

EL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL EN EL CONTORNO DE LA GLOBALIZACIÓN

José Carlos Fernández Rozas
Catedrático de Derecho internacional
Privado de la Universidad Complutense
de Madrid

SUMARIO: I. Escenario del nuevo comercio internacional. 1. Perspectiva histórica y sociológica; 2. Marketing internacional y comercio internacional. II. Comercio multilateral o mundializado, exterior e intracomunitario. 1. Marco general. 2. Principios del sistema multilateral de comercio. 3. Comercio exterior. 4. Comercio intracomunitario. III. Derecho del comercio internacional. 1. La polémica cuestión de la autonomía de este ordenamiento. 2. Ensayo de definición y elementos constitutivos. 3. Derecho del comercio internacional y Derecho internacional económico. IV. Rasgos característicos del Derecho del comercio internacional. 1. Pluralidad de participantes. 2. Procedimientos de producción jurídica: Hacia una nueva *lex mercatoria*. 3. Acción del *soft law*. 4. Técnicas de reglamentación.

I. Escenario del nuevo comercio internacional

1. Perspectiva histórica y sociológica

1. Hasta 1945 el comercio internacional se caracterizaba por una dimensión estatal de los poderes económicos privados, fuertemente apoyados por la política expansionista de los Estados de donde procedían. Por entonces el número de dichos Estados era muy reducido: aquellos en donde la acumulación de capital en capital financiero, como consecuencia de la revolución industrial, había propiciado una política de expansión internacional, a saber, Francia, Gran Bretaña, Estados Unidos... Mas a partir de 1945 fue menester la adopción de un orden normativo capaz de responder al reto de un cambio radical en las relaciones económicas internacionales. El régimen del comercio ya no respondía al esquema demoliberal de las economías estatales que en el plano internacional se traducía en tres principios básicos, los cuales, con mayor o menor intensidad, estuvieron presentes a lo largo de todo el pasado siglo en las disposiciones internas de los Estados y en la generalidad de los convenios de comercio. Se trata, en primer lugar del principio de “libertad de comercio”, fiel reflejo del liberalismo económico proclamado por la Revolución francesa; en segundo término, del principio de “libre cambio”, vencedor del proteccionismo que había caracterizado el período anterior e indispensable para el desarrollo de las transacciones internacionales y, por último del principio de la “igualdad de trato entre el extranjero y el nacional” en materia mercantil¹.

¹ El principio de igualdad de trato parte de la presunción de que el Estado actúa de conformidad con

La nueva situación del comercio se proyectaba, por el contrario, a una escala universal como consecuencia obligada de los acontecimientos políticos, económicos y sociales surgidos en la postguerra. Baste retener la revolución tecnológica y demográfica, vinculada a los requerimientos de una política de desarrollo y de reconstrucción de un mundo gravemente damnificado tras la contienda. Se trataba de exigencias que al proyectarse en el plano internacional alteraron los planteamientos clásicos del capitalismo burgués y del nacionalismo estatal.

2. Una nota característica de nuestro tiempo es la vocación de los Estados a relacionarse económicamente con el exterior, superando situaciones de autarquía económica. La historia ha probado los beneficios de las transacciones comerciales internacionales, que han permitido la especialización y, por ende, el aumento de la productividad con la subsiguiente mejora de las posibilidades de consumo. Precisamente esta especialización se consigue a través del comercio internacional al permitir el desarrollo de las posibilidades de producción y de consumo que, sin su existencia, quedarían relegadas a lo producido en el entorno económico de la autarquía; sin la existencia de tal comercio no sólo se limitaría el consumo de los Estados, sino que supondría una significativa reducción de los mercados y el freno del desarrollo tecnológico. Este fenómeno ofrece tres consecuencias de singular importancia: la interdependencia en el mercado de productos, con el consiguiente aumento de las exportaciones y de las importaciones; la interdependencia en el mercado de trabajo, con su secuela de desplazamientos de trabajadores y de profesionales a través de las fronteras y, la interdependencia en el mercado de capitales, que implica que el dinero puede invertirse a escala internacional allí donde genere mayores rendimientos.

3. Cualquier economía estatal está relacionada con el resto del mundo por medio de dos manifestaciones relevantes: el comercio de bienes y servicios y las finanzas. El comercio internacional comprende al mundo entero como campo de actuación y queda, por tanto, bajo la esfera de intervención de organismos internacionales, de carácter universal o regional. Por ello el ordenamiento regulador de esta realidad jurídica de naturaleza transnacional coarta la posibilidad del legislador estatal de determinar con entera libertad las respuestas jurídicas a estas transacciones de acuerdo con su propia concepción de la Justicia².

las reglas de Derecho internacional que le imponen ciertas obligaciones respecto a los extranjeros. Dicho postulado tuvo sus orígenes en la Revolución Francesa y posteriormente se plasmaría en la codificación del siglo XIX como, por ejemplo, en el art. 3 del Código civil italiano de 1865 o, en España, en los arts. 15 del Código de Comercio y en el art. 27 del Código civil. Su máxima expresión vinculada a la actividad comercial se encuentra en las Sentencias del Tribunal de Casación francés de 3 y 5 de julio de 1865, donde llegó a afirmarse expresamente que el ejercicio del comercio no puede restringirse a los extranjeros “por ser una facultad reconocida por el Derecho de gentes”. En la actualidad, sin embargo, el principio de igualdad de trato se ha visto privado de contenido, reservándose para actividades concretas como la capacidad para ser parte en juicio. Incluso su feudo tradicional, la actividad comercial, ha cedido sustancialmente ante el intervencionismo estatal. Baste dar una lectura, en España, al preámbulo del R.Derecho 1.884/78, de 26 de julio, según el cual la formulación del art. 15 del Código de comercio respondía a un contexto ideológico y normativo de una época que no tiene traducción en la hora actual. *Vid.* M.L. Trinidad, “La condición jurídica del comerciante extranjero”, *Revista de Derecho Mercantil*, núms. 189-190, 1988, pp. 487-538.

² A. Miaja de la Muela, “Conjeturas sobre la incidencia del Nuevo Orden Económico Internacional

Los aranceles han disminuido en importancia desde la segunda guerra mundial, debido en gran medida a tratados internacionales como el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) o el constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la formación de áreas de libre comercio y de uniones aduaneras como la CEE, MERCOSUR, TLCAN, etc. A partir de aquí en la actualidad gran número de países hacen más uso de “barreras no arancelarias”, tales como cuotas, regulaciones sanitarias e higiénicas y otras políticas gubernamentales como métodos de restricción del comercio.

4. Un sistema de comercio internacional ha de establecer, en la hora actual, una serie de principios rectores. En concreto, dicho comercio debe ser, en primer lugar, no discriminatorio³: un país no debe discriminar entre sus interlocutores comerciales (se concede a todos, de forma igualitaria, la condición de “nación más favorecida” o NMF⁴); y tampoco debe discriminar entre sus propios productos, servicios o ciudadanos y los productos, servicios o ciudadanos extranjeros (se les concede el “trato nacional”). El comercio en este contexto ha de ser, en segundo lugar, más libre: los obstáculos se deben reducir mediante negociaciones. En tercer lugar el comercio internacional debe ser previsible; las empresas, los inversores y los gobiernos extranjeros deben confiar en que no se establecerán arbitrariamente obstáculos comerciales (que incluyen los aranceles, los obstáculos no arancelarios y otras medidas); un número creciente de compromisos en materia de aranceles y de apertura de mercados se “consolidan” en la Organización Mundial del Comercio. Asimismo, el comercio deberá ser más competitivo: se desalientan las prácticas “desleales”, como las subvenciones a la exportación y el *dumping* de productos a precios inferiores al costo para ganar partes de mercado. Por último, el comercio debe ser más ventajoso para los países menos adelantados: dándoles más tiempo para adaptarse, una mayor flexibilidad y privilegios especiales.

2. Marketing *internacional* y comercio *internacional*

5. El desarrollo del comercio internacional no sólo se manifiesta desde una perspectiva macroeconómica, sino que propicia un considerable aumento de las operaciones internacionales realizadas por las empresas. Se asiste, de esta suerte, al fenómeno de la internacionalización de la empresa, que es consecuencia del estudio de las posibilidades que le ofrecen los mercados internacionales. Dicho estudio provoca un conjunto de estrategias que se denominan “*marketing* internacional”, categoría de carácter económico que hace referencia a las técnicas de gestión empresarial en virtud de las cuales la empresa pretende obtener un beneficio aprovechando las oportunidades que ofrecen los mercados exteriores, haciendo frente a la competencia internacional⁵. Estamos en presencia de un conjunto de decisiones empresariales, encaminadas a la selección de mercados exteriores, que se proyectan en el terreno mismo del comercio internacional, que constituye un mero campo de observación.

en el Derecho mercantil”, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Polo*, Madrid, Edersa, 1981, pp. 546 ss.

³ J.M. Ballesteros González, *Comercio internacional: Igualdad jurídica, discriminación de hecho*, Granada, Secr. Publ. Universidad, 1977.

⁴ J.J. Forner i Delaygua, *La cláusula de la nación más favorecida*, Madrid, Civitas, 1988.

⁵ S. Paliwoda, *The Essence of International Marketing*, Londres, Prentice-Hall, 1994.

Semejantes estrategias ofrecen una extraordinaria dificultad pues si bien es cierto que desde una perspectiva funcional existe una gran similitud entre las actividades propias del *marketing* nacional y del internacional, este último ofrece una mayor complejidad por la propia configuración del comercio internacional.

6. Una selección adecuada de los mercados exteriores en los que la empresa pretende desarrollar su actividad resulta decisiva, pues en caso de cometer un error en la decisión puede producirse una inversión fallida con el consiguiente detrimento de la gestión empresaria. De ahí que en los comportamientos de selección de mercados exteriores quepa distinguir entre:

A) Selección oportunista de mercados internacionales: se trata de un método basado en circunstancias coyunturales tales como la aparición en el extranjero de una demanda del producto generado por la empresa, informaciones obtenidas a través de la prensa o por medio de organismos oficiales o semioficiales de promoción de las exportaciones, o la participación en ferias de muestras.

B) Selección sistemática de los mercados internacionales: supone la aplicación de una determinada metodología a la investigación de los diferentes mercados extranjeros, lo que permite una minimizar errores tales como ignorar mercados potenciales para los productos de la empresa, o investigar Estados cuyas expectativas son escasas.

7. La metodología selectiva que nos ofrece el *marketing* internacional viene acompañada de otra igualmente compleja en relación con los modos de penetración en los mercados exteriores. Y es en esta segunda dimensión donde esta disciplina entronca directamente con el Derecho del comercio internacional. Elegir el cauce adecuado, a través de agentes, representantes o distribuidores; a través de métodos de entrada contractual, tales como licencia, franquicia, contratos de gerencia de empresas, contratos de construcción llave en mano, contratos de producción, contratos de asistencia técnica, contratos de servicios, etc...; por medio de una entrada en el mercado extranjero de mayor compromiso, en concreto, acompañado de una inversión: *joint ventures*, filiales y sucursales, consorcios, etc.. Todo esto implica un estudio no exento de dificultades donde junto a los criterios políticos (eventuales boicots, existencia de monopolios estatales, participación local obligatoria...), y a los económicos (posibilidad de repatriar capitales, nivel de precios...), están los estrictamente jurídicos: estudio de la legislación sobre inversiones extranjeras, conocimiento de las reglas que regulan el mercado, señaladamente las relativas a la libre competencia, impacto que puede producir una normativa en materia de medio ambiente, ámbito de protección de la propiedad industrial, repercusión de la legislación laboral, etc...

Estamos, pues, ante una disciplina económica que posee propia autonomía pero que se mueve en el mismo terreno que nosotros pretendemos estudiar desde una perspectiva estrictamente jurídica. El punto de coincidencia se obtiene cuando el analista, al estudiar los distintos entornos para proyectar su estrategia, se enfrenta ante el denominado “entorno legal” que condiciona decisivamente una determinada actuación empresarial.

II. Comercio multilateral o mundializado, exterior e intracomunitario

1. Marco general

8. La Organización Mundial del Comercio (OMC) es el principal ente internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países. Su núcleo está constituido por los Acuerdos de la OMC, que han sido negociados y firmados por la mayoría de los países que participan en el comercio mundial⁶. Estos instrumentos establecen las normas jurídicas fundamentales del comercio internacional. Son esencialmente convenios internacionales que obligan a los gobiernos a mantener sus políticas comerciales dentro de límites convenidos. Aunque son negociados y firmados por los gobiernos, su objetivo es ayudar a los productores de bienes y de servicios, los exportadores y los importadores a llevar adelante sus actividades.

La mayor parte de los Estados -incluidos casi todos los principales Estados comerciantes- son miembros del sistema. Sin embargo, algunos no lo son y es por eso que se utiliza el término “multilateral” en lugar de “global” o “mundial” para describir el sistema. En el contexto de la OMC, esta palabra tiene otro importante significado. En este caso, “multilateral” califica las actividades de nivel mundial o casi mundial (en particular, entre todos los miembros de la OMC). Se diferencian de las actividades llevadas a cabo en el marco regional o por otros grupos más pequeños de países (esto se diferencia del uso ordinario de esta palabra en otros sectores de las relaciones internacionales; por ejemplo, un acuerdo “multilateral” de seguridad puede ser regional).

9. El propósito fundamental del sistema es el siguiente: ayudar a que las corrientes comerciales circulen con la máxima libertad posible, siempre que no se produzcan efectos secundarios desfavorables. Esto significa en parte la eliminación de obstáculos. También significa asegurar que los particulares, las empresas y los gobiernos conozcan cuáles son las normas que rigen el comercio en todo el mundo, dándoles la seguridad de que las políticas no sufrirán cambios abruptos. En otras palabras, las normas tienen que ser “transparentes” y previsibles. Habida cuenta que los acuerdos son redactados y firmados por la comunidad de países comerciantes, a menudo después de amplios debates y controversias, una de las funciones más importantes de la OMC es servir de foro para la celebración de negociaciones comerciales. Por último, un tercer aspecto importante de la labor de la OMC es la solución de controversias. Las relaciones comerciales a menudo llevan aparejados intereses contrapuestos. Los contratos y los acuerdos, inclusive los negociados con esmero en el sistema de la OMC, a menudo necesitan ser interpretados. La manera más armoniosa de resolver estas diferencias es mediante un procedimiento imparcial, basado en un fundamento jurídico convenido. Este es el propósito que inspira el proceso de solución de diferencias establecido en los Acuerdos de la OMC.

2. Principios del sistema multilateral de comercio

10. Los Acuerdos de la OMC son extensos y complejos porque se trata de textos jurídicos que abarcan una gran variedad de actividades. Abarcan las siguientes cuestiones: agricultura, textiles y vestido, servicios bancarios, telecomunicaciones, contratación pública, normas industriales, reglamentos sobre sanidad de los alimentos, propiedad intelectual y muchos temas más. Ahora bien, todos estos documentos están

⁶ Vid. M.A. Díaz Mier, *Del GATT a la Organización Mundial de Comercio*, Madrid, Síntesis, 1996.

inspirados en varios principios simples y fundamentales. Estos principios son la base del sistema multilateral de comercio.

A) Nación más favorecida (NMF): tratar a los demás de forma igualitaria. En virtud de los Acuerdos de la OMC, los países no pueden por regla general establecer discriminaciones entre sus diversos interlocutores comerciales. Si se concede a un país una ventaja especial (por ejemplo, la reducción del tipo arancelario aplicable a uno de sus productos), se tiene que hacer lo mismo con todos los demás miembros de la OMC. Este principio se conoce como el trato de la nación más favorecida (NMF). Tiene tanta importancia que es el primer artículo del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), que regula el comercio de mercancías. El principio NMF es también prioritario en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) (artículo 2) y en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) (art. 4), aunque en cada Acuerdo este principio se aborda de manera ligeramente diferente. En conjunto, esos tres Acuerdos abarcan las tres esferas principales del comercio de las que se ocupa la OMC. Se permiten ciertas excepciones. Por ejemplo, los países que forman parte de una región pueden establecer un acuerdo de libre comercio que no se aplique a las mercancías que proceden del exterior del grupo. O bien un país puede oponer obstáculos a los productos procedentes de determinados países, que se consideran objeto de un comercio desleal. Y, en el caso de los servicios, se permite que los países, en ciertas circunstancias restringidas, apliquen discriminaciones. Sin embargo, los acuerdos sólo permiten estas excepciones con arreglo a condiciones estrictas. En general, el trato NMF significa que cada vez que un país reduce un obstáculo al comercio o abre un mercado, tiene que hacer lo mismo para los mismos productos o servicios de todos sus interlocutores comerciales, sean ricos o pobres, débiles o fuertes.

B) Trato nacional: trato igualitario para los nacionales y los extranjeros: Las mercancías importadas y las producidas en el país deben recibir un trato igualitario, al menos después de que las mercancías extranjeras hayan entrado en el mercado. Lo mismo se aplica a los servicios extranjeros y a los nacionales, y a las marcas de fábrica o de comercio, el derecho de autor y las patentes extranjeras y nacionales. Este principio de “trato nacional” (dar a los demás el mismo trato que a los propios nacionales) también figura en los tres principales Acuerdos de la OMC (artículo III del GATT, el artículo 17 del AGCS y artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC), aunque también en este caso el principio se aborda en cada uno de ellos de manera ligeramente diferente. El trato nacional sólo se aplica una vez que el producto, el servicio o la obra de propiedad intelectual ha entrado en el mercado. Por lo tanto, la aplicación de derechos de aduana a las importaciones no constituye una transgresión del trato nacional, aunque los productos fabricados en el país no sean sometidos a un impuesto equivalente. La reducción de los obstáculos al comercio es uno de los medios más evidentes de alentarlos. Esos obstáculos incluyen los derechos de aduana (o aranceles) y ciertas medidas tales como las prohibiciones de importación o los contingentes que restringen selectivamente las cantidades importadas. Ocasionalmente también se han debatido otras cuestiones, como el papeleo administrativo y las políticas cambiarias.

C) Fomento de una competencia leal. Algunas veces se describe a la OMC como una institución de “libre comercio”, pero esto no es completamente exacto. El sistema autoriza en realidad la aplicación de aranceles y, en circunstancias restringidas, otras formas de protección. Es más exacto decir que es un sistema de normas consagrado al logro de una competencia libre, leal y sin distorsiones. Las normas sobre no

discriminación -NMF y trato nacional- tienen por objeto lograr condiciones equitativas de comercio. Este es también el objeto de las normas relativas al dumping (exportación a precios inferiores al costo para ganar partes de mercado) y las subvenciones. Las cuestiones son complejas y las normas tratan de determinar lo que es leal o desleal, y cómo los gobiernos pueden responder, en particular mediante la aplicación de derechos de importación adicionales calculados para compensar el perjuicio ocasionado por el comercio desleal. Muchos de los demás Acuerdos de la OMC están destinados a apoyar la competencia leal, por ejemplo, en materia de agricultura, propiedad intelectual y servicios. El Acuerdo sobre Contratación Pública (que es un acuerdo “plurilateral” porque sólo ha sido firmado por algunos de los miembros de la OMC) hace extensivas las normas en materia de competencia a las compras realizadas por miles de entidades “públicas” de muchos países.

D) Fomento del desarrollo y de la reforma económica. Los operadores económicos y comerciales reconocen ampliamente que el sistema de la OMC contribuye al desarrollo. También se reconoce que los países menos adelantados necesitan flexibilidad en cuanto al tiempo que necesitan para aplicar los Acuerdos. Y los propios textos de los Acuerdos incorporan las disposiciones anteriores del GATT, que prevén una asistencia especial y concesiones comerciales para los países en desarrollo.

3. Comercio exterior

11. La realidad jurídica referida al “comercio internacional” es totalmente diversa de la noción de “comercio exterior”, que se predica siempre de un Estado determinado o de una Organización internacional de integración económica (por ejemplo, la Unión Europea). Dicha noción nos acerca a un conjunto de operaciones de importación y de exportación, tanto de bienes como de servicios, que contemplan a dichos entes como protagonistas y que están reguladas por el Derecho administrativo económico⁷ o por el Derecho comunitario (“política comercial común”). De esta suerte cabe hablar de comercio exterior “mexicano”, “estadounidense”, “comunitario”, etc., como expresión de las diferentes transacciones comerciales internacionales que involucran con carácter individual a México, Estados Unidos o la Unión Europea en el conjunto del mercado mundial. Y esta modalidad comercial está caracterizada por una fuerte presencia pública. Por ejemplo en España, el art. 149.1.10 de la Constitución de 1978 atribuye al Estado español la competencia exclusiva sobre régimen aduanero y arancelario y comercio exterior, correspondiendo tal función al Ministerio de Economía y Hacienda.

Una de las características inherentes al comercio exterior es, pues, la intervención de la Administración pública, que se manifiesta principalmente en el ámbito de la importación y exportación de las mercancías.

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

⁷ Con referencia a la doctrina mexicana resulta de referencia obligada en manual de J. Witker V., *Introducción al Derecho económico*, México, Harla, 1995.

calificativos tales como “globalizado”: que se da a contingentes para el exterior cuyo monto no puede sobrepasarse); “liberalizado”: que se lleva a cabo sin restricciones, es decir, no precisa autorización alguna, ni está sometido a ninguna verificación previa; sometido a un régimen de “vigilancia estadística previa”, que implica una notificación previa de exportación a efectos de su verificación por la Administración; caso que con posterioridad se produjese alguna modificación deberá presentarse una nueva notificación; sometido a un régimen de “autorización previa”, supuesto este último que implica la existencia de una autorización administrativa para la realización de determinadas operaciones comerciales⁸; sometido a un régimen de “intervención” intenso, que se justifica por la especial naturaleza de la materia exportada, bien porque se trate de una mercancía cuya fabricación haya exigido elevados costes de investigación, o bien porque se trate de productos vinculados a la defensa nacional.

4. Comercio intracomunitario

13. La extensión del “comercio exterior”, ha quedado reducida tras los procesos de integración económica, pues en función de la propia estructura de las nuevas realidades y con independencia de la existencia en ellas de una estructura organizativa, el tráfico comercial entre los Estados miembros ya no puede ser considerado como tal, sino como “comercio intracomunitario”. Ello deriva de que el ingreso en el mecanismo de integración suele comportar en el “territorio comunitario” la aplicación de un Arancel Integrado y el desarme arancelario con los demás países comunitarios y, desde la perspectiva hacia terceros países, la participación en una política comercial común fijada por la propia Comunidad frente a terceros Estados⁹.

III. Derecho del comercio internacional

1. La polémica cuestión de la autonomía de este ordenamiento

14. El Derecho del comercio internacional no constituye una rama autónoma del Derecho en función del objeto sobre el que recaen sus normas: las transacciones comerciales internacionales. Se trata de una afirmación no exenta de polémica pues este ordenamiento puede ser concebido desde diversas posiciones que conducen a objetos regulados diversos.

⁸ Esta modalidad admite subdivisiones: A) Autorización por operación, que permite la realización de una o varias expediciones de la mercancía comprendida en la misma, hasta una cantidad máxima prefijada, con destino a un comprador y un país determinado, a través de una determinada Aduana y dentro de un determinado plazo. B) Autorización global, que afecta a aquellas “exportaciones de campaña” en las que, por las características del mercado, por el carácter perecedero del producto o por realizarse fundamentalmente en consignación, la actividad exportadora posee un carácter continuo.

⁹ La cuestión ha tenido cierta relevancia en España a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 252/1988, de 20 de diciembre, que resolvió un conflicto suscitado por la Generalitat de Cataluña a propósito ciertos Reales Decretos que aplicaban internamente normas comunitarias sobre condiciones higiénico-sanitarias del comercio intracomunitario de carnes frescas y que atribuían la competencia a la Administración estatal. El Tribunal consideró que se trataba de un supuesto de comercio exterior confirmando la validez de estas disposiciones. Sin embargo, esta posición fue criticada por considerar que las Directivas en cuestión eran normas de armonización sanitaria propias del comercio intracomunitario excluidas, por tanto de la noción de comercio exterior.

15. Desde una perspectiva histórica, se sostiene con frecuencia que el Derecho del comercio internacional es heredero del *ius mercatorum* elaborado en el seno de la sociedad de comerciantes medieval. Se habla así de un Derecho especial elaborado por los propios comerciantes, al margen de la soberanía estatal y caracterizado por el principio de la autonomía de la voluntad. Esta desvinculación del poder político no solo se proyecta en el ámbito de la producción normativa, sino también en el del arreglo de las eventuales controversias que puedan surgir entre los operadores del comercio; dichos procedimientos tienen al arbitraje comercial internacional como protagonista. El Derecho del comercio internacional así concebido queda limitado al ordenamiento jurídico elaborado en el seno de la denominada “sociedad internacional de comerciantes”, y al arbitraje comercial internacional como procedimiento de arreglo de controversias.

Indudablemente, el ordenamiento jurídico así concebido queda limitado por el carácter privado de la producción jurídica. Y aunque sea un sector de relativa importancia en el comercio internacional, no cubre siquiera mínimamente esta realidad. Aparte de este dato, la comparación entre el *ius mercatorum* y el Derecho del comercio internacional se realiza partiendo de la nota de espontaneidad, sin tener en cuenta las coordenadas históricas diversas de ambas realidades. El *ius mercatorum* nació en un momento en que aún no se había consolidado la fórmula política del Estado, y existía en Europa un referente común (*ius commune*) incapaz de dar respuesta a las necesidades prácticas del comercio internacional. En la actualidad, el desarrollo de la comunidad internacional, integrada en fórmulas políticas estatales y supraestatales, introduce un elemento de organización, control e intervención impensable en aquellas épocas, y, en consecuencia, resultaría inconcebible que los particulares pudiesen organizar a su medida una actividad de tamaño interés público e internacional¹⁰.

16. Desde una perspectiva normativista vigente en la doctrina internacional privatista española hasta tiempos recientes quedaban dentro de este ordenamiento las materias típicamente mercantiles que suscitaban problemas de “conflictos de leyes”. Esta concepción, muy en boga a principios de siglo¹¹, partía de la distinción entre “actos

¹⁰ En un importante artículo sobre “El Derecho mercantil en el siglo XXI” (*La Ley*, nº 2646, 1990), el profesor Aurelio Menéndez afirmó lo siguiente: “... por razón de su origen y de las mismas necesidades del tráfico, en todo momento se pudo observar una notable coincidencia entre las soluciones técnicas de los diferentes ordenamientos. No es menos cierto, sin embargo, que cuando la expansión económica obliga a traspasar las fronteras nacionales, ni siquiera esa coincidencia basta: a un mercado supranacional debe responder un Derecho supranacional. De ahí que, ante la insuficiencia del sistema de regulación de conflictos de leyes y los modestos resultados alcanzados en la elaboración de un Derecho uniforme, se asista desde hace tiempo a un retorno del Derecho mercantil a sus orígenes. Aparece, en efecto, una nueva *lex mercatoria* de proyección universal, que, si bien ha sido, a veces, sobrevalorada, no deja de recordar al *ius mercatorum* medieval por el vigor de su base consuetudinaria, un cierto grado de autonomía en su producción, e incluso, el frecuente recurso al arbitraje comercial en su aplicación. Parece previsible que, lejos de detenerse, este fenómeno continuará con nuevos bríos ante la creciente internacionalización de la actividad económica y la fuerza cada vez mayor de las empresas multinacionales, empujadas por la presión de las mismas exigencias mercantiles, del progresivo desarrollo tecnológico”.

¹¹ Vid. G. Diena, *Trattato diritto commerciale internazionale*, vol. I, Florencia, F. Camelli, 1900; M. Travers, *Le droit commercial international*, 5 vols., París, 1932-1935; A. Cavaglieri, *Il diritto commerciale internazionale*, Pádua, Cedam, 1936; P. Arminjon, *Précis de droit international privé commercial*, París, Dalloz, 1948.

civiles” y “actos de comercio” presente en el art. 2 del Código de comercio español y tras la resolución de eventuales “conflictos de calificaciones” incluía los “problemas conflictuales” de este último grupo de actos dentro del denominado “Derecho mercantil internacional”. Esta posición estricta hacía, pues, alusión al conjunto de normas que tienen por objeto ciertos actos o ciertas personas y que constituyen una excepción a las normas de Derecho civil internacional. Es importante tener en cuenta, sin embargo, que el hilo conductor de este ordenamiento, según tal concepción, descansa en dos elementos comunes: la materia regulada (acto de comercio) y la norma reguladora (norma de remisión o conflictual).

Se ha puesto de relieve el error de planteamiento consistente en cifrar el objeto y el contenido del Derecho del comercio internacional desde la única perspectiva de las normas que lo regular. Afirmar la caracterización del Derecho del comercio internacional como un Derecho especial, en razón de sus normas, supone ocultar el hecho de que, hoy por hoy, las normas específicamente destinadas a regular la realidad del comercio internacional son muy limitadas. Al contrario, muchos de los problemas característicos de esta realidad no cuentan con una reglamentación específica y requieren el recurso a técnicas procedentes de otros sectores normativos, señaladamente del Derecho internacional privado, del Derecho internacional económico o del Derecho administrativo económico. En cualquier caso, esta posición se centra únicamente en la dimensión del adjetivo “internacional” del concepto y justifica principalmente desde una perspectiva docente o académica, por lo que no ayuda a delimitar, desde un punto de vista material, cual es el contenido específico del Derecho del comercio internacional¹².

17. Desde el punto material se sostiene una concepción basada en el carácter mercantil de la materia regulada y, de esta suerte, el denominado “Derecho mercantil internacional” sería el resultado de la penetración del Derecho mercantil clásico en el conjunto de instituciones reguladoras de los problemas del tráfico económico internacional de las empresas. De este modo se niega la extensión de las instituciones mercantiles nacionales al tráfico comercial internacional y la existencia misma de una nueva categoría del ordenamiento jurídico. El Derecho así concebido no es otra cosa que una categoría sistematizadora de materias jurídicas caracterizadas por su mercantilidad e internacionalidad, sin perjuicio de la concurrencia de normas e instituciones procedentes de otros sectores del ordenamiento¹³.

18. Desde una perspectiva vinculada al proceso de codificación del Derecho del comercio internacional existe otra posición de mayor amplitud que afirma que este

¹² J.M^a Espinar Vicente, “Notas para una reflexión sobre las enseñanzas del Derecho mercantil internacional”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, Civitas, 1996, pp. 321-338.

¹³ Así, L. Fernández de la Gándara y A.L. Calvo Caravaca en la segunda edición de su *Derecho mercantil internacional* (Madrid, Tecnos, 1995) definen el Derecho mercantil internacional como “el conjunto de normas del ordenamiento jurídico que regulan los problemas específicos del tráfico económico internacional de las empresas”. Para estos autores el Derecho mercantil internacional como categoría sistemática se construye a través de dos elementos básicos. En primer lugar, la internacionalidad con independencia del origen de las normas; éstas tienen con función “disciplinar la conducta transfronteriza de los operadores económicos, al margen de su nacionalidad, del lugar de la prestación o del emplazamiento de la cosa”. En segundo lugar, que este ordenamiento tiene un carácter prevalente aunque no exclusivamente jurídico-privado.

ordenamiento es aquel conjunto de normas jurídicas que rigen el comercio internacional. Obviamente, se parte de una noción extrajurídica, la de “comercio internacional”, sumamente imprecisa y cambiante como hemos expuesto más arriba. Esta perspectiva posee un importante predicamento en la actualidad a partir de un relevante documento de la práctica contemporánea, la Res. de la A.G. de las N.U. 2102 (XX) de 20 diciembre 1965¹⁴ que define el Derecho del comercio internacional sobre la base de tres elementos:

A) Materia regulada: Se trata de un ordenamiento regulador de las relaciones comerciales internacionales, encargándose los sucesivos textos emanados de las N.U. de precisar el contenido de estas a las siguientes operaciones: venta internacional, instrumentos negociables, seguros, operaciones de transporte, propiedad industrial, propiedad literaria y arbitraje comercial.

B) Carácter privado: Esta concepción, también concibe al Derecho del comercio internacional como el conjunto de normas que rigen las relaciones comerciales de naturaleza de “Derecho privado” que comprenden diferentes países. Como puede comprobarse, se trata de un concepto eminentemente privatístico de este ordenamiento y bastante diferente del que había regido hasta entonces y orientado hacia una concepción internacionalista.

C) Carácter uniforme: El Derecho del comercio internacional así concebido trata de configurar, un nuevo *ius mercatorum* como una parte del Derecho internacional privado, dedicado no a resolver conflictos de leyes, sino a evitar su presentación por medio de la uniformidad jurídica¹⁵. De ahí que se vaya a la búsqueda de la uniformidad con una técnica sustantivista de inspiración internacional que pusiera el acento en el principio de la uniformidad de las soluciones y dejaba de lado la tendencia a imponer en el plano internacional las concepciones jurídicas propias del ordenamiento nacional. Es más, para efectuar dicha unificación material del Derecho mercantil internacional en el seno de la UNCITRAL fueron seleccionadas una serie de materias concretas a las que hemos hecho alusión.

19. Esta posición¹⁶, plantea el inconveniente de que el ámbito material está restringido a la voluntad de un órgano codificador dependiente de las Naciones Unidas que hasta hace pocos años no ha dado excesivas muestras de actividad normadora. La agenda de trabajo de una institución, por prestigiosa que sea, no puede condicionar la delimitación de un determinado ordenamiento jurídico. Además, tampoco puede quedar ésta restringida a un único método de reglamentación, el Derecho uniforme. Efectivamente, si el Derecho del comercio internacional se hiciera depender del método normativo, nos encontraríamos con la negación del objeto, de los problemas, de la ciencia y de las soluciones. El Derecho del comercio internacional es una realidad que sólo en ciertas ocasiones ha encontrado respuestas por la vía del Derecho uniforme, dado los límites y dificultades que esta impone. Sin negar que la uniformidad o armonización es la tendencia ideal en el ámbito del comercio internacional, en la actualidad muchos sectores claves del comercio internacional siguen presentando una

¹⁴ M. Aguilar Navarro, “Orígenes de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XX, 1967, pp. 599-627.

¹⁵ A. Marín López, “Unificación del Derecho privado material y unificación del Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho español y americano*, n° 18, 1967, pp. 23-41.

¹⁶ R. Illescas Ortiz, “El Derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1993, pp. 37 ss.

pluralidad de técnicas normativas, incluidas las conflictuales, e incluso en aquellos casos en que se ha logrado una cierta uniformidad (Derecho cambiario) se ha hecho patente la necesidad de tener en cuenta dispositivos conflictuales.

Por otro lado, el catálogo de materias elegido en la UNCITRAL posee un carácter restrictivo. Ello sin duda ha obedecido a razones de estrategia codificadora de este organismo, como demuestra la lentitud con la que se ha desarrollado; no ha habido, en efecto, en los primeros años de vida resultados espectaculares. El proceso de unificación y armonización esta aún muy lejos de conseguirse pero, con todo, los resultados obtenidos han sido importantes¹⁷.

Estas razones estratégicas no ocultan el carácter sumamente parcial de las materias enumeradas, que no se acomoda a con la situación económica internacional de nuestros días por su carácter restrictivo. Puede afirmarse que en la hora actual la actividad comercial internacional no se limita a los intercambios de mercancías y a los servicios con ellos relacionados, sino que se extiende a todo el fenómeno de la “producción internacional”, incluyendo aspectos aparentemente diversos como la producción minera o la producción industrial¹⁸.

2. Ensayo de definición y elementos constitutivos

20. Ante la inexistencia, hoy por hoy, de un Derecho del comercio internacional común a todos los Estados, tendremos que combinar distintas fuentes de producción jurídica, de origen institucional, convencional e interno. A partir de aquí, puede definirse este ordenamiento como “el conjunto de normas jurídicas que rigen las operaciones comerciales realizadas por particulares cuyos intereses se sitúan en Estados diferentes”. De esta definición pueden extraerse las siguientes notas: En primer lugar, el Derecho del comercio internacional comprende el conjunto de normas jurídicas que regulan la actividad comercial internacional y que provienen tanto de disposiciones nacionales, como de tratados internacionales, como de la reglamentación profesional internacional o de los usos internacionales¹⁹. En segundo término, hace referencia al conjunto de operaciones que implican el ejercicio del comercio, tanto en lo que se refiere a la estructura de la actividad (estatuto de los directivos de las sociedades), como en lo relativo a los actos que expresan la actividad de empresa (venta, competencia...). Por último, se aplica a todas las relaciones comerciales y financieras que afectan a personas que tienen intereses, o vínculos, localizados en Estados diferentes.

21. En definitiva, si bien es cierto que desde una perspectiva privatista interesa fundamentalmente el estudio del régimen de los intercambios comerciales, no lo es menos que un estudio completo del Derecho del comercio internacional debe analizar los sujetos de dichos intercambios (Derecho de sociedades) y el marco de su funcionamiento: el mercado internacional. Este estudio del mercado internacional exige no sólo descender a sus mecanismos de protección, en especial en el ámbito de la libre competencia y del acceso a las propiedades especiales, sino a la propia estructura de la

¹⁷ C.H. Lebedev, “Unification des normes juridiques dans les rapports économiques internationaux (Quelques observations générales)”, *Rev. dr. uniforme*, 1981-II, pp. 73-90.

¹⁸ B. Goldman, *Cours de droit du commerce international*, París, Les Cours de droit, 19973-1973, p. 4.

¹⁹ P. Fouchard, “L’État face aux usages du commerce international”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr.* (1973-1975), París, Dalloz, 1977, pp. 71 ss.

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

3. *Derecho del comercio internacional y Derecho internacional económico*

22. El Derecho internacional público y, dentro de éste, el denominado Derecho internacional económico contienen un importante componente regulador que condiciona la labor de dicho legislador²⁰, privándole de la denominada autonomía en orden a los procedimientos de producción jurídica. Por ello, aunque el Derecho del comercio internacional difiera esencialmente del Derecho internacional económico respecto a la naturaleza de la materia regulada, en función de su carácter privado y en relación con los destinatarios de sus normas, sí presenta respecto de éste una dependencia relevante que obliga a realizar una serie de consideraciones al respecto²¹.

El denominado Derecho internacional económico es de origen relativamente reciente y se estructura a partir de la labor realizada en el seno de las Organizaciones internacionales de cooperación económica y comercial; una labor que ha adquirido un gran desarrollo en los últimos veinticinco años. Se trata de un Derecho en formación cuya finalidad principal es la organización de los intercambios económicos y financieros internacionales, cuyos destinatarios son los Estados y las Organizaciones internacionales. Sus notas más relevantes son el carácter diverso y flexible de sus normas y el arbitraje internacional institucionalizado (por ejemplo, en el seno de la OMC) como procedimiento de arreglo de controversias.

Se trata de un ordenamiento que resulta de la intersección de dos disciplinas, el Derecho y la economía, y el ajuste de dos campos de actividades, el Derecho y la diplomacia.

El Derecho internacional económico, en consecuencia, responde al hecho cierto de la intervención pública de diseño del mercado internacional. Se trata, no obstante, de una intervención organizada de carácter internacional, y canalizada a través de mecanismos institucionales de creciente importancia, que a su vez involucran los intereses, a menudo enfrentados, de los distintos mercados regionales. Los frutos de esta actividad institucionalizada se plasman en principios y directivas orientadoras, pero también en normas positivas y concretas que condicionan de forma directa el régimen de los intercambios, deben ser tenidas en cuentas por los operadores profesionales y por los jueces y árbitros, y, en suma, son parte esencial del *marketing* legal de las empresas enfrentadas al comercio transfronterizo.

IV. Rasgos característicos del Derecho del comercio internacional

²⁰ Vid. A. Miaja de la Muela, *Ensayo de delimitación del Derecho internacional económico*, Valencia, Secr. Publ. Universidad, 1971.

²¹ C.M. Schmitthoff, "International Trade Law and Private International Law", *Festschrift für H. Dölle*, t. II, Tübinga, 1963, pp. 257-272.

1. Pluralidad de participantes

23. El comerciante, que había sido el protagonista tradicional de las relaciones del tráfico privado externo, dentro del Derecho del comercio internacional ha quedado desplazada en buena medida. En este ordenamiento los principales participantes son, en primer lugar, la persona jurídica o, si se quiere, el fenómeno de internacionalización de la persona jurídica; tal internacionalización puede ser, simplemente, de hecho, por obra del control financiero que una sociedad ejerce sobre otras sociedades que operan en diferentes países; pero también puede esconderse tras fórmulas jurídicas muy variadas (filiales, sucursales, oficinas de representación, participación en el capital social, etc...) cuyo conjunto puede dar origen a lo que hoy se conoce con el término impreciso desde el punto de vista jurídico, de empresa multinacional. Al lado de la persona jurídica figura el Estado comerciante y, estrechamente vinculadas, las personas jurídicas de Derecho público (empresas públicas) que lo auxilian en esa especial faceta de su actividad. Conjuntamente con estos entes, cuyo protagonismo hoy en el Derecho del comercio internacional es decisivo. Por último debe hacerse mención de las sociedades internacionales: estas no son otra cosa que organizaciones internacionales que reúnen la doble característica de estar creadas por un tratado internacional y revestir la forma de sociedad mercantil. Alguna de tales entidades poseen una nacionalidad no coincidente con la de los Estados signatarios del Tratado; otras, por el contrario, carecen de nacionalidad por acomodarse, a través del un tratado constitutivo entre diversos Estados a la estructura de una Organización internacional.

24. Mas el desarrollo de las fórmulas societarias presenta, en la actualidad, una complejidad creciente, en función de dos factores: A) Los procesos de integración económica, que han exigido una aproximación del régimen de sociedades de los Estados miembros, que se ha ido desarrollando a través de fórmulas imaginativas, creadas específicamente para su funcionamiento en el ámbito del mercado integrado. Las figura de la Sociedad Anónima Europea o la Agrupación Europea de Interés Económico en el ámbito del Derecho comunitario son ejemplos palpables de esta realidad. B) La racionalización de costes y el afán de una mayor competitividad y productividad, que ha permitido el constante desarrollo de complejas fórmulas de cooperación, más allá de la figura de la fusión internacional de sociedades; nos referimos, en particular, al auge de los distintos tipos de *joint venture*.

2. Procedimientos de producción jurídica: Hacia una nueva lex mercatoria

25. La insuficiencia de fuentes internas y la necesidad de una reglamentación internacional son elementos consustanciales del Derecho del comercio internacional²². Hoy día se observa el incremento de las fuentes internacionales, tanto desde la perspectiva de los tratados, como de la costumbre internacional. Esta segunda dimensión se opera tanto en el ámbito de la UNCITRAL, como de la Cámara de Comercio Internacional de París.

Las expresiones *lex mercatoria* o *ius mercatorum* que ordinariamente se utilizan para designar lo que se ha venido en llamar Derecho espontáneo del comercio

²² Vid. A. Frignani, *Il Diritto del commercio internazionale*, 2ª ed., Tutin, Ipsa, 1990, pp. 9-18.

internacional, son “términos de significado impreciso”, pues en ellos se engloban distintos componentes jurídicos.

La *lex mercatoria* es una noción histórica, cuya tradición es, cuando menos, igual a la que sirviera de base al Derecho internacional privado: el conflicto de estatutos. En efecto, cuando a partir del siglo XIII se forma un concepto autónomo del Derecho internacional privado, por obra de los Glosadores primero y más tarde de los Comentaristas, la nueva dimensión jurídica de los “conflictos de estatutos” coexiste con dos ordenamientos jurídicos que también regulan, en aquel período histórico, las relaciones privadas internacionales. En primer lugar, el canónico, que regulaba los problemas relativos a la validez del matrimonio, por ser un “sistema jurídico universal en el occidente europeo”. En segundo lugar, la *lex mercatoria*, que resolvía las cuestiones propias del comercio internacional, pues la práctica de las grandes ferias había dado lugar a un Derecho de carácter universal aplicable a las relaciones mercantiles y nacido de los usos comunes de los participantes en el comercio internacional.

En la actualidad se habla de una nueva *lex mercatoria*, y con ello se alude a un ordenamiento jurídico que, pese a los profundos cambios experimentados en la estructura de la Sociedad internacional desde la Edad Media hasta nuestros días, posee ciertos elementos comunes con el Derecho común de los comerciantes en aquél período. En esta línea cabe destacar dos aspectos, sociológico y jurídico.

26. En términos sociológicos, el nuevo Derecho del comercio internacional ha surgido en la práctica de los comerciantes pertenecientes a distintos Estados con diferentes sistemas políticos, económicos y sociales, así como con distintos niveles de desarrollo; de manera que han participado y participan las empresas de los países de economía de mercado como las empresas de comercio exterior de los Estados que aún mantienen un sistema de economía planificada. Se trata de la “sociedad internacional de los comerciantes”, en buena medida autónoma respecto de los Estados; y el hecho de que, pese a las diferencias entre los sistemas políticos y económicos, haya surgido un nuevo ordenamiento de las relaciones comerciales internacionales es un factor de primera importancia pues ello evidencia que existe “un Derecho autónomo del comercio, nacidos de las propias exigencias de éste, y que se ha desarrollado con independencia de los sistemas jurídicos nacionales”. La aceptación de este Derecho autónomo del comercio internacional por los Estados capitalistas y socialistas ha constituido hasta la fecha indudablemente un factor de estabilidad en las relaciones de cooperación pacífica entre los Estados.

27. En términos jurídicos importa detenerse en las fuentes de la nueva *lex mercatoria*. Si el Derecho común de los comerciantes de la Edad Media se basaba fundamentalmente “en la práctica y usos universalmente aceptados por los participantes en el comercio internacional”, la nueva *lex mercatoria* se caracteriza por el hecho de que sus fuentes son de carácter “internacional”. No obstante, sentado esto, conviene separar debidamente dos aspectos distintos. De un lado, la denominada “legislación internacional”, constituida por un amplio número de tratados internacionales que crean un “Derecho uniforme” del comercio internacional que incluye, preferentemente, las siguientes materias: compraventa mercantil internacional, pagos internacionales, transporte, derechos de propiedad intelectual e industrial, etc... En este sector existe, ciertamente, una práctica de los comerciantes generadora de “normas materiales

comunes”, pero son los Estados, por el cauce de un tratado internacional, quienes las recogen y formulan, incorporándolas a su orden jurídico interno. De otro lado, un sector relevante de las fuentes de la nueