTÍCULO 7.2.1

(Cumplimiento de obligaciones dinerarias)

Si una parte que está obligada a pagar dinero no lo hace, la otra parte puede reclamar el pago.

ARTÍCULO 7.2.2

(Cumplimiento de obligaciones no dinerarias)

Si una parte no cumple una obligación distinta a la de pagar una suma de dinero, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que:

- (a) tal prestación sea jurídica o físicamente imposible;
- (b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa;
- (c) la parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía;
- (d) la prestación tenga carácter exclusivamente personal; o
- (e) la parte legitimada para recibir la prestación no la reclame dentro de un plazo razonable desde que supo o debió haberse enterado del incumplimiento.

ARTÍCULO 7.2.3

(Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa)

El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa. Lo dispuesto en los Artículos 7.2.1 y 7.2.2 se aplicará según proceda.

ARTÍCULO 7.2.4

(Pena judicial)

(1) Cuando un tribunal ordena a una parte que cumpla, también puede ordenar que pague una pena si no cumple con la orden.

(2) La pena será pagada a la parte perjudicada, salvo que normas imperativas del derecho del foro dispongan otra cosa. El pago de la pena a la parte perjudicada no excluye el derecho de ésta al resarcimiento.

ARTÍCULO 7.2.5

(Cambio de remedio)

(1) La parte perjudicada que ha reclamado el cumplimiento de una obligación no dineraria y no lo ha obtenido dentro del plazo fijado o, en su defecto, dentro de un plazo razonable, podrá recurrir a cualquier otro remedio.

(2) En caso de no ser factible la ejecución de un mandato judicial que ordene el cumplimiento de una obligación no dineraria, la parte perjudicada podrá recurrir a cualquier otro remedio.

SECCIÓN 3: RESOLUCIÓN

ARTÍCULO 7.3.1

(Derecho a resolver el contrato)

(1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.

(2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:

- (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;
- (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;
- (c) el incumplimiento fue intencional o temerario;
- (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro;
- (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

(3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el Artículo 7.1.5.

ARTÍCULO 7.3.2

(Notificación de la resolución)

(1) El derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita mediante una notificación a la otra parte.

(2) Si la prestación ha sido ofrecida tardíamente o de otro modo no conforme con el contrato, la parte perjudicada perderá el derecho a resolver el contrato a menos que notifique su decisión a la otra parte en un período razonable después de que supo o debió saber de la oferta o de la prestación defectuosa.

ARTÍCULO 7.3.3

(Incumplimiento anticipado)

Si antes de la fecha de cumplimiento de una de las partes fuere patente que una de las partes incurrirá en un incumplimiento esencial, la otra parte puede resolver el contrato.

ARTÍCULO 7.3.4
(Garantía adecuada de cumplimiento)

Una parte que crea razonablemente que habrá un incumplimiento esencial de la otra parte puede reclamar una garantía adecuada del cumplimiento y, mientras tanto, puede suspender su propia prestación. Si esta garantía no es otorgada en un plazo razonable, la parte que la reclama puede resolver el contrato.

ARTÍCULO 7.3.5
(Efectos generales de la resolución)

- (1) La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras.
- (2) La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.
- (3) La resolución no afecta cualquier término del contrato relativo al arreglo de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a operar aún después de haber sido resuelto.

ARTÍCULO 7.3.6
(Restitución en el caso de contratos de ejecución instantánea)

- (1) Al resolver un contrato cuyo cumplimiento tiene lugar en un solo momento, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo entregado en virtud de dicho contrato, siempre que tal parte restituya a la vez lo que haya recibido.
- (2) Si no es posible o apropiada la restitución en especie, procederá una compensación en dinero, siempre que sea razonable.
- (3) La parte que se benefició con el cumplimiento no está obligada a la compensación en dinero si la imposibilidad de la restitución en especie es imputable a la otra parte.
- (4) Puede exigirse una compensación por aquellos gastos razonablemente necesarios para proteger o conservar lo recibido.

ARTÍCULO 7.3.7
(Restitución en el caso de contratos de ejecución sucesiva)

- (1) Al resolver un contrato cuyo cumplimiento se extiende en el tiempo, solamente se puede reclamar la restitución para el período posterior a la resolución, siempre que el contrato sea divisible.
- (2) En la medida en que proceda la restitución, se aplicarán las disposiciones del Artículo 7.3.6.

SECCIÓN 4: RESARCIMIENTO

ARTÍCULO 7.4.1
(Derecho al resarcimiento)

Cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios.

ARTÍCULO 7.4.2
(Reparación integral)

- (1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier

ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.

- (2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional.

ARTÍCULO 7.4.3
(Certeza del daño)

- (1) La compensación sólo se debe por el daño, incluyendo el daño futuro, que pueda establecerse con un grado razonable de certeza.
- (2) La compensación puede deberse por la pérdida de una expectativa en proporción a la probabilidad de que acontezca.
- (3) Cuando la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios no puede establecerse con suficiente grado de certeza, queda a discreción del tribunal fijar el monto del resarcimiento.

ARTÍCULO 7.4.4
(Previsibilidad del daño)

La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.

ARTÍCULO 7.4.5
(Prueba del daño en caso de una operación de reemplazo)

Cuando la parte perjudicada ha resuelto el contrato y ha efectuado una operación de reemplazo en tiempo y modo razonables, podrá recobrar la diferencia entre el precio del contrato y el precio de la operación de reemplazo, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.

ARTÍCULO 7.4.6
(Prueba del daño por el precio corriente)

- (1) Si la parte perjudicada ha resuelto el contrato y no ha efectuado una operación de reemplazo, pero hay un precio corriente para la prestación contratada, podrá recuperar la diferencia entre el precio del contrato y el precio corriente al tiempo de la resolución del contrato, así como el resarcimiento por cualquier daño adicional.
- (2) Precio corriente es el precio generalmente cobrado por mercaderías entregadas o servicios prestados en circunstancias semejantes en el lugar donde el contrato debió haberse cumplido o, si no hubiere precio corriente en ese lugar, el precio corriente en otro lugar que parezca razonable tomar como referencia.

ARTÍCULO 7.4.7
(Daño parcialmente imputable a la parte perjudicada)

Cuando el daño se deba en parte a un acto u omisión de la parte perjudicada o a otro acontecimiento por el que esa parte asume el riesgo, la cuantía del resarcimiento se reducirá en la medida en que tales factores hayan contribuido al daño, tomando en consideración la conducta de cada una de las partes.

ARTÍCULO 7.4.8
(Atenuación del daño)

- (1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables.

(2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño.

ARTÍCULO 7.4.9

(Intereses por falta de pago de dinero)

(1) Si una parte no paga una suma de dinero cuando es debido, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses sobre dicha suma desde el vencimiento de la obligación hasta el momento del pago, sea o no excusable la falta de pago.

(2) El tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde éste ha de ser efectuado. Cuando no exista tal tipo en ese lugar, entonces se aplicará el mismo tipo en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de dicho tipo en esos lugares, el tipo de interés será el que sea apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago.

(3) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización adicional si la falta de pago causa mayores daños.

ARTÍCULO 7.4.10

(Intereses sobre el resarcimiento)

A menos que se convenga otra cosa, los intereses sobre el resarcimiento por el incumplimiento de obligaciones no dinerarias comenzarán a devengarse desde el momento del incumplimiento.

ARTÍCULO 7.4.11

(Modalidad de la compensación monetaria)

(1) El resarcimiento ha de pagarse en una suma global. No obstante, puede pagarse a plazos cuando la naturaleza del daño lo haga apropiado.

(2) El resarcimiento pagadero a plazos podrá ser indexado.

ARTÍCULO 7.4.12

(Moneda en la que se fija el resarcimiento)

El resarcimiento ha de fijarse, según sea más apropiado, bien en la moneda en la cual la obligación dineraria fue expresada o en aquella en la cual el perjuicio fue sufrido.

ARTÍCULO 7.4.13

(Pago estipulado para el incumplimiento)

(1) Cuando el contrato establezca que la parte incumplidora ha de pagar una suma determinada a la parte perjudicada por tal incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a cobrar esa suma sin tener en cuenta el daño efectivamente sufrido.

(2) No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.

CAPÍTULO 8 — COMPENSACIÓN

ARTÍCULO 8.1

(Condiciones de la compensación)

(1) Cuando dos partes se deben recíprocamente deudas de dinero u otras prestaciones de igual naturaleza, cualquiera de ellas ("la primera parte") puede

compensar su obligación con la de su acreedor ("la otra parte") si en el momento de la compensación:

(a) la primera parte está facultada para cumplir con su obligación;

(b) la obligación de la otra parte se encuentra determinada en cuanto a su existencia e importe y su cumplimiento es debido.

(2) Si las obligaciones de ambas partes surgen del mismo contrato, la primera parte puede también compensar su obligación con una obligación de la otra parte cuya existencia o importe no se encuentre determinado.

ARTÍCULO 8.2

(Compensación de deudas en moneda extranjera)

Quando las obligaciones sean de pagar dinero en diferentes monedas, el derecho a compensar puede ejercitarse siempre que ambas monedas sean libremente convertibles y las partes no hayan convenido que la primera parte sólo podrá pagar en una moneda determinada.

ARTÍCULO 8.3

(Modificación de la compensación)

El derecho a compensar se ejerce por notificación a la otra parte.

ARTÍCULO 8.4

(Contenido de la notificación)

(1) La notificación debe especificar las obligaciones a las que se refiere.

(2) Si la notificación no especifica la obligación con la que es ejercitada la compensación, la otra parte puede, en un plazo razonable, declarar a la otra parte la obligación a la que se refiere la compensación. Si tal declaración no se hace, la compensación se referirá a todas las obligaciones proporcionalmente.

ARTÍCULO 8.5

(Efectos de la compensación)

(1) La compensación extingue las obligaciones.

(2) Si las obligaciones difieren en su importe, la compensación extingue las obligaciones hasta el importe de la obligación menos onerosa.

(3) La compensación surte efectos desde la notificación.

CAPÍTULO 9 — CESIÓN DE CRÉDITOS, TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES Y CESIÓN DE CONTRATOS

SECCIÓN 1: CESIÓN DE CRÉDITOS

ARTÍCULO 9.1.1

(Definiciones)

"Cesión de créditos" es la transferencia mediante un acuerdo de una persona (el "cedente") a otra (el "cesionario") de un derecho al pago de una suma de dinero u otra prestación a cargo de un tercero (el "deudor"), incluyendo una transferencia a modo de garantía.

ARTÍCULO 9.1.2

(Exclusiones)

Esta Sección no se aplica a las transferencias sometidas a las reglas especiales que regulan transferencias:

(a) de instrumentos como títulos de crédito, títulos representativos de dominio, instrumentos financieros, o

(b) de derechos incluidos en la transferencia de una empresa.

ARTÍCULO 9.1.3

(Posibilidad de ceder créditos no dinerarios)

Un crédito relativo a una prestación no dineraria sólo puede ser cedido si la cesión no hace sustancialmente más onerosa la prestación.

ARTÍCULO 9.1.4

(Cesión parcial)

(1) Un crédito relativo al pago de una suma de dinero puede ser cedido parcialmente.

(2) Un crédito relativo a una prestación no dineraria puede ser cedido parcialmente sólo si es divisible y si la cesión no hace sustancialmente más onerosa la prestación.

ARTÍCULO 9.1.5

(Cesión de créditos futuros)

Un crédito futuro se considera cedido en el momento de celebrarse el acuerdo, siempre que cuando llegue a existir dicho crédito pueda ser identificado como al que la cesión se refiere.

ARTÍCULO 9.1.6

(Créditos cedidos sin especificación individual)

Pueden cederse varios créditos sin que sean identificados individualmente, siempre que tales créditos, en el momento de la cesión o cuando lleguen a existir, puedan ser identificados como a los que la cesión se refiere.

ARTÍCULO 9.1.7

(Suficiencia de convenio entre cedente y cesionario)

(1) Un crédito es cedido por el mero convenio entre el cedente y el cesionario, sin notificación al deudor.

(2) No se requiere el consentimiento del deudor a menos que la obligación, según las circunstancias, sea de carácter esencialmente personal.

ARTÍCULO 9.1.8

(Costes adicionales para el deudor)

El deudor tiene derecho a ser indemnizado por el cedente o el cesionario por todos los costes adicionales causados por la cesión.

ARTÍCULO 9.1.9

(Cláusulas prohibiendo la cesión)

(1) La cesión de un derecho al pago de una suma de dinero surte efectos pese al acuerdo entre cedente y deudor limitando o prohibiendo tal cesión. Sin embargo, el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato.

(2) La cesión de un derecho a otra prestación no surtirá efectos si viola un acuerdo entre el cedente y el deudor que limite o prohíba la cesión. No obstante, la cesión surte efectos si el cesionario, en el momento de la cesión, no conocía ni debiera haber conocido dicho acuerdo. En este caso, el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato.

ARTÍCULO 9.1.10

(Notificación al deudor)

(1) El deudor se libera pagando al cedente mientras no haya recibido del cedente o del cesionario una notificación de la cesión.

(2) Después que el deudor recibe tal notificación, sólo se libera pagando al cesionario.

ARTÍCULO 9.1.11

(Cesiones sucesivas)

Si un mismo crédito ha sido cedido por el cedente a dos o más cesionarios sucesivos, el deudor se libera pagando conforme al orden en que las notificaciones fueron recibidas.

ARTÍCULO 9.1.12

(Prueba adecuada de la cesión)

(1) Si la notificación de la cesión es dada por el cesionario, el deudor puede solicitar al cesionario que dentro de un plazo razonable suministre prueba adecuada de que la cesión ha tenido lugar.

(2) El deudor puede suspender el pago hasta que se suministre prueba adecuada.

(3) La notificación no surte efectos a menos que se suministre prueba adecuada de la cesión.

(4) Prueba adecuada de la cesión incluye, pero no está limitada a, cualquier escrito emanado del cedente e indicando que la cesión ha tenido lugar.

ARTÍCULO 9.1.13

(Excepciones y derechos de compensación)

(1) El deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones que podría oponer al cedente.

(2) El deudor puede ejercitar contra el cesionario cualquier derecho de compensación de que disponga contra el cedente hasta el momento en que ha recibido la notificación de la cesión.

ARTÍCULO 9.1.14

(Derechos relativos al crédito cedido)

La cesión de un crédito transfiere al cesionario:

(a) todos los derechos del cedente a un pago o a otra prestación previstos por el contrato en relación con el crédito cedido, y

(b) todos los derechos que garantizan el cumplimiento del crédito cedido.

ARTÍCULO 9.1.15

(Obligaciones del cedente)

El cedente garantiza al cesionario, excepto que algo distinto se manifieste al cesionario, que:

(a) el crédito cedido existe al momento de la cesión, salvo que el crédito sea un derecho futuro;

(b) el cedente está facultado para ceder el crédito;

(c) el crédito no ha sido previamente cedido a otro cesionario y está libre de cualquier derecho o reclamación de un tercero;

(d) el deudor no tiene excepción alguna;

(e) ni el deudor ni el cedente han notificado la existencia de compensación alguna respecto del crédito cedido y no darán tal notificación;

(f) el cedente reembolsará al cesionario cualquier pago recibido del deudor antes de ser dada notificación de la cesión.

SECCIÓN 2: TRANSFERENCIA DE OBLIGACIONES

ARTÍCULO 9.2.1

(Movilidades de la transferencia)

Una obligación de pagar dinero o de ejecutar otra prestación puede ser transferida de una persona (el "deudor originario") a otra (el "nuevo deudor") sea:

(a) por un acuerdo entre el deudor originario y el nuevo deudor, conforme al Artículo 9.2.3, o

(b) por un acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor, por el cual el nuevo deudor asume la obligación.

ARTÍCULO 9.2.2

(Exclusión)

Esta Sección no se aplica a las transferencias de obligaciones sometidas a reglas especiales que regulan transferencias de obligaciones en el curso de la transferencia de una empresa.

ARTÍCULO 9.2.3

(Diligencia del consentimiento del acreedor para la transferencia)

La transferencia de obligaciones por un acuerdo entre el deudor originario y el nuevo deudor requiere el consentimiento del acreedor.

ARTÍCULO 9.2.4

(Consentimiento anticipado del acreedor)

(1) El acreedor puede dar su consentimiento anticipadamente.

(2) Si el acreedor ha dado su consentimiento anticipadamente, la transferencia de la obligación surte efectos cuando una notificación de la transferencia se da al acreedor o cuando el acreedor la reconoce.

ARTÍCULO 9.2.5

(Liberación del deudor originario)

(1) El acreedor puede liberar al deudor originario.

(2) El acreedor puede también retener al deudor originario como deudor en caso de que el nuevo deudor no cumpla adecuadamente.

(3) En cualquier otro caso, el deudor originario y el nuevo deudor responden solidariamente.

ARTÍCULO 9.2.6

(Cumplimiento a cargo de un tercero)

(1) Sin el consentimiento del acreedor, el deudor puede convencer con otra persona que ésta cumplirá la obligación en lugar del deudor, a menos que la obligación, según las circunstancias, tenga un carácter esencialmente personal.

(2) El acreedor conserva su recurso contra el deudor.

ARTÍCULO 9.2.7

(Excepciones y derechos de compensación)

(1) El nuevo deudor puede oponer contra el acreedor todas las excepciones que el deudor originario podía oponer contra el acreedor.

(2) El nuevo deudor no puede ejercer contra el acreedor ningún derecho de compensación disponible al deudor originario contra el acreedor.

ARTÍCULO 9.2.8

(Derechos relativos a la obligación transferida)

(1) El acreedor puede oponer contra el nuevo deudor, respecto de la obligación transferida, todos sus derechos al pago o a otra prestación bajo el contrato.

(2) Si el deudor originario es liberado en virtud del Artículo 9.2.5(1), queda también liberada cualquier garantía otorgada para el cumplimiento de la obligación por cualquier otra persona que no sea el nuevo deudor, a menos que esa otra persona acuerde que la garantía continuará disponible al acreedor.

(3) La liberación del deudor originario también se extiende a cualquier garantía del deudor originario otorgada al acreedor para garantizar el cumplimiento de la obligación, a menos que la garantía sea sobre un bien que sea transferido como parte de una operación entre el deudor originario y el nuevo deudor.

SECCIÓN 3: CESIÓN DE CONTRATOS

ARTÍCULO 9.3.1

(Definiciones)

"Cesión de contrato" es la transferencia mediante un acuerdo de una persona (el "cedente") a otra (el "cesionario") de los derechos y obligaciones del cedente que surgen de un contrato con otra persona (la "otra parte").

ARTÍCULO 9.3.2

(Exclusión)

Esta Sección no se aplica a las cesiones de contratos sometidas a reglas especiales que regulan cesiones de contratos en el curso de la transferencia de una empresa.

ARTÍCULO 9.3.3

(Exigencia del consentimiento de la otra parte)

La cesión de un contrato requiere el consentimiento de la otra parte.

ARTÍCULO 9.3.4

(Consentimiento anticipado de la otra parte)

(1) La otra parte puede dar su consentimiento anticipadamente.

(2) Si la otra parte ha dado su consentimiento anticipadamente, la cesión del contrato surte efecto cuando una notificación de la cesión se da a la otra parte o cuando la otra parte la reconoce.

ARTÍCULO 9.3.5

(Liberación del cedente)

(1) La otra parte puede liberar al cedente.

(2) La otra parte puede también retener al cedente como deudor en caso de que el cesionario no cumpla adecuadamente.

(3) En cualquier otro caso, el cedente y el cesionario responden solidariamente.

ARTÍCULO 9.3.6

(Excepciones y derechos de compensación)

(1) En la medida que la cesión de un contrato involucre una cesión de créditos, se aplicará el Artículo 9.1.13.

(2) En la medida que la cesión de un contrato involucre una transferencia de obligaciones, se aplicará el Artículo 9.2.7.

ARTÍCULO 9.3.7

(Derechos cedidos con el contrato)

(1) En la medida que la cesión de un contrato involucre una cesión de créditos, se aplicará el Artículo 9.1.14.

(2) En la medida que la cesión de un contrato involucre una transferencia de obligaciones, se aplicará el Artículo 9.2.8.

CAPÍTULO 10 — PRESCRIPCIÓN

ARTÍCULO 10.1

(Ámbito de aplicación de este Capítulo)

(1) El ejercicio de los derechos regulados por estos Principios está limitado por la expiración de un período de tiempo, denominado "período de prescripción", según las reglas de este Capítulo.

(2) Este Capítulo no regula el tiempo en el cual, conforme a estos Principios, se requiere a una parte, como condición para la adquisición o ejercicio de su derecho, que efectúe una notificación a la otra parte o que lleve a cabo un acto distinto a la apertura de un procedimiento jurídico.

ARTÍCULO 10.2

(Períodos de prescripción)

(1) El período ordinario de prescripción es tres años, que comienza al día siguiente del día en que el acreedor conoció o debiera haber conocido los hechos a cuyos resultados el derecho del acreedor puede ser ejercido.

(2) En todo caso, el período máximo de prescripción es diez años, que comienza al día siguiente del día en que el derecho podía ser ejercido.

ARTÍCULO 10.3

(Modificación de los períodos de prescripción por las partes)

- (1) Las partes pueden modificar los períodos de prescripción.
- (2) Sin embargo, ellas no podrán:
 - (a) acortar el período ordinario de prescripción a menos de un año;
 - (b) acortar el período máximo de prescripción a menos de cuatro años;
 - (c) prorrogar el período máximo de prescripción a más de quince años.

ARTÍCULO 10.4

(Nuevo período de prescripción por reconocimiento)

(1) Cuando el deudor reconoce el derecho del acreedor antes del vencimiento del período ordinario de prescripción, comienza a correr un nuevo período ordinario de prescripción al día siguiente del reconocimiento.

(2) El período máximo de prescripción no comienza a correr nuevamente, pero puede ser superado por el comienzo de un nuevo período ordinario de prescripción conforme al Artículo 10.2(1).

ARTÍCULO 10.5

(Suspensión por procedimiento judicial)

- (1) El decurso del período de prescripción se suspende:

(a) cuando al iniciar un procedimiento judicial, o en el procedimiento judicial ya iniciado, el acreedor realiza cualquier acto que es reconocido por el derecho del foro como ejercicio del derecho del acreedor contra el deudor;

(b) en caso de insolvencia del deudor, cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de insolvencia; o

(c) en el caso de procedimientos para disolver la entidad deudora, cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de disolución.

(2) La suspensión dura hasta que se haya dictado una sentencia definitiva o hasta que el procedimiento concluya de otro modo.

ARTÍCULO 10.6

(Suspensión por procedimiento arbitral)

(1) El decurso del período de prescripción se suspende cuando al iniciar un procedimiento arbitral, o en el procedimiento arbitral ya iniciado, el acreedor realiza cualquier acto que es reconocido por el derecho del tribunal arbitral como ejercicio del derecho del acreedor contra el deudor. A falta de disposiciones en el reglamento de arbitraje o de otras reglas que determinen la fecha exacta del comienzo del procedimiento arbitral, dicho procedimiento se considera comenzado el día en que el deudor recibe una solicitud para que se adjudique el derecho en disputa.

(2) La suspensión dura hasta que se haya dictado una decisión vinculante o hasta que el procedimiento concluya de otro modo.

ARTÍCULO 10.7

(Medios alternativos para la resolución de controversias)

Las disposiciones de los Artículos 10.5 y 10.6 se aplican, con las modificaciones apropiadas, a otros procedimientos con los que las partes solicitan de un tercero que les asista en el intento de lograr una resolución amistosa de sus controversias.

ARTÍCULO 10.8

(Suspensión en caso de fuerza mayor, muerte o incapacidad)

(1) Cuando el acreedor no ha podido detener el decurso del período de prescripción según los Artículos precedentes debido a un impedimento fuera de su control y que no podía ni evitar ni superar, el período ordinario de prescripción se suspende de modo que no expire antes de un año después que el impedimento haya dejado de existir.

(2) Cuando el impedimento consiste en la incapacidad o muerte del acreedor o del deudor, la suspensión cesa cuando se designe un representante para el incapacitado, el difunto o su herencia, o cuando un sucesor haya heredado la parte que le corresponde. En este caso se aplica el período suplementario de un año, conforme al párrafo (1).

ARTÍCULO 10.9

(Efectos del vencimiento del período de prescripción)

(1) El vencimiento del período de prescripción no extingue el derecho.

(2) Para que el vencimiento del período de prescripción tenga efecto, el deudor debe invocarlo por vía de excepción.

(3) La existencia de un derecho siempre puede ser invocada por vía de excepción a pesar de haberse invocado el vencimiento del período de prescripción para el ejercicio de dicho derecho.

ARTÍCULO 10.10
(Derecho de compensación)

El acreedor puede ejercitar el derecho de compensación mientras el deudor no haya opuesto el vencimiento del período de prescripción.

ARTÍCULO 10.11
(Restitución)

Cuando ha habido prestación en cumplimiento de la obligación, no hay derecho a la restitución por el solo hecho de haber vencido el período de prescripción.

CAPÍTULO 11 — PLURALIDAD DE DEUDORES Y DE ACREEDORES

SECCIÓN 1: PLURALIDAD DE DEUDORES

ARTÍCULO 11.1.1
(Definiciones)

Cuando varios deudores se obligan frente a un acreedor por la misma obligación:

- (a) las obligaciones son solidarias si cada deudor responde por la totalidad;
- (b) Las obligaciones son separadas si cada deudor solo responde por su parte.

ARTÍCULO 11.1.2
(Presunción de solidaridad)

Se presume la solidaridad cuando varios deudores se obligan frente a un acreedor por la misma obligación, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

ARTÍCULO 11.1.3
(Derechos del acreedor frente a los deudores solidarios)

Cuando los deudores se obliga solidariamente, el acreedor podrá reclamar el cumplimiento a cualquiera de ellos, hasta obtener el cumplimiento total.

ARTÍCULO 11.1.4
(Excepciones y compensación)

El deudor solidario contra quien el acreedor ejerce una acción puede oponer todas las excepciones y los derechos de compensación que le sean personales o que sean comunes a todos los codeudores, pero no puede oponer las excepciones ni los derechos de compensación que correspondan personalmente a uno o varios de los demás codeudores.

ARTÍCULO 11.1.5
(Efectos del cumplimiento o de la compensación)

Si un deudor solidario cumple o compensa la obligación, o si el acreedor ejercita la compensación frente a un deudor solidario, los demás codeudores quedan liberados frente al acreedor en la medida del cumplimiento o de la compensación.

ARTÍCULO 11.1.6
(Efectos de la remisión o de la transacción)

(1) La remisión de la deuda respecto de un deudor solidario, o la transacción con un deudor solidario, libera a los demás deudores de la parte de dicho deudor, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

(2) Una vez que los demás deudores sean liberados de la parte de dicho deudor, no podrán ejercitar frente a éste último la acción de regreso prevista en el Artículo 11.1.10.

ARTÍCULO 11.1.7
(Efectos del vencimiento o de la suspensión de la prescripción)

(1) La expiración del período de prescripción de los derechos del acreedor frente a un deudor solidario no afecta:

- (a) Las obligaciones de los demás deudores solidarios frente al acreedor; ni
- (b) Las acciones de regreso entre los deudores solidarios previstas en el Artículo 11.1.10.

(2) Si el acreedor inicia contra un deudor solidario uno de los procedimientos previstos en los Artículos 10.5, 10.6 o 10.7, el curso de la prescripción también se suspende frente a los demás deudores solidarios.

ARTÍCULO 11.1.8
(Efectos de las sentencias)

(1) Una decisión de un tribunal acerca de la responsabilidad de un deudor solidario frente al acreedor no afecta:

- (a) Las obligaciones de los demás deudores solidarios frente al acreedor; ni
- (b) Las acciones de regreso entre los deudores solidarios previstas en el Artículo 11.1.10.

(2) Sin embargo, los demás deudores solidarios también pueden invocar dicha decisión, a menos que esta se base en motivos personales de dicho deudor. En tal caso, las acciones de regreso entre los deudores solidarios previstas en el Artículo 11.1.10 se verán afectadas en lo pertinente.

ARTÍCULO 11.1.9
(Reparto entre los deudores solidarios)

Los deudores solidarios se obligan entre ellos por parte iguales, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario.

ARTÍCULO 11.1.10
(Alcance de la acción de regreso)

El deudor solidario que pagó más que su parte puede reclamar la diferencia de cualquier otro deudor solidario hasta la parte no cumplida por cada uno de ellos.

ARTÍCULO 11.1.11
(Derechos del acreedor)

(1) El deudor solidario a quien se aplique el Artículo 11.1.10 puede ejercitar igualmente los derechos del acreedor, incluidos aquellos que garantizan el cumplimiento, a fin de recuperar la diferencia de los demás deudores solidarios, hasta la parte no cumplida por cada uno de ellos.

(2) El acreedor que no ha recibido el cumplimiento total conserva sus derechos frente a los codeudores, en la medida del incumplimiento, con preferencia sobre los codeudores que ejerciten las acciones de regreso.

ARTÍCULO 11.1.12
(Excepciones en las acciones de regreso)

El deudor solidario contra quien un codeudor que ha cumplido la obligación ejerce una acción de regreso:

- (a) puede oponer todas las excepciones y los derechos de compensación que podrían haber sido invocados o ejercitados por el codeudor frente al acreedor;
- (b) puede oponer todas las excepciones que le sean personales;
- (c) no puede oponer las excepciones o los derechos de compensación que correspondan personalmente a uno o varios de los demás codeudores.

ARTÍCULO 11.1.13
(Imposibilidad de recuperar)

Cuando un deudor solidario que pagó más que su parte a pesar de haber realizado todos los esfuerzos razonables, no puede recuperar la contribución de otro deudor solidario, la parte de los demás deudores, incluyendo la del que ha pagado, aumentará proporcionalmente.

SECCIÓN 2: PLURALIDAD DE ACREEDORES

ARTÍCULO 11.2.1
(Definiciones)

Cuando varios acreedores pueden exigir de un deudor el cumplimiento de una misma obligación:

- (a) los créditos son separados si cada acreedor solo puede exigir su parte;
- (b) los créditos son solidarios si cada acreedor puede exigir la totalidad de la prestación;
- (c) los créditos son mancomunados si todos los acreedores deben exigir la prestación de forma conjunta.

ARTÍCULO 11.2.2
(Efectos de los créditos solidarios)

El cumplimiento total a favor de uno de los acreedores solidarios libera al deudor frente a los demás acreedores.

ARTÍCULO 11.2.3
(Excepciones frente a los acreedores solidarios)

(1) El deudor puede oponer a cualquier acreedor solidario todas las excepciones y los derechos de compensación que le sean personales en su relación con dicho acreedor o que pueda oponer a todos los acreedores, pero no puede oponer las excepciones ni los derechos de compensación que le sean personales en su relación con uno o varios de los demás acreedores.

(2) Las disposiciones de los Artículos 11.1.5, 11.1.6, 11.1.7 y 11.1.8 se aplican a los acreedores solidarios, con las adaptaciones necesarias.





La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial

Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO*

Sumario: I. Introducción.- II. El carácter expansivo de la codificación puramente privada: 1. La elaboración de reglas privadas; 2. La "homologación" de la codificación privada.- III. El carácter relativamente intergubernamental de la codificación desarrollada por los foros de vocación universal: 1. UNCITRAL; 2. UNIDROIT; 3. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.- IV. La creciente privatización de la codificación regional: 1. Américas/OEA; 2. África/OHADA; 3. Europa/UE.- V. Reflexiones finales.

1. Introducción

Es cuanto menos curioso que la palabra codificación, en español, admita dos comprensiones radicalmente opuestas. Por un lado, codificar alude a sistematizar, a elaborar un cuerpo metódico de reglas, lo que normalmente debería desembocar en una mejora en la accesibilidad general de dicho cuerpo. Por otro lado, a menudo codificar hace referencia a hacer inteligible algo sólo para quienes tienen los medios o la sofisticación necesaria para acceder a determinada información. Más de uno, al observar los resultados de algunos procesos contemporáneos de codificación del derecho comercial internacional, habrá tenido la impresión de hallarse más frente a la segunda acepción que a la primera y de que nadie le ha facilitado las claves para descifrar los crípticos mensajes. La razón de ello radica un poco en la complejidad de buena parte de las materias comerciales y un mucho en la configuración de las mismas como un terreno sólo apto para iniciados, cuando no para auténticos expertos.

No es ese el único equívoco que gira en torno a la codificación del derecho. Tradicionalmente, la codificación se tomaba como una actividad típica de las entidades públicas. La propia idea de codificación moderna nace con la afirmación de los Estados soberanos¹. La codificación internacional, a su vez, desde los inicios de su andadura en el último tramo del siglo XIX, también adopta la forma de un trabajo puramente

* Profesor de la Universidad Complutense de Madrid y Honorario de la Universidad Nacional de Córdoba. Presidente de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado.

¹ Ver C. VARGA, *Codification as a Socio-Historical Phenomenon*, Budapest, Klado, 1991; pero también A.-J. ARMUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français, la règle du jeu dans la pais bourgeoise*, Paris, Pichon / Durand-Auzias, 1973.

interestatal. De hecho, las organizaciones internacionales que se dedican exclusiva o parcialmente de la codificación internacional del derecho son típicamente interestatales (también llamadas, abusando de la traducción literal, intergubernamentales). Sin embargo, ya sea al margen o dentro mismo de dichas organizaciones, se ve desenvolverse un creciente protagonismo de actores privados, cuando no, pura y simplemente, una verdadera "codificación privada"².

Todo esto no debe llevar a la falsa representación de lo público y lo privado como realidades contrapuestas por definición. Las situaciones en las cuales existe de forma clara y definida tal contraposición son en realidad puntuales y acotadas a determinados contextos materiales, espaciales y/o temporales. En muchos otros casos, los intereses públicos y privados van de la mano y, en determinadas circunstancias, lo que más le interesa a un sector es el progreso y el éxito del otro, interés que a menudo es recíproco. Lo que pretendo con esta contribución es simplemente arrojar luz sobre algunas de las muchas manifestaciones —unas más evidentes que otras— del rol del sector privado en el establecimiento de las reglas del juego comercial internacional.

De una u otra manera, lo dicho hasta ahora podría predicarse de todos los sectores del derecho, pero lo que aquí me interesa analizar es lo que sucede con la codificación del derecho comercial internacional, ámbito donde los fenómenos mencionados han alcanzado su máxima expresión. Y al afirmar esto, no puedo escapar, muy a mi pesar, de unas breves disquisiciones previas de orden didáctico-jurídico. Esta contribución, al igual que el libro en el cual se inserta, habla desde su mismo título de derecho comercial internacional. Al hacerlo, se está refiriendo a la reglamentación de una categoría determinada de relaciones jurídicas, no a convencionalismos académicos.

Precisamente, cada vez me resulta menos convincente, por anacrónica y reduccionista, la idea que se esfuerza en distinguir y separar tajantemente al derecho comercial internacional de carácter material por un lado y el derecho comercial internacional de carácter conflictual por otro, idea que sólo puede haber tenido alguna utilidad para contentar las siempre extremas sensibilidades y no pocas mezquindades que pululan por las facultades de derecho. Y a ciertos fines, tampoco me preocupa especialmente, pese a ser bastante más sólida, la celosa distinción entre derecho comercial internacional (que vendría a ser de carácter interestatal) y derecho comercial

² En dicho contexto, resulta particularmente significativo que en esta suerte de "redescubrimiento" del Estado que muchos están haciendo bajo el impacto de la monumental crisis financiera mundial no se haya incluido su rol dentro de las organizaciones intergubernamentales.

transnacional (desvinculado de los poderes públicos), como si la indudable existencia de éste se produjera absolutamente desconectada de aquél³. En la vida real, fuera de los círculos académicos, es evidente que la reglamentación de los negocios internacionales y la resolución de las controversias que generan presentan, en el estadio actual de la evolución del derecho, ingredientes materiales y conflictuales, sustanciales y procesales, interestatales y transnacionales. Las proporciones de cada uno de ellos pueden variar según la materia específica de que se trate, según los países vinculados en cada caso concreto y según el ambiente del momento. Es por eso que el estudio del derecho comercial internacional no encaja enteramente en ninguna de las áreas jurídicas tradicionales. No por casualidad, los autores de este libro provienen de distintos ámbitos y, sin embargo, todos se ocupan, desde la teoría, la práctica y/o la elaboración normativa, del mismo sector de la realidad.

II. El carácter expansivo de la codificación puramente privada

1. La elaboración de reglas privadas

Se ha insistido con justeza que en lo que concierne a la elaboración del derecho comercial los particulares precedieron a los Estados⁴. Situados en el momento actual y, conociendo la ingente labor de más de dos siglos a plena codificación estatal, la pregunta de a quién corresponde la reglamentación de las concretas relaciones que se producen en el tráfico comercial internacional cobra renovado interés. Y es para comenzar a pergeñar una respuesta que se hace preciso mencionar cómo se viene desarrollando un marcado proceso de "privatización" del poder regulador, fenómeno que puede analizarse en tres niveles: 1) el referido al margen que tienen los particulares (personas físicas o jurídicas) en una relación jurídica para establecer su

marco concreto de derechos y obligaciones recíprocas, 2) el vinculado con la actividad normativa y decisoria de alcance general elaborada fuera de los círculos oficiales, y 3) el que se produce dentro del marco institucional internacional (sin salir de los "círculos oficiales") y que consiste en el protagonismo de los intereses privados defendidos —a veces en persona— por los más genuinos representantes de esos intereses⁵.

Respecto del primer nivel (el de la autonomía de la voluntad en el caso concreto), puede comprobarse cómo las normas nacionales, convencionales e institucionales de las más variadas regiones y países del mundo no sólo han reafirmado en las últimas décadas el poder de los particulares para autorregularse dentro del ámbito más tradicional, el de los contratos, sino cómo, además, ese poder se va extendiendo hacia áreas antes vedadas al despliegue de la autonomía, tanto dentro del marco comercial como fuera del mismo, en particular respecto de las que tienen que ver con el llamado "estatuto personal" (personas, familias y sucesiones). Cualquiera sea el ámbito material en cuestión, la autonomía de la voluntad no se restringe a la potestad para determinar el juez competente y el derecho aplicable (lo que ya es mucho decir) sino que va experimentando un despliegue material que va mucho más allá, operando sobre la concepción misma de las relaciones jurídicas.

El segundo nivel aludido se da sobre todo pero no exclusivamente en el ámbito contractual, en la medida que el concepto antes restringido de arbitrabilidad se va ensanchando progresivamente. En efecto, en estas áreas las partes no sólo pueden moverse en el marco institucional (público), eligiendo entre las jurisdicciones y los ordenamientos jurídicos que les ofrecen los Estados, sino que pueden llevar su poder de regulación más allá, saliendo de esa oferta "pública" para utilizar normas elaboradas por organismos privados (la llamada *lex mercatoria*) o normas elaboradas por organismos públicos pero desprovistas de carácter vinculante, y plantear sus controversias ante otros particulares (árbitro o tribunal arbitral). Lo llamativo del asunto es que los Estados y las organizaciones internacionales de carácter público van reconociendo cada vez más espacio a estas manifestaciones normativas y decisorias provenientes del ámbito privado, admitiendo la validez de unas y los efectos de las otras. Todo lo señalado no implica en ningún caso que la autonomía sea ilimitada. Es verdad que los Estados, individualmente o en conjunto, van dejando cada vez más espacio a la autorregulación de los particulares en los dos niveles mencionados; pero también es verdad que siguen reservándose una parcela intocable en términos de orden público o de normas de policía.

³ R. MICHAELS, "The True Lex Mercatoria: Law beyond the State", *Indiana Journal of Global Studies*, vol. 14, 2007, pp. 447 ss.

⁴ Ver, en general, F.K. JÜRGENS, "The Lex Mercatoria and Private International Law", *Univ. L. Rev.*, 2000-1, pp. 171 ss. y, en este volumen, la contribución de J. BASTIEN, [http://www.univille.com](#). En el ámbito estricto del DIPr, una de las definiciones esenciales que la doctrina ha ido asumiendo desde hace bastante tiempo es la que resalta el carácter "privado" del objeto del DIPr. Esto que podía parecer una afirmación laudológica, en realidad no lo era tanto, ya que las concepciones tradicionales del DIPr habían sido claramente "publicistas", razón por la cual la insistencia sobre el carácter eminentemente privado de las relaciones que le interesan a esta rama del derecho tenía mucho de autofirmación. En esta contribución, sin embargo el carácter "privado" al que se alude no tiene tanto que ver con la definición del objeto y la consecuente concreción del contenido del DIPr (los casos, paradójicamente, vuelven a aparecer mezclados con elementos públicos) sino con los mecanismos de elaboración y de puesta en práctica de las reglas que disciplinan el derecho comercial internacional.

⁵ Ver *infra*, puntos III y IV.

Con todo, la labor de las más variadas organizaciones privadas, consistente en generar reglas *ex novo* o codificar usos y prácticas comerciales, se ha intensificado en los últimos años. Incluso, esas propias organizaciones se han multiplicado. Hasta las cámaras de comercio, las cortes de arbitraje y las asociaciones profesionales más ignotas elaboran reglas y crean mecanismos de resolución de controversias, con la evidente –y en muchos casos fundada– esperanza de que adquieran de hecho o de derecho una aplicabilidad generalizada dentro del ámbito al que van destinadas.

2. La "homologación" de la codificación privada

Las reglas de derecho comercial internacional de origen netamente privado (y lo mismo se aplica a los usos) podrían, independientemente de su grado de codificación y sofisticación, mantenerse exclusivamente en ese ámbito, disponibles para la reglamentación "blanda" de las relaciones entre particulares y como soporte "blando" para la solución de controversias privadas. Su función sería ya de gran utilidad, más allá de las discusiones filosóficas (adjetivo mucho más elegante aunque tal vez menos apropiado que "bizantinas") acerca de la juridicidad de esas reglas⁶. Sin embargo, además de esa amplia aplicación más o menos espontánea, tanto los particulares como los poderes públicos se encargan, por diversas vías y con diferente alcance, de inyectarle a las reglas privadas dosis considerables –y en muchos casos concluyentes– de carácter vinculante, lo cual viene a mitigar aún más el interés de aquellas discusiones. En efecto, con alcance particular, la inclusión de tales reglas en los contratos, así como la autorización de las partes a los árbitros para utilizarlas, las convierte –siguiendo la fórmula tradicional– en algo tan obligatorio como la misma ley⁷. Pero cuando los que las tienen en cuenta son los Estados o las organizaciones internacionales y supranacionales se abre la puerta, además, a la aplicabilidad general de las reglas privadas.

Esta última operación puede considerarse entonces como un cierto proceso de "homologación" pública de las reglas originalmente privadas, proceso que tiene lugar cada vez que éstas son bien "endosadas" por una organización internacional o bien utilizadas como base, tenidas en cuenta o directamente reproducidas por una reglamentación de carácter público, cualquiera sea su tenor. Un ejemplo de la primera vía se encuentra en la recomendación de la UNCITRAL para la utilización de la versión

⁶ Ver por todos B. OPPETIT, *Droit et modernité*, Paris, Puf, pp. 53 ss.
⁷ Art. 1134 código civil francés.

2007 de las Reglas y los usos uniformes relativas a los créditos documentarios de la CCI⁸. El ejemplo más reciente y evidente de la segunda vía es el de las Reglas de Rotterdam⁹. Otras veces, lo que hace la reglamentación pública es servir de cauce a la toma en consideración de las reglas y prácticas privadas. Los ejemplos cubren los ámbitos materiales y espaciales más variados y algunos son realmente muy conocidos. Así es posible citar, sin tener que esforzarse demasiado, uno en el ámbito del derecho internacional, otro en el del derecho supranacional regional y otro en el del derecho nacional. El primero, referido a la reglamentación material de determinada categoría contractual, consistiría en la presunción de conocimiento de los usos comerciales que hace la Convención de Viena de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías en su art. 9¹⁰. El segundo, relativo a la determinación del juez competente por la voluntad de las partes, podría ser el del art. 23 del Reglamento 44/2001 de la UE relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, que permite la elección del juez competente "en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado"¹¹. Y el tercer ejemplo, sobre las obligaciones convencionales en general, bien podría ser el del art. 31 de la Ley venezolana de DIPr (1998), el cual indica que "[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

⁸ RUII 600, la recomendación explícita de cuyo uso aparece en el Informe del 42º período de sesiones de la UNCITRAL (2009), doc. A/64/17, p. 76.

⁹ Nombre abreviado con el que se conoce al Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, adoptado por la Asamblea General el 11 de diciembre de 2008 y que, aunque no está aún en vigor, ya ha sido firmado por veintidós Estados de muy diverso desarrollo económico.

¹⁰ Ver, entre otras, la decisión de la Corte Federal de Distrito de Nueva York de 21 de agosto de 2002, en el caso *Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs, Inc.*, disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020821u1.html>

¹¹ La decisión TJCE de 16 de marzo de 1999, as. C-159/97, *Transporti Castelletti c/ Hugo Trimpy*, sirve para mostrar el alcance de la disposición. En ella el Tribunal declaró válida la cláusula de sometimiento a un tribunal de Londres incluida en inglés y en letra pequeña (aunque legible) en el reverso de varios conocimientos de embarque, en un litigio entre dos empresas italianas que no presentaba ninguna vinculación con el Reino Unido, considerando que se trataba de una forma de sumisión expresa "conforme a los usos". Ver también la sentencia TJCE de 10 de febrero de 1997, as. C-106/95, *MSG c/ Les Gravières Rhénanes*.

aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto¹².

También existe una "homologación" de la codificación privada a través de la práctica arbitral¹³. Este movimiento es mucho más intenso y de mayor caudal que el anterior, lo que se debe especialmente a la progresiva privatización de la resolución de los litigios comerciales, basada a su vez en la enorme potencialidad del arbitraje y otros mecanismos no estatales para contribuir a una optimización de la resolución de tales controversias. La alta especialización que en general detentan los árbitros, acompañada en su caso por la infraestructura desarrollada por algunas instituciones arbitrales, ofrece en principio un marco ideal para que las disputas se resuelvan de forma razonable y equitativa en cuanto al fondo, el tiempo y la forma. Si nos atenemos a los datos objetivos que muestran la continua elaboración de legislaciones estatales pro arbitraje¹⁴ así como la aceptación masiva de los textos internacionales que disciplinan distintos aspectos del mismo, es difícil no colegir que los Estados en general, con independencia de su poderío económico o su nivel de desarrollo, participen de esa idea.

Así, legislaciones estatales y lógicamente, reglamentos de arbitraje han ido abriendo paso a la aplicación de reglas no estatales. En el marco del arbitraje, su aplicabilidad no plantea ya grandes discusiones cuando las partes voluntariamente la introducen en sus contratos, mientras que su aplicación "espontánea" por parte de los árbitros —no mediando la voluntad de las partes— de momento sigue recibiendo distintas repuestas. Sin embargo, la tendencia a la configuración de un orden jurídico arbitral, que reconoce como elemento esencial la existencia de un orden público transnacional, es advertida por autores de dilatada experiencia en la materia¹⁵. Fuera del marco arbitral, sin embargo, pese a los ejemplos de "homologación pública" que hemos señalado, es notorio que ni siquiera el libre acuerdo de las partes contratantes acerca de la aplicación de reglas no estatales resulta eficaz en la generalidad de los casos. Puede gustar o no, pero es difícil discutir que el Reglamento de Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales ha mantenido la línea de su predecesora

Convención de Roma de 1980 y sólo ha querido admitir la elección de una ley estatal¹⁶, y que, aún cuando se permita el recurso a reglas no estatales por la vía de la autonomía material, su aplicabilidad estaría supeditada a la no contradicción con las normas materiales imperativas de la *lex fori* y de terceros Estados, en su caso.

III. El carácter relativamente intergubernamental de la codificación desarrollada por los foros de vocación universal

Además de abocarse a la elaboración de reglas de derecho comercial internacional y de extender extraordinariamente el ámbito de la solución privada de las controversias, los agentes privados desempeñan un papel cada vez más importante en la codificación que se lleva a cabo en los foros codificadores "universales". Desde hace varios años la doctrina del derecho internacional público se ha venido ocupando de este tema y, aunque existe una amplia variedad de opiniones, la mayoría de los autores parecen inclinarse por subrayar la permanencia del carácter central —si bien no único— del papel de los Estados en esta tarea¹⁷. A mi modesto entender esto puede ser verdad para cuestiones "puramente" públicas, si es que tal cosa existe. Fuera de esa zona ideal, sin embargo, tal posición sólo conserva todo su sentido desde un punto de vista más bien general y formalista. En el ámbito de la codificación internacional del derecho comercial, el rol que juegan los actores privados es demasiado obvio para no verlo¹⁸. Tanto es así, que el éxito o el fracaso de los intentos de reglamentación de determinadas materias puede achacarse, en buena medida y sin exagerar, al impacto de las influencias de diferentes grupos de presión, como veremos más abajo al comentar algunas realizaciones y frustraciones de los diferentes foros codificadores.

Los ruidos para la expresión de los intereses de los actores privados son diversos, como diverso es el grado de legitimidad de dichos intereses. Muy esquemáticamente, podría decirse que existen manifestaciones directas, bien visibles y

¹² Comparar con lo dispuesto en el art. 10 de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. Ver J. DOMÍNGUEZ MUÑOZ, "Artículo 31. Aplicación de la *lex mercatoria*", en: VV.AA., *Ley de derecho internacional privado comentada*, t. II, Caracas, UCV, 2005, pp. 805 ss.

¹³ Ver en este volumen, la contribución de G. KAUFMANN-KOHLER, [http://www.univie.ac.at/icc/](#)

¹⁴ Algunas de esas legislaciones, como la española de 2003 o la peruana de 2008, recaen sin complejos que su objetivo es atraer arbitrajes hacia los respectivos países.

¹⁵ Ver E. GALLARDO, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 152 ss.; P. LALIVE, "L'ordre public transnational et l'arbitrage international", *Libes Fausto Piccar*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 599 ss.

¹⁶ Ver en este mismo volumen, M.J. BONELL, pp. [http://www.univie.ac.at/icc/](#)

¹⁷ Ver V. GOWLAND-DEBBAS, "Law-Making in a Globalized World", *Cursos Euromediterráneos Europeos de Derecho Internacional*, 2004/2005, pp. 505 ss.; W.M. RASHAT, "The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differentiation of Their Application", en: R. Wolfrum / V. Röben (dir.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin y otras, Springer, 2005, pp. 22-24; ver, sin embargo, L. BOISSON DE CHAZOURNES, "Gouvernance et régulation au 21ème siècle: quelques propos iconoclastes", en: L. BOISSON DE CHAZOURNES / R. MEHLI (dir.), *Une société internationale en mutation: quels acteurs pour une nouvelle gouvernance?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 24-29.

¹⁸ R. MICHAELS, "Welche Globalisierung für das Recht? Welches Recht für die Globalisierung?", *RechtsZ*, vol. 69, 2005, pp. 525 ss. Ver también E. LOQUIN / L. RAVILION, "La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé", en: E. LOQUIN / C. KESSADJIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, pp. 91 ss.

abiertas, de las posiciones y pretensiones de auténticos grupos de interés privados, pero que también existen vías indirectas, menos perceptibles, que son utilizadas para influir en la conformación de la voluntad del "legislador" internacional. No se trata, por cierto, de algo demasiado sorprendente ni que no exista en el ámbito doméstico¹⁹. Lo que cambia es el marco en el que se opera, con todo lo que acarrea el paso de lo interno a la internacional, donde, paradójicamente, el rol de los actores privados es al mismo tiempo más decisivo y menos perceptible para la opinión pública. Los medios de información suelen retratar muy bien a los sectores que impulsan las reformas legales de ámbito estatal y a los que se oponen a ellas. Lo que sucede en el marco internacional, sin embargo, a pesar de tener una trascendencia global y un impacto (mediato o inmediato, directo o indirecto, total o parcial) sobre los ordenamientos nacionales, rara vez merece siquiera una mínima reseña fuera de los círculos especializados o directamente concernidos.

La relevancia creciente y generalizada que el rol de los actores privados ha alcanzado en la codificación internacional en estos tiempos de globalización se ha visto potenciada por el auge de la codificación vía *soft law*²⁰. En efecto, si bien en principio el método de codificación utilizado no tendría por qué provocar diferencias al respecto, pareciera que el celo que los Estados exteriorizan a la hora de determinar el contenido de un tratado se relaja un poco cuando se elabora un instrumento no vinculante como una ley modelo, una guía legislativa o un catálogo de principios. Detrás de esta actitud estaría presumiblemente el convencimiento –en varios aspectos errado– de que la adquisición de carácter vinculante por parte de esos instrumentos está sometida de algún modo al control de los Estados. Unos pocos comentarios sobre la actividad de los foros de codificación de vocación universal pueden acercar elementos de análisis sobre esta y otras manifestaciones del fenómeno de la privatización en la codificación internacional del derecho comercial, así como sobre el alcance del mismo.

3. UNCITRAL

UNCITRAL constituye la principal usina generadora de derecho comercial internacional y, al mismo tiempo, la que mejor refleja el peso del sector privado en la elaboración de

¹⁹ Ver J. LAPOUSTIERE, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes*, Paris, Dalloz, 2009, quien analiza en detalle la buena y la mala influencia del sector privado en la codificación del derecho, basándose particularmente en la esfera de los derechos de autor.

²⁰ Sobre el *soft law* como manifestación de la postmodernidad en el DIPr, tanto en la dimensión convencional como en la legislación estatal, ver E. JAYME, "Internationales Privatrecht und postmoderne Kulture", *Wiener Vorträge*, Wien, Manz, 2001, p. 214.

sus instrumentos, tanto de *hard law* como de *soft law*. Sin dudas, la metodología de trabajo de esta Comisión de las Naciones Unidas fomenta esa seña distintiva. Tal metodología se concreta en la existencia de seis grupos de trabajo establecidos por categorías de materias²¹, en el seno de los cuales los textos jurídicos son discutidos conjuntamente por delegados de los Estados (tanto de los sesenta que son miembros –temporalmente– de la Comisión como de los demás Estados miembros de la ONU que quieran participar como observadores en cada oportunidad) y por representantes de las más variadas entidades, que van desde organizaciones internacionales universales y regionales de carácter interestatal o supranacional, hasta instituciones académicas más o menos representativas, pasando por una amplia gama de corporaciones privadas (cámaras de comercio –empezando por la CCI–, cortes de arbitraje, asociaciones de abogados, clubes de árbitros, asociaciones de bancos, etc.). Dependiendo de la materia, del texto concreto discutido en cada oportunidad y del prestigio personal o institucional, algunos de los observadores privados adquieren un rol ciertamente protagónico. Dicho protagonismo se acrecienta por el hecho de que las decisiones se adoptan por consenso y no por votación, extremo éste que daría preeminencia a los Estados miembros, que serían los únicos que podrían votar.

Pero la influencia privada en la concreción de los textos no se acaba en tal rol estelar. Además, una proporción significativa de los delegados estatales también proviene del sector privado. En algunos casos, ellos comparten representación con delegados propiamente estatales y/o con académicos. De hecho, las delegaciones más sofisticadas suelen estar compuestas por personas provenientes de cada uno de esos ámbitos, lo que permite forjar las posiciones a mantener en las discusiones y en los documentos a partir de opiniones provenientes de todas las perspectivas posibles de análisis. Si esas delegaciones, además, no son espontáneas o accidentales sino que responden a una política estatal estable y esmerada que se preocupa de realizar un seguimiento de la labor de los foros codificadores con el apoyo de asesores externos, elaborando las posiciones y fijando las directrices previamente, la participación de ese país en el proceso de codificación está en condiciones de alcanzar su grado óptimo, lo que puede redundar en beneficio del país y facilitar las labores del foro codificador. Muchas veces, sin embargo, las delegaciones estatales no son conformadas con tanto esmero. Del lado gubernamental, la tarea suele recaer en un funcionario sin formación especializada en la materia a tratar que, en el mejor de los casos, si proviene de la

²¹ Los grupos actualmente en funcionamiento están dedicados, respectivamente, a: contratación pública, arbitraje y conciliación, régimen del transporte, comercio electrónico, régimen de la insolvencia y garantías reales.

carrera diplomática, sabe cómo comportarse en un foro internacional. Otras veces, las delegaciones no cuentan con ningún funcionario estatal sino sólo con particulares que llegan hasta ahí por diversas vías y razones; en algunos casos por su prestigio profesional y en otros por sus contactos. La participación de particulares vinculados al sector privado en las delegaciones estatales provoca a veces situaciones curiosas, como la del delegado de un Estado que apoya entusiastamente la opinión vertida en el debate sobre la adopción de cierto instrumento por el delegado de otro Estado, que es además, su jefe o su socio en un estudio jurídico. No está de más considerar, por otro lado, que los expertos privados, provengan de delegaciones estatales o no, son invitados muchas veces a participar en reuniones de trabajo preparatorias de carácter restringido, en las cuales se trazan las líneas maestras de las discusiones posteriores.

Ahora bien, la participación de actores no estatales en los trabajos de la Comisión no siempre implica un apoyo para los intereses del sector privado. Entre los observadores no estatales también suelen aparecer algunas ONGs que se dedican a la protección y promoción de determinados intereses generales. Un ejemplo interesante es el de algunas organizaciones ambientalistas que han mantenido una considerable actividad en el seno del Grupo de trabajo II, dedicado al arbitraje y la conciliación, desde que este grupo comenzó a tratar la modernización del Reglamento de arbitraje de 1976 (tarea hoy casi terminada), el cual es aplicado en muchas controversias sobre inversiones que, en algunos casos, están vinculadas con la protección del medio ambiente²².

Lo que aquí se acaba de comentar en relación con la UNCITRAL no ha llamado la atención únicamente a este humilde comentarista. Bien al contrario, ha sido el objeto de iniciativas y debates, no siempre pacíficos. Cabe destacar, en este sentido, las preocupaciones manifestadas por Francia en 2007 acerca de la metodología de trabajo en el seno de la Comisión y en particular sobre la participación de ONGs (en sentido amplio)²³ que generaron toda una serie de reacciones y un replanteo general de la cuestión²⁴, al que todavía habrá que darle unas cuantas vueltas de tuerca. De aquel documento francés, que se reproduce en su totalidad en el epígrafe

²² Es previsible que tal actividad se intensifique a partir del 53º período de sesiones del Grupo II, señalado para octubre de 2010, cuando se comenzará a tratar, precisamente el tema de la transparencia en la solución de controversias entre Estados e inversores.

²³ Doc. A/CN.9/635, de 24 de mayo de 2007. El propio documento aclara que "el término 'organización no gubernamental' es genérico y comprende, además de las entidades voluntarias, a todas las organizaciones que no son gubernamentales ni intergubernamentales, y por ello abarca a las de carácter profesional y privado como las que participan en los grupos de trabajo de la CNUDMI".

²⁴ Ver doc. A/CN.9/676, de 31 de marzo de 2009, y el Informe del 42º período de sesiones de la Comisión (2009), doc. A/64/17, pp. 89 ss.

"Documentos" de este volumen, me limitaré a reproducir un párrafo bastante representativo a los fines tratados en esta contribución:

En el reglamento de la Asamblea General de las Naciones Unidas no hay ninguna disposición sobre la forma de elaborar instrumentos normativos, que es la actividad propia de la CNUDMI.

Para esta actividad "legislativa" se ha ido estableciendo una práctica en cuya aplicación cumplen una función importante las asociaciones profesionales privadas a las que se considera organizaciones no gubernamentales, por los conocimientos especializados que poseen sobre las cuestiones abordadas. Las consideraciones financieras también son importantes: la CNUDMI no tiene financiación para los gastos de viaje y alojamiento de los expertos que las integran. Por ello, los expertos que con la mayor frecuencia se hallan presentes junto a los delegados de los Estados que pueden enviarlos son los representantes de dichas asociaciones privadas.



3. UNIDROIT

Una mirada a la agenda del UNIDROIT indica a las claras que el "derecho privado" al que se refiere el nombre de esta institución tiene en muchos casos un marcado carácter comercial. Sin ir más lejos, los dos textos más singulares y exitosos de la historia de esta organización son sin dudas, del lado *hard*, el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico (2001)²⁵ y, del lado *soft*, los Principios sobre los contratos comerciales internacionales (1994/2004)²⁶. Estos textos sirven para ejemplificar diversos aspectos del proceso de privatización al que se alude en este trabajo.

Del Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo aeronáutico me interesa destacar la manifestación de la privatización en cuanto la toma de consideración, como punto de partida, de los intereses de las empresas vinculadas en dicho ámbito del tráfico comercial. No me refiero exclusivamente a las demandas exteriorizadas en su día por los grandes productores de aviones, sino al objetivo "de mercado" tan abiertamente perseguido por estos instrumentos como bien recibido por Estados de todos los niveles de desarrollo y casi todos los rincones del mundo. En efecto, el

²⁵ Producto de la cooperación entre el UNIDROIT y la Organización de la Aviación Civil Internacional, estos textos han cosechado en un tiempo récord treinta y cuatro y treinta partes contratantes, respectivamente. "Partes" y no "Estados", porque una de ellas es la Unión Europea (ver arts. 48.2 del Convenio y XXVII del Protocolo).

²⁶ Respecto de la versión original, la de 2004 agrega cinco capítulos y dos artículos en el Capítulo 1 (Reglas generales), modifica el Preámbulo (entre otras cosas, agrega la siguiente frase: "Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato") y adapta los Principios a la contratación electrónica. Una tercera versión de los Principios es actualmente en elaboración.

objetivo básico perseguido por esta reglamentación es el de facilitar una financiación eficiente en el sector aeronáutico, lo que implica que la misma está planteada como un medio para lograr mejorar las condiciones de acceso al crédito —o, con mayor claridad, para que existan más créditos disponibles y que éstos sean más baratos—, lo que tendría también efectos beneficiosos de alcance más general sobre el conjunto de las actividades productivas y comerciales implicadas directa e indirectamente con el mercado aeronáutico. Así, uno de los objetivos del Convenio del UNIDROIT sería el de brindar a los potenciales acreedores mayor confianza en la decisión de otorgar créditos, bajando por lo tanto el tipo de interés de los mismos y reduciendo en consecuencia el coste de las operaciones para beneficio de todas las partes interesadas²⁷.

Sobre los Principios contractuales, en cambio, lo que quiero subrayar muy especialmente tiene que ver con la opción elegida para su elaboración. Es conocido que estos Principios —al igual que los Principios sobre el proceso civil transnacional (2004) elaborados conjuntamente por el UNIDROIT y el *American Law Institut* (ALI)— constituyen ejemplos de *restatements*. Entre las varias posibilidades que existen para lograr algún grado de aproximación o síntesis entre distintos ordenamientos jurídicos²⁸, puede caracterizarse a los *restatements* como la recopilación de las soluciones habituales comúnmente dadas en diferentes sistemas jurídicos a una materia o serie de materias. Sin duda, lo primero que viene a la cabeza cuando se utiliza dicha terminología es el resultado de la labor (parte de ella, en realidad) de una conocida institución de los Estados Unidos de América, el *American Law Institute*, que reúne a hasta un límite de 3000 miembros pertenecientes a todas las profesiones y a todas las disciplinas jurídicas, y que ha elaborado en su larga vida un considerable número de estos textos sobre las más variadas materias²⁹.

Fuera de los Estados Unidos la palabra *restatement* ha pasado a ser de uso corriente en las dos últimas décadas, en referencia al esfuerzo más destacado de armonización jurídica en materia contractual, el encarnado por los Principios de

²⁷ Ver R. GOONE, "The Cape Town Convention on International Interest in Mobile Equipment: a Driving Force for International Asset-Based Financing", *Unif. L. Rev.*, 2002-1, p. 4; H. KRONKE, "Operaciones garantizadas: un punto de atención de la legislación comercial de nuestro tiempo", *DeCITA*, vol. 7/8, 2007, pp. 16-18. Coincidentemente, el último párrafo del Preambulo de la Convención de la CNUDMI sobre cesión de créditos expresa esta idea con suma claridad: "la adopción de un régimen uniforme para la cesión de créditos propiciará la oferta de capital y crédito a tipos de interés menos onerosos y, de esa manera, facilitará el desarrollo del comercio internacional".

²⁸ A. ROSETT, "Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law", *AJCL*, 1992, pp. 683 ss.

²⁹ Ver, en este volumen, la contribución de G.A. BERGMANN, ~~pp. 333-338~~ (cabe apuntar que BERGMANN es el relator de dicho proyecto). El ALI ha elaborado, junto con la *Uniform Law Commission*, el célebre *Uniform Commercial Code*, que va siendo actualizado periódicamente.

UNIDROIT³⁰, y a los varios trabajos paralelos que se han venido produciendo en el ámbito de la Unión Europea³¹. Probablemente, la "popularización" del término viene de su utilización en la presentación en sociedad de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, por parte de su principal impulsor (y también protagonista del trabajo europeo y, ahora, de la Conferencia de La Haya), el eminente comparatista italiano Michael Joachim BONELL³².

Son varios los argumentos que justifican la introducción del vocablo. En primer lugar, siendo obvio que no se trata de un convenio internacional (aprobado en una conferencia diplomática y sujeto a ratificación), los Principios fueron concebidos desde el comienzo a partir de una idea que encajaba perfectamente en la caracterización antes mencionada: la idea fuerza es la de buscar en general las soluciones habituales existentes para los aspectos contractuales abarcados, más que plantear la introducción de soluciones nuevas (como es habitual en las Leyes Modelo)³³. En segundo lugar, tal como hacen los *restatements* norteamericanos, cada una de las reglas es seguida por un comentario explicativo en letra más pequeña, aunque no se incluye, como en aquéllos, notas con referencias a las fuentes y al estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia de los diversos sistemas jurídicos³⁴. Por último —y esto es lo que más

³⁰ M.J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 3ª ed., Ardsley, Transnational Publishers, 2005.

³¹ Además de los trabajos "oficiales", como los Principios europeos de derecho de los contratos o el más reciente Marco común de referencia, han existido otros como el de la Academia Europea de Derecho Privado de Pavia o el realizado por CENTRAL, Instituto con sede en Münster, respecto de la *lex mercatoria*. Otros trabajos pioneros europeos se citan en H. BEALE, "The Principles of European Contract Law and Harmonisation of the Laws of Contract", en: *Festschrift til Ole Lando*, Copenhagen, GadJura, 1997, p. 22.

³² Ver *supra* (nota 30) y ya antes: "A 'Restatement' of Principles for International Commercial Contracts: An Academic Exercise or a Practical Need?", *RDAL*, 1988, pp. 873 ss.

³³ Esta caracterización no es aplicable, en cambio, a los Principios europeos desarrollados por la Comisión Lando, no sólo por la toma en consideración de otras fuentes que éstos hacen, además de las de los sistemas estatales europeos, sino por la adopción de reglas no preexistentes en ninguno de éstos, como se reconoce en O. LANDO / H. BEALE (dirs.), *Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-performance and Remedies*, Deventer y otras, Nijhoff, 1995, pp. XX y XXI. Ver también, sobre el impacto de esta discusión una década atrás, M.J. BONELL, "Verso un codice europeo del contratto?", *Europa e diritto privato*, 1998, pp. 181 ss.; J. BASEDOW, "Codification of Private Law in the European Union; the Making of a Hybrid", *ERPL*, 2001, pp. 39 ss.; R. MICHAELS, "Privatautonomie und Privatkodifikation. Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien", *RebelsZ*, 1998, pp. 584 ss. Para C. CASTRONOVO, "Il diritto europeo delle obbligazioni e del contratto. Codice o restatement?", *Europa e diritto privato*, 1998, p. 1023, es precisamente allí donde radica una diferencia esencial entre la obra europea y los *restatements*, ya que mientras éstos toman los datos que ya existen aquélla ha estado animada desde un principio por una prospectiva de futuro, no una prospectiva de pretérito". Ver también, C. CASTRONOVO, "Savigny I moderni e la codificazione europea", *Europa e diritto privato*, 2001-3, pp. 231 ss.

³⁴ Algunos autores han lamentado la falta de estas notas comparativas en los Principios UNIDROIT, señalando que éstas les hubieran conferido mayor autoridad (K.P. BERGER, "Die UNIDROIT-Prinzipien für Internationale Handelsverträge", *ZVergR*, 1995, p. 218), además de facilitar su comprensión y permitir la matización de su alcance (C. KESSELIAN, "Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: les Principes proposés par UNIDROIT", *Rev. crit. DR*, 1995, p. 646). Para M.J. BONELL, no obstante, la inclusión de las notas en un trabajo de esta magnitud podía llegar a ser hasta contraproducente, dado la diferente influencia alcanzada por las normas de los distintos países, agregando que en el caso de los Principios europeos, que sí incluyen tales notas, "a pesar de su base jurídica mucho más restringida y homogénea (...) sus notas no siempre aportan un respaldo adecuado para las soluciones



interesante en el contexto de esta contribución— los Principios son de carácter eminentemente privado, entendiéndolo por tal el que proviene del dato de que quienes han intervenido lo han hecho a título particular y no como representantes estatales, siendo, en su inmensa mayoría, profesores. Esto no implica para nada desconocer el marco intergubernamental en el que se han desarrollado; ni siquiera las dudas deslizadas por algún autor acerca de la utilización del foro intergubernamental de Roma para una tarea privada dirigida a los operadores del comercio internacional “quienes poseen sus propias organizaciones profesionales particularmente bien pertrechadas para ocuparse de su comunidad”³⁵.

Al igual que sucede con sus parientes estadounidenses, el carácter privado, académico, de los Principios les confiere una gran perfección técnica pero no les asegura de entrada un grado aceptable de repercusión práctica. Esa repercusión depende de los resultados de una especie de *test* de utilidad que los operadores del comercio internacional van realizando frente a los casos concretos. Parece evidente que los Principios han superado arosos dicho *test*³⁶, no obstante algunas opiniones pesimistas³⁷ y a pesar de ciertas reticencias legislativas³⁸. Tales reticencias, de otra parte, no son universales ni inmutables, como puede observarse en algunas normas vigentes o en preparación³⁹. En particular, es digno de resalte que las sospechas,

adoptadas” (“The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: A Comparison, Making Common Law”, en: *Essays in Honor of Roy Goode*, Oxford, Clarendon, 1997, p. 94 y n. 10).

³⁵ Ambos extremos han sido puestos de manifiesto por C. KESSELIAN (nota precedente), pp. 657 y 648-650, respectivamente. El desarrollo posterior ha demostrado que ninguno de los dos era apto para menoscabar la utilidad de los Principios.

³⁶ F. VISCHINI, “The Relevance of the UNIDROIT Principles for Judges and Arbitrators in Disputes Arising out of International Contracts”, *Eur. Journ. L. Res.*, 1999, pp. 205 ss.; A. MOUQUE / É. JOLIVET, “La réception des Principes d’UNIDROIT dans les contrats modèles de la Chambre de Commerce Internationale”, *Rev. dr. univ.*, 2004, pp. 275; M.J. BONELL (dir.), *The UNIDROIT Principles in Practice*, 2ª ed., Ardsley, Transnational Publishers, 2006; L. GAMA JR., “Os Principios do UNIDROIT na prática arbitral: Uma análise de casos (1994-2007)”, *DeCITA*, vol. 9, 2008, pp. 119 ss.; para más datos concretos, la consulta de www.unilex.info resulta indispensable. Es desde esa utilidad práctica que pueden concebirse funciones ulteriores de los Principios como la desarrollada en R. MICHAELS, “Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien – Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrechts”, *RechtsZ*, 2009, pp. 856 ss.

³⁷ Que, en algunos casos, desde el clasismo conflictualista, se empeñan en negar la evidencia. Ver A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Madrid, Comares, 2009/2010, p. 472.

³⁸ Ver *supra* nota 16.

³⁹ Por ejemplo, en Panamá, el Decreto Ley nº 5 de 1999, que establece la reglamentación del arbitraje, la conciliación y la mediación, el art. 27 los declara expresamente aplicables; en Uruguay, el Proyecto de Ley general de DIPr, en su art. 13, se refiere a ellos bajo la fórmula “los principios generales del derecho comercial internacional reconocidos por los organismos internacionales de los que Uruguay forma parte”. Existe también un Anteproyecto de Acta Uniforme OHADA sobre derecho de los contratos, fruto de la cooperación entre la OHADA y el UNIDROIT, redactado por Marcel FONTAINE sobre la base de los Principios (<http://www.unidroit.org/french/legalcooperation/OHADA%20act-f.pdf>).

justificadas o no⁴⁰, que sigue despertando el valor regulador de la *lex mercatoria*, pierden su asidero cuando la reglamentación de una determinada relación contractual es confiada a los Principios. Sus conceptos abiertos y su flexibilidad constituyen una opción por la equidad, frente a la legalidad, y son representantes de un talante dialógico, tendente muchas veces a establecer condiciones de diálogo y crear un “léxico común”, sobre unos presupuestos muy diferentes al afán de sistematización completa y a las tendencias tradicionales de codificación.

3. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

De vez en cuando se percibe la impresión de que el derecho comercial internacional no interesa a la Conferencia de La Haya. Tal impresión es evidentemente errónea. La existencia de la misma sólo puede basarse en una concepción muy estrecha o muy esquemática de lo que es la reglamentación del derecho comercial. En efecto, la Conferencia, no sólo se ha ocupado directamente, desde una perspectiva conflictual, de temas tales como la intermediación de valores, los contratos de compraventa y de agencia, o el trust, sino que ahora mismo está trabajando en la ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales con el propósito declarado de promover la autonomía de la voluntad⁴¹. Pero además, es preciso subrayar que buena parte de los instrumentos adoptados en La Haya son de especial aplicación en transacciones comerciales, aunque aparezcan catalogados como relativos a otras materias. El caso de la Convención de 2005 sobre los acuerdos de elección de foro es muy obvio, aunque no puede conocerse todavía el alcance de su aplicación práctica. En cambio, algunas de las convenciones de cooperación procesal tienen tras de sí un largo historial de utilización efectiva, tanto en casos civiles como comerciales.

La última etapa de la Conferencia de La Haya de DIPr está repleta de ejemplos de interacción entre sectores privados, autoridades de la Conferencia y representantes de los Estados miembros de la misma, en lo que se refiere tanto a la toma en consideración de los intereses privados como a la elaboración en sí de los textos. Ejemplos muy claros al respecto se dieron en la discusión de la Convención de 2006 sobre ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario y del ambicioso Proyecto de “Convención mundial de exequátur” que desembocó en la

⁴⁰ Especialmente justificadas en el campo de los contratos con partes débiles. Ver S.C. SYMONIDES, “Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex Mercatoria That Isn’t”, en: *Essays in Honour of Konstantinos D. Kavameas*, Athens, Saitoulas, 2009, pp. 1397 ss.

⁴¹ Ver, en este volumen, las contribuciones de la Oficina Permanente de la Conferencia, www.unidroit.org, y de José A. MORENO RODRÍGUEZ, www.unidroit.org.

mencionada Convención de 2005. Sobre la Convención de 2005 cabe apuntar que, pese a que al día de hoy sigue sin entrar en vigor y sólo ha sido ratificada por Suiza y Mauricio, estuvo propulsado por una ofensiva bastante impresionante de los principales protagonistas del mercado de valores, que llevaron a la adopción de la Convención en un plazo inusualmente corto⁴². En un sentido diametralmente opuesto, tal vez no sea exagerado decir que el fracaso de las negociaciones en pos de la Convención de exequátur, que se prolongaron durante unos diez años, tuvo como una de las razones principales el activismo de grupos de variado tipo que se opusieron férreamente a algunas soluciones contenidas en los textos preparatorios⁴³.

Un último apunte, relativo a los trabajos –ya mencionados– actualmente en curso en materia de ley aplicable a los contratos internacionales, puede resultar de gran significación. El mismo tiene que ver tanto con la finalidad perseguida por el texto que se quiere elaborar, como con la metodología de trabajo y el tipo de instrumento a desarrollar. Concretamente, la Conferencia se ha decantado desde el inicio del tratamiento de esta materia por un instrumento no vinculante que no esté prioritariamente dirigido a los Estados sino a los operadores del comercio internacional. Para ello, se ha constituido un grupo de expertos conformado por invitación, con miembros provenientes de la academia, de la práctica profesional y de cámaras de comercio, además de sendos representantes de la UNCITRAL y del UNIDROIT. El ejemplo de esta última organización parece que está cumpliendo.

IV. La creciente privatización de la codificación regional

Las influencias, positivas y negativas, de los grupos privados, por un lado, y la utilización de mecanismos de producción normativa que fomentan la participación privada, por otro, también se manifiestan, aunque con matices, a escala regional. Tal como hice en relación con la actividad de los foros (interestatales) de codificación de

⁴² Ver C. BERNASCONI / H. SIGMAN, "Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores tenidos en un intermediario (Convenio de La Haya sobre valores)", *DeCITA*, vol. 9, 2008, pp. 74-75, quienes destacan "la actitud adoptada por los grandes grupos que actúan en el mercado de valores al requerir [en enero de 2003] sin dilación alguna la ratificación inmediata y universal" de la Convención. El tiempo transcurrido desde esa exhortación parece indicar que no son tiempos para que dichos grupos vayan exigiendo nada. Sin embargo, mientras se espera a ver lo que pasa con el texto de La Haya, los mismos actores han empujado para la aprobación por UNIDROIT de la Convención de Ginebra 2009 que regula los aspectos sustanciales de la intermediación de valores.

⁴³ Tales grupos actuaron directamente o bien ejerciendo presión sobre algunos Estados. Dicha información puede colegirse de algunos documentos que se encuentran en el sitio de la Conferencia (www.hcch.net).

vocación universal, sólo quiero destacar respecto de la codificación regional unos pocos ejemplos y notas distintivas relativas a su multifacética privatización.

1. Américas/OEA

En América Latina, la codificación del DIPr siempre incluyó la materia comercial. El extenso tratamiento de ésta en los Tratados de Montevideo y en el Código Bustamante muestra, además, la importancia que siempre se le ha otorgado, importancia que, particularmente en el caso de los Tratados de Montevideo de 1940, se realiza por el mantenimiento de su utilidad práctica, sobre todo en litigios relativos a Insolvencia y a transporte. No es de extrañar entonces que esta aquietada tradición se haya mantenido en el paso de la codificación de la esfera latinoamericana a la interamericana operado en 1975 –cuando el trabajo de codificación del DIPr se confió a una Conferencia especializada de la OEA, la CIDIP– y a lo largo de la actividad desarrollada desde entonces por la CIDIP. En las últimas ediciones y muy especialmente en la CIDIP VI (2002), las cuestiones comerciales han tomado el centro de la escena⁴⁴.

La decisiva "comercialización" de la agenda no vino sola sino acompañada por la introducción de mecanismos de codificación de *soft law* y una cierta privatización del proceso codificador, lo que en conjunto significó un brusco golpe al paradigma dominante hasta entonces en dicho proceso⁴⁵. Así, si se observa el trabajo de la CIDIP VI, puede verse que los documentos para los dos temas que se concretaron en dicha oportunidad⁴⁶, la centralización del trabajo previo, la organización de las reuniones preparatorias, etc., correspondieron casi totalmente a un centro privado, el *National Law Center for Inter-American Free Trade (NLICFT)*⁴⁷ que contó para esa tarea con

⁴⁴ Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / J. KLEINHESTERKAMP, "Die VI. Interamerikanische Spezialkonferenz für Internationales Privatrecht der Organisation Amerikanischer Staaten (CIDIP VI) – Eine neue Marschroute der Interamerikanischen rechtlichen Integration", *JPRax*, 2002-4, pp. 340 ss. (con versiones modificadas en castellano –*AADI*, vol. XI, 2002, pp. 107 ss.– y en inglés –*YBPIL*, vol. IV, 2002, pp. 237 ss.).

⁴⁵ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "La CIDIP VI: ¿cambio de paradigma en la codificación interamericana de derecho internacional privado?", en *XXX Curso de derecho internacional del CII -2002-* (también en *Derecho Internacional privado interamericano. Evolución y perspectivas*, 2ª ed., México, 2003, pp. 103-111). Ver también C.M. VÁZQUEZ, "Regionalism versus Globalism: A View from the Americas", *Unif. L. Rev.*, 2003-1/2, pp. 68-70; D.T. VAREAS, "As CIDIPs em seu novo papel: um foro eclético da harmonização de direito conflitual e material", en *XXXI Curso de derecho internacional del CII*, Washington, OEA, 2005, p. 404; E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, "Verdades, mitos y realidades del derecho internacional privado latinoamericano actual", *AEDIPr*, 2004, p. 87.

⁴⁶ La Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias y la Carta de porte para el transporte de mercaderías por carretera (documento uniforme con dos versiones).

⁴⁷ www.natlaw.com

importante financiación⁴⁸. Es verdad que el NLCIFT es un centro privado con ciertas características particulares, como lo ha demostrado la actuación de sus miembros dentro de la delegación norteamericana en la CIDIP V, en la CIDIP VI y en la CIDIP VII⁴⁹ y su fluido diálogo con el Departamento de Estado del Gobierno norteamericano; pero esto no significa ningún menoscabo en la trascendencia de la tendencia a la privatización.

El cambio de paradigma no pasó desapercibido ni para la OEA ni para un grupo de académicos latinoamericanos que propiciaron un documento en el cual, si bien se dio la bienvenida a un planteo modernizador de la codificación interamericana, se expresó también la preocupación por la pérdida de ciertos equilibrios imprescindibles para seguir desarrollando dicha tarea en un foro como el de la OEA⁵⁰. Al reconocer la presencia de diversas sensibilidades, dicho documento se muestra abierto; nunca exclusivo o excluyente. Y es lógico que así sea. La CIDIP no puede ser un fin en sí misma. La CIDIP ha sido a lo largo de más de tres décadas el instrumento para lograr la modernización del DIPr americano, que en la mayoría de los casos tuvo un sesgo predominantemente latinoamericano y que más recientemente ha mostrado la faceta de "foro de exportación unidireccional" de concepciones norteamericanas hacia América Latina. Teniendo en cuenta esto, creo que la CIDIP sigue siendo el foro lógico para llevar a cabo una codificación americana basada en el equilibrio antes aludido, esto es, para officiar de fuente de producción jurídica de normas potencialmente útiles para todos los Estados de la OEA. Para los trabajos de reglamentación de relaciones privadas internacionales que no se ajusten a ese parámetro esencial, otros ámbitos de codificación están disponibles. No se trata de multiplicar alegremente los foros y los textos jurídicos, sino de reconocer que diferentes productos jurídicos pueden requerir distintas usinas generadoras. La prueba –tal vez definitiva– de estas tensiones se está jugando ahora en los ya muy largos trabajos relativos a la protección de los consumidores, tema en el cual las políticas públicas y los intereses privados exigen un

⁴⁸ En la invitación para la Tercera Reunión de Expertos preparatoria de la CIDIP VI (Miami, noviembre de 2000), organizada conjuntamente por la OEA y el NLCIFT, se agradece a los siguientes auspiciantes: Astigarregga Davis Mullins & Grossman, Federal Express Corporation, Ford Motor Credit Company, Greenberg Traurig, Lucent Technologies, MasterCard International Incorporated, Microsoft Corporation, NLC Conquest, Oracle Corporation, the Summit of the Americas Center at Florida International University (Miami), y 3Com Corporation, además del Banco Interamericano de Desarrollo.

⁴⁹ La CIDIP VII tiene dos temas en su agenda, cuyo tratamiento se ha dividido por primera vez. Así, ya se ha producido una Conferencia Diplomática en Washington (7-9 octubre de 2009) en la cual se ha aprobado el Reglamento Modelo para el registro electrónico de garantías, como complemento a la Ley Modelo aprobada por la CIDIP VI. Una segunda Conferencia Diplomática tendría que reunirse para tratar el otro tema, relativo a la protección de los consumidores.

⁵⁰ "Declaración de Córdoba", de 18 de diciembre de 2003, reproducida en D.P. FERRARI ARROYO / F. MASTRANGELO (orgs.), *El futuro de la codificación del derecho internacional privado en América*, Córdoba, Atreroni, 2005, pp. 21 ss. y en www.oas.org/dil/esp/propuesta_declaracioncordoba.pdf

esmerado balance que se está demostrando muy difícil de obtener en el foro Interamericano⁵¹.

3. África/OHADA

Desde su constitución en 1993, la OHADA ha venido desarrollando un intenso esfuerzo para armonizar el derecho comercial internacional de sus (al día de hoy dieciséis) Estados miembros. Los instrumentos adoptados hasta ahora han abordado las materias comerciales tanto desde la reglamentación material como desde la solución de controversias, y la interpretación y aplicación uniformes de los mismos se han confiado a un tribunal superior, la Corte Común de Justicia y Arbitraje. En relación con la presente contribución, lo que primero me interesa poner de relieve del proceso africano es que desde su misma constitución se ha manifestado abiertamente la preocupación por crear un ambiente propicio para el desarrollo de las actividades comerciales sin despreocuparse de los intereses generales. Pero para la elaboración de los instrumentos y, sobre todo, para el fortalecimiento institucional –es decir, para que tales instrumentos sean conocidos, se apliquen correctamente y puedan detectarse sus defectos y llevarse a cabo las reformas necesarias– la OHADA ha venido dependiendo ampliamente de la financiación de "socios técnicos y financieros"⁵². El funcionamiento de esa cooperación, que en muchos casos es más bien informal, no siempre ha estado a la altura de las expectativas ni de las necesidades. Por eso se está llevando a cabo una revisión de la misma. A las autoridades de los Estados miembros le cabe la mayor responsabilidad, tanto en el mantenimiento y optimización de la cooperación como en que esa dependencia no conduzca a la pérdida de vista de las auténticas exigencias locales.

En lo que se refiere a la elaboración de los textos normativos y a los esquemas institucionales, la OHADA ha dado muestras de una notable capacidad para la innovación a partir de modelos foráneos. Como ejemplo cabe mencionar, entre los textos en vigor, el Acta Uniforme relativa al derecho comercial general incluye una reglamentación del contrato de compraventa basado en la Convención de Viena de 1980⁵³. Para la reglamentación de los contratos en general, la OHADA, lejos de comenzar una actividad desde cero, parece confiar en el instrumento más moderno

⁵¹ Ver los trabajos reunidos en D.P. FERRARI ARROYO / J.A. MORENO RODRÍGUEZ (coords.), *Protección de los consumidores en América. Trabajos de la CIDIP VII (OEA)*, Asunción, CEDEP / La Ley, 2007.

⁵² Ver los documentos recogidos en: www.ohada.org/tables-roudes/documentation/listing.html

⁵³ Ver en este volumen la contribución de F. FERRARI, pp. 103-122 ss.

disponible en la materia y consecuentemente ha golpeado las puertas del UNIDROIT, cooperación que ha dado como resultado el Anteproyecto de Acta Uniforme sobre derecho de los contratos antes mencionado⁵⁴. Resultado de esta "tercerización", ahora se cuenta con un documento que ha logrado combinar admirablemente un texto internacionalmente contrastado con las particularidades locales.

3. Europa/UE

Cuando se habla de la codificación del derecho en la UE, es necesario percatarse de que ni siquiera en los casos que dicha tarea parece tener el perfil y los métodos de la codificación internacional se trata realmente de eso. Por el contrario, la codificación en este ámbito se parece mucho más a la estatal, lo que se corresponde al carácter de "súper Estado" de hecho en que se ha ido convirtiendo la UE. En lo que se refiere al tema de esta contribución, dicho carácter se ha puesto totalmente en evidencia con la asunción de la competencia en materia de DIPr por parte de la UE⁵⁵. Curiosamente, la clásica (y algo arbitraria) distinción entre lo que sería y lo que no sería parte del DIPr, hace que dicha competencia no se traslade en todos los casos a la reglamentación sustancial del derecho comercial internacional. Así, la Unión Europea ha devenido miembro de la Conferencia de La Haya (previa reforma del Estatuto de ésta) y es quien tiene el poder negociador y quien fija las posiciones que afectan a los Estados miembros, los cuales, por razones más políticas que jurídicas, continúan sin embargo siendo miembros (y algunos muy activos) de la Conferencia⁵⁶. En cambio, la representación y las decisiones de fondo en el UNIDROIT y en la UNCITRAL siguen, al menos formalmente, siendo resortes de los Estados miembros.

⁵⁴ Ver *supra* nota 39. Ver además www.unidroit.org/french/legalcooperation/ohada.htm y la *Rev. dr. unif.*, 2008-1/2, que recoge las Actas del coloquio de Ouagadougou de 2007 dedicado a este tema.

⁵⁵ Como se sabe, la competencia comunitaria en materia de DIPr fue establecida a partir de la modificación introducida en el ordenamiento fundamental comunitario por el Tratado de Amsterdam y entró a regir el 1º de mayo de 1999. Para la confirmación del alcance amplio de esta competencia tanto *ad intra* como *ad extra* (sobre todo, para el convendimiento de los Estados miembros y de algunos profesores) fueron necesarios algunos actos importantes, entre los que se destaca el Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de febrero de 2006, sobre la competencia de la Comunidad (ahora la Unión) para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁵⁶ En muchas situaciones la participación de los Estados miembros de la UE en el seno de la Conferencia es engorrosa y poco productiva, sin que ello obste a la buena calidad y a las buenas aportaciones técnicas de sus representantes. Sucede simplemente que la competencia exclusiva de la UE en la materia ha provocado que para los delegados de sus Estados miembros se configure una suerte de "dilema comunitario": si sus posiciones coinciden con las de los delegados de la UE son redundantes; si discrepan, son inútiles.

Es llamativo que las delegaciones comunitarias que acuden como miembros o como observadores a los foros de codificación internacional del derecho, muchas veces no incorporen otros miembros además de los funcionarios de las instituciones europeas. Ese dato no parece conciderse con la preocupación "interna" por la adecuación de la reglamentación europea del derecho comercial a las necesidades de los actores privados, expresada en las consultas al Comité Económico y Social Europeo, en la apertura a las opiniones particulares sobre los documentos iniciales de cada reglamentación específica y en la realización de audiencias públicas. Claro que tal preocupación a veces no se refleja claramente en las decisiones concretas de política legislativa que se adoptan⁵⁷. Para la elaboración de las reglas de *soft law* sobre derecho privado, en cambio, se ha confiado en el buen hacer de académicos prestigio, quienes han sentado las bases de una reglamentación que tendría que ser más que eso que algunos llaman el "vigésimo octavo sistema" comentarío⁵⁸.

V. Reflexiones finales

El avance de la privatización de la reglamentación del derecho comercial y de la resolución de litigios comerciales es un hecho constatable a simple vista, como también lo la progresiva acogida que los legisladores estatales le han ido dispensando a este fenómeno. Dentro del mundo proplamente privado no hay mucho que opinar al respecto. En el marco de la actividad de las organizaciones internacionales, la tendencia en estudio, que se manifiesta de muy diversas formas, no tiene porqué merecer en general una valoración negativa, siempre que la misma se mantenga dentro de unos parámetros que permitan respetar los intereses genuinos representados por los Estados miembros, y siempre que dichos foros no terminen por hacer dejación de las funciones que les están encomendadas. Por un lado, respecto del tema de la financiación privada de sus actividades, no parece nada descabellado que quienes más interesados están en la aprobación de determinadas reglamentaciones colaboren efectivamente a ese fin, siempre que eso no signifique, obviamente, la

⁵⁷ Un ejemplo se ve la contribución de M.J. BOWEN a este volumen (nota 16). Ver también el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Reglamento de Roma I, *DO C 318*, de 23 de diciembre de 2006, § 3.2.3 y n. 9.

⁵⁸ Ver en este volumen el trabajo de B. FAUVAQUE-COSSON, *op. cit.* ss. Sobre las opciones de codificación del derecho privado en Europa, ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "Certezas, falsedades y horizontes del derecho privado europeo", en: *Libro homenaje a Fernando Hinestroza*, t. I, Bogotá, Universidad del Externado, 2003, pp. 411 ss.; J. BASEDOW, "Transjurisdictional Codification", *Tul. L. Rev.*, vol. 83, 2009, pp. 993 ss.

adquisición de compromisos espurios. Por otro lado, en cuanto a la apertura a instituciones privadas y particulares para participar en la realización de los trabajos preparatorios de cualquier instrumento de derecho comercial, lejos de ser criticable, debería alentarse y extenderse, de modo tal que todas las instituciones, públicas y privadas (lo mismo que especialistas de reconocida solvencia), sean bienvenidas en caso de manifestar su intención de realizar estudios, proyectos y foros de discusión, que puedan contribuir al desarrollo y optimización del derecho que elabora la organización en cuestión. Eso permitiría conseguir una privatización más democrática y descentralizada, lo que suele hacer más eficiente cualquier proceso privatizador.



El debate sobre el Derecho No Estatal y la *Lex Mercatoria*

José Antonio Moreno Rodríguez *

En el presente artículo, el profesor José Antonio Moreno desarrolla ampliamente el concepto de la llamada *Lex Mercatoria*: sus antecedentes; su fuente y su aplicación. Asimismo, establece claramente sus límites cuando surja un conflicto de leyes.

* Abogado por la Universidad Nacional de Asunción. Máster en Derecho por la Universidad de Harvard. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Paraguay y de la Comisión Mixta del Río Paraná (COMIP), así como de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) y de la AMCHAM del Perú. Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) y Secretario General de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Miembro de la "International Academy of Comparative Law". Profesor de Grado y de Postgrado en Paraguay. Profesor Visitante de la Universidad de Heidelberg en Chile. Profesor del Posgrado del CEDIC (Sao Paulo). Director Ejecutivo del Estudio Moreno Ruffinelli & Asociados.

Este artículo recoge en parte importante, con ampliaciones y adaptaciones, lo que expuse en la siguiente contribución: Moreno Rodríguez, José Antonio, "Nueva Lex Mercatoria: ¿Fantasma creado por profesores de La Sorbona?". En: *Revista de Derecho Mercantil Internacional*, Colombia, Ed. Legis, 2003.

El debate sobre el Derecho No Estatal y la *Lex Mercatoria*

I. A modo de introducción

En la Edad Media los mercaderes del continente europeo llegaron a desarrollar un régimen jurídico, mayormente consuetudinario, aplicable a sus vinculaciones de índole comercial. Esa llamada *Lex Mercatoria*, que ha llegado a calificarse de "universal", por trascender las divisiones territoriales de la época, fue luego encapsulada en las codificaciones del siglo XIX, a partir de las cuales en un importante número de países de Occidente las reglas entre comerciantes pasaron a ser mayormente locales, lo que contribuyó también al desarrollo vertiginoso del derecho internacional privado para la solución de conflictos normativos suscitados en las relaciones contractuales transfronterizas.

Sin embargo, el mecanismo resultó notoriamente inadecuado, puesto que leyes domésticas no son muchas veces aptas para regular vinculaciones internacionales, por un lado; y por otro, el mecanismo clásico de diluir el problema del derecho aplicable presenta recurrentemente terribles deficiencias. Ello ha hecho que en los últimos tiempos, y cada vez con mayor intensidad, los comerciantes, haciendo uso de la libertad para determinar el contenido de sus contratos, se sustrajeran de las regulaciones domésticas y de la "trampa" del sistema de conflicto de leyes, y fueran generando prácticas, usos o costumbres derivadas de la repetición de fórmulas contractuales e incluso de la estandarización de muchas de ellas, a veces a sugerencia de instituciones de ralgambre como la Cámara de Comercio Internacional.

Por lo demás, como el mecanismo conflictual del derecho internacional privado lleva en muchos casos a que "quien elige juez, elige derecho" —debido a la natural inclinación de juzgadores locales de aplicar sus propios sistemas y razonamientos—, para asegurarse de que su voluntad sea respetada, los mercaderes han optado masivamente por el arbitraje como mecanismo de resolución de disputas generadas por sus vinculaciones internacionales. La publicación de varios laudos arbitrales que se ha producido en décadas recientes viene contribuyendo también a que fueran uniformándose criterios sobre diversas cuestiones que se presentan en esta área.

En fin, en nuestros días renace de alguna forma un derecho consuetudinario universal como lo fue el de los mercaderes en la Edad Media, al punto incluso que organismos internacionales proponen su cristalización en cuerpos normativos como convenciones o instrumentos análogos, o bien han ensayado consolidarlo en instrumentos peculiares, como ocurre con los principios de derecho contractual del organismo intergubernamental Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), que no están destinados a ser ratificados por los países, pero que al resumir en reglas y principios las prácticas generalizadas del comercio exterior en la materia, pueden,

entre varias aplicaciones, ser adoptados por las partes como reglas en sus contratos o servir como guías a árbitros y juzgadores en lo que respecta al *status* de los usos internacionales.

El tema resulta de suma actualidad en Latinoamérica ante el cambio de la actitud tradicionalmente hostil mantenida contra el principio de la autonomía de la voluntad en vinculaciones internacionales, mutación avalada por gran parte de la doctrina, por precedentes jurisprudenciales y arbitrales, y por numerosos instrumentos internacionales y regionales que han ido entrando en vigor en tiempos recientes, con respecto a los cuales un hito histórico, incluso a nivel mundial, lo representa la llamada "Convención de México" sobre obligaciones contractuales internacionales de 1994, dictada dentro del marco de la Organización de los Estados Americanos, que da carta de ciudadanía, por así decirlo, a este nuevo derecho supranacional.

II. Conveniencia de su aplicación en transacciones internacionales

Los contratantes deben saber a qué atenerse en sus vinculaciones. Cuando desconocen el alcance del derecho foráneo, pueden verse sorprendidos con la aplicación de reglas que jamás pretendieron o esperaron. De allí lo aconsejable de que en sus transacciones las partes puedan someterse a normas comunes o uniformes, salvo—obviamente—que ellas pretendan la vigencia de reglas específicas de un sistema nacional que conocen y que resulta apropiado para el caso, como ocurre, por citar un ejemplo hipotético, cuando para complejas cuestiones de alta tecnología los contratantes adoptan como derecho aplicable el del Estado de California.

Claramente existen diversos supuestos en que resulta altamente inapropiado remitirse a derechos "nacionales"¹, como el de una transacción tan internacional que no puede verse influenciada exclusivamente por un sistema jurídico en particular, o cuando las partes expresa o implícitamente buscaron que su contrato sea gobernado por reglas jurídicas neutras, no perteneciendo a un derecho nacional específico.

Además, hay casos en que se debería evitar la aplicación de un derecho estatal, como cuando una de las partes es un Estado soberano o una entidad estatal. La otra parte evitará así quedar expuesta a los vaivenes de cambios normativos que pueda ir haciendo el Estado en cuestión, y a su vez este no quedará sujeto a otro derecho nacional sino directamente a normas aceptables internacionalmente.

A veces, la elección de las partes es equivalente a la ausencia de elección de un derecho nacional, como en un conocido caso arbitral en que se designó la legislación tanto de Alemania como a la vez de Rusia. Otras veces, es imposible encontrar dentro

¹ Ver sobre este tema en: Ruiz Abou-Nigm, Verónica, "The Lex Mercatoria and Its Current Relevance in International Commercial Arbitration". En: *Revista DeCITA, derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, Arbitraje, Febrero-2004, pp. 109-110.

del derecho nacional supuestamente aplicable una solución específica al caso. También hay precedentes en que los árbitros aplicaron el derecho transnacional o *lex mercatoria* para interpretar el derecho nacional, o para reemplazar el derecho nacional elegido por las partes con base en la teoría del orden público internacional, de la que me ocupé en el último capítulo.

Por lo demás, si bien es cierto que las partes pueden someter sus vinculaciones contractuales a una regulación detallada, conforme a la autonomía de la voluntad, al hacerlo se encuentran con enormes dificultades de barreras del lenguaje y de ausencia de una terminología jurídica uniforme a nivel internacional. Incluso la elección de un derecho doméstico no es solución satisfactoria. En ocasiones, ello ocurre debido a razones de prestigio o imperativo político, en que una parte no quiere someterse a la normativa de un país extranjero aún consciente de las limitaciones de su propio derecho. El problema es mayor aun cuando no se conoce bien la legislación extranjera o no se la desea por completo².

III. Antecedentes de la *lex mercatoria*

Ya en la Roma antigua se registran esfuerzos por alcanzar soluciones apropiadas para contiendas entre individuos situados en diferentes unidades políticas, que fueran resueltas de manera equitativa y del modo más neutral posible³, lo que ayudó incluso a la eventual consolidación del *ius gentium*, o derecho universal, con todas sus bondades aplaudidas hasta el día de hoy⁴.

Las invasiones bárbaras marcaron una regresión hacia una economía cerrada, con pocas posibilidades de interacción entre los distintos pueblos, lo que nuevamente

² Bonell, Michael, "The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Nature, Purposes and First Experiences In Practice". En línea: www.unidroit.org, Fecha de Consulta: 31/01/2011, p. 2.).

³ Arangio-Ruiz, Vicente, *Historia del Derecho Romano*, Traducción de la Segunda Edición Italiana, Editorial Reus, Madrid, 1994, pp. 174-176.

⁴ En sus orígenes, el derecho romano contemplaba rígidas reglas, apropiadas para una economía cerrada basada fuertemente en la propiedad fundaria. Más adelante, al proliferar un fluido tráfico comercial, clases de grandes capitalistas y grandes propietarios se convirtieron en órganos del comercio universal, con el intercambio entre pueblos y tesoros. La acción niveladora del comercio fue unida con una poderosa educación helénica, con lo que el ciudadano agrícola fue reemplazado por el ciudadano de mundo, o ciudadano universal. El antiguo *ius civile* se transformó, en el sentido de aquel otro derecho—el *ius gentium*—que a su lado habían conseguido tener los extranjeros para realizar su comercio, con gran facilidad de formas de contratación y maravillosa riqueza de contenido, pues pudo conciliar las exigencias de la equidad, con las ideas de la fidelidad y la buena fe, sin las cuales no es posible que exista un comercio bien desarrollado. Sohm, Rodolfo, *Historia e Instituciones del Derecho Privado Romano*, 7ª edición, Madrid, pp. 70-71.

cambia hacia comienzos del milenio, en que renace un comercio activo en el continente europeo, sobre todo en zonas cercanas al Mediterráneo.

Pues bien, la expresión *lex mercatoria*, atribuida a un autor anónimo de hacia fines del siglo XIII⁵, hacía alusión a entendimientos comunes compartidos por la comunidad mercantil de Occidente, que para entonces iba adquiriendo progresivamente un marcado carácter cosmopolita o universal debido al florecimiento del comercio transfronterizo⁶. Van consolidándose así principios, conceptos, reglas y procesos ya ampliamente reconocidos, muchas veces apartados del derecho común, como la buena fe, la validez de acuerdos informales o verbales⁷ y el énfasis en la libertad contractual, entre varios otros⁸. Ello principalmente en cuestiones jurídicas marítimas, de seguros y de bancos.

Esta *lex mercatoria* medieval no llegó a constituir un cuerpo organizado de reglas escritas, sino más bien normas consuetudinarias diversas y constantemente cambiantes, cada tanto reunidas en alguna que otra compilación⁹ como, por ejemplo, la de los usos ingleses consolidados en el *Little Red Book* de Bristol de 1280; o los *Roles de Oleron*, de hacia fines del siglo XII, que contenían en su texto los usos de las costas de Océano Atlántico; o el *Consulado del Mar*, compilado en la Barcelona del siglo XIV, que incluía los usos y costumbres de navegación mediterránea y del Golfo de Vizcaya. Los *Reglamentos de Wisby* y las *Ordenanzas Marítimas de la Hansa Teutónica* hacían lo propio con respecto al Mar Báltico, y en Italia las *Tablas de Amalfi* compilaban las sentencias del Tribunal Marítimo de aquella localidad¹⁰.

Esta forma de objetivación de los usos y costumbres medievales –y en ocasiones también de fallos o pronunciamientos que los recogían– se complementa con la

⁵ Que contribuyó en la Colección de Colfore incluida en el "Pequeño Libro Rojo de Bristol". En el referido libro rojo se transcribe un tratado de 1280 sobre *lex mercatoria* (Zimmermann, Reinhard, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2000, p. 198). En Inglaterra fue popularizada a partir del famoso tratado "Consuetudo Vel Lex Mercatoria", del inglés Gerald Malynes, publicado en 1622.

⁶ Berman, Harold J. y Felix J. Dasser, "The 'new' law merchant and the 'old': sources, content, and legitimacy". En: Carbonneau, Thomas E. *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, , Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 53.

⁷ Berman, Harold J. *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge/London, Harvard University Press, 1983, pp. 348-350.

⁸ Schlessinger, citado por Schmitthoff, en "International Business Law: A New Law Merchant, II Current Law and Social Problems", 129 en C. Cheng (ed.), Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law, 1961, p. 24.

⁹ Goode, Roy, *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*, 46 ICLQ 1, 1997, p. 5.

¹⁰ Fernández Rozas, José Carlos, *Ius Mercatorum, Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Editorial Colegios Notariales de España, 2003, pp. 31-32.

utilización de documentos estándares generados con el transcurrir del tiempo, a lo que contribuyó de manera importante la actividad de los notarios¹¹.

Por lo demás, las contiendas suscitadas entre comerciantes las resolvían por lo general ellos mismos, o alternativamente jueces mercantiles o tribunales especiales¹² como lo eran, por ejemplo, los Consulados en España, entre los que se destacaban el de Valencia, creado en 1283, el de Mallorca establecido en 1343, el de Barcelona que data de 1347 y el de Sevilla establecido en 1543. Los procedimientos ante estos tribunales consulares eran ágiles e informales, y las decisiones quedaban a cargo de comerciantes no versados en derecho¹³, caracterizados por obviar tecnicismos jurídicos, por respetar la voluntad de las partes y por la tendencia a decidir *ex aequo et bono* antes que efectuar deducciones escolásticas abstractas de textos romanos¹⁴.

En suma, caracterizaba a esta antigua *lex mercatoria*, en primer lugar, su universalismo, por tratarse de reglas consuetudinarias que trascendían fronteras, sobre todo debido al intercambio marítimo de los últimos tiempos del medioevo. Segundo, fue propia del derecho mercantil de entonces la progresiva estandarización de los acuerdos, sobre todo por la actividad de los notarios públicos¹⁵. Por último, distinguía a la *lex mercatoria* su mecanismo particular de resolución de conflictos, consistente en juzgamientos por tribunales especiales, usualmente integrados por comerciantes, reconociéndose la libertad contractual, la supresión de tecnicismos jurídicos y la potestad de decidir "*ex aequo et bono*".

Puede hablarse de tres épocas de la *lex mercatoria* en el continente europeo: en la Edad Media, la del derecho consuetudinario mercantil; desde el siglo XVI, la de su tratamiento científico por parte de la doctrina; y desde mediados del siglo XVII una fase de particularización de la *lex mercatoria* que culmina con la adopción de Códigos de Comercio en distintos Estados¹⁶.

Con respecto a esto último, cuando Colbert –propulsor de las célebres ordenanzas francesas que precedieron a la codificación en la Francia del siglo XIX– preguntó a Voltaire cómo debería ser promocionado el comercio internacional por la legislación estatal, los comerciantes respondieron con la célebre frase de "*laissez faire et laissez passer*"¹⁷. Sin embargo, a partir del siglo XIX, se produce la nacionalización de la *lex mercatoria*, expresándose en Códigos de Comercio "nacionales", lo que llevó al

¹¹ H. Berman (nota 34), p. 341.

¹² H. Berman (nota 34), p. 346.

¹³ J. C. Fernández Rozas (nota 37), p. 30.

¹⁴ Schlessinger, citado por Schmitthoff (nota 35), p. 24.

¹⁵ Ver: *International Business Law: A New Law Merchant, II Current Law and Social Problems*, 129, 1961, en C. Cheng (ed.), Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law, p. 23.

¹⁶ R. Zimmermann (nota 32), p. 198.

¹⁷ F. Visher (nota 23), p. 135.

peculiar desarrollo el derecho internacional privado “conflictualista” para la selección del derecho aplicable en transacciones transfronterizas.

Cambia, pues, entonces la coyuntura del derecho mercantil occidental. Ahora la elección del derecho, según el mecanismo “conflictualista”, supone optar entre una diversidad de sistemas. Antes, cuando había un sentido de unidad –como ocurría con la *lex mercatoria*–, no existía necesidad de dicha elección¹⁸. De allí la afirmación de Maitland de que la *lex mercatoria* constituía el derecho internacional privado de la Edad Media¹⁹.

El nacionalismo del siglo XIX lleva, además, a la “estatización” de mecanismos de resolución de conflictos, a cargo ahora de jueces nacionales, muchas veces no adecuadamente preparados para resolver contiendas de índole comercial de manera satisfactoria.

IV. Surgimiento de la teoría de la nueva *lex mercatoria*

La *lex mercatoria* renace en tiempos recientes, ahora –al menos en un primer estadio– como teoría. Ello puede remontarse a Edouard Lambert en las primeras décadas del siglo XX²⁰, y a partir de la segunda mitad del siglo a Phillip Jessup²¹, Rudolf Schlessinger, Clive Schmitthoff y Berthold Goldman²², a pesar de que recae en este último²³ y en otros juristas franceses que lo siguieron, entre los que resaltan René

¹⁸ Como lo expresa Kahn-Freund, en su momento se contaba con cuatro elementos unificadores: el derecho romano, el derecho canónico de la Iglesia Católica, el common law inglés y la *lex mercatoria*. Se entendía que estos tenían autoridad propia como fuente de derechos, sin necesidad de reconocimiento por los Estados en cuyos tribunales se aplicaban. Los conflictos de leyes empezaron cuando las leyes (statuta) o costumbres locales (consuetudines) introdujeron fuentes de diversidad en un mundo dominado por la fuente unificadora del derecho romano, del derecho inglés y, hasta más importante, el derecho de la Iglesia. De allí que fueran problemas centrales de conflictos de leyes los de propiedad familiar (y no el derecho de familia en general) y sucesiones. El matrimonio y todo lo demás estaban regidos uniformemente por el derecho de la Iglesia. La tierra guardaba relación con los mandatos del Señor Feudal. Y el derecho comercial (*lex mercatoria*) se circunscribía a los mercados (Kahn-Freund, O., *General Problems of Private International Law*, A.W. Sijthoff – Leyden, 1974, pp. 184-186).

¹⁹ Citado por F. K. Juenger (nota 5), p. 144.

²⁰ Dalhuisen afirma que el holandés Jitta (1854-1924) ya hablaba de una renacida *lex mercatoria* en sus escritos (Dalhuisen, Jan, *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*, Portland, Hart Publishing, 2000, p. 121).

²¹ Zumbansen resalta particularmente el trabajo de Jessup en 1956 (Zumbansen, Peer, “Transnational law”. En: *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham y Massachusetts, 2006, p. 738).

²² De Ly, Filip, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Netherlands, Elsevier Science Publishers B.V., 1992, pp. 208 y siguientes.

²³ Sobre todo a partir de la obra de Berthold Goldman, “Frontières du droit et *lex mercatoria*”. En: *Archives de philosophie du droit*, 1964, pp. 184 y siguientes.

David y Philippe Fouchard, el reconocimiento de la inserción del tema en los debates contemporáneos. Juenger opina que el movimiento tuvo particular fuerza en Francia quizás por el reconocimiento temprano de la Corte de Casación del peculiar carácter de los contratos internacionales, lo cual llevó a que la doctrina gala escribiera sobre el renacimiento del derecho cosmopolita de comerciantes²⁴.

Lo concreto es que en las últimas décadas del siglo XX²⁵, Goldman y otros renombrados juristas empezaron a utilizar profusamente los términos *lex mercatoria* o *nueva lex mercatoria*, en alusión al renacimiento de un derecho tan universal como el de los mercaderes medievales²⁶, no solo porque regula las relaciones entre comerciantes, sino porque resulta mayormente creación de ellos mismos y no de autoridades públicas investidas de soberanía²⁷.

En efecto, hoy día ocurre con mayor evidencia el fenómeno que, sin mediación de los Estados, se originan normas para regular uniformemente relaciones mercantiles más allá de unidades políticas territoriales, dentro de la órbita de los mercados que no tienen fronteras, proceso que se ha acentuado en años recientes con la llamada “globalización”, término que –dejando de lado los embates ideológicos de los que ha sido objeto– alude a la innegable y creciente dilución física y virtual de fronteras en el mundo, consecuencia de varios fenómenos como el avance en las comunicaciones y los transportes y la progresiva eliminación de barreras jurídicas y de diversa índole, con un importante incremento del flujo de la actividad comercial transfronteriza²⁸.

²⁴ Juenger, Friedrich, “Contract Choice of Law of the Americas”. En: *American Journal of Comparative Law*, Winter, 1997 (45 Am. J. Comp. L. 195), p. 203.

²⁵ Lord Mustill refiere que la discusión sistemática del concepto aflora a partir de comienzos de los años 1960. De allí que en su artículo del año 1987 figure como parte del título “Los primeros veinticinco años” (Mustill, L. J., “The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years”. En: *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 150).

²⁶ Se ha dicho que es antecesora a esta doctrina el *ius gentium* romano (ver: Rubino-Santamaría, M., *International Arbitration and Practice*, Kluwer Law International, La Haya, Londres, Boston, 2001, p. 439).

²⁷ Ver: Perdón Meléndez, M. A., en D. Morán Bovio (Coordinador), *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999, p. 235.

²⁸ Refiere Galgano que la sociedad global tiene su propio lenguaje (el inglés) y un derecho propio, al que se ha dado el nombre de nueva *lex mercatoria*, formado directamente por la clase empresarial, sin intervención política alguna por parte de los Estados; esta *lex* tiene como carácter distintivo la tendencia hacia la uniformidad internacional (Galgano, Francesco, *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Editorial Fundación Cultural del Notariado, Madrid, España, 2000, p. 13). Kasirer, sin embargo, niega que el inglés sea la única alternativa como lingua franca para la *lex mercatoria*. Ello en un artículo muy interesante sobre el lenguaje, la ley y el derecho comparado (Kasirer, Nicholas, “Lexicographie mercatoria”. En: *American Journal of Comparative Law*, Fall, 1999 (47 Am. J. Comp. L. 653), pp. 654 y siguientes). La Sentencia de la Cassazione italiana habla de un

La globalización –destaca Dalhuisen– ha hecho retroceder el impacto de restricciones locales en cruces transfronterizos de talentos, bienes, servicios, pagos y capitales y ha resultado en una forma significativa de liberalización que deja de lado también limitaciones indebidas impuestas por leyes domésticas. Da amplio espacio a la formación espontánea del derecho a un nivel transnacional que lleva a una forma de privatización del derecho comercial moderno con un régimen jurídico propio, manifestado fundamentalmente en el comercio y las finanzas. Los temas centrales del derecho privado deben ser revisados dentro de este ambiente transnacionalizado²⁹.

En definitiva, el escenario actual está marcado por una vuelta al universalismo, debido a varios factores. Uno, el ya referido de la globalización o mundialización. Otro, la incidencia a este respecto de los procesos mundiales, regionales y locales –a ser referidos en el capítulo siguiente– de homogeneización normativa, como los propiciados por UNCITRAL, UNIDROIT, o los bloques regionales e incluso la armonización espontánea mediante la adopción de normativa local siguiendo modelos prestigiosos. Además, se registra cada vez más la estandarización de prácticas internacionales a instancias de instituciones privadas, como las Cámaras de Comercio, las Asociaciones o los Institutos de Derecho. También se encuentra en desarrollo un nuevo derecho internacional privado que supera el conflictualismo clásico, a través de un amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de la utilización de técnicas de derecho uniforme, según lo describí en el capítulo primero. Por último, se registra una “desestatización” de la resolución de conflictos a través del arbitraje, desarrollado mayormente dentro de una “atmósfera cosmopolita”.

V. Idea

Un laudo arbitral ha caracterizado a la *lex mercatoria* como “el conjunto de normas de comercio internacional que se han desarrollado con la práctica y han sido reafirmadas por los tribunales nacionales”³⁰. Expongo en otro capítulo distintas aplicaciones que han hecho los árbitros de esta noción en la praxis.

En el plano teórico, no existe coincidencia sobre el alcance de la idea de la *lex mercatoria*³¹. Algunos la consideran un orden jurídico autónomo, independiente a los sistemas jurídicos nacionales, creado espontánea y paulatinamente por quienes se encuentran envueltos en relaciones económicas internacionales, consistente en usos y

²⁹ “ordenamiento jurídico”, separado de ordenamientos estatales, como expresión de la sociedad mercantil (F. Galgano (nota 55), p. 14).

³⁰ J. H. Dalhuisen (nota 47), p. 5.

³¹ Arbitration and Mediation Centre of Paris, laudo N° 9246, XXII Yearbook Comm. Arb. (1997), 28 (31).

³² Las distintas acepciones las resaltan, por ejemplo, en el contexto arbitral, L. Craig / W. Park / J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, Oceana Publications, 2000, pp. 623 y siguientes.

costumbres internacionales, precedentes arbitrales y principios como los de derecho contractual de UNIDROIT, entre otros³².

Como lo señala Born, esta es la acepción más ambiciosa³³. Sin embargo, amén de que sus contornos no pueden ser precisados, y considerando que no existen organismos como, por ejemplo, una Corte Internacional de Comercio o algo parecido, este enfoque desatiende cuanto admiten los propios defensores de la *lex mercatoria*, que importantes cuestiones se encuentran reservadas a la órbita de los derechos nacionales, como las relativas al consentimiento y sus vicios, a la capacidad, e incluso a temas extracontractuales conexos³⁴.

Otra posición identifica la nueva *lex mercatoria* como un cuerpo de reglas sustantivas o de fondo, principalmente derivadas de laudos arbitrales y convenciones internacionales³⁵, suficiente para decidir una disputa, que operan como alternativa a los derechos nacionales que resultarían aplicables conforme al mecanismo conflictual del derecho internacional privado³⁶.

Desde otra óptica más restrictiva, se concibe la nueva *lex mercatoria* como un simple complemento al derecho aplicable, considerándose nada más que una gradual consolidación de los usos y las expectativas establecidas en el comercio internacional, ya sea en cuanto a sus principios generales, ya sea con relación a categorías específicas de transacciones³⁷. Tal constituye el sentido asignado a la expresión por Goldman³⁸, a quien se reconoce pionero en la doctrina sobre este tema.

³² Schmitthoff concibe la nueva *lex mercatoria* como un cuerpo autónomo del derecho, que rige independientemente a cualquier sistema doméstico, sólo restringida por cuestiones de soberanía y orden público. Sostiene que este cuerpo autónomo emerge en larga medida independiente a sistemas nacionales, fundado en principios gemelos de la libertad contractual y el reconocimiento de fallos arbitrales, suplementados por normativa internacional relativa a tópicos específicos (Schmitthoff (nota 35), pp. 32-36).

³³ Born, Gary, *International Commercial Arbitration, Commentary and Materials*, Second Edition, Transnational Publishers Inc. and Kluwer Law International, p. 556.

³⁴ L. Craig / W. Park / J. Paulsson (nota 58), pp. 626-629.

³⁵ Ver en G. B. Born (nota 60), p. 556.

³⁶ Ver en H. J. Berman / F. J. Dasser (nota 33), pp. 53 y ss.

³⁷ A esta última acepción se adhieren los respetados autores en materia arbitral internacional Craig, Park y Paulsson como de significación práctica hoy día (L. Craig / W. Park / J. Paulsson (nota 58), p. 633). No ha ganado mayores adeptos posiciones como la de Lew, que han asimilado la *lex mercatoria* con el arbitraje de amigable composición (*ex aequo et bono* o *amiable composition*), en que el árbitro tiene la discreción de arribar a un resultado justo y equitativo (ver G.B. Born (nota 60), p. 556).

³⁸ Ver: B. Goldman (nota 50), p. 21. Grandino Rodas hace también alusión a Niboyet (ver: Grandino Rodas, João, “Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente As Obrigações Contratuais”. En: *Contratos Internacionais*, 3ª edición, Editora Revsta dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 21).

VI. Una advertencia terminológica

La terminología alusiva a la nueva *lex mercatoria* es caótica. En las primeras décadas del siglo XX Lambert utilizaba la expresión "derecho corporativo Internacional" (*droit corporatif international*). Jessup en su obra *Transnational Law*, de 1956, parece haber sido el primero en poner en circulación la expresión "derecho trasnacional", con la que se pretende superar la división tradicional entre el aspecto público y privado de las relaciones internacionales³⁹. Esta terminología subsiste en tiempos actuales⁴⁰. Incluso en la esfera del arbitraje, en que por ejemplo, Redfern y Hunter⁴¹ y Fouchard, Gaillard y Goldman hablan de "transnational rules"⁴². Como variante, De Ly propone utilizar la expresión "derecho comercial transnacional" (*transnational business law*) por ser más específica en su alusión al comercio⁴³.

También se habla de un "derecho a-nacional"⁴⁴, en tanto que los Principios UNIDROIT de derecho contractual utilizan la palabra "supranacional". Así lo hace también un importante Informe del Instituto de Derecho Internacional⁴⁵ y doctrinarios como, por ejemplo, el renombrado jurista francés Audit⁴⁶. Señala Gonzalo Quiroga que "anacionalidad" y "transnacionalidad" son términos intercambiables con "supranacionalidad", aunque a las primeras nociones se le atribuye un significado más

³⁹ Ver: Rigaux, F., *Derecho Internacional Privado*, Parte General, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1985, p. 81.

⁴⁰ Modernamente la utilizan autores como Goode (R. Goode (nota 36), p. 2), (Watt, H.M., "New Challenges in Public and Private International Legal Theory: Can Comparative Scholarship Help?", En: M. Van Hoelcke, Editor, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, p. 277), Loussouarn, Bouriel y Vareilles Sommières –quienes también aluden a un "orden superior" (Y. Loussouarn / P. Bouriel / P. de Vareilles-Sommières, *Droit International privé*, 8e édition, Éditions Dalloz, 2004, p. 3), entre varios otros –. Dalhuisen –como término equivalente a la expresión *lex mercatoria*. J. H. Dalhuisen (nota 47), p. 125.

⁴¹ A. Redfern / M. Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Third Edition, London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 2. En el ámbito arbitral, señala Mantilla-Serrano que "transnacional" –más allá de naciones– implica algo distinto de "International" –entre naciones (Mantilla-Serrano, F., "Towards a Transnational Procedural Public Policy". En: *Arbitration International*, Vol. 20 Nº 4, p. 335).

⁴² E. Gaillard / J. Savage (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, pp. 801 y siguientes.

⁴³ Puesto que "derecho transnacional" es mucho más que lo atinente a lo mercantil (F. De Ly (nota 49), p. 8).

⁴⁴ Término atribuido a Fouchard (L. J. Mustill (nota 52), p. 151, nota al pie).

⁴⁵ International Law Association, London Conference (2000), Committee on International Commercial Arbitration, Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards (accessible en: www.ila-hq.org), p. 18.

⁴⁶ B. Audit (nota 4), p. 2. También el mexicano J.A. Goddard, *Contratación Internacional*, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, México, 1998.

intangibles y metafísicos. No obstante –agrega–, el término "transnacional" es el mayoritariamente utilizado por la doctrina y la práctica internacionales⁴⁷.

Berman, por su parte, emplea la expresión "world law" (derecho mundial)⁴⁸. El problema con esto es que, como bien lo advierte Landò, la *lex mercatoria* puede no necesariamente ser la misma en todo el mundo. El juzgador que la aplique tenderá a confinar sus investigaciones hacia los sistemas jurídicos conectados con la materia de la disputa. Cuando hay reglas comunes o que lleven al mismo resultado, el juzgador puede tender a seguir el fondo común (*common core*) de estos derechos, aunque otros sistemas provean una solución distinta⁴⁹.

Algunos resaltan que la *lex mercatoria* no es universal: sólo representa el punto de vista de juristas y árbitros de Occidente, y su formulación se encuentra acorde con sus prácticas y usos (se utiliza la palabra "eurocentric")⁵⁰. Por ello se habla de una "micro" *lex mercatoria*, en contraposición de una "macro" de todos o casi todos los Estados envueltos en el comercio internacional⁵¹.

Illescas y Perales Viscasillas, por su parte, en vez de utilizar expresiones como *lex mercatoria*, derecho mercantil internacional, derecho comercial internacional o derecho

⁴⁷ Gonzalo Quiroga, M., *Orden Público y Arbitraje Internacional en el Marco de la Globalización Comercial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, p. 71 (nota al pie).

⁴⁸ Berman, H. J., "Is Conflict-of-Laws Becoming Passe?, An Historical Response". En: *Emory University School of Law, Public Law & Legal Research Paper Series*, Research Paper Nº 05-42, <http://papers.ssrn.com/abstract=870455>.

⁴⁹ O. Landò (nota 11), p. 750.

⁵⁰ Manluzaman, Abul F. M., "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration". En: *Am. U. Int'l L. Rev.* 657, Vol. 14, p. 13. Glenn por su parte alude a la nueva *lex mercatoria* como un "localismo globalizado" ("globalized localism"). Glenn, H. P., *Legal Traditions of the World*, Second Edition, Oxford University Press, Nueva York, 2004, nota al pie, p. 260.

⁵¹ Mustill emplea la expresión "macro *lex mercatoria*" para aludir a la doctrina de quienes la consideran un régimen jurídico común a todos o casi todos los Estados envueltos en el comercio internacional (algo así como una *lex universalis*). Sin embargo, esta posición –refiere Mustill– desatiende la base intelectual de la doctrina, construida en torno a la presunta intención de las partes en sus respectivos contratos individuales, no pudiendo admitirse que ellas conocían o comprendían el derecho de otros Estados. Por lo demás, cuando existen diferentes soluciones jurídicas, es muy difícil decir cuál es la aplicada por la mayoría de los Estados. Ello indica que, evidentemente, el concepto aritmético aquí no funciona. De allí que haya evolucionado una doctrina, a la que Mustill alude como "micro" *lex mercatoria*, conforme a la cual dicha expresión alude a la ley de los comerciantes generada con referencia al contrato individual. Así entendida, la *lex mercatoria* no tendría que ser la misma en todo el mundo, y el juzgador solo debería confinar sus investigaciones a los derechos conectados con la materia de disputa. Al emerger la regla jurídica en cada ocasión, esta acepción –refiere Mustill– no coincide con la que pretende la aplicabilidad universal de la *lex mercatoria* (L. J. Mustill (nota 52), pp. 156-157).

del comercio Internacional, se inclinan por adoptar —por considerarla más adecuada— la terminología de Derecho uniforme del comercio internacional⁵².

Por lo demás, la expresión *lex mercatoria* resulta imprecisa, puesto que, como se ha hecho notar, no subraya el carácter internacional de este "derecho", amén de que la palabra "*lex*" queda muy estrecha ante el carácter fuertemente consuetudinario y la pluralidad de fuentes a la que se recurre en la materia⁵³.

Algunos prefieren hablar de *principia mercatoria* antes que de *lex mercatoria*⁵⁴. De hecho, hay quienes sostienen que la nueva *lex mercatoria* no consiste sino en doctrinas ampliadas de varios principios⁵⁵, como el *pacta sunt servanda* (o los pactos son para ser cumplidos); el *rebus sic stantibus* (o excesiva onerosidad sobreviviente que admite la revisión del contrato); la buena fe; el principio de conservación (cuando existan dudas sobre la validez o invalidez del acto); etcétera⁵⁶.

Debido a que distintas áreas cuentan con un alto desarrollo de principios y usos propios, se habla incluso de subespecies de *lex mercatoria*, como *lex constructorum*, *lex petróleos*⁵⁷, *lex electrónica*, *lex marítima*, *lex arbitralis*⁵⁸, *lex informática*⁵⁹, *lex mediática* en alusión a creaciones intelectuales a nivel Internacional⁶⁰, *lex sportiva*⁶¹, etcétera.

⁵² R. Illescas Ortiz / P. Perales Viscasillas, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003, pp. 28 y ss.

⁵³ F. De Ly (nota 49), p. 207.

⁵⁴ A. F. M. Manruzzaman (nota 77), p. 17.

⁵⁵ Ver referencia en H. J. Berman / F. J. Dasser (nota 33), p. 59. Conforme a cierta doctrina los principios generales se aplican a contratos estatales, no así la *lex mercatoria* (A. F. M. Manruzzaman (nota 77), pp. 676-677).

⁵⁶ Ver: L. J. Mustill (nota 52), p. 174.

⁵⁷ De Jesús O., A., "The Prodigious Story of the Lex Petrolea and the Rhinoceros. Philosophical Aspects of the Transnational Legal Order of the Petroleum Society". En: *TPLI Series on Transnational Petroleum Law*, Vol. 1, Nº 1, 2012. www.lexpetrolea.org

⁵⁸ Carbonneau habla de una "lex mercatoria arbitralis" (Carbonneau, T., "A Definition and Perspective Upon the Lex Mercatoria Debate". En: *Lex Mercatoria and Arbitration, a Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Thomas E. Carbonneau, Editor, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 13). Cuando los árbitros aplican una acomodación entre varios sistemas nacionales de reglas, se alude muchas a la *lex mercatoria arbitralis* (Smit, H., "Proper Choice of Law and the Lex Mercatoria Arbitralis". En: *Lex Mercatoria and Arbitration, a Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Thomas E. Carbonneau, Editor, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 96).

⁵⁹ Lorenzetti, por ejemplo, se refiere a una *lex informática*, autoreferente y adaptada a las necesidades de dicho medio (Lorenzetti, R., *Comercio Electrónico*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 39).

⁶⁰ En la medida en que los nuevos tipos de obras como el software poseen naturaleza digital y su contratación y explotación pueden llevarse a cabo por medios electrónicos se habla de otra manifestación particular de la *lex mercatoria*: la *lex electrónica*, compuesta por los usos y costumbres de la contratación electrónica (p. 322). (López-Tarruella

Actualmente se encuentran muy en boga las expresiones en inglés *soft law*, o derecho de génesis no-estatal, y su contrapartida *hard law*, que sí tiene dicho origen⁶². El *soft law*, concepto prestado del derecho internacional público, incluye recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta y principios que, sin poder de vinculación directa, inciden tanto en el desarrollo legislativo como en la actuación judicial⁶³. Su influencia depende de su calidad, del prestigio de los individuos que los han preparado y de las instituciones que los patrocinan y del vigor con que son promovidos⁶⁴. Al aludirse como *soft law* a la *lex mercatoria*, que reviste en buena parte idénticos caracteres, se descomprime la resistencia generada de por sí por esta última expresión que ha sido muy manoseada y hasta estigmatizada.

La frase *lex mercatoria* ha sido asimismo empleada de modo intercambiable con las expresiones "principios generales de derecho comercial internacional" o "reglas transnacionales de derecho". También se la ha identificado con los "usos comerciales", aunque Derains y Schartz, por ejemplo, señalan que son cosas distintas⁶⁵. De este tema me ocupo puntualmente en un capítulo posterior.

En suma, gran parte de los términos antedichos (derecho supranacional, derecho transnacional, usos internacionales, principios generales, etcétera) son empleados en alusión a las soluciones sustantivas o de fondo que, como alternativa al sistema conflictualista del derecho internacional privado, se genera en la praxis de los comerciantes⁶⁶, ya sea por su utilización constante en formularios estándares, ya sea

Martínez, A., *Contratos Internacionales de Software*, Editorial Tirant Lo Blanc, Valencia, 2006, pp. 327-328).

⁶¹ Así, el Laudo arbitral Nº 2002/A/593, de la Court of Arbitration for Sport (CAS), que en el caso Football Association of Wales (FAW) v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA) habla de la regla contra preferentem como un principio general de la *lex sportiva*.

⁶² A este respecto, según Joseph Gold, hay casi tantas definiciones como autores se han ocupado del tema. Según él, *soft law* expresa una preferencia y no una obligación de los Estados para actuar o abstenerse de actuar de una manera determinada. En tanto que *hard law* o "firm" law es una obligación de los Estados, cuya violación los hace responsables de la sanción o penalidad que ella pudiera acarrear (Ver artículo de Crawford Lichtenstein, Cynthia, "Hard Law v. Soft Law". En: *The International Lawyer*, Vol. 35, Nº 4, pp. 1433-1434).

⁶³ J. C. Fernández Rozas (nota 37), p. 188.

⁶⁴ Goode, R., "International Restatements of Contract and English Contract Law 1997-1". En: *Uniform Law Rev* 231, p. 234.

⁶⁵ Y. Derains / E. A. Schwartz, *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, México, D.F., Oxford University Press, 2001, p. 268.

⁶⁶ Por ello, sostiene Borchers que la nueva *lex mercatoria* constituye la consagración del enfoque sustantivo en materia de derecho internacional de los contratos. Borchers, P. J., *The Triumph of Substance Over Rules of Choice in International Commercial Transactions: From the Lex Mercatoria to Modern Standards, an Introduction to Transnational Legal Transactions*, Eds. Marilyn J. Raisch and Roberta I. Shaffer, Oceana Publications Inc., New York, London, Rome, 1995, pp. 150-151.

por usos y prácticas repetidas, ya sea por su cristalización en cuerpos normativos de origen no estatal, como lo son en materia contractual los Principios UNIDROIT.

VII. La expresión "normas de derecho" como equivalente a *lex mercatoria*

Ante la gran disparidad terminológica existente en esta materia, los Principios de La Haya optaron por acudir a la expresión "*rules of law*" o "normas de derecho", con el deliberado objetivo de beneficiarse del gran desarrollo doctrinario, jurisprudencial y normativo que se ha producido en torno a ella a partir de su adopción en el mundo arbitral⁶⁷.

La expresión "normas de derecho" se entiende más amplia que el término "ley", y permite a las partes designar como aplicable a su caso las reglas de más de un sistema jurídico, incluyendo las que pudieron haber sido elaboradas en un plano internacional⁶⁸. La ley modelo de UNCITRAL de 1985, reformada en 2006, adoptó la expresión en su art. 28⁶⁹.

Hasta su inclusión en la ley modelo, la expresión "normas de derecho" solo había sido utilizada en el artículo 42 del Convenio de Washington de 1965 relativo a disputas de inversiones y en las leyes de arbitraje de Francia y Djibouti⁷⁰. La fórmula también había sido incluida en el art. 33 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL de 1976 —y

⁶⁷ Esto me consta personalmente por haber participado en su momento en las deliberaciones sobre este tema. Ver también en la Versión Consolidada, pp. 15 y 16, en http://www.hoch.net/upload/wop/contracts_2012pdf01s.pdf (último acceso: 31 de mayo de 2013). Sobre el tema arbitral, ver en Y. Derains, *The ICC Arbitral Process*. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration, p. 14.

⁶⁸ Cuando se debatía el texto de la ley modelo de arbitraje de UNCITRAL, decía en las deliberaciones Bonell: "... se debe permitir a las partes desnacionalizar la controversia, indicando como base para su solución normas y principios de una naturaleza diferente, tomadas por ejemplo, de los instrumentos internacionales, sean o no ejecutables, observando los usos comerciales y los principios o reglas comunes a los sistemas jurídicos nacionales de ambas partes...". *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade*, 1985, Volume XVI, p. 487, párrafo 8.

⁶⁹ El comentario de UNCITRAL al artículo 28 de la ley modelo expresa que al hacer referencia a la elección de las "normas de derecho" y no a la "ley", la ley modelo brinda a las partes una gama de opciones más amplia en lo tocante a la indicación de la ley aplicable al fondo del litigio, por cuanto aquellas pueden, por ejemplo, elegir de común acuerdo normas de derecho elaboradas por un organismo internacional pero no incorporadas aún a ningún ordenamiento jurídico nacional. A su vez, se señala en los Principios Europeos de Derecho Contractual: "La expresión 'normas de derecho' del art. 28(1) de la ley modelo supone que las partes pueden escoger la *lex mercatoria* para regir su contrato (Nolas, art. 1:101 PECL, comentario 3, a)".

⁷⁰ Documento A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1.

mantenida en el actual art. 35 del Reglamento de 2010⁷¹-, y a su vez ha sido adoptada por varios reglamentos arbitrales.

La referida expresión lleva a consecuencias fecundísimas en lo que respecta a la aplicabilidad del derecho transnacional, principios aceptables por organismos internacionales o *lex mercatoria* en el contexto arbitral. Ello surge de los trabajos preparatorios de UNCITRAL⁷². Así también, tanto el comentario oficial inglés como el texto explicativo holandés a las leyes de arbitrajes de estos países consignan el entendimiento de que la *lex mercatoria* queda comprendida en la expresión "normas de derecho"⁷³. Y así se viene reconociendo en la praxis arbitral.

VIII. El debate teórico sobre la *lex mercatoria*

La *nueva lex mercatoria* genera encendidos debates en el plano teórico. Algunos han llegado a afirmar lisa y llanamente que la teoría elaborada en torno a estos términos no existe⁷⁴, al punto que se la ha llegado a calificar como un "fantasma creado por profesores de la Sorbona"⁷⁵, en alusión a los académicos franceses —encabezados por Goldman— que proporcionaron a partir de los años sesenta del siglo pasado una base intelectual a la tesis.

⁷¹ En un conocido trabajo preparatorio elaborado en su momento para la Secretaría de la CNUDMI, expresan Paulsson y Petrochilos que unos cuantos ajustes menores fueron recomendados para el actual artículo 35 del reglamento con relación al anterior, fundamentalmente para asegurar consistencia con el artículo 1(1) y el artículo 28(1) de la ley modelo. *Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, a Report by Jan Paulsson & Georgios Petrochilos, Commissioned by the UNCITRAL Secretariat, Draft for Comments*, 31 March 2006. Las discusiones al respecto están reflejadas en los documentos A/CN.9/614, paras. 122-124; A/CN.9/641, paras. 106-113 y A/CN.9/684, paras. 91-100. Ver en J.A. Moreno Rodríguez, "Comentario al artículo 35" en: *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010*, Anotado y Comentado, P. Perales Viscasillas / I. Torterola, Editorial Legis, Buenos Aires, 2011.

⁷² En el Informe del Grupo de Trabajo, 18ª reunión, marzo de 1985 (A/CN.9/264, pp. 60-63), se expresa con respecto al Art. 28: La disposición del párrafo (1) reconoce la garantía del principio de autonomía de las partes. Además, reconoce que la libertad de elegir "normas de derecho" y no simplemente una "ley", lo que podría entenderse como una referencia al sistema jurídico de un Estado determinado solamente, por lo tanto, las partes tienen una amplia gama de opciones, permitiéndose así designar como aplicable a sus normas de casos de más de un sistema jurídico, incluidas las normas de derecho que han sido elaboradas a nivel internacional.

⁷³ El texto en inglés puede encontrarse en el sitio http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_part1_og_II.htm; el reporte explicativo holandés (Documento N° 18464) se encuentra citado por F. De Ly (nota 49), p. 250.

⁷⁴ Mann, citado por B. Goldman (nota 50), en T. E. Carbonneau, Editor, *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. xix.

⁷⁵ Ver: Teubner, G., "Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems". En: *American Journal of Comparative Law*, Winter, 1997 (45 Am. J. Comp. L. 149), p. 151.

Se reconoce al internacionalista Mann como la voz preponderante en doctrina que, en debate y franca oposición con Goldman y sus seguidores, cuestiona la existencia de una supuesta *lex mercatoria*, la que, señala, no es sino una excusa para una desautorizada sustitución de las preferencias personales del juzgador antes que recurrir propiamente al derecho aplicable⁷⁶. Sostiene Mann que cuando las partes han acordado, expresa o implícitamente, con respecto al derecho aplicable, o cuando el contrato tiene clara conexión con un sistema jurídico en particular, resulta inconcebible pretender, en todo o en parte, la aplicación de uno diferente, o de la llamada *lex mercatoria*, cualquiera fuera la concepción que se tenga de esta. Sería una grave violación al deber (*breach of duty*) de quienes pretenden administrar justicia que puedan dejar de lado las instrucciones de las partes. De allí que Mann discrepe absolutamente con quienes admiten excepciones cuando la regla elegida no resulte apta para el comercio internacional. Los juzgadores no pueden, bajo circunstancia alguna, dejar sin efecto cuanto las partes pretendieron, o el punto de vista del legislador a cuyo derecho sujetaron su contrato, y consecuentemente arrogarse, ellos mismos, una función decisoria totalmente subjetiva⁷⁷.

Suele citarse además como detractores de la teoría a Mezger, Delaume, Kassir, Highet y Mustill, quien la calificó como un *non-subject* (no materia)⁷⁸. Hay quien dijo que la *lex mercatoria* es como un "Monstruo del Lago Ness" ocasionalmente en los titulares por supuestamente haber sido visto —como ocurre cuando algún laudo o fallo menciona a la *lex mercatoria*—, pero en definitiva no existente⁷⁹. Juristas ingleses han legado a hacer referencia a la *lex mercatoria* como un *wicked misnomer* (algo así como un pésimo calificativo) o una contradicción en términos⁸⁰, y se han mostrado en principio hostiles a la *lex mercatoria*.

Lowenfeld lo atribuye a una concepción que admite en Inglaterra, más ampliamente que otros sistemas, la revisión judicial del trabajo de los árbitros, lo cual, sin embargo, se ha venido relajando últimamente⁸¹. Además, ha tenido mucho peso el escéptico artículo escrito por el renombrado jurista inglés Lord Mustill en 1987 sobre la *lex mercatoria*, quien —además de suscitar muchas dudas— decla que se encuentran

⁷⁶ Mann, citando a Park, en *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant, Revised Edition*, T.E. Carbonneau, Editor, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, Introduction, p. 25.

⁷⁷ Mann (nota 103), p.23. La concepción teórica del derecho conocida como "positivista" solo acepta la vigencia de reglas jurídicas a partir de su origen estatal. Un provocativo enfoque moderno de este tema puede encontrarse en el artículo de G. Teubner (nota 102).

⁷⁸ L. J. Mustill (nota 52), p. 149.

⁷⁹ V. Ruiz Abou-Nigm (nota 2), p. 105, nota al pie.

⁸⁰ Lowenfeld, A. F., "Lex Mercatoria: An Arbitrator's View — Special Supplement 2002". En: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, p. 72.

⁸¹ A. F. Lowenfeld (nota 107), pp. 72-73.

ausentes del debate, el comerciante y su asesor práctico⁸², haciendo notar además que Malynes, el primer autor inglés en escribir un tratado sobre la *lex mercatoria*, allá por el siglo XVII, era un comerciante⁸³.

El recelo con el que Mustill se pronuncia hacia la *lex mercatoria* hace que sea considerado un fuerte oponente de la teoría. Sin embargo, opina Goldman que, cuidadosamente leído, puede concluirse que el prominente juez y académico inglés no niega su existencia, sino meramente señala su pobre contenido, dificultosa accesibilidad y carencia de predecibilidad⁸⁴. Se ha destacado que el principal mérito del trabajo de Mustill ha sido la demostración de la cantidad de conceptos que habían sido oscurecidos en gran parte de la literatura previa⁸⁵. Por lo demás, mucho cambió desde el artículo de Mustill. Señala Ruiz Abou-Nigm que hoy incluso se reconoce que si un laudo arbitral basado en la *lex mercatoria* es hecho afuera de Inglaterra, en un país cuyo derecho reconoce la validez de estos contratos, los tribunales ingleses ejecutarán el laudo⁸⁶.

En general, los detractores aluden a los principios o reglas de la *lex mercatoria* como indefinidos, inciertos, evasivos e incluso "míticos". Desde la vereda de enfrente, Goldman se apoya en Paul Valery, para quien "mito es el nombre de todo lo que existe y subsiste teniendo meramente al lenguaje como su causa"; y sostiene que quienes no la consideran un mito, citan numerosos ejemplos de sus propias experiencias donde un principio o regla, no tomado de una ley nacional o incluso internacional en sentido clásico de derecho internacional público, ha sido aplicado por tribunales arbitrales e incluso por tribunales estatales⁸⁷.

Refiere Goldman que el derecho no está solo hecho de y para cuestiones litigiosas. Goberna, independientemente a cualquier disputa, el funcionamiento de la sociedad humana que lo engendra y lo aplica efectivamente. Con respecto a la comunidad económica internacional, estima Goldman que la *lex mercatoria* constituye tal

⁸² L. J. Mustill (nota 52), p. 149.

⁸³ L. J. Mustill (nota 52), p. 183, nota al pie. Macauley realizó un estudio sobre relaciones en los negocios en 1963, concluyendo que la perspectiva típica de refuerzo contractual, común entre los abogados, está usualmente lejos de la mentalidad del comerciante. Mitad de los contratos que evaluó ni siquiera resultaban válidos en sentido jurídico. Los hombres de negocios primariamente confían en relaciones de largo término y se valen de maneras formales e informales de asegurarse contra circunstancias inusuales que pueden frustrar el cumplimiento de obligaciones (N. Roos, "NICE Dreams and Realities of European Private Law", en M. Van Hoecke (Editor), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, p. 124).

⁸⁴ B. Goldman (nota 50), p. 20.

⁸⁵ L. Craig / W. Park / J. Paulsson (nota 58), p. 626.

⁸⁶ V. Ruiz Abou-Nigm (nota 2), p. 102.

⁸⁷ B. Goldman (nota 50), en T. E. Carbonneau (nota 103), p. 19.

derecho⁸⁸, con las siguientes características: generalidad, accesibilidad y predictibilidad. También se habla de la coercibilidad como requisito de lo jurídico –aunque al respecto quedan dudas, sobre todo en materia de derecho internacional público–. En lo que atañe a la *lex mercatoria*, un fallo aplicándola, si no se cumple espontáneamente, se ejecuta por un tribunal estatal. Y esto ha ocurrido en más de un juzgamiento francés y ha hecho lo propio el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales. Los contratos que se remitan a *lex mercatoria* no serán, como consecuencia de todo lo dicho –concluye Goldman–, contratos sin ley (*contrats sans loi*), porque los gobernarán reglas jurídicas, lo cual quiere decir que quienes las aplican no obran como amigables componedores, sin perjuicio de que estos decidan recurrir en sus soluciones de justicia a reglas más equitativas para el comercio internacional que locales⁸⁹.

Desde el punto de vista práctico, en el derecho comercial internacional evitar el conflicto es infinitamente más importante que resolverlo. Puede evitárselo al localizar la transacción en un país determinado, equiparándola a transacción doméstica o al adoptar una regulación autónoma a la transacción⁹⁰. Dice Lowenfeld que no caben dudas de que la *lex mercatoria* puede ser una alternativa al sistema de conflicto de leyes que nacionaliza la transacción, cuya búsqueda es frecuentemente artificial y no lleva a resultados concluyentes, y también un sustituto a la aplicación de reglas inconsistentes con las necesidades y los usos del comercio internacional, adoptadas por los Estados teniendo en mira transacciones internas y no internacionales⁹¹. Es cierto que la *lex mercatoria* no es completa, pero –como bien señala Lalive– el sistema jurídico doméstico solo tampoco puede ser considerado completo⁹².

En el medio de detractores radicales y defensores se encuentra un tercer grupo –según Eugen Larenz– de quienes observan un progresivo desarrollo de la *lex mercatoria* y desean su eventual consolidación (“*cautious well-wishers*”)⁹³.

A pesar de haber tenido reticencias –al menos inicial– sobre todo en el derecho inglés, el concepto se viene propagando en el orbe desde hace más de tres décadas, si bien en el mundo en vías de desarrollo existe aún un cierto recelo⁹⁴, coincidente con las resistencias que allí provoca aún hoy el principio de la autonomía de la voluntad, que constituye el pilar en el cual se asienta la actividad jurídica transfronteriza. En los Estados Unidos –destaca Dalhulsen– la doctrina de la *lex mercatoria* ha sido mejor

⁸⁸ B. Goldman (nota 50), p. 20.

⁸⁹ B. Goldman (nota 50), p. 21.

⁹⁰ Schmitthoff (nota 35), p. 33.

⁹¹ A. F. Lowenfeld (nota 107), p. 85.

⁹² Lalive, P., “Transnational (or Truly International) Public Order and International Arbitration, Commentary – Full Section”. En: *ICCQ Congress Series*, Nº 3, New York, 1986, después de la nota 186.

⁹³ H. J. Berman / F. J. Dasser (nota 33), p. 55.

⁹⁴ Y. Derains / E. A. Schwartz (nota 92), p. 269.

recibida, debido a los avances experimentados desde los años 1930 en el enfoque conflictualista entre los Estados que conforman aquel país, aun cuando allí el desarrollo moderno de la disciplina no analice la cuestión en términos de un emergente superderecho, sino como interpretación del propio derecho interestatal⁹⁵.

A modo de evaluación, refiere Juenger que a medida que las transacciones transnacionales aumentan, leyes hechas principalmente para consumición local revelan reiteradamente sus deficiencias como normas para la resolución de disputas internacionales⁹⁶. En palabras del gran jurista David, “la idea del abogado que aspira a somefer el comercio internacional, en cada caso, a uno o más sistemas nacionales, no es sino un ‘bluff’. Los hombres prácticos se han liberado de ella hace mucho tiempo, por medio de contratos estándares y del arbitraje”⁹⁷.

No sin razón ha sido señalado que demasiado peso ha sido puesto en la expresión⁹⁸. De allí que, desde una perspectiva más pragmática, se ha dicho que la pregunta no debería ser: *Lex mercatoria*, sí o no?, sino: ¿cuándo y cómo?; es decir, lo que últimamente importa es el grado en que los Estados hoy día permiten que las partes, en un contrato comercial internacional, se refieran a ella para escapar a la aplicación de leyes domésticas. De hecho, el Instituto de Derecho Internacional, en estudios llevados a cabo a principios de los años noventa, dedicó poca o hasta ninguna atención a la cuestión teórica de la naturaleza de las reglas y si representan o no un orden independiente, para enfocar directamente la cuestión práctica de la validez y ejecutabilidad (*enforceability*) de fallos basados en derecho transnacional por tribunales domésticos⁹⁹. Ello demuestra que se está ante algo más que un concepto académico, a pesar de lo cual la cuestión no deja de resultar controvertida¹⁰⁰.

Por su parte, dice Borchers que es equivocada la pregunta de si la *lex mercatoria* existe o no, porque estamos ante una cuestión semántica con respecto a la denominación que se da a dicho enfoque. Resulta plenamente admisible el debate de

⁹⁵ J. H. Dalhulsen (nota 47), p. 121.

⁹⁶ F. K. Juenger (nota 6), p. 265.

⁹⁷ R. David (nota 7), citado por F. K. Juenger (nota 6), p. 265. Expresa Kozolchik que para el comerciante, la certeza que le lleva a invertir o comerciar en un determinado país o mercado es el sentimiento que nace en sus entrañas de que obtendrá ganancias con base en la información recibida sobre el mercado y sus participantes. Si el comerciante no se siente seguro sobre la posibilidad de obtener su retorno, se abstendrá de comerciar o invertir, y en este sentido tratará de estar lo más cercanamente posible a prácticas que conoce y son con las que se siente confortable (Kozolchik, B., “The UNIDROIT Principles as a Model for the Unification of the Best Contractual Practices in the Americas, en Frédéric Mestre y Patricia de Seume”, Edición, Los Principios de UNIDROIT: ¿Un derecho común de los contratos para las Américas?, UNIDROIT, 1998, pp. 107-108).

⁹⁸ L. Craig / W. Park / J. Paulsson (nota 58), p. 625.

⁹⁹ Passer citado por M. Bonell (nota 3), p. 1.

¹⁰⁰ L. Craig / W. Park / J. Paulsson (nota 58), pp. 337-338.

si la solución sustantiva, en oposición a la conflictual, es mejor, o en su caso la discusión sobre cuál es la solución apropiada sustantiva, pero preguntar si existe dicha solución sustantiva es como preguntar si el número tres existe. El debate relevante no es entonces, concluye Borchers, acerca de la existencia, sino la utilidad de las distintas soluciones¹⁰¹.

IX. Fuentes de la *lex mercatoria*

Una concepción amplia considera comprendidos como fuentes de la *lex mercatoria* al derecho internacional público, los tratados y leyes uniformes, los principios generales, las reglas de organizaciones internacionales, los usos y costumbres, los contratos estándares y los laudos arbitrales publicados. En tanto que dentro de la concepción restringida de Goldman se comprenden meramente principios, usos y costumbres internacionales¹⁰².

Otro debate se relaciona con el orden de prelación de las fuentes. Por ejemplo, expresa Dalhuisen que la *lex mercatoria* constituye una jerarquía de normas de diferentes fuentes del derecho que son todas aplicables, y entre las cuales continúan figurando las reglas domésticas, pero con diferente grado de incidencia, dependiendo de los hechos del caso¹⁰³.

¹⁰¹ P. J. Borchers (nota 93), pp. 150-151. En parecidos términos se pronuncia Juenger (F. K. Juenger (nota 6).

¹⁰² O. Landó (nota 11), p. 750. De allí que, también jugando con la variante terminológica, Goode emplea la expresión derecho comercial transnacional (transnational commercial law) para referirse a un derecho que no es singular o producto de un sistema doméstico en particular, sino representa una convergencia de reglas derivadas de diversos regímenes jurídicos, e incluso un elenco de normas enteramente supranacionales que tienen fuerza derivada de su observancia por la comunidad mercantil. Son las "reglas" y no meramente las acciones o eventos que cruzan las fronteras. Esta concepción incluye la totalidad de los principios y las reglas, sean consuetudinarios, convencionales, contractuales o derivados de cualquier otra fuente. En tanto que reserva Goode al término *lex mercatoria* la acepción restringida de Goldman, para quien constituye solo la parte derecho mercantil internacional consuetudinaria, es decir, no codificada o no cristalizada en leyes o tratados adoptados por los distintos países. Con esta distinción, inmuniza Goode el concepto de cualquier positivismo, entendido como corriente doctrinaria que solo admite como derecho las normas jurídicas que tengan origen estatal. Ello en el entendimiento de que el orden jurídico supranacional o transnacional comprende, además de acuerdos internacionales, usos, costumbres y principios de derecho internacional (ver R. Goode (nota 36), p. 2).

¹⁰³ Un derecho uniforme supranacional se consolidará cada vez más, emergente de principios jurídicos fundamentales del derecho comercial internacional (pacta sunt servanda, buena fe, etcétera) (J. H. Dalhuisen (nota 47), p. 100). Integran también este derecho supranacional los usos y costumbres, los tratados uniformes, las directivas comunitarias, y los principios comunes a los distintos sistemas jurídicos (common legal principles) (J. H. Dalhuisen (nota 47), p. 97). Desde una perspectiva doctrinaria, pero amparándose en su dilatada experiencia como académico y práctico en materia de

En perspectiva, expresa Oppetit que existen dos posibilidades con respecto a la *lex mercatoria*. Una, que constituye una especie de fondo común de normas que permite al juez, y sobre todo al árbitro, resolver los litigios con entera libertad, sin que esté obligado a respetar la jerarquía y el contenido de normas ubicadas en estricta ordenación jurídica. Aquí existen nuevamente dos variantes. La minimalista reduce la *lex mercatoria* a un sentido de equidad (Bredin). Y la variante maximalista la incluye entre las normas de todos los orígenes relativas a las relaciones económicas internacionales (Goldman). Estas tendencias tienen en común que disuelven en realidad la *lex mercatoria* en otras nociones, a pesar de que se pretenda que esta las absorba, y se le hace perder, de esta manera, su especificidad. De allí el reproche que le hizo, por ejemplo, Mustill a esta doctrina¹⁰⁴.

Otra posibilidad es la de asignar a la *lex mercatoria* un significado preciso, y entonces se debe necesariamente conceptualizarla con el mismo rigor que se utiliza para cualquier otra categoría de normas. Debería, como consecuencia, precisarse su contenido en relación con otras normas así como su ubicación dentro del ordenamiento jurídico. Si se admite la juridicidad de la *lex mercatoria*, cabe preguntarse cuál es su relación con respecto a los órdenes jurídicos estatales o interestatales. ¿Independencia? ¿Igualdad? ¿Subordinación?¹⁰⁵

Señala también Oppetit que no sería descabellado encaminar la búsqueda dentro de una perspectiva de unidad del ordenamiento jurídico, de ninguna manera incompatible con una concepción pluralista de las fuentes del derecho. Autonomía de los diversos modos de creación del derecho no implica ni separación ni subordinación entre distintos sistemas de normas, sino más bien armonía y coherencia, lo que no impide de modo alguno el reconocimiento de la preeminencia de ciertas normas o de ciertos principios¹⁰⁶.

De hecho —como bien lo destaca Bell—, nos encontramos ante un pluralismo jurídico de fuentes, algunas supranacionales, otras nacionales y otras subnacionales, como cuerpos regulatorios de profesiones, u organizaciones de la sociedad civil que tienen un privilegiado estatus en deliberaciones del bien común y en formar conciencia

derecho comercial internacional, Dalhuisen ensaya una prelación entre estas fuentes, que parte de los principios fundamentales y solo por último, luego de contempladas las disposiciones contenidas en tratados, en el propio contrato, los usos y costumbres, entre otros, se aplicarían las leyes domésticas conforme al mecanismo conflictual del derecho internacional privado (J. H. Dalhuisen (nota 47), p. 99).

¹⁰⁴ Oppetit, Bruno, *Teoría del Arbitraje*, Traducido por: Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, Legis Editores, Bogotá, 2006, pp. 208-209.

¹⁰⁵ B. Oppetit (nota 131), pp. 210-211.

¹⁰⁶ B. Oppetit (nota 131), pp. 212-213.

pública pero que están formalmente fuera de las relaciones entre el individuo y el Estado¹⁰⁷.

Las complejidades del debate teórico llevan a que antes que aludir a "fuentes", algunos prefieren referirse a los "elementos" de este derecho supranacional¹⁰⁸. Lando identifica ocho elementos: derecho internacional público, leyes uniformes, principios generales, reglas de organizaciones internacionales, usos y costumbres, contratos estándares y laudos arbitrales publicados, además de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y de tribunales nacionales interpretando o aplicando instrumentos internacionales o usos¹⁰⁹.

En esta línea señala De Ly que en el fondo el problema no es el relativo a las fuentes de estas reglas, sino cómo los jueces deberían operar con problemas mercantiles internacionales y cómo deberían los juzgadores utilizar su discreción. Es decir, la atención se traslada de las fuentes formales del derecho a la metodología de adjudicación que hagan jueces o árbitros¹¹⁰, más aun considerando —como lo expresa Vogenauer— que hoy día se acepta ampliamente en los distintos sistemas que la aplicación e interpretación del derecho es, en cierto sentido, un proceso creativo que genera nuevo derecho¹¹¹.

De allí la particular importancia dada hoy día a las teorías relativas a argumentación y a cómo utilizar las distintas fuentes o elementos para el razonamiento jurídico, lo que adquiere particular valor en materia de contiendas transfronterizas y puntualmente en el arbitraje.

Bien señala Perelman que los raciocinios jurídicos son acompañados por incansables controversias, tanto por eminentes juristas como por juzgadores que actúan en los más prestigiosos y diversos tribunales. Estos desacuerdos obligan las más de las veces a imponer una solución mediante autoridad. Es en esto que el raciocinio jurídico se diferencia del de las ciencias, especialmente las deductivas, en las cuales es más fácil llegar a un acuerdo sobre las técnicas de cálculo y de medición, y de aquel que

¹⁰⁷ Bell, John, "Public Law in Europe: Caught Between the National, the Sub-National and the European?". En: M. Van Hoelcke (Editor), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, p. 260.

¹⁰⁸ Dos escuelas que reflejan actitudes distintas hacia el proceso jurídico. Una cultiva la ley y el precedente. El legislista apunta siempre a insertar el caso bajo una provisión legal o precedente. El inventor no hace lo mismo con las fuentes de autoridad. Ve el caso en sus diferentes aspectos, pesa las consideraciones opuestas y hace su elección. A veces cuando inventa la solución nueva actúa como un "ingeniero social" (Lando, O., "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration" (1985) 34 ICLQ 747, p. 752).

¹⁰⁹ R. Goode (nota 36), p. 4.

¹¹⁰ F. De Ly (nota 49), p. 315.

¹¹¹ Vogenauer, Stefan, "Sources of Law and Legal Method in Comparative Law". En: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2006, pp. 885-886.

encontramos en filosofía y en las ciencias humanas, en las cuales, a falta de un acuerdo y en ausencia de un juez para cerrar los debates con su sentencia, cada uno permanece en sus posiciones. Por ser casi siempre controvertido, el raciocinio jurídico al contrario del raciocinio deductivo puramente formal, solo raramente podrá ser considerado correcto o incorrecto, de un modo, por así decir, impersonal¹¹². Raras son las situaciones en que las buenas razones a favor de una solución no sean contrabalanceadas por razones más o menos buenas a favor de una solución diferente. La apreciación del valor de estas razones muy raramente puede ser reducida a un cálculo, un peso o una medida¹¹³.

X. Límites de la *lex mercatoria*

Aun siendo un ferviente y radical propulsor doctrinario de la nueva *lex mercatoria*, Goldman reconoce que no tiene estatus de monopolio para resolver disputas transnacionales. Además del derecho internacional público que pudiera tener virtualidad en un caso dado, los derechos nacionales también tienen qué decir.

Ello, por ejemplo, tratándose de capacidad de las partes, de vicios de la voluntad, de poderes o representación¹¹⁴, como así también en cuestiones relativas al derecho de propiedad en transacciones transfronterizas, como las transferencias de títulos y la creación de garantías, o los derechos de propiedad condicional en activos vendidos para proteger productos financieros de créditos de una compraventa¹¹⁵. Asimismo, se necesita del apoyo del derecho nacional para ejecutar acuerdos extranjeros que han aplicado sus reglas¹¹⁶.

¹¹² Perelman, C., *Lógica Jurídica*, Traducción al portugués de la Edición de 1979, São Paulo, Editorial Martins Fontes, 2000, p. 8.

¹¹³ C. Perelman (nota 139), p. 9.

¹¹⁴ Sobre el "método uniforme" y método conflictual", señala Pérez Nieto Castro que el derecho conflictual ha probado ser indispensable para resolver ciertos problemas que no puede hacerlo el derecho uniforme, como la remisión a instituciones que cada derecho nacional tiene arraigadas, como "domicilio, capacidad, "propiedad", etcétera (Pérez Nieto Castro, L., *Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie H: Estudios de Derecho Internacional Público, Núm. 27, Universidad Nacional Autónoma de México, México, DF, 1998, p. 210).

¹¹⁵ J. H. Dalhuisen (nota 47), p. 16.

¹¹⁶ Destaca Manruzzaman que la *lex mercatoria* como derecho sustantivo no eliminará el problema de conflicto de leyes, por existir cuestiones de orden local o hasta internacional que no están comprendidas en ella (A. F. M. Manruzzaman (nota 77), p. 11). De allí que se hable de la coexistencia entre reglas de conflicto y "derecho espontáneo" (Y. Loussouam / P. Bourel / P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 8e édition, Éditions Dalloz, 2004, pp. 73-74). En este sentido señala Basso que es irrefutable la constatación de que la nueva *lex mercatoria* resulta la más adecuada para regular el contrato internacional, a pesar de que no es posible una referencia directa a la nueva *lex mercatoria* por sí sola, pero si concurrente con uno o varios sistemas nacionales de

Por lo demás, la *lex mercatoria* no tiene el poder de eliminar las reglas imperativas del derecho aplicable según el mecanismo del conflicto de leyes, siendo descartada cuando resulte aplicable una regla estatal imperativa¹¹⁷. Incluso, como se verá en el último capítulo, en caso de que en el foro tenga una regla material destinada a regir las cuestiones internacionales, hay que asegurarse primero que sea la ley del foro la que será aplicable: es decir, el método de reglamentación directa de las relaciones internacionales por medio de una regla material debe utilizarse indefectiblemente en combinación con el método indirecto de las reglas de conflicto¹¹⁸. Esto guarda relación con las normas imperativas.

De modo que, como bien refiere Fauvarque-Cosson, el derecho internacional privado seguirá subsistiendo, pese a los avances en materia de unificación substantiva y, consecuentemente, sigue abierto el debate entre internacionalismo (*internationalism*) y conflictualismo (*conflictualism*)¹¹⁹.

derecho (M. Basso, A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais do Comércio, em Direito e Comércio Internacional, Tendências e Perspectivas, Estudos em Homenagem a Irineu Strenger, Editora LTr, São Paulo, 1994, p. 64). Boggiano, a su vez, considera que la *lex mercatoria* puede ser concebida como un conjunto de reglas y principios dentro de ellos, en los intersticios y límites que los sistemas de derecho internacional privado les dejan para crear (Boggiano, A., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 780).

¹¹⁷ Santos Belandro, R., *El Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Segunda Edición, Rosario, 1998, p. 89.

¹¹⁸ Mayer, Pierre, "El Derecho o las Normas Aplicables al Fondo de la Controversia". En: Rivera, Julio C. y Diego P. Fernández Arroyo, *Contratos y Arbitraje en la Era Global*, Primera Edición, Ed. CEDEP y ASADIP, Asunción, Paraguay, 2012, p. 12.

¹¹⁹ Fauvarque-Cosson, Bénédicte, "Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple". En: *American Journal of Comparative Law*, Summer, 2001, 49 Am. J. Comp. L. 409 y 415. Expresa Fresno de Aguirre que la polémica entre conflictualismo vs. sustancialismo ha perdido. La elección del método depende del tema. A mayor comunidad de principios o intereses, más posibilidades de llegar a soluciones materiales supranacionales. Fresno de Aguirre, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Tomo 1, Parte General, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 41.



Algunos interrogantes sobre la fuerza y la debilidad de la codificación privada transnacional¹

Paula María All²

"Es mejor tener un festival de fuentes en contraste, con ebullición de ideas, que un simple paquete higiénico, envuelto en polietileno".

Lord GOFF DE CHEVELEY³

"Podrá no gustarles a quienes, como nosotros, por otra parte, hemos sido educados en la idea de la estatalidad del derecho, en la ecuación derecho igual a ley; y menos podrá gustarles a quienes confían en la formación democrática del derecho, elaborado por fuentes legislativas. Pero tal ecuación se ha roto por las normas de los códigos rituales (...) que, para el arbitraje sustituyen la expresión 'ley aplicable' por 'derecho aplicable', que puede ser un derecho producido por fuentes extralegislativas".

F. GALGANO⁴

I. Introducción⁵

¹ Profesora de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe (Argentina). Coordinadora Académica del Módulo Jean Monnet- Unión Europea de la citada Universidad.

² Citado por J.M. SMITS, "The Europeanisation of National Legal Systems", en: M. Van Hoecke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004, p. 239.

³ F. GALGANO, "Los caracteres de la jurisdicción en la era de la globalización", en: J.A. Silva (coord.), *Estudios sobre la lex mercatoria. Una realidad internacional*, México, UNAM, 2006, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2201>

⁴ Parte de estas reflexiones fueron objeto del Relato "Desarrollo del soft law e impacto de las normas internacionalmente imperativas en el comercio internacional: desafíos sustanciales y procesales (con relación a algunos instrumentos contractuales)" presentado junto al Prof. Jorge R. Albornoz en la Sección Derecho Internacional Privado del Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional en noviembre de 2011.

La realidad viva del derecho muestra, desde hace tiempo, en cuanto a la regulación de las relaciones privadas internacionales, una evolución significativa de reglas y principios no oficiales⁶, que podría ser vista como una competencia entre sectores partidarios del positivismo jurídico que procuran aferrarse a las normas oficiales, emitidas por los Estados y organizaciones internacionales de un lado, y los llamados "mercaderes ilustrados" que ven en el derecho de fuente estatal o convencional una rémora, un obstáculo para el despliegue y progreso del comercio, de otro.

En este marco, la reflexión sobre la codificación suscita una "verdadera encrucijada", no sólo desde el discurso de la academia sino también desde el seno de los poderes públicos y privados. Desde la eterna discusión sobre el racionalismo propuesto por Leibniz donde los códigos se parecían a un libro de geometría, siempre buscando no sólo seguridad jurídica sino un orden eternizable, con los típicos riesgos de petrificación⁷, pasando por las célebres discrepancias entre Thibaut y Savigny el debate sobre la descodificación del derecho o la recodificación, o la idea de la codificación entendida como compilación, sistematización o creación normativa, lo paradójico —tal como sostiene Cabrillac— es que la historia de los códigos tiene al menos 4.000 años⁸ y vuelven hoy a ponerse en escena no sólo las discusiones de corte tradicional sino otras que conllevan reflexiones multidisciplinarias más profundas.

Un primer eje de la cuestión pasa por la creciente utilización en la instrumentación de los negocios internacionales de reglas y usos surgidos, en principio, de la práctica espontánea, de la fertilidad de la mente empresarial de los comerciantes y, con el transcurrir de las décadas, multiplicados por el accionar creativo de organismos internacionales, privados y públicos, tanto separada como conjuntamente. La propia actividad mercantil ha ido creando pautas concretas de comportamiento, nuevos modos de cumplir deberes típicos y atípicos, maneras propias de acordar, elaborando nuevas

⁵ Ver M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 13 ss.

⁶ Ver J.-P. DUNAND, "Entre tradition et innovation. Analyse historique du concept de code", en: J.-P. Dunand / B. Winiger (eds.), *Le code civil français dans le droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 3; K. SOJKA-ZIELINSKA, "Codification", en: *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Bruxelles, L.G.D.J. / E. Story-Scientia, 1988, p. 45.

⁷ R. CABRILLAC, *Las codificaciones*, Santiago de Chile, Flandes Indiana, 2009, pp. 8 ss.

figuras contractuales y, a la vez, sistemas privados de resolución de disputas entre pares, intentando escapar de la lentitud y falta de especialización de la justicia estatal.

Esa congerie de normas de origen principalmente privado ha crecido (y lo sigue haciendo) a la par del incremento de las transacciones mercantiles, especialmente a partir de la finalización de la segunda guerra mundial, el amparo del reconocimiento de los sistemas jurídicos oficiales, de una cada vez mayor potestad autorregulatoria por parte de los comerciantes. De allí que toda esta nueva normativa, a la que se enmarcó como emanada de la reiteración de comportamientos jurídicos no abarcados por los textos legales y asentados en la conciencia de su obligatoriedad por parte de los actores del comercio, fue aludida como "nueva" *lex mercatoria* o, directamente, ya en nuestros días, como *lex mercatoria*.

El juego de la autonomía de la voluntad, la creciente utilización del arbitraje, las ansias de la *societas mercatorum* o *business community* de aumentar el campo regulatorio no estatal nos muestra, especialmente desde los finales del siglo XX, una febril actividad de las instituciones gremiales y científicas elaborando nuevos catálogos de reglas que no conlleven coactividad, pero sí tienen la pretensión de adquirirla. Tal atributo se alcanza, en principio, mediante la incorporación concreta de las aludidas reglas a los negocios individuales y su utilización por los tribunales arbitrales para resolver controversias comerciales.

La codificación supone un fenómeno histórico de amplio alcance y si bien la palabra código no ha sido un concepto unívoco a través de la historia, la codificación moderna encuentra su origen en el advenimiento de la Edad Moderna y en la concepción misma de los Estados soberanos; de esta forma, la codificación internacional adoptará desde fines del siglo XIX la forma de un trabajo interestatal. Ahora bien, tal como lo señala Fernández Arroyo, "ya sea al margen o dentro mismo de dichas organizaciones, se ve desenvolverse un creciente protagonismo de actores privados, cuando no, pura y simplemente, una verdadera 'codificación privada'⁶. Más allá de que el término codificación suele encontrarse reservado al proceso realizado por un Estado, no siempre es así y entra a jugar la actuación de otros actores tales como organizaciones internacionales (UNIDROIT, UNCITRAL, la Conferencia de La Haya

⁶ Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial", en Fernández Arroyo, D.P. y Moreno-Rodríguez, J.A. (dirs.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, La Ley, 2010, p. 52.

de Derecho Internacional Privado, OEA) u organizaciones privadas como el *American Law Institute* o la Cámara de Comercio Internacional.

La "codificación privada" hace referencia a un conjunto no sistemático de reglas de diversa índole que, como nota en común, ostentan la carencia de obligatoriedad *per se* y que pueden ser utilizadas tal como son publicadas o con las modificaciones y/o derogaciones acordadas por los contratantes en cada caso concreto. La doctrina utiliza, para referir a todo este conjunto, la expresión *soft law*, por oposición al derecho oficial, coactivo, denominado *hard law*. Como siempre ocurre, entre ambos extremos están quienes opinan, con diferentes variantes, que el *soft law* se reparte espacios jurídicos con el *hard law* y ambos, coordinada y armónicamente, deben cubrir la totalidad de las relaciones y situaciones privadas multinacionales. Pero la cuestión es bastante más compleja. Una multiplicidad de interrogantes se abre paso y ellos no sólo giran en torno a los desafíos procesales y sustanciales que enfrenta el comercio internacional, sino que ponen en jaque nociones vinculadas al origen de las normas, a su vigencia, a su legitimidad, a su validez y a su eficacia.

Todo esto conlleva la necesidad de observar con profunda atención la posición de juego de los actores participantes en el complejo tablero de la codificación privada transnacional y, sin perjuicio de constatar de un lado, un avance en la privatización de la tarea codificadora y, de otro, la proliferación, diversificación y profesionalización de los actores no estatales en la regulación internacional, cabe preguntarnos si, en términos teóricos y reales, se ha descentralizado el poder estatal permitiendo una mayor permeabilidad entre las esferas público y privada. En otros términos, si el análisis del Estado y el rol de las organizaciones internacionales y las redes transgubernamentales en el ámbito de la creación normativa debe ser vista como el fin o el declive de la idea de soberanía, dejando entrever una situación de revancha por parte de los actores privados o si, por el contrario, resulta posible establecer en determinados ámbitos o materias y bajo ciertas circunstancias una sinergia de esfuerzos y de metodologías legislativas.

Hablar tanto de "la fuerza y la debilidad de la codificación privada transnacional", como referirse al "*hard law versus soft law*" puede dar la idea de puntos contrapuestos, de competencia, de reto, batalla, pelea, enojo, enemistad. Incluso podría entrarse en la discusión dicotómica entre "codificación pública *versus* codificación privada" como si fueran una y otra cara de la luna, o incluso aludirse a una

"codificación internacional *versus* una de corte transnacional": en realidad cabe preguntar si estamos frente a alternativas, complementos, o si hay un antagonismo cierto en el marco del proceso de gobernanza internacional.⁷ Quizás haya una pizca de todo esto en algunos sectores fundamentalistas pero, sea como fuere, es indudable que estamos ante un gran movimiento ("privatizador" sostendrán algunos, de interacción privado/público, afirmarán otros) que puede producir transformaciones jurídicas insospechadas y, por lo tanto, amerita observarlo desde diversos puntos de mira. Nos encontramos, sin dudas, ante una gran avanzada privatizadora que viene por el lado del derecho comercial a partir de los logros alcanzados por las elaboraciones de reglas y usos, como los destinados –entre otros– a la compraventa internacional de mercaderías⁸ y la proficua actividad de los tribunales arbitrales. Se asiste, de esta forma, a una nueva etapa en el desarrollo del derecho comercial (que incide también en el DIPr) que lo lleva más cerca de lo que fue en sus orígenes: "un derecho que se nutre de los usos y prácticas de los comerciantes, que se depura en el laboratorio del comercio y que no conoce fronteras"⁹.

En tiempos en los que la celeridad, la existencia de reglas jurídicas claras, ágiles y flexibles constituyen valores esenciales en la motorización del comercio internacional, la codificación privada transnacional se presenta como un tema complejo y de vastas

⁷ Ver el trabajo de G. SCHAFER / M.A. POLLACK, "Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance", *Minnesota Law Review*, n° 94, 2010, pp.712-798. En este sentido ver también S. CASSESE, "Global Administrative Law: an introduction", 2005, p. 10, <http://www.iijl.org/GAL/documents/Casese.pdf>, quien sostiene que "es preferible usar el término 'sistema regulatorio global' y no los frecuentemente utilizados 'gobernanza global' (que indica la actividad de gobernar en ausencia de una institución –el gobierno–), 'régimen internacional' (que depende de un término que hay que evitar en este marco de análisis) y 'organización internacional' (que es descriptivo y limitado a la naturaleza estructural)". Cabe señalar que uno de los términos acuñados desde la teoría de la globalización es el de gobernanza global, en torno a ella han surgido múltiples y debatidos conceptualizaciones. Tal como lo señala el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la Gobernanza de 2001, la gobernanza se refiere a "las normas, procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes a nivel europeo, especialmente desde el punto de vista de la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia". Como señala Frydman, la gobernanza no es un espacio coherente sino un mosaico, un ensamble heteróclito de dispositivos muy diversos. Ver B. FRYDMAN, "Corregulation: a Possible Legal Model for Global Governance", disponible en: http://www.philodroit.be/IMG/pdf/coregulation_a_possible_legal_model_for_global_governance.pdf. Según Waters, "la gobernanza global refiere la configuración de un nuevo modelo de sistema internacional, donde la legitimidad, la distribución de autoridad, la participación de los individuos y de las organizaciones en ordenar la sociedad humana y la toma de decisiones son redimensionadas en función de los retos planteados a partir de los cambios económicos, tecnológicos, sociales y estructurales dentro de la sociedad mundial"; T.W. WATERS, "The Momentous Gravity of the State of Things Now Obtaining: Annoying Westphalian Objections to the Idea of Global Governance", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, n° 1, 2009, pp. 25-58, esp. p. 31.

⁸ Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), cuya primera versión data de 1936

⁹ J. OVIEDO ALBAN, "La costumbre en el derecho privado", en: Oviedo Alban, J. (coord.), *Derecho Comercial en el Siglo XXI*, Bogotá, Temis / Universidad de la Sabana, 2008, p. 69.

aristas que merece ser considerado. Tal como sostiene Gargarella, leer un código es como leer las reglas de juego pero, sin embargo, no es ver el juego. Una cosa es el texto y otra lo que éste con actores, escenarios y prácticas mediante, en contexto produce y reproduce¹⁰.

Hace más de 70 años, Borges presentaba el universo como una biblioteca infinita, sin límites, con escaleras de caracol y miles de pasillos entrecruzados. Si trazáramos una analogía, podríamos referirnos al sistema normativo actual como compuesto por nodos interconectados, centros en red y acceso a todo el saber del mundo. Calvino en "Ciudades Invisibles" utiliza los laberintos, el tablero de ajedrez, los puentes y los canales como símbolos de los diferentes aspectos de las ciudades; un orden jurídico, al igual que una ciudad, es un ejemplo de una construcción social y refleja las creencias, las decisiones y las prácticas de generaciones de habitantes. Los ordenamientos jurídicos están hechos de redes complejas de relaciones sociales, ideas, ideologías, conceptos, normas, instituciones, gentes, técnicas y tradiciones. En fin... de valores subyacentes... La imagen de una ciudad es una buena metáfora para la cartografía del derecho, diría Teubner.

Como señala David Kennedy en su trabajo "El misterio de la gobernanza global", a lo largo y ancho del campo jurídico y de las ciencias sociales las personas están imaginando de nuevo la naturaleza del derecho fuera y entre los Estados, repensando nuevamente los patrones globales de poder e influencia ya que se han resquebrajado las fronteras disciplinares. La gobernanza mundial, en su opinión, sigue siendo un misterio ya que muchos asuntos acerca de la sociedad global en sí misma escapan a nuestra comprensión y, por ende, las preguntas son muchas: "¿cómo funcionan las cosas?, ¿cómo encajan las piezas?, ¿cómo es ejercido el poder público y el poder privado?, ¿dónde están los puntos de inflexión?, ¿quiénes son las autoridades y cómo se relacionan unas con otras?, ¿están unidos en una apretada estructura los mundos de la política, el derecho, el mercado y la influencia cultural, o están más bien sueltos y sin orden?, ¿qué tanto, finalmente, es simplemente caos, qué tanto la obra de una mano invisible?"¹¹ Ninguno de estos interrogantes tiene una respuesta clara o

¹⁰ R. GARGARELLA, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Promesas e interrogantes", disponible en: http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_latinoamericano.pdf

¹¹ Ver D. KENNEDY, "El misterio de la gobernanza global", *Revista de Derecho Público*, n° 4 (Universidad de los Andes), 2010, p. 4, http://www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/el%20misterio%20de%20la%20govern_2010_062313719.pdf

ánvoca... Aunque, parafraseando a Buchanan, se podría sostener que éste es el lugar donde las preguntas de la teoría general ya no son aburridas¹², sino todo lo contrario, porque representa algo fascinante y desafiante introducirse en el tema de la codificación privada transnacional, en esa múltiple y compleja “filigrana” de relaciones que se establecen...

Vivimos en tiempos de preguntas fuertes y respuestas débiles. Desde el ángulo de mira de la codificación del *soft law*, Kaufmann-Kohler se ha interrogado sobre la

manera en que éste se codifica, ¿quiénes son los actores de la codificación?, ¿cuáles

son las razones para la codificación y cuáles son los resultados?, ¿se aplica el *soft law*?, ¿se aplica más cuando es codificado?, ¿es lo mismo si se lo piensa desde una óptica judicial que desde una arbitral?, ¿cuál es su normatividad, si es que tiene alguna?, ¿cuál es su legitimidad?, ¿cuáles son los logros y las fallas?¹³.

II. Del viejo *ius mercatorum* a un set de reglas legales transnacionales

No sólo se visualiza un intento de “reinventar” la *lex mercatoria* o producir una *remake* o *revival* de la misma, sino que en la escena entran a tallar otras cuestiones: desde la pluralidad de actores o participantes (estatales y no estatales / públicos y privados -y dentro de éstos una variedad de subcategorías-), pasando por los distintos procedimientos de producción jurídica y diferentes técnicas de reglamentación, hasta los procesos de institucionalización (formales / informales) y su acatamiento (obligatorio o no) por parte de todos los sectores involucrados en el comercio internacional.

Pero la creación normativa no se detiene en lo material sino que se interna también en el terreno de lo procesal: a partir de la apertura de ciertas compuertas oficiales y la tarea de organizaciones internacionales, por sí mismas y en conjunto con

¹² R. BUCHANAN, “Reconceptualización del Derecho y la Política en los transnacional: acercamientos pluralistas constitucionales y jurídicos”, *Revista Crítica Jurídica*, n° 25, 2006, pp. 157 ss.

¹³ Ver G. KAUFMANN-KOHLER, “La codificación y la normatividad del *soft law* en el arbitraje internacional”, en: D.P. Fernández Arroyo / J.A. Morono-Rodríguez (dirs.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, La Ley, 2010.

entidades privadas¹⁴. Se evidencia una tendencia de las asociaciones de comerciantes, mediante algunos tipos de prácticas mercantiles, a orientar el mercado en ciertas direcciones concretas, haciendo surgir así una suerte de “normativa” que funciona al margen del derecho estatal, pero que muestra su eficacia entre los operadores internacionales ante las complejas modalidades contractuales de carácter internacional¹⁵.

Las relaciones privadas internacionales, y las maneras de solucionar los conflictos derivados de ellas (tanto en la faz sustancial como procesal) han adquirido en los últimos tiempos un rol de gran trascendencia como consecuencia, entre otros factores, de la globalización¹⁶. El ámbito transnacional, como apunta Capella, es el espacio globalizado exento de límites fronterizos configurado por un soberano privado supraestatal difuso¹⁷; ahora bien, ese espacio transnacional “presupone no obstante la necesaria existencia del espacio nacional que es trascendido o desbordado por el primero”. Y lo mismo sucede con la denominada población transnacional (en la cual se insertan las empresas multinacionales –una suerte de *business community*-); sin embargo, dicha comunidad no es homogénea ni reivindica una identidad única, y

¹⁴ Así, por ejemplo, UNCITRAL, UNIDROIT, Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, OEA, CCE.

¹⁵ F. DE LY, “*Lex Mercatoria* (New Law Merchant): Globalization and International Self-Regulation”, *Diritto del commercio internazionale*, vol. 14, 2000, pp. 555 ss. Ver asimismo K. HIGHET, “The Enigma of the *Lex Mercatoria*”, *Tulane Law Review*, t. 63, 1989, pp. 613 ss.

¹⁶ D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa del problema*, Roma / Bari, Laterza, 2004, p. VII. Para un análisis minucioso del concepto de globalización, ver J. LIMA TORRADO, “Problemas conceptuales u la ambigüedad conceptual y terminológica de la globalización y su incidencia ideológica sobre el sistema de derecho humanos”, en: V. Zapatero (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, t. I, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2002, pp. 575-590; E. FARIA, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, p. 49; J.A. CARILLO SALCEDO, *Globalización y orden internacional*, 2ª ed., Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El derecho económico internacional de la globalización”, en: *Obras Homenaje al Dr. Santiago Torres Bernárdez*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2010, pp. 197-236. Desde el ámbito del DIPr, ver entre otros, los trabajos de A. BONOMI, “Globalización y Derecho Internacional privado”, en: *Globalización y comercio internacional*, Madrid, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), 2005, pp. 223-237; D. OPERITI BADAN, “Reflexiones sobre la globalización y el Derecho Internacional privado”, en: *Ensayos a la memoria de I.B. de Mankell*, Asunción, CEDEP, 2010, pp. 31-53; N. BOUZA VIDAL, “La globalización como factor de cambio del derecho internacional privado”, en: *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, Instel, 2010, pp. 283-306; D. MOURA VICENTE, “Perspectivas de la armonización y unificación internacional del derecho privado en una época de globalización de la economía”, en: *La Unión Europea ante el derecho de la globalización*, Madrid, Colex, 2009, pp. 401-420; y D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Conceptos y problemas básicos del derecho internacional privado”, en: D. P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavallini, 2003, pp. 59-65, especialmente p. 62. Ver S.D. KRASNER, “Globalizzazione, Potere e autorità”, *Quaderni di scienza politica*, n° 2, 2003, pp. 201-230. D. HELD / A. MCGREW, *Introduction. In Governing Globalization: Power, Authority and Global Governance*, Cambridge, Polity, 2002, pp. 2 ss.

¹⁷ J.R. CAPELLA, *Fruta prohibida*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 260 ss.

aunque se aproxima –como señala López Ruiz– a una sociedad multicultural (“ya sus intereses van de los neumáticos a los diamantes, del petróleo a las telecomunicaciones; de las divisas a los fármacos o de los automóviles al crédito, etc.”). se siente a gusto con un “derecho” basado en leyes modelo, códigos de conducta, usos comerciales, *brochures* y principios generales. Debido a que esta comunidad no puede prescindir lógicamente de los Estados, reclama como límite máximo la autodeterminación, y como límite mínimo la autonomía normativa, la cual se expresa a través de un “derecho transnacional” cuyo exponente más relevante es la *lex mercatoria*, con sus órganos de decisión de controversias internacionales que son los tribunales arbitrales¹⁸.

La nueva *lex mercatoria*¹⁹, comprendida ahora por algunos dentro la más abarcativa expresión *soft law*, se ha desarrollado gracias al empuje que le otorga el arbitraje comercial internacional²⁰, a punto tal que se habla ya de un orden jurídico transnacional²¹ que trasciende, que va más allá y que no necesita –en opinión de ciertos sectores– del derecho positivo para cumplir su finalidad de llevar adelante la justicia real y efectiva. Para ello no basta con lanzar principios y normas sustantivas sino que debe agregarse el procedimiento privado autosuficiente que permita a sus beneficiarios transitar caminos paralelos sin sufrir los tradicionales vericuetos procesales oficiales²².

Los grandes cambios que se van produciendo –producto en parte de la complejidad de los tiempos modernos– plantean enormes desafíos para el derecho²³. Dos tendencias principales se han desarrollado en las últimas décadas: el desplazamiento del eje principal del DIPr (declive del DIPr centrado en la

determinación del derecho aplicable) y la preocupación por la justicia material²⁴. Se ha afirmado que “en el DIPr se están moviendo los cimientos y no sólo porque hay un derecho material emergente, sino porque hay una tremenda dificultad de localización en función de la globalización y a través, sobre todo, del uso de la informática para la creación de actos y negocios. Particularmente los del derecho económico, tanto comercial como financiero”²⁵. Muir Watt se refiere a un rediseño de la economía política del DIPr²⁶ y alude a las “sacudidas epistemológicas que acompañan la arquitectura del orden internacional como efecto del fenómeno de la globalización”, poniendo el acento en la necesidad de analizar esta tensión que amenaza las relaciones de lo privado y de lo público con una nueva política emergente de la globalización de los mercados.

Ahora bien, las relaciones que se establecen entre los diversos tipos de normas no deberían plantearse en términos de exclusión sino de diálogo²⁷, diálogo que debe ser permanente y que –como afirma Jayme– caracteriza la fase posmoderna del DIPr²⁸; es cierto, sin embargo, que dicha comunicación si bien resulta indispensable, muchas veces se torna tarea difícil²⁹.

Como pone de relieve Kennedy, “la historia del derecho internacional del siglo XX se cuenta habitualmente como un movimiento de ideas –normalmente desde el formalismo decimonónico con relación a la soberanía, al pragmatismo del siglo XX– y como una proliferación de nuevas formas institucionales y lugares para la práctica –

¹⁸ F. LÓPEZ RUIZ, “Notas sobre la nueva *lex mercatoria*”, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, n° 1, 2007, pp. 2-3.

¹⁹ Ver M.R. FERRARESE, “La *lex mercatoria* tra storia e attualità: da diritto dei mercanti a *lex per tutti?*”, *Sociologia del Diritto*, n°2/3, 2005, pp. 169 ss.

²⁰ Ver B. CREMADES, “Arbitraje y desarrollo económico mundial”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, Ponencias Magistrales, Primer Congreso Mundial de Arbitraje, Eje temático 3 - El arbitraje y los nuevos paradigmas del próximo milenio, Panamá, 18 al 22 de octubre de 1999. Sobre el caso “Norsolor” ver el comentario de B. GOLDMAN, “Une bataille judiciaire. L'affaire Norsolor”, *Rev. Arb.*, 1983, pp. 465 ss. y la referencia hecha por F.T. SCHWARZ / C.W. KONRAD, *The Vienna rules: a commentary on international arbitration in Austria*, The Netherlands, Kluwer, 2009, pp. 609 ss.

²¹ Ver L.A. MISTELIS, “Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform- Some Fundamental Observations”, *International Lawyers*, n° 34, 2005, pp. 1055-1069. Mistelis alude a un “nuevo derecho internacional”, *vid* especialmente Pto. III: “Privilege of Standards Setting and Role of Technical Assistance”, pp. 1060 ss.

²² La polémica sobre *lex mercatoria* no se reduce exclusivamente a su utilización en el arbitraje, ya que la cuestión también se plantea con respecto a fallos emitidos por tribunales judiciales. Ver en este sentido A.F. LOWENFELD, “*Lex Mercatoria: An Arbitrator's View*”, *Special Supplement, ICI International Court of Arbitration Bulletin*, 2002, p. 74 y los casos recogidos en www.imlex.info

²³ Ver M. CARBONELL, “Globalización y derecho. Algunas coordenadas para el debate”, en: AA.VV., *La globalización y el orden jurídico. Relaciones contextuales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 19 ss.

²⁴ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días”, en: *Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Moekelt*, Asociación, CEDEP / ASADIP, 2010, pp. 77-80. Entre los rasgos característicos del DIPr contemporáneo Fernández Arroyo alude, entre otros, al marcado protagonismo del conflicto de jurisdicciones sobre el conflicto de leyes, la preponderancia de normas materiales y el avance del *soft law*, la necesaria distinción que debe hacerse entre las normas de DIPr de fuente interna, de fuente convencional y consuetudinaria, la incorporación de valores en la reglamentación de las relaciones de tráfico externo.

²⁵ D. OPERTI BADÁN, “El Derecho internacional: una agenda renovada”, en: *Jornadas de Derecho Internacional*, Montevideo, Organización de los Estados Americanos- Secretaría General, 1999, p. 302 y D. OPERTI BADÁN, “El derecho internacional privado en tiempos de globalización”, *RUDIP*, Año VI, n° 6, pp. 15-40.

²⁶ H. MUIR WATT, “Aspects économiques du droit international privé: (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)”, *Recueil des Cours*, t. 307, 2004, pp. 25-383, esp. pp. 356-357.

²⁷ E. JAYME, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 251, 1995, pp. 61 y 259.

²⁸ E. JAYME, “Direito Internacional Privado e Integração: as Convenções Europeias”, en: P. B. Casella / N. de Araújo (coord.), *Integração Jurídica Interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro*, São Paulo, LTR, 1998, p. 116.

²⁹ Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Globalización y Derecho: el caso de la reglamentación internacional de las garantías mobiliarias”, en: A.L. Calvo Caravaca / P. Blanco-Morales Limones, (nota 103), pp. 298-303, aunque referido al análisis de las garantías mobiliarias, similar planteamiento puede ser trasladado al ámbito que nos ocupa.

desde las grandes instituciones intergubernamentales centralizadas, a la diversa amalgama contemporánea de organismos judiciales y no gubernamentales a los que se conoce en su conjunto como 'comunidad internacional' o 'sociedad civil', pasando por los entes especializados del sistema de Naciones Unidas³⁰. Por su parte, Sarmiento alude a que "la nueva gobernanza implica un mayor protagonismo de los instrumentos laxos de regulación, en oposición a las tradicionales proposiciones prescriptivas y sus correspondientes sanciones. Los objetivos de la nueva gobernanza no ponen tanto énfasis en la consecución de resultados uniformes, sino en la creación de espacios de compartición de experiencia y conocimiento, donde los actores se someten a las políticas con el fin de mejorar en la ejecución de las mismas, en colaboración con todas las partes involucradas. Así, la nueva gobernanza va a implicar la puesta en marcha de políticas caracterizadas por su ductilidad normativa, su temporalidad y su adaptabilidad al cambio. Tres rasgos que van a dar respuesta a dos problemas que afronta actualmente el Estado: su incapacidad para integrar a todos los actores de la sociedad civil y su lentitud ante el cambio"³¹. En el plano normativo, esta idea del derecho dúctil parece exigir una profunda renovación de numerosas concepciones jurídicas que operan hoy en la práctica, señala Zagrebelsky³², de manera tal que resulta necesario transmitir una concepción jurídica nueva, diferente, que permita dejar de lado la idea del derecho como algo estático, perfecto, cerrado y ya dado (a la manera de la metáfora de la pirámide positivista kelseniana), para percibirlo no sólo como algo dinámico y cambiante, sino en cuya conformación intervienen numerosos individuos e instituciones (a la manera de la metáfora de Lon Fuller quien propone concebir al derecho como la empresa o actividad de construir un edificio, donde lo trascendente no es sólo el contenido, la dirección y la finalidad de la actividad sino también quién o quiénes la llevan a cabo).

III. Globalización económica y *lex mercatoria*

El tema sin lugar a dudas es sumamente complejo y presenta diferentes aristas que deben ser consideradas no sólo desde la óptica del derecho, sino también desde la

³⁰ D. KENNEDY, *Rompiendo moldes en el derecho internacional: cuándo la renovación es repetición*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 17.

³¹ D. SARMIENTO, "La autoridad del derecho y la naturaleza del *soft law*", *Cuadernos de Derecho Público*, 2007, disponible en: http://www.danielsarmiento.es/pd/soft_law.pdf

³² G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 9-10.

filosofía, la sociología, la historia y la economía. La polémica acerca del origen no estatal de las reglas de la *lex mercatoria*, la configuración de las normas de fuente privada —no vinculadas a la soberanía de ningún Estado—, sumado a la relevancia económica de las materias que la misma está llamada a regular, hacen que dicha *lex* sea uno de los exponentes más significativos de la globalización económica que tiene una inmediata traducción jurídica³³. La globalización de la economía ha creado un sistema de derecho comercial global que abarca tanto al sistema judicial del Estado como al arbitraje, normas e instituciones de diverso tipo. Lo que importa para el comercio y lo que se debate como autonomía de la *lex mercatoria* con respecto al derecho del Estado es, en realidad, —como afirma Michaels— no la distinción entre Estado y no-Estado, sino más bien la distinción entre economía y política³⁴.

Así, resulta necesario volver a debatir, ante a cada caso particular, si estamos frente a una regulación, desregulación, autoregulación o coregulación normativa, si existe contaminación o invasión del "derecho" o si estamos frente a constelaciones híbridas.

La noción de *soft law* refleja, tal como señala Di Robilant, dos tendencias principales en la globalización del derecho: la impresionante multiplicación de los productores de normas —y a su vez de los cuerpos de ellas—, y la privatización de los regímenes jurídicos³⁵. La existencia de legisladores no estatales (*non governmental lawmakers*), la pérdida por diferentes motivos de potestad legislativa de los Estados (que algunos denominan "erosión del Estado")³⁶ y, como contrapartida, la "permisión" (o delegación) de éstos hacia ciertas "autoridades" privadas para hacerse cargo de áreas de poder, el mercado global de los "servicios judiciales / estatales", la noción de un déficit democrático y la aparición en escena de gobiernos de expertos que constituye una tecnocracia, la idea dicotómica de que las diversas formas de *soft law* que emergen de la práctica transnacional no pueden válidamente regir los contratos privados internacionales ante los tribunales nacionales de un Estado, mientras que los litigios sobre deuda soberana de un país o derivados de contratos vinculados a prestaciones de

³³ F. LÓPEZ RUIZ (nota 18), pp. 2-3.

³⁴ R. MICHAELS, "The True *Lex Mercatoria*: Law Beyond the State", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 14, n.º 2, 2007, p. 464.

³⁵ Ver A. DIRCOHLANY, "Genealogies of *Soft Law*", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2006, p. 500.

³⁶ Como señala S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma / Bari, Laterza, 2002, p. 144, "el modelo de Estado se encuentra en plena transformación, en crisis".

servicios públicos pueden ser ventilados a través de mecanismos de solución de controversias de carácter privado, la supuesta participación plural y las estructuras de poder subyacentes (no sólo de tipo económico) en la formación del derecho, el "sabor social que aporta el *soft law* a la agenda del mercado y la eficiencia de dicha herramienta que también permite un giro a la agenda social"; la "invisibilidad" de ciertos sectores que utilizan máscaras *soft*, retórica "suave" pero que esconden prácticas *hard*³⁷, son algunas de las cuestiones que merecen reflexión. Incluso, desde el punto de vista académico, debería analizarse también el "rol de la educación universitaria" en el conocimiento y reproducción de los instrumentos de la *lex mercatoria*.

Entre los diferentes y complejos interrogantes que se abren, David Kennedy plantea, entre otros, los siguientes: "¿cuál es el mejor modo de formación de las normas internacionales: el tratado o la costumbre?, ¿deberían ser consideradas como derecho únicamente las normas que se siguen escrupulosamente, o debería la disciplina abrirse a un tipo u otro de *soft law*?, ¿son las organizaciones internacionales más que la suma de sus miembros?, ¿se debería poner el acento en la creación de las normas internacionales o en su aplicación práctica?, ¿el *soft law* politizará el derecho internacional o permitirá su flexibilidad?, ¿es el derecho internacional económico un compartimento especializado dentro del derecho internacional, o más bien ofrece una cultura y sensibilidad jurídicas alternativas?"³⁸.

En el plano estricto del DIPr estas cuestiones también adquieren trascendencia. Así, debemos plantearnos en cada tema comercial en particular, ¿para qué sirven las normas de *soft law* tanto en la faz sustancial como procesal?, ¿compiten en la práctica con los instrumentos *hard*?, ¿qué efectos debe desplegar el *soft law* y cuáles son sus límites?, ¿cuáles son los verdaderos motivos por los cuales en ciertos temas la "construcción americana", por ejemplo en el ámbito de la CIDIP, prefiere utilizar la metodología *soft*?, ¿cómo se interpreta el *hard law* de conformidad con el *soft law*?

Varios frentes de análisis y discusión se abren en torno a estos planteamientos que, muchas veces, exceden lo estrictamente jurídico. En esta línea, la reflexión sobre la *lex mercatoria* y el desarrollo del *soft law* abre la puerta hacia una concepción más abierta, flexible, compleja y plural del derecho internacional, acorde con los tiempos de mayor globalización mundial. Esto sin perjuicio, claro está, de las evidentes y lógicas

³⁷ A. DI ROBLANT (nota 35), p. 504.

³⁸ Ver D. KENNEDY (nota 30), pp. 32-44.

ventajas y desventajas que dicha apertura acarrea y los desafíos sustanciales y procesales que se plantean. No obstante, el análisis de estas cuestiones y el posterior debate constituyen una verdadera invitación para repensar y reimaginar el mundo normativo.

IV El vani –pero necesario– intento de definir la *lex mercatoria*

Ardua y complicada resulta la tarea no sólo de definir³⁹ la expresión *lex mercatoria* sino también la de conceptualizar al *soft law*, diferenciándolo del *hard law*, máxime cuando este último permite remisiones o abre las puertas al primero.

Un abanico de interrogantes se ha desplegado, como hemos afirmado con anterioridad, frente a la existencia misma de la *lex mercatoria*⁴⁰: desde la discusión sobre su juridicidad⁴¹, pasando por su autonomía (relativa o total) respecto a los derechos estatales, hasta llegar a la posibilidad de su inclusión o no en el sistema de fuentes del derecho internacional⁴². En realidad, todas estas cuestiones conllevan una reflexión acerca del propio derecho o de la concepción del derecho que se tenga

³⁹ Ver W.R. CADENA APANADOR, "La nueva *lex mercatoria*: un caso pionero en la globalización del derecho", *Papel Político* (Colombia), n° 13, 2001, pp. 104 ss.

⁴⁰ P. KILIAN, *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, 1961, pp. 20 ss.

⁴¹ Ver F. GALGANO (nota 2).

⁴² Nótese el enfoque pragmático del "Informe sobre normas transnacionales de la Asociación de Derecho Internacional" (IA en su sigla inglesa) donde sostiene "El criterio adoptado por el Comité en este estudio continuo del derecho transnacional consiste en alejarse de las controversiales cuestiones que surgen de toda consideración teórica del derecho transnacional o *lex mercatoria* como cuerpo separado de principios y analizar en forma pragmática la aplicación de los principios individuales identificables, al menos como fenómeno del arbitraje comercial internacional que sin duda es". Ver INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION COMMITTEE ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, "The Applicability of Transnational Rules in International Commercial Arbitration, *IIA Report of the 64th Conference*, Queensland, Australia, 1991, en: P. BOWDEN, "Transnational Rules in International Commercial Arbitration", *ICC Publication*, n° 480/4, p. 127, citado por A. REDFERN / M. HUNTER / N. BLACKABY / C. PARTASIDES, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 191 y por J.D.M. LEW / L.A. MISTELIS / S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 2003, p. 455. Consideramos pertinente aclarar que no entraremos en este Relato por cuestiones de extensión en la reflexión acerca de si el *soft law* constituye una fuente de derecho internacional y la incidencia del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Ver I.I. SAVIDBAS / A.S. PAGLIARI, "Fuentes del derecho internacional. Los principios como fuente principal de derecho internacional", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, n° 16, 2003, pp. 507 ss y G. ALBI-SAAB, "Les sources du droit international: Essai de déconstruction", en: *El Derecho Internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, FCE, 1994, pp. 32 ss. Nos limitaremos en este Relato a las cuestiones atinentes al *soft law* y su incidencia en el derecho internacional privado.

(recalificación teórica del mismo concepto de derecho), es decir, los límites con respecto a su jurisdicción⁴³.

Los estudios que se han llevado a cabo y se siguen elaborando en torno a la *lex mercatoria* son inabarcables. Desde el trabajo de Goldman⁴⁴ hasta Berger⁴⁵, muchas son también las posiciones sustentadas y encontramos desde acérrimos opositores hasta fervientes defensores de la misma. Más allá de los embates que ha sufrido la *lex mercatoria*, lo cierto es que nadie pone en duda su historicidad⁴⁶, independientemente de que en la actualidad “reaparezca” con nuevos perfiles y en otros contextos, debido al auge del comercio internacional, al aumento exponencial de las inversiones extranjeras y a la flujos permanentes de divisas a través de los mercados, entre otros factores económicos.

El *ius mercatorum* surge como un derecho basado en usos y costumbres, de carácter interlocal, que no se encontraba plasmado por escrito en ningún lugar, que en sus orígenes se transmitía entre los comerciantes en forma oral y que era aceptado de manera implícita por la comunidad mercantil, sin ningún tipo de intervención de la sociedad política; esos “antiguos usos” con el transcurso del tiempo se fueron *aggiornando* contribuyendo a la configuración de verdaderos cuerpos de normas (códigos) privados que funcionan con total independencia de los derechos nacionales, que “entran” en las relaciones privadas internacionales de la mano de la autonomía de las partes y que resultan aplicados no sólo por los árbitros, sino también por tribunales judiciales de los Estados. La denominada “vieja” *lex mercatoria* estuvo en vigor en Europa occidental desde fines del siglo XI y principios del siglo XII bajo un contexto de ciertas condiciones políticas (acceso al poder de los comerciantes de Venecia, Florencia e Inglaterra), sociales (debilidad de la organización estatal en un sistema social feudal) y económicas (auge del comercio internacional debido a la apertura del Mediterráneo, el

ejercicio del comercio por parte de las ciudades del norte de Italia, la constitución de un eje terrestre de ferias locales de los Países Bajos a la península itálica)⁴⁷.

La “nueva” *lex mercatoria* aparece en el escenario a partir “de la crisis de funcionalidad de la justicia ordinaria de la forma-Estado y del creciente activismo económico, político y normativo de las grandes corporaciones económicas”, identificándose con el renacimiento del neoliberalismo (liberalismo economicista). De esta forma, la nueva *lex mercatoria* se presenta “como el campo jurídico en el cual los agentes del mercado, operando en calidad de moral *entrepreneurs* de la sociedad, crean las condiciones más congruentes para conseguir un nuevo orden universal finalmente autorregulador del mercado (...). Así, esta *lex* (...) es continuamente reclamada como el ejemplo más completo de lo que se entiende por *global law*”⁴⁸.

La transformación de la *lex mercatoria* en una nueva *lex mercatoria* es un hecho real que se ha desarrollado al margen de la centralización y de la monopolización del derecho que ha caracterizado el nacimiento del Estado nacional, sostiene Rentería Díaz. *Lex mercatoria* y nueva *lex mercatoria*, nacen y se desarrollan como respuestas a necesidades más o menos análogas: asegurar la libre circulación de los resultados de la producción. “La primera, encuentra facilidades por la incapacidad del derecho romano para erigirse como estructura regulativa general y por la fragmentación política. La segunda, encuentra facilidades en el proceso de separación entre economía y derecho, que se manifiesta inclusive a nivel teórico-reflexivo, y que tiene inicio a pesar de la unificación del poder político y de la monopolización del derecho por parte del Estado”. Si en la Edad Media la *lex mercatoria* fue importante porque era la única normativa que regulaba el comercio, hoy es vital no sólo porque sigue regulando el comercio, sino porque compete con el derecho estatal, tiene mayores actores y mayor complejidad⁴⁹.

⁴³ L. FERNÁNDEZ DE LA CÁNDARA / A.L. CALVO CARAVACA, “El derecho mercantil internacional: ¿una nueva categoría sistémica?”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1995, pp. 94-95.

⁴⁴ V. OLGIATTI, OLGIATTI, “El nuevo pluralismo jurídico y la nueva *lex mercatoria* en la dinámica constitucional europea”, en: J.A. Silva (coord.), México, UNAM, 2006, pp. 172-173, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2201> pp. 169-174. El autor sostiene en pp. 171-172, que “lo que la conviene en ‘nueva *lex mercatoria*’ respecto de aquella del pasado, es que la autonomía e informalidad sustancial de sus estándares no derivan para nada de un ‘vacío normativo’ a colmar con tal de alcanzar un cierto propósito —y aun menos del aislamiento/distanciamiento espacio-temporal de los comerciantes como sujetos individuales—, sino de los procesos de heterodirección y de subordinación a los que ha debido someterse como parte de una política del derecho más amplia, perseguida estratégicamente por las grandes corporaciones económicas a nivel planetario para desvincularse del ‘yugo’ del derecho positivo oficial”.

⁴⁵ A. RENTERÍA DÍAZ, “Nueva *lex mercatoria* y globalización: breves notas de teoría general del derecho”, en Silva, J.A. (coord.), *Estudios sobre la *lex mercatoria*. Una realidad internacional*, México, UNAM, 2006, pp. 212-213, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2201>. Nótese, sin embargo, que -

⁴³ Ver B. SOUSA SANTOS, “Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico”, *Sociologia del Diritto*, n° 3, 1990 y, también del mismo autor, “A Map of Misreading. Towards a Post-modern Concept of Law”, *Journal of Law and Society*, n° 20, 1987. Como sostiene, V. OLGIATTI, “El nuevo pluralismo jurídico y la nueva *lex mercatoria* en la dinámica constitucional europea”, en: J.A. Silva (coord.), México, UNAM, 2006, pp. 172-173, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2201> “la lucha por el derecho que se está combatiendo actualmente es, en realidad, una verdadera y propia lucha por la investidura”.

⁴⁴ B. GOLDMAN, “Frontières du droit et *lex mercatoria*”, *Archives de philosophie du droit*, t. 9, 1964, pp. 171-192.

⁴⁵ K.F. BERGER, *The Creeping Codification of the *lex mercatoria**, La Haya, Kluwer, 1999.

⁴⁶ Ver L.E. TRAKMAN, *The Law Merchant. The evolution of Commercial Law*, Colorado, F.B. Rothman & Co. / Littleton, 1985, pp. 7-21.

Innumerables definiciones se han dado de la *lex mercatoria* y la extensión otorgada al concepto depende, obviamente, de la posición teórica en que se sitúan los autores. Así, Frignani ha sostenido que la nueva *lex mercatoria* consiste en una "serie de usos y prácticas frecuentes en el comercio internacional y que los particulares asumen en sus relaciones con la *opinio juris* de su vinculación jurídica"⁵⁰. Según Goldman, férreo defensor de la *lex mercatoria*, ésta comprende un conjunto de principios generales y reglas consuetudinarias que van elaborando paulatinamente los socios en los intercambios comerciales (sobre todo en el marco de sus organizaciones profesionales), que no tienen referencia a un concreto sistema jurídico nacional y que los árbitros, contractualmente designados por ellos para resolver sus litigios, confirman y asimismo precisan, e incluso elaboran para ellos⁵¹. Este autor coloca en la lista de "fuentes" de esta *lex*, en primer lugar, a los usos y reglas consuetudinarias, las cláusulas contractuales generales y los contratos tipo y, en segundo lugar, se encontrarían los laudos arbitrales, cuya finalidad sería integrar las lagunas planteadas por las anteriores fuentes. Sin embargo, el mismo Goldman –con el transcurso del tiempo–, ha modificado este elenco de fuentes considerando que los principios generales del derecho relativos a las relaciones comerciales internacionales y los principios comunes a los sistemas jurídicos nacionales, más la jurisprudencia arbitral, son las fuentes prioritarias de la *lex mercatoria*. De esta forma, los tribunales arbitrales no sólo dirimen, por un lado, las controversias del comercio internacional aplicando reglas y principios derivados de la *lex mercatoria*, sino que por otro contribuyen de manera decisiva al desarrollo de tales reglas y principios a través de sus laudos arbitrales, los que se terminan transformando de esta forma en otra fuente de la citada *lex*⁵². Por su parte, Lew, Mistelis y Kröll la definen como "el conjunto de normas creadas por y para los participantes en el

según Michaels-, la diferencia entre la nueva *lex mercatoria* y la *lex* medieval es que la ley medieval era una ley para los comerciantes, mientras que la *new new lex mercatoria*, por el contrario, refleja la diferenciación funcional de la sociedad mundial; es una ley para el "comercio", no para los *merchants*. R. MICHAELS (nota 34), p. 466.

⁵⁰ A. FRIGNANI, "Il contratto internazionale", en: *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Milán, CEDAM, 1990, pp. 31-33.

⁵¹ B. GOLDMAN, "La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: realities et perspectives", *Journal Chûnet*, n° 106, 1979, p. 475.

⁵² B. GOLDMAN, "Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria*", en: *Études de droit international en l'honneur de P.Laliva*, Bâle, Helbing & Lichtenhan, 1993, pp. 247 ss.

comercio internacional y aplicadas fundamentalmente por árbitros para resolver controversias propias del comercio internacional"⁵³.

Bajo el amplio y genérico paraguas de la expresión *lex mercatoria* se da cobertura a distintas clases de normas cuyo origen, contenido, alcance y proyección son diferentes; dicho de otro modo, si bien el término induce en principio a pensar en una calificación "unitaria", lo cierto es que con ella se alude tanto a usos comerciales profesionales (ya se encuentren codificados o no), como a condiciones generales de contratación y los *standard forms*, las *guidelines*, *restatements of law*, códigos de conducta, convenciones internacionales aún no vigentes, leyes modelo, principios generales del derecho, principios generales del derecho internacional, reglas inspiradas en la equidad, laudos arbitrales y normativa procedimental, entre otros⁵⁴.

Así, la "nueva *lex mercatoria*" representa aquella parte del derecho económico global que opera en la periferia del sistema jurídico en "acoplamiento estructural" directo con las empresas y las transacciones económicas globales⁵⁵. El siglo XX, en sus comienzos y ante la diversidad de ordenamientos jurídicos, ve surgir a una nueva *lex* basada en tres pilares fundamentales: en primer lugar, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, reconocido tanto en los ordenamientos internos de los Estados –con límites más o menos precisos– como en el ámbito del derecho internacional; en segundo lugar, el reconocimiento en todos los sistemas jurídicos del mundo del principio *pacta sunt servanda*⁵⁶ y, finalmente en tercer lugar, la utilización de medios de solución de controversias a través del arbitraje, basados en los usos y costumbres y en el principio de la buena fe en el comercio internacional⁵⁷.

En las décadas del sesenta y del setenta del pasado siglo, la doctrina de la *lex mercatoria* comenzó a notar una evolución de esa práctica internacional de los negocios. De esta forma, Schmitthoff fue el primero en reconocer este nuevo derecho mercantil en Inglaterra, mientras que en el marco de las ventas internacionales, Kahn

⁵³ J.D.M. LEW / L.A. MISTELIS / S.M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague / London / New York, Kluwer, 2003, p. 454.

⁵⁴ C. MATUTE MORALES, "La *lex mercatoria* y los principios jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional", *Anuario* n° 27, 2004, disponible en: <http://servicio.bc.ue.edu.ve/derecho/revista/ide27/27-4.pdf>

⁵⁵ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Autoregulación y unificación del derecho de los negocios internacionales", en: J.V. González García (dir.), *Derecho de la regulación económica*, vol. III, Madrid, Iustel, 2009, p. 106.

⁵⁶ A. GOLDSTAIN, "The New Law Merchant", *Journal of Business Law*, 1961, p. 12.

⁵⁷ C.M. SCHMITHOFF, "The Law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation", en: C.-J. Cheng (ed.), *Chen M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, Boston / London, Dordrecht, 1988, p. 159.

hacia lo propio en Francia. Lo mismo sucedió con Fouchard en el ámbito del arbitraje comercial internacional y con Stoufflet respecto de los créditos documentarios. Todos estos profesores se dedicaron a analizar este derecho; como señala Goldman, él mismo llegó a la conclusión de que podía reconocerse un lugar a la *lex mercatoria* (término acuñado por él mismo) dentro de los límites del derecho⁵⁸.

Ahora bien, incluso para sus firmes sostenedores, no ha constituido una tarea sencilla definir qué se entiende por *lex mercatoria* y delimitar su ámbito de actuación. El debate entre las posturas irreconciliables de detractores y defensores aún continúa⁵⁹. En su momento se manifestaron todos los extremos —y hasta una posición media— (casi escéptica de su existencia): cierto sector de la doctrina recibió con aprobación esta *lex* (entre otros, Goldman, Lalive, Gaillard)⁶⁰, mientras que otro grupo la rechazó abiertamente (Mann, Toope)⁶¹, llegando a sostener que la misma era un esfuerzo por legitimar como derecho los intereses económicos de las empresas de Occidente; por otra parte, en una posición ecléctica, Delaume —por ejemplo— consideró que se trataba de una idea vieja en razón de que existían leyes y reglas de mayor complejidad y que dicha *lex*, tanto en su alcance como en su importancia desde el punto de vista práctico, seguía siendo un sistema elusivo y una idea mítica de un derecho transnacional⁶².

Desde una postura crítica, se ha afirmado que el fenómeno de la *lex mercatoria* es “un fantasma creado por profesores franceses de la Sorbona”⁶³. La *lex mercatoria* actúa dentro de una realidad caracterizada por la división política de los mercados en una pluralidad de Estados —sostiene Galgano— y su función es superar la discontinuidad jurídica que estos provocan; de esta forma, dentro de la nueva *lex mercatoria* se disuelven —en su opinión— los particularismos jurídicos de las codificaciones, y como

⁵⁸ B. GOLDMAN, “Lex Mercatoria”, *Forum Internationale*, n° 3, 1983, p. 5.

⁵⁹ E. GAILLARD, “Trente ans de *Lex Mercatoria*. Pour une application sélective de la method des principes généraux du droit”, *Journal de droit international*, t. 122, 1995, p. 6.

⁶⁰ B. GOLDMAN, “La *Lex Mercatoria* dans les contrats d’arbitrage internationaux: Réalité et Perspectives”, *Chûtes Journal de Droit International*, 1979, p. 475; P. LALIVE, “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”, *ICC Congress Series*, n° 3, 1986, p. 257; E. GAILLARD, “Transnational Rules in International Arbitration”, *ICC Publication*, n° 480/4, 1999.

⁶¹ F.A. MANN, “The Proper Law in the Conflict of Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, n° 36, 1987, p. 437; S.J. TOOPE, *Mixed International Arbitration*, Cambridge, Grotius Publications Ltd., 1990, p. 96.

⁶² G.R. DELAUME, “The Proper Law of State Contracts and the *Lex Mercatoria*: A Reappraisal”, *ICSID Review - Foreign Investments Law Journal*, vol. 79, n° 3, 1988, párr. 106.

⁶³ G. TRUBNER, “Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems”, *American Journal of Comparative Law*, 1997, p. 151.

fenómeno todavía más significativo, las diferencias entre el *civil law* y el *common law*⁶⁴.

Esta nueva *lex*, constituida como un derecho corporativo anacional⁶⁵ y autónomo⁶⁶ (concebido como un “tercer derecho”, ni nacional ni internacional) pretende —en opinión de algunos— tener una vocación de aplicación universal y desvincularse de manera absoluta de los sistemas jurídicos nacionales. Como afirma Galgano “es cierto que la nueva *lex mercatoria* es derecho creado unilateralmente por la clase empresarial y que merece, por ello, el juicio de derecho no democrático, sino despótico. Pero es también cierto que ella se aplica después de haber sido filtrada culturalmente por UNIDROIT, que la remodela según los principios generales del derecho, buscando el justo equilibrio entre los opuestos intereses en juego, entre las razones de la empresa y las exigencias de protección de la parte más débil”⁶⁷.

Para los denominados apóstoles de la *lex mercatoria*, ésta conforma un sistema jurídico universal, autónomo, flexible, informal y abierto porque se va constituyendo a través de conjuntos de reglas, principios y estándares en constante elaboración por parte de abogados, árbitros y operadores comerciales internacionales. De esta forma puede sostenerse que es un derecho híbrido que articula elementos del derecho comercial y

⁶⁴ F. GALGANO, *La globalización en el espejo del Derecho*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, p. 63.

⁶⁵ F. OSMAN, en: *Les principes généraux de la Lex Mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anacional*, Paris, 1992, pp. 6-10, utiliza la expresión “derecho anacional”. Gaillard prefiere utilizar la denominación “reglas transnacionales”, “principios generales del derecho del comercio internacional” y no referirse a la *lex mercatoria*, rechazando la característica anacional de dicha ley; así, considera que cada sistema legal nacional puede regular las relaciones comerciales internacionales a través de reglas sustantivas que pueden ser diferentes de aquéllas que se aplican a las relaciones de carácter interno. De esta forma, la expresión *lex mercatoria* puede dar la idea de que existen normas transnacionales específicas mientras que, por el contrario, los términos “reglas transnacionales” o “principios generales” implican —según él— que tales reglas encuentran su origen en los sistemas legales nacionales. En este sentido véase P. FOUCHARD / E. GAILLARD / B. GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer, 1999, pp. 806 ss y “Thirty Years of *Lex Mercatoria*: Towards the Discriminating Application of the Transnational Rules”, en: *Planning Efficient Arbitration Proceedings – The Law Applicable in International Arbitration*, Congreso de la ICCA, Serie 7, Conferencia de Arbitraje de Seúl de 1994, The Hague, Kluwer, 1996, p. 572 (citado por S. GRANDE, “La *Lex Mercatoria* en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional”, *Dikaion*, vol. 22, n° 17, 2008, pp. 209-210).

⁶⁶ Ver G.P. CALLIENS, “*Lex Mercatoria*: A Reflexive Law Guide to an Autonomous Legal System”, *German Law Journal*, n° 17, 2001, disponible en: <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=109>

⁶⁷ F. GALGANO (nota 2), p. 133. El mencionado autor señala, además que es suficiente, en este sentido, referirse “a algunas figuras propias de la nueva *lex mercatoria*, como la *gross disparity* o como el *hardship*, que realizan en modo cabal, bajo el principio de buena fe, aquella congruencia del intercambio contractual, o equidad del contrato, hacia donde tienden los derechos nacionales en modo incierto y fragmentario”. Obra de tecnodemocracia la de UNIDROIT, su pregunta Galgano. Su respuesta es afirmativa; sin embargo, aparece matizada ya que a continuación aclara “(...) pero obra de tecnodemocracia que podemos definir como iluminista, retomando aquel concepto de ‘despotismo iluminista’ en el que demostraron creer los filósofos del S. XVIII”.

del derecho internacional público, y para cuya sistematización es necesario valerse de un método interdisciplinario que incluya al derecho privado en general, al DIPr, al DIP y al derecho comparado.

La aplicación de la *lex mercatoria* otorga, en opinión de sus mentores, una solución completa, omnicompreensiva. Así, han llegado a sostener incluso que "(...) el efecto de la *lex mercatoria* amenaza la existencia del DIPr porque una vez que emerjan las normas supranacionales, las reglas y los principios del DIPr se volverán superfluos", llegando a señalar que "(...) una de las finalidades de la *lex mercatoria* es eliminar la búsqueda de la propia ley del contrato o, en general, las normas de conflicto de leyes"⁶⁸.

El debate sobre la existencia de la nueva *lex mercatoria* llevado a cabo entre 1960 y fines de 1970 por un grupo de profesores independientes y prestigiosos fracasó. En opinión de Fortier, cuando los grandes despachos de abogados americanos y británicos introdujeron en el ámbito del arbitraje comercial internacional las técnicas y herramientas de los procesos típicamente judiciales y, de esta manera, pusieron en evidencia que la *lex mercatoria* debía ser recogida en textos si pretendía que se la pudiese declarar aplicable en los litigios, y así, según el autor, nace la denominada "nueva nueva *lex mercatoria*". Esta terminología es utilizada por primera vez por Fortier⁶⁹ para referirse a los listados de principios codificados con comentarios (llamados "oficiales") que habían sido elaborados por profesores y operadores comerciales internacionales intentando dar soluciones, no sólo más pragmáticas, sino también más justas a ciertas situaciones multinacionales. De esta forma, no sólo se hacía patente el paso del *jus mercatorum* al *jus professorum*, sino que éste era plasmado en textos escritos.

Ahora bien, cabe preguntarse cuál es el contenido de la nueva *lex mercatoria*, qué tipo de principios y reglas comprende. Para determinar el contenido se han seguido dos

⁶⁸ La primera afirmación corresponde a F.J. JUENGER, "American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, n° 28, 1995, p. 497 y la segunda a F.A. MANN, "England Rejects "Delocalised" Contracts and Arbitration", *International Comparative Law Quarterly*, n° 33, p. 193, ambos citados por A.F.M. MANRUZZAMAN, "The *Lex Mercatoria* and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration", *American University International Law Review*, p. 680, nota 99, disponible en <http://www.auii.org/pdf/14/14-3-2.pdf> y también por S.L. FELDMAN DE CÁRDENAS, "La *lex informatica*: la insuperable levedad del *no sci*", *Working Paper* n° 8, Centro Argentino de Estudios Internacionales, disponible en: <http://www.caei.com.ar/es/programas/di/08.pdf>

⁶⁹ Y. FORTIER, "The New, New *Lex Mercatoria*, or, Back to the Future", *Arbitration International*, vol. 17, n° 2, 2001, pp. 123-124. El autor, presidente de la *London Court of International Arbitration* utilizó esta denominación en el *17 th Colloquium on International Arbitration* (Washington, 10/11/ 2000).

enfoques, a saber: el método de la "lista" y el método "funcional". Con respecto al primero, se han elaborado distintas listas de reglas o principios que han partido, en líneas generales, de los Principios de UNIDROIT y de los Principios del Derecho Contractual Europeo de 1998 ("Principios Lando"). Si bien se ha considerado que este método carece de flexibilidad, Berger ha propuesto —respondiendo a las críticas— la idea de una "codificación progresiva"⁷⁰ cuyo objetivo es garantizar la posibilidad de actualizar en forma veloz y continua la lista de principios comerciales transnacionales. En esta línea, se creó el *Central Transnational Law Database*⁷¹ como un ámbito institucional dentro del cual desarrollar y actualizar la lista. En cuanto al segundo método, "éste consiste en identificar una regla específica de la *lex mercatoria* ante el surgimiento de una cuestión determinada"⁷². En opinión de Gaillard —uno de sus principales seguidores—, el enfoque funcional considera a la *lex mercatoria* como un método para alcanzar decisiones, antes que una suerte de ordenamiento jurídico; así, a través de esta metodología se determinará la regla o el principio que resulte adecuado⁷³ y, en este sentido, posee la ventaja de que toda reclamación efectuada por una parte en un caso específico recibirá respuesta. Debe tenerse en cuenta que a los efectos de la determinación del contenido de la *lex mercatoria*, los tribunales arbitrales acuden, cada vez con mayor asiduidad, a los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales.

Más allá de los debates y embates doctrinarios sobre su calificación y extensión, como sostuvo Lord Mustill, "la *lex mercatoria*, simplemente existe. Brota de manera espontánea en el suelo del comercio internacional. Es un crecimiento, no una creación"⁷⁴.

En esta línea de ideas, otra cuestión que ha causado polémica es si la *lex mercatoria* constituye *soft law* o *hard law*; esta controversia es, en opinión de algunos autores, de carácter secundario, ya que lo relevante es la eficacia y el uso efectivo que de dicha *lex* se hace en ámbito del comercio internacional. Así, López Ruiz señala que

⁷⁰ Ver K.P. BERGER (nota 46), pp. 212 ss.

⁷¹ K.P. BERGER, "Lex Mercatoria Online, The Central Transnational Law Database en www.tldb.de", *Arbitration International*, n° 18, 2002, pp. 83 ss.

⁷² A. REDFERN / M. HUNTER / N. BLACKABY / C. PARTASIDES (nota 43), p. 184.

⁷³ E. GAILLARD, "Transnational Law: a Legal System or a Method of Decision-Making", *Arbitration International*, n° 17, 2001, pp. 50-71, esp. p. 62.

⁷⁴ "(...) the *lex mercatoria* simply exists. It springs up spontaneously, in the soil of international trade. It is a growth, not a creation", M. MUSTILL, "The New *Lex Mercatoria*: The First Twenty-five Years", en: *Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce*, M. Bos / I. Brownlie (eds.), 1987, p. 153. Por el contrario, según C. VON BAR, la doctrina de la *lex mercatoria* es "técnicamente falsa como fuente jurídica, conceptualmente difusa y, desde el punto de vista de la política jurídica, equivocada".

“una concepción del derecho anclada en la identidad entre derecho y derecho estatal, es incapaz de captar la diferenciación funcional en que descansa la sociedad presente basada en la existencia de esferas autónomas de racionalidad y, en consecuencia, le resulta derecho fundado exclusivamente en el Estado, en la segmentación estatal del espacio jurídico, no puede analizar las correspondencias entre normas jurídicas y sistemas sociales autónomos cuya dinámica se despliega en un espacio transnacional. La consecuencia que se sigue de este planteamiento no puede ser otra que la negación de la juridicidad de la *lex mercatoria*”. De acuerdo a su planteo, el problema central de la *lex mercatoria* “no afecta tanto a su caracterización o no, como ordenamiento jurídico conforme a los paradigmas del positivismo estatalista, sino a la ausencia de un orden democrático que contemple la participación de todos los potenciales afectados y desde el que se pueda legitimar su producción normativa, es decir, el núcleo de la problematización de la *lex mercatoria* está en la ausencia de condiciones de legitimación democrática de este derecho”. Este punto conduce a plantearnos, en la línea seguida por el autor, si es posible legitimar sistemas normativos jurídicos al margen de la existencia de un Estado constitucional de derecho⁷⁵.

V. Conceptualización del *soft law*

El término *soft law* fue utilizado por Lord McNair⁷⁶ y, desde su mismo origen, se lo ha interpretado de diferentes maneras. En realidad, este denominado “derecho suave o débil” (*weak law*, pre-derecho, derecho blando o en agraz) ha estado presente desde antaño en los sistemas jurídicos, a punto tal que incluso si nos remontamos al derecho romano estas formas de regulación recibían el nombre de *leges imperfectae* ya que la norma carecía de la *sanctio*, es decir, la determinación de las consecuencias de violar la parte dispositiva de la ley.

La expresión no posee en el ámbito internacional un significado unívoco sino que, por el contrario, diferentes incluso son los criterios para calificar al *soft law* y definir su ambiguo y difuso contenido⁷⁷, a punto tal que bajo dicha denominación se

encauzan, entre otros, actos jurídicos heterogéneos sin contenido obligatorio (no vinculante jurídicamente), tales como instrucciones, planes, circulares, normas técnicas, códigos de buen gobierno, acuerdos. Al mismo tiempo, también se utiliza dicha denominación para referirse a instrumentos que resultan jurídicamente vinculantes (*legal soft law*) o no (instrumentos “doblemente” *soft*). Como se ha señalado, “la expresión se aplica a instrumentos cuya juridicidad es dudosa (ambigua) o cuya fuerza vinculante se cuestiona”⁷⁸.

En la misma línea, y dicho de otro modo, el *soft law*, tal como lo apreciamos en la actualidad es una criatura del derecho internacional y, en especial, de las organizaciones internacionales, cuyas normas no siempre gozan de efectos jurídicos nítidos⁷⁹.

Ahora bien, en ese intento de definir el concepto o establecer, al menos, ciertos marcos de referencia, cabe preguntarse si el *soft law* constituye un “no derecho” al carecer de fuerza vinculante o si estamos en presencia de un “pre-derecho”. En realidad, esto lleva a una discusión aún más profunda acerca del concepto que se adopte de “derecho” ya que, en líneas generales, la expresión “*law*” denota la existencia de una deber jurídico y de ahí que ciertos autores opongan reparos en emplear esta terminología con relación a instrumentos que carecen de este elemento. El debate en torno a la conceptualización del *soft law* como opuesto al *hard law* implica, en cierta forma, un cambio en la manera de entender el papel de las normas jurídicas y el rol que éstas desempeñan a la hora de ceñir la actuación de los poderes públicos⁸⁰. Trazar una línea divisoria entre “derecho” y “no derecho” representa un verdadero desafío dada la naturaleza del proceso de creación de normas jurídicas y la conceptualización en términos de *hard versus soft law* es sin dudas problemática⁸¹.

De acuerdo a la postura de Abbot y Snidal, la utilización del *hard law* reduce, por una parte, los costos de transacción y las dudas y, por otra, aumenta la credibilidad de los compromisos. Sin embargo, la aplicación del *soft law* también presenta sus ventajas ya que este tipo de acuerdos resulta más fácil de lograr, son considerados desde

⁷⁵ F. LÓPEZ RUIZ (nota 18), pp. 8 y 15.

⁷⁶ G. ABI-SAAD, “Cours Général de Droit International Public”, *Recueil des Cours*, t. 207, 1987, p. 132. Del mismo autor ver “Éloge du droit assourdi: quelques réflexions sur le rôle de la *soft law* en droit international contemporain”, en: *Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruyant, 1993, pp. 60 as.

⁷⁷ Ver J. KLABBERS, “The redundancy of soft law”, *Nordic Journal of International Law*, n° 65, 1996, pp. 167-182.

⁷⁸ A. MAZUELOS BELLIDO, “Soft Law: ¿mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 8, 2004, p. 2.

⁷⁹ D. SHELTON, *Commitment and Compliance. The Role of non-binding norms in the International Legal System*, Oxford, OUP, 2000.

⁸⁰ D. SARMIENTO (nota 28), disponible en: http://www.danielsarmiento.es/pdf/soft_law.pdf

⁸¹ A. D’AMATO, “Soft Law” Chapter 5, pp. 35-60, disponible en: <http://authonydamato.law.northwestern.edu/ELA/Intech05-2001-edited.pdf>

el punto de vista de los Estados como menos riesgosos para la soberanía y conllevan un proceso de aprendizaje que produce que la negociación de compromisos futuros genere menores costos. Pero como contrapartida, el *soft law* produce algunas desventajas que se hacen más patentes, no cuando se está negociando, sino después de la entrada en vigor del acuerdo⁸².

Aclaramos desde ya, que no nos aferraremos de entrada a un concepto determinado de *soft law*, puesto que abarque lo que abarque, la doctrina está lejos de dar una definición clara e incuestionable. Como bien lo señala Kaufmann-Kohler, entrar en una investigación de los orígenes y diferentes teorías y definiciones del *soft law*, llevaría a cuestionar el significado mismo del derecho⁸³. Coincidimos con la autora citada y nos limitamos en este trabajo a la idea de normas que no pueden ser impuestas coactivamente por la fuerza pública, que pueden emanar de actores estatales (legisladores, gobiernos, organismos internacionales) o no estatales (instituciones privadas, asociaciones profesionales o comerciales). Las normas del *soft law* son "blandas" porque su contenido es demasiado vago como para ser aplicado a hechos específicos (como la Convención de la UNESCO de 1972 sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, o el caso de obligaciones no exigibles judicialmente). También pueden ser blandas por carecer de fuerza vinculante, como las recomendaciones o códigos de conducta.

Si bien el *soft law* puede conceptualizarse de diferentes formas, según Boyle, existen tres elementos que resultan relevantes: 1) es un derecho no vinculante (*not binding*), 2) está compuesto por normas generales o principios, pero no en reglas y 3) es la ley que no resulta aplicable a través de una resolución vinculante de controversias. De esta manera, el *soft law* asume en el plano internacional diferentes formas, "pudiendo incluir declaraciones de una conferencia intergubernamental (como la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo), las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (como las que involucran el espacio, la descolonización o la soberanía permanente de los recursos naturales), o códigos de conducta, directrices y

⁸² K.W. ABBOTT / D. SNIDAL, "Hard Law and Soft Law in International Governance", *International Organization*, n° 54, 2000, citado por A. KANNER, "Europa y América Latina: hacia la consolidación de un acuerdo de gobierno por *soft law*?", *Cuadernos sobre Relaciones Internacionales, Regionalismo y Desarrollo*, vol. 1, n° 2, 2006, p. 121.

⁸³ G. KAUFMANN-KOHLER (nota 13), p. 108.

recomendaciones de organizaciones internacionales (como las de la IAEA, IMO, UNEP o la FAO)⁸⁴.

Otra cuestión interesante para reflexionar es la atinente al *soft law* de los actores no estatales ya que, muchas veces, esta metodología es la única alternativa disponible para ellos dado que no tienen capacidad para crear normas y obligaciones jurídicas internacionales⁸⁵. Así, puede visualizarse que estos actores intentan, a través de los instrumentos adoptados por ellos, incidir en las conductas de los sujetos de derecho internacional y en los procesos de elaboración de normas internacionales. Los actores no estatales con frecuencia regulan sus comportamientos por medio de códigos de conducta e instrumentos similares donde a través de un fenómeno autonormativo se imponen obligaciones voluntarias, las cuales —como ha señalado Maxuèllos Bellido— son tautológicas debido a que, en realidad, constituyen obligaciones libremente asumidas por los sujetos no estatales que no vienen de ninguna manera impuestas por terceros y no resultan exigibles jurídicamente⁸⁶.

Kennedy ha planteado sobre el tema varios interrogantes, señalando que los iusinternacionalistas se han preocupado durante al menos un siglo en analizar si el mejor modo de formación de las normas internacionales era a través del tratado o de la costumbre. En este sentido, se plantean si deberían ser consideradas como derecho únicamente las normas que se siguen escrupulosamente, o debería la disciplina abrirse a un tipo u otro de *soft law*. Siguiendo con su análisis, sostiene que "aunque la elección se presenta a menudo como una cuestión intensamente práctica, —una institución debería utilizar el tipo de norma que mejor funcionara y mejor sirviera para el problema en cuestión—, mirando retrospectivamente es sorprendente comprobar como una u otra solución está de moda o anticuada para el conjunto de la disciplina, independientemente de la cuestión de que se trate". En esta línea pone de manifiesto cómo las concepciones han ido variando a lo largo de los años: así, durante un tiempo —dice—, todo el mundo se dedicaba a crear normas a través de tratados multilaterales; al cabo de un tiempo, ya nadie se dedica a eso. En un período, la disciplina luchaba por codificar derechos; luego los iusinternacionalistas en un campo y en otro prefirieron trabajar con principios. En un

⁸⁴ A.E. BOYLE, "Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law", *The International and Comparative Law Quarterly*, 1999, pp. 901-913.

⁸⁵ M.E. O'CONNELL, "The Role of Soft Law in a Global Order", en: D. Shelton (ed.), *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding in the International Legal System*, New York, Oxford University Press, 2000, p. 109.

⁸⁶ A. MAZUELOS BELLIDO (nota 79), p. 15.

momento, las instituciones internacionales pusieron el énfasis en su autonomía, personalidad y discreción; luego, en docenas de áreas distintas, adoptaron una "postura más de oficinista". "En un momento dado, los problemas globales de interés para la disciplina tienen su propio organismo especializado y la gente habla seriamente de 'gobierno mundial' y 'orden público mundial'. Cuando pasa la moda, cada una de las cuestiones produce una serie impresionante de organizaciones no gubernamentales y de repente la expresión 'sociedad civil' recorre la disciplina. Ciertamente, cambios tan amplios pueden reflejar condiciones políticas cambiantes. Pero éstas, a su vez, se ven afectadas por lo que los expertos, a lo largo de un amplio número de cuestiones, creen que va a ser lo mejor para renovar la causa internacionalista"⁸⁷.

VI. La codificación del *soft law*

La codificación del derecho del comercio internacional, como fenómeno, ya no es una tarea exclusiva de las organizaciones interestatales sino que se advierte que, al margen de las mismas, o directamente dentro de ellas, se desenvuelven con creciente protagonismo los actores privados⁸⁸, permitiendo contactos y amalgamas entre el *soft law* y el *hard law*. Destaca Fernández Arroyo que lo público y lo privado no son realidades contrapuestas por definición y que tal contraposición se da en forma clara y definida en determinadas situaciones puntuales y acotadas a ciertos contextos, espaciales y/o temporales. En muchos otros casos —señala el autor citado— los intereses públicos y privados van de la mano y procuran, cada uno, el progreso del otro⁸⁹.

Asimismo, se refiere al modo en que se viene desarrollando el proceso de "privatización" del poder regulador. Por una parte, puede constatarse cómo en las últimas décadas, las normas nacionales, convencionales e institucionales han reafirmado el poder de autorregulación de los particulares en el ámbito comercial (y hasta extendiéndose hacia áreas antes vedadas al despliegue de la autonomía como personas, familia y sucesiones), yendo mucho más allá de la mera potestad de elegir el derecho aplicable y el juez competente, operando sobre la concepción misma de las relaciones

⁸⁷ D. KENNEDY, "El derecho internacional: un vocabulario disciplinar para la crítica y la reforma", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 4, 2002, pp. 10-12, disponible en www.reei.org

⁸⁸ Así lo pone de resalto D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 6) p. 52.

⁸⁹ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 6), p. 53. Nos interesa resaltar, en este estadio, su contenido negación, por anacrónica y reduccionista, de la separación tajante entre derecho comercial material y derecho comercial conflictual, como así también de la distinción entre derecho comercial interestatal y derecho comercial transnacional, desvinculado de los poderes públicos, como si la indudable existencia de éste se produjera absolutamente desconectada de aquél.

jurídicas⁹⁰. Por otra, en el ámbito contractual, el progresivo ensanche del concepto de arbitralidad, en tanto las partes pueden utilizar normas elaboradas por organismos privados (*lex mercatoria*), o por organismos públicos pero desprovistas de carácter vinculante planteando sus controversias ante particulares (árbitros) con la complacencia de los Estados y organizaciones internacionales públicas. Ello, de todas maneras, no implica autonomía ilimitada puesto que los Estados continúan reservándose una parcela intocable en términos de orden público y normas de policía⁹¹.

Lo cierto es que permanentemente van apareciendo cantidades de reglas privadas, disponibles como reglamentación "blanda" para los particulares, a las que tanto ellos como los poderes públicos les otorgan carácter vinculante, incluyéndolas en los contratos, autorizando su utilización por los árbitros y hasta siendo invocadas o convocadas por los Estados y organizaciones internacionales, abriendo así las puertas a su aplicación general⁹².

Las fuentes del derecho comercial que regulan las transacciones internacionales se han ampliado abarcando la llamada *lex mercatoria* y, como ya hemos visto, una variedad de formas de derecho blando, como leyes modelo, guías legislativas, reglas y términos comerciales uniformes, *restatements*, principios y reglas procesales preparados por profesores de distintas familias jurídicas y jurisdicciones⁹³.

VII. El derecho internacional privado y el *soft law*

Señala Goode que no existe acuerdo sobre lo que abarca la *lex mercatoria*, ya que para algunos se trata meramente de otro rótulo para el derecho comercial transnacional y, por tanto, comprende todos los tipos de armonización, formales e informales. Para otros, se trata de un producto de la creación espontánea mediante el uso, evidenciado en las reglas de las cámaras de comercio, las cláusulas de los contratos *standard* y los principios, reglas y *restatements* formulados por agencias internacionales. Se propone a la *lex mercatoria* como un conjunto de reglas que no sólo pueden ser aplicadas por

⁹⁰ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 6), p. 54.

⁹¹ D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 6), p. 55.

⁹² Ver los ejemplos de "homologación" de las normas privadas a nivel nacional, internacional y supranacional que desarrolla D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 6), pp. 56-58.

⁹³ R. GOODE, "Regla, práctica y pragmatismo en el derecho comercial transnacional", en: J. Basedow/ D.P. Fernández Arroyo/ J.A. Moreno Rodríguez (dirs.) "¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?", La Ley Paraguaya-CEDEP-Thomson Reuters, Asunción, 2010, pp. 75 y ss.

árbitros *ex post*, sino que pueden ser elegidas por las partes como derecho aplicable para sus contratos⁹⁴. El autor citado prefiere limitarla a la práctica internacional del comercio y explica su desacuerdo con equipararla a la totalidad de lo que él llama "derecho comercial transnacional", del cual la *lex mercatoria* sería sólo una parte pero con sus características distintivas⁹⁵. No se puede, en su criterio, confundir al derecho consuetudinario (esencia de la *lex mercatoria*) como integrando una masa homogénea con el derecho de contratos y de los tratados. Aquella no está diseñada intencionalmente como un instrumento de armonización de derechos, deberes y prácticas, que sí es el objetivo de las convenciones internacionales y los contratos *standard*⁹⁶. Obviamente, hay diferencias entre la *lex mercatoria* y las convenciones que son derecho oficializado por los Estados. Pero también las hay entre éstas y los contratos *standard* que, por muy difundidos que sean, son meros modelos que pueden no ser seguidos por la generalidad de los comerciantes.

En cualquier caso, coincidimos con Goode en que las partes gozan de una gran libertad para crear su propia ley, pero ello sólo ocurre por voluntad de los Estados soberanos (considerados aisladamente o en conjunto) y, esa libertad está sujeta a importantes limitaciones, como las basadas en el orden público o en reglas imperativas indisponibles⁹⁷.

Las denominaciones *lex mercatoria*, *soft law*, incluso términos como "derecho", "norma", "regla", presentan problemas semánticos, porque los autores los utilizan según el sentido que cada uno les otorga. Ello dificulta encontrar coincidencias o diferencias en las concepciones que se ponen de manifiesto. Así, por ejemplo, Goode se pregunta si la *lex mercatoria* es autonomía y habla de una autonomía *de facto*, en el sentido de que a la comunidad comercial se le da en gran medida una libertad para desarrollar sus propias prácticas y hacerlas obligatorias a través de sus propias reglas, contratos y procedimientos de resolución de disputas⁹⁸. Y como normalmente no se cuestiona la legalidad de lo que se hace y lo que se decide, se puede sostener que a los efectos prácticos la costumbre de los comerciantes y las reglas que ellos formulan para las

futuras transacciones, operan como derecho dentro de la comunidad comercial más allá de que tengan o no fuerza de ley. Pero no distinguir a la "*lex mercatoria* como derecho", de su observancia como una cuestión "práctica", explica la confusión que existe entre aquellos que proponen la existencia de una *lex mercatoria* y aquellos que la niegan. Como práctica efectiva no depende de ningún reconocimiento jurídico pues, según Goode, no es verdadera *lex*. Su inobservancia no acarrea sanción jurídica sino el probio de sus colegas comerciantes y hasta la probable expulsión de la comunidad mercantil pertinente. Opera como derecho blando (*soft law*), aunque no por ello derecho débil⁹⁹. El autor citado habla de que existe también una autonomía *de jure*, mediante la cual la autoridad soberana les da la libertad a los comerciantes para crear sus propias leyes y resolver sus disputas sin consideración de las leyes ordinarias. Claro que se trata de una autonomía no absoluta pues, cualquiera sea el contenido de los contratos, estos deben ceder ante el orden público internacional y las *lois de police*¹⁰⁰.

Como puede observarse, el factor limitativo de la potestad de autorregulación basado en el orden público y las normas excluyentes (de policía, internacionalmente imperativas o como se las denomine) es moneda corriente en buena parte de la doctrina, más allá de quienes puedan sostener una transnacionalidad indemne a tales límites, a modo de *supra* derecho que, en nuestra opinión, no es aceptable¹⁰¹. Y de este modo estamos quizás completando un giro de trescientos sesenta grados que nos llevará a concluir que, en definitiva, todas las nuevas realidades normativas, tienen una explicación final, un fundamento jurídico tan simple como, desde nuestra óptica, contundente. Porque una cosa es referirse a la *lex mercatoria* (la nueva) y al *soft law*

⁹⁴ R. GOODE (nota 94), p. 86. Allí, en su nota 20 cita en apoyo de su aserto a G. TEUBNER, "Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society", en: *Global Law without a State*, Dartmouth, Ashurst Aldershot, 1997.

⁹⁵ R. GOODE (nota 94), p. 86.

⁹⁶ Podría generar dudas la existencia de fallos arbitrales que han manejado fuentes extralegales ignorando normas imperativas inderogables e incluso principios de países vinculados a los casos fallados. Sin embargo la ilegalidad no se redime por el solo hecho de que las partes hayan cumplido conductas vulneratorias de tales limitaciones, con o sin laudo arbitral de por medio. Si un contrato es violatorio de algún principio básico del ordenamiento argentino, tanto en lo sustancial como en lo procesal, o prescinde de la observación de una norma de policía argentina, y pese a eso las partes cumplen de conformidad las conductas necesarias para honrar las obligaciones asumidas en el contrato, o si yendo a un litigio arbitral en el exterior la parte perdedora acepta el laudo y cumple, no por ello podrá afirmarse que se han movido en un ordenamiento transnacional, independiente y prescindente de la legalidad. Sólo la habría eludido evitando que el sistema argentino tomara intervención. Diferente es el relajamiento de los controles que comienzan a aparecer en los últimos años en tribunales de países del "primer mundo", permitiendo acuerdos de elección de foro en temas regulados por normas de policía propias y hasta reconociendo laudos dictados por tribunales que han omitido aplicar normas de policía del país al que se pide el reconocimiento.

⁹⁴ R. GOODE (nota 94), p. 80.

⁹⁵ Para R. GOODE (nota 94), p. 81, el "derecho comercial transnacional" está integrado no sólo por reglas emanadas de la práctica espontánea sino también por normas de tratados que regulan el comercio internacional.

⁹⁶ R. GOODE (nota 94), p. 82.

⁹⁷ R. GOODE (nota 94), p. 83.

⁹⁸ R. GOODE (nota 94), p. 85.

como realidades integradas, una comprensiva de la otra, o independientes, compartiendo o no determinadas características. Con ello, realizamos sólo un ejercicio descriptivo de una realidad que, obviamente posee ribetes fenomenológicos sumamente atractivos, e invita a las comparaciones y análisis de sus diversas formas de manifestación, permitiendo incluso edificar enormes castillos aéreos. Su configuración no es lineal y admite visiones particulares diversas. Pero otra cosa es encontrar el porqué del valor jurídico esencial de cada regla, se la califique como perteneciente al *soft law*, la *lex mercatoria* o mera regulación individual de una obligación contractual determinada.

Simplificando al máximo nuestra idea, vemos que el comercio se compone de negocios individuales, a los que podemos aludir como contratos. Cada contrato se rige por el DIPr oficial, sus normas directas e indirectas, sus normas internacionalmente imperativas, sean de fuente nacional, convencional o comunitaria. Los derechos oficiales permiten (con variantes de grados) que los contratantes creen sus propias reglas individuales en el contenido de su contrato, dejando de lado, contrariando, las normas materiales internas del sistema de derecho privado que resultaría aplicable según las normas de conflicto oficiales (se las califique a dichas normas materiales como supletorias o coactivas en las relaciones privadas nacionales). También permiten apartarse de los tribunales oficiales y someter la resolución de sus desavenencias a tribunales privados. Bajo este esquema básico (que admite otras elaboraciones, las que dejamos de lado deliberadamente por exceder el propósito de este trabajo), los particulares pueden incorporar todo tipo de reglas, inventadas por ellos o traídas de las costumbres, usos y prácticas recopilados, principios lanzados por organizaciones diversas, recomendaciones, modelos contractuales, o precedentes arbitrales. Es decir, cualquier fuente. El derecho oficial otorga autonomía en grado suficiente como para que los contratantes puedan diseñar su relación conforme a sus necesidades. Pero siempre dentro de los límites principistas que deberán ser respetados a rajatabla, y que harán su aparición apriorística en las normas de policía (o internacionalmente imperativas) y en el control *a posteriori* realizables tanto como consecuencia del ejercicio de la jurisdicción internacional directa como de la indirecta. Así funciona la autonomía de la voluntad conflictual, material y jurisdiccional de los contratantes.

¿Qué inconvenientes puede haber en que las partes pacten la exclusión de todo derecho nacional y se sometan, por ejemplo genéricamente a la *lex mercatoria* o a los principios de UNIDROIT? Mientras el Estado (o la organización internacional o

comunitaria) mantenga la potestad de aceptar o rechazar el contenido de estos pactos, por vulnerar principios de orden público internacional, no vemos objeciones de alta.

Diferente es el análisis de las variaciones que pueden ir sufriendo los propios principios por la evolución de las concepciones en la sociedad mundial, manifestada a veces en la permisividad ("aflojamiento") de ciertos sistemas judiciales frente a contratos puntuales que vulneran claramente algún principio estructural, o en los efectos económicos y sociales que un control relajado puede provocar, dando carta blanca a los movimientos libertarios. En tal caso, el problema no está en la autonomía de la voluntad como herramienta técnica, sino en su utilización en contra de los intereses sociales genuinos.

Se ha dicho que la *lex mercatoria* es un derecho cuya validez no surge en el marco del Estado, sino que se forma pragmáticamente fundándose en los acuerdos y diferencias de los agentes globales ligados a lógicas funciones supraterritoriales, fenómeno que no alcanza a ser comprendido por el positivismo jurídico, que no ve que, entre el sistema jurídico y su ambiente social están teniendo lugar continuos cambios. Fenómenos como la *lex mercatoria*, así como otras formas jurídicas de la sociedad postmoderna, muestran precisamente que los confines del derecho no son impermeables¹⁰². Un interesante planteo realiza Olgatti, que presenta a la *lex mercatoria* como una forma de *insurgency* de una corporación con fuertes connotaciones de identidad, que reivindica su propio espacio jurídico vital, fundado no sólo en su especialidad funcional, sino en la incompatibilidad de sus prácticas, intereses y principios respecto de los impuestos autoritariamente en el más amplio sistema social (indiferencia por cualquier orden público y desprecio hacia cualquier sistema jurídico nacional)¹⁰³.

Creemos que hoy que diferenciar los análisis que se realizan desde distintas posturas ideológicas, jurídicas, políticas. El derecho concebido como instrumento cultural que busca la realización de la justicia en cada caso concreto, reclama alejarse de posiciones fundamentalistas y construcciones dogmáticas extremas, porque esas posturas caen frente a similares y antagónicas elaboraciones y, principalmente, porque

¹⁰² F. LÓPEZ RUIZ (nota 18), p. 15.

¹⁰³ V. OLGATTI (nota 49), pp. 168-171, donde el autor plantea la existencia europea de fundamentalismos incompatibles por la dinámica del actual capitalismo 'desregulado' como resultado de la crisis del ordenamiento estatal y la afirmación de las grandes corporaciones económicas como fuentes autónomas del derecho.

no ven ni interpretan la realidad tal cual es, sino que toman ciertos aspectos de ella y tratan de acomodarla a su propia y abstracta idea.

Es bueno tomar conciencia de que, más allá de lo estrictamente jurídico, el *soft law* “mercatorio” es patrocinado e impulsado por sujetos e intereses diversos (entidades privadas, empresas, organizaciones no gubernamentales, los Estados mismos, grandes bufetes de abogados y economistas, académicos, instituciones arbitrales), lo cual dificulta a veces estar seguros de que se busca el bienestar, la promoción económica y cultural de las clases sociales más necesitadas, la preservación del ambiente, el respeto y resguardo de los particularismos nacionales¹⁰⁴, la eliminación de las guerras y otros males globalizados.

Se podrá decir que los males del mundo son responsabilidad de los gobiernos; pero los gobiernos son los que producen y ejecutan el *hard law*, al que desafía el *soft law* aunque no siempre para mejorar la vida de las personas sino para remover obstáculos que suelen dificultar el despliegue de los negocios con mayor amplitud. Las codificaciones privadas, o públicas con injerencia privada, podrían ser un indicio de la existencia de un *behind the scenes*, un *back stage* en el que tras las aparentes confrontaciones o “desafíos” se planifican avances mediante normativas superadoras de los defectos e insuficiencias de los sistemas jurídicos positivos. Pero hemos de reconocer que cuando sacamos la vista de los textos jurídicos y echamos una mirada a la vida, la situación del país, la región, el mundo, no es poco habitual advertir cómo grandes empresas se benefician con las situaciones conflictivas para avanzar sobre objetivos económicos y cómo los Estados van perdiendo poco a poco su poder de negociación¹⁰⁵. Porque mientras millones de páginas y “horas/hombre” dedica la doctrina a desmenuzar, discutir, opinar, elaborar intrincados argumentos en favor del arbitraje, la *lex mercatoria*, el *soft law*, el derecho transnacional, los principios, reglas y usos comerciales, muchas veces la vida real de varios sectores transita por carriles diferentes.

Pero cerrando la puerta y volviendo a la mesa jurídica, nos parece innegable que toda esta temática del *soft law*, el arbitraje y la *lex mercatoria* es atractiva y admite

¹⁰⁴ Que el conflictualismo clásico defiende a ultranza y el materialismo extremo intenta destruir, sin advertir, ambos, que la uniformidad es deseable aunque no omnicomprensiva, de un lado, y que muchos particularismos son indestructibles por su arraigo en las convicciones más profundas de los pueblos, de otro.

¹⁰⁵ Especialmente cuando no destinan personal idóneo para defender posturas claras en los distintos foros internacionales.

múltiples opiniones y posturas doctrinarias. Su justificación jurídica nos parece sencilla de explicar, aun a riesgo de incurrir en excesivo simplismo.

Por una parte, no vemos un *soft law* completamente independiente del *hard law*. Su dependencia del derecho positivo es innegable, más allá de que no se la quiera reconocer. Si tomamos, por ejemplo, esa codificación multipropósito y polifuncional de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales¹⁰⁶, veremos que ellos mismos se autofinan al dejar fuera de su ámbito de aplicación la capacidad de las partes¹⁰⁷. Es que siempre será necesario contar con un derecho oficial subsidiariamente aplicable, a menos que en un arbitraje se resuelva cubrir los baches con soluciones *soft*. Pero aun en tales supuestos, estará siempre presente el control de orden público y las *lots de police*. Por otra parte el art. 10.5 de los Principios prevé varios supuestos de suspensión de la prescripción como consecuencia del inicio de un procedimiento judicial o diferentes alternativas dentro del mismo¹⁰⁸.

Si creemos que el DIPr es un sector de normas, principios y sentencias destinados a llevar a cabo una solución justa, efectiva y, en la mayor medida posible, uniforme, de los casos multinacionales de derecho privado, y si una de las herramientas con las que cuenta es la autonomía de la voluntad –tanto conflictual como material–, otorgada a las partes en sus relaciones jurídicas patrimoniales, entonces no puede caber dudas de que, con el mismo valor que tienen para los contratantes las estipulaciones que acuerdan en sus contratos, adquieren poder coercitivo todas las reglas que, expresa o tácitamente, y cualquiera sea la fuente de la que provengan, queden incorporadas a la par de tales estipulaciones. De modo que *soft law* es una expresión que abarca un sector

¹⁰⁶ Según el Preámbulo de la versión 2010, deberán aplicarse cuando las partes lo hayan acordado pero pueden también aplicarse cuando hayan pactado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes, o no hayan escogido el derecho aplicable al contrato. También pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme, o el derecho nacional, o servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

¹⁰⁷ Principios, Capítulo 3-Validez. Artículo 3.1.1 Este capítulo no se ocupa de la falta de capacidad de las partes.

¹⁰⁸ Principios, Artículo 10.5 (Suspensión por procedimiento judicial) (1) El curso del periodo de prescripción se suspende: (a) cuando al iniciar un procedimiento judicial, o en el procedimiento judicial ya iniciado, el acreedor realiza cualquier acto que es reconocido por el derecho del foro como ejercicio del derecho del acreedor contra el deudor; (b) en caso de insolvencia del deudor, cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de insolvencia, o (c) en el caso de procedimientos para disolver la entidad deudora, cuando el acreedor ejerce sus derechos en los procedimientos de disolución. (2) La suspensión dura hasta que se haya dictado una sentencia definitiva o hasta que el procedimiento concluya de otro modo.

de la actividad internacional de elaboración de reglas que ingresan al DIPr por la vía de los contratos individuales, momento en el que se hacen exigibles por la "fuerza".

VIII. ¿Mirar el pasado para no perder de vista el futuro?

En la mitología romana el Dios Janus fue representado como una cabeza con dos caras: una mirando hacia el este y la otra hacia el oeste, una simbólicamente mirando hacia el futuro y la otra hacia el pasado. Janus fue usado para simbolizar el cambio y la transición, para simbolizar la idea de progresión de una situación a otra ya que su dualidad le permitía con una cara observar el pasado y con la otra prestar atención al futuro.

¿Mirar el pasado para no perder de vista el futuro? Exactamente. Porque queramos o no, los cambios se están llevando a cabo y en materia comercial internacional el panorama normativo es complejo. Nuestra imagen jurídica tradicional sobre los patrones de poder ya no es la adecuada. Necesitamos nuevas maneras de pensar. Son tiempos de cambios, sin ninguna duda... y en materia de planteamientos jurídicos resulta necesario abrir la mente como un paracaídas y plantear las discusiones pertinentes ya que no es posible negar la existencia y la fuerza de la *lex mercatoria* y del *soft law*. Claro está que esto lleva a plantearnos en materia de derecho comercial internacional si ¿en la debilidad del derecho privado transnacional está su fuerza o sí, en cambio, su fuerza proviene de la debilidad del derecho estatal?

Todos los planteamientos giran en torno a la idea de que se elimina al Estado como único foco de juridicidad (antípoda teórica del centralismo legal), es decir, el Estado no posee el monopolio de la producción jurídica, se evidencia una disminución en algunos casos y una eliminación en otros de la preeminencia empírica y teórica del Estado, a la vez que se abren nuevos focos de juridicidad, más allá de que sea el propio Estado el que autorice a las partes a introducir la *lex mercatoria* o el *soft law* en sus contratos y que imponga determinados límites a partir del orden público o de las normas de policía. En materia comercial la existencia de un derecho "extra oficial", múltiple y diverso, que es "legítimo y eficaz de facto" lleva a pensar que el espacio que deja el "derecho oficial" le permite al otro expandirse.

Claro está que la fuerza y la debilidad del derecho privado transnacional lleva a formularse más preguntas que respuestas, y éstas últimas se dan desde el lugar donde

cada uno se posiciona, no sólo jurídicamente sino epistemológicamente. Más allá de cualquier planteo, lo cierto es que en los tiempos que corren resulta necesario analizar "el derecho en contexto".

Frente a la existencia arrolladora de las reglas de derecho privado transnacional, su fuerza radica en que consisten en disposiciones que reglan de manera sectorial (a nivel sustancial y procesal) y resuelven problemas concretos de los operadores; quizás, su debilidad se encuentra muchas veces en el desorden de las mismas, en su superposición y en la falta de suficiente publicidad.

Si se analiza la presencia de los actores intervinientes en el proceso de creación de las normas, es posible apreciar el paso de un sistema legicéntrico a uno policéntrico con participación directa de una multiplicidad de actores involucrados. La fuerza de un sistema descentralizado de producción normativa es susceptible de analizarse desde varios puntos de vista: no sólo desde la actuación de los actores privados (defiendan intereses sectoriales o representen un interés general o colectivo), sino de la superación en ciertas materias y contextos de la idea dicotómica público-privado, pudiendo en ciertos casos generarse importantes sinergias. La debilidad en este punto siempre aparece en torno a la idea de la supuesta falta de transparencia, opacidad o déficit democrático por razones de representatividad social¹⁰⁹. Es decir, frente a la idea de un "derecho oficial" producido por el Estado que resulta transparente y previsible en su producción y consecuencias, la *lex mercatoria* y el *soft law* nos enfrentan a un supuesto derecho opaco en sus procesos de gestión pero que, sin embargo, a pesar de no poseer en todos los casos legitimidad de origen, sí poseen legitimidad de resultado.

Otra consideración a tener en cuenta es que si bien la debilidad se encuentra en su falta de coactividad, su fuerza reside en el alto acatamiento con lo cual la noción de legitimidad de resultado adquiere ribetes interesantes. Por otra parte, así como puede indicarse como foco de debilidad la no aplicación de las reglas de la *lex mercatoria* o del *soft law* en casos concretos por parte de los tribunales nacionales, no deja de ser cierto también que en muchos instrumentos *hard* se recepciona el *soft law* y que su aplicación en la instancia arbitral es moneda corriente; incluso, los tribunales nacionales reconocen laudos basados en derecho privado transnacional. En este tema se alude a la flexibilidad *versus* la predictibilidad y lo que se cuestiona es si esta nueva *lex*

¹⁰⁹ K.P. BERGER, *The creeping codification of the lex mercatoria*, The Hague / Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 64.

mercatoria no es limitada por nada ni por nadie. Las normas de policía o internacionalmente imperativas frenan a la autonomía de la voluntad de los contratantes y, con ello, son un dique de contención para el derecho oficial extranjero, las estipulaciones contractuales, la *lex mercatoria* y cualquier otro tipo de regla o principio que integre el *soft law*. En materia comercial, el art. 9 de la Convención de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías -ratificado por nuestros países latinoamericanos- es la gran puerta de entrada de todo tipo de regla blanda o principio al DIPr, como el arbitraje es creador de reglas especiales y de normativas procesales. Lo que no puede ignorarse es que existen indicios de debilitamiento de reglas imperativas, por las decisiones de diversos tribunales, cuestión trascendente. Y esto tiene que ver con el orden público de los Estados, ya que se supone que tales normas defienden los principios fundamentales de cada ordenamiento y, detrás de ellas, quedan los principios mísmos en su función de control *a posteriori*.

IX. A modo de conclusión

Hemos hecho una somera pasada sobre las múltiples reflexiones, ideas, definiciones de diversos autores con respecto a un mundo regulatorio multiforme al que cada uno atribuye determinadas características y funciones. Probablemente todos con parte de razón en sus afirmaciones, aunque sin lograr una idea acabadamente satisfactoria para explicar por completo una realidad normativa que se cuele en los intersticios que le deja el *hard law*, el derecho positivo, y que no se detiene en los aspectos sustanciales de las relaciones jurídicas privadas multinacionales, sino que ha avanzado en lo procedimental, fundamentalmente por medio del arbitraje comercial internacional.

Su crecimiento es directamente proporcional al incremento del comercio mundial, y presiona para ganar espacios en las cuestiones en que el derecho positivo muestra sus flancos más débiles (especialmente en la cobertura de nuevas situaciones, adaptación a los cambios vertiginosos, previsión de problemas sobrevenientes, exasperante lentitud de la justicia oficial). El derecho blando es necesario y por eso entra de la mano de la autonomía de la voluntad, lo cual no debe significar la concesión de una libertad tan grande que permita a los grupos de interés que lo motorizan, dar por tierra con las pautas básicas de convivencia de cada sociedad nacional, individualmente o en agrupaciones u otras formas de uniones de Estados. Todo sistema oficial tiene sus

características particulares, muchas de las cuales son esenciales para la subsistencia de la comunidad como tal, y otras son estructurales, propias de sus ordenamientos jurídicos. En ambos casos deben resistir los embates liberalizadores (fundamentalismos libertarios) para lograr un justo equilibrio como resultado del cual, se beneficie el comercio, pero éste beneficie a las sociedades en su conjunto y a los individuos sin ningún tipo de distinción. Esta puja siempre ha existido, pero parece presentarse con más ímpetu con motivo de la globalización de la economía y de la vida en general.

Tratándose de reglas que se asientan en los negocios internacionales entre particulares, no pueden ser ajenas al DIPr, concebido bajo la visión amplia pluralista que recibe todos los métodos y fuentes normativas idóneos para alcanzar la realización de soluciones justas en los casos multinacionales de derecho privado. El DIPr de hoy no es un grupo de normas de conflicto de leyes (como lamentablemente muchos lo siguen entendiendo). Es una disciplina necesariamente abierta y receptora de regulaciones materiales de fuentes diversas, aunque no por ello ha de ser ingenuo y descuidado a la hora de resguardar el mantenimiento de las estructuras principistas que forman los cimientos de las organizaciones estatales e internacionales en sus distintas formas. Dicho resguardo se ejerce, como ha quedado dicho, mediante normas internacionalmente imperativas (que frenan a la autonomía de la voluntad de los contratantes y, con ello, son un dique de contención para el derecho oficial extranjero, las estipulaciones contractuales, la *lex mercatoria* y cualquier otro tipo de regla o principio que integre el *soft law*) y el tamiz del orden público internacional.

Por ahora el panorama está algo revuelto, quizás hasta que se asienten los efectos de la globalización económica, y ahí se verá cuáles son los nuevos posicionamientos de las soberanías estatales frente a las fuerzas del mercado. Hay reacciones plausibles como los intentos de generación de cuerpos normativos para proteger a las partes débiles, (por ejemplo la "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y de la Comisión relativo a una normativa común de compraventa europea" de 11/10/2011)¹⁰.

En lo que hace a cuestiones de prelación o preeminencia jurídicas frente al derecho positivo, las normas de la *lex mercatoria* (y en general del derecho blando) tienen la misma fuerza del vehículo que las transporta: la autonomía de la voluntad de los contratantes. Y ésta existe porque el derecho positivo la concede. El problema no

¹⁰ Ver <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012;181:0075:0083:ES:PDF>

está ahí, sino en la valoración de los límites y controles que se ejercen sobre su utilización.

William Prosser sostuvo que "El ámbito del conflicto de leyes es una ciénaga sombría, llena de falsos arrolladeros, y habitada por sabios pero excéntricos profesores que teorizan acerca de materias misteriosas en una jerga extraña e incomprensible". Juenger ha señalado que "el exceso de teorías en lugar de arrojar luz sobre la disciplina, la oscurecen. La gran proliferación de ideas e ideologías distrae la atención de los problemas de la vida real que nuestra disciplina está llamada a resolver. A causa de su atracción para los teóricos, la materia está en constante peligro de convertirse en un mero juego académico. Para protegerla contra este riesgo parece importante centrarse en las transacciones multistatales actuales, tal como ellas se presentan ante los tribunales o ante los consultores jurídicos"¹¹¹.

Como ha señalado de Souza Santos, "vivimos en una época de juridicidad permeable, en la cual múltiples redes de ordenamientos jurídicos nos fuerzan a realizar constantes transiciones y a extralimitarnos. Nuestra vida jurídica está constituida por la intersección de diferentes órdenes legales, es decir, por la interlegalidad. Interlegalidad es la contraparte de la fenomenológica del pluralismo jurídico, y el concepto clave para una concepción posmoderna del derecho"¹¹². Quizás por este motivo resulte un desafío apasionante adentrarse en la multiplicidad de interrogantes que el fenómeno de la codificación privada transnacional deja al descubierto.

En este sentido, nos unimos al merecido homenaje al Profesor Roberto Ruiz Díaz Labrano, quien se ha caracterizado no sólo por su dedicación al DIPr y al Derecho de la Integración, sino por su don de gente y su generosidad con todos los profesores de Derecho Internacional (tanto público como privado) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

¹¹¹ F. JUENGER, *Derecho internacional privado y justicia material* (trad. por D.F. Fernández Arroyo / C. Fresno de Aguirre), México, Ed. Porrúa / Universidad Iberoamericana 2006, pp. 1-2.

¹¹² B. DE SOUZA SANTOS, citado por W. TWIVING, *Derecho y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores / Universidad Javeriana, 2003, p. 210.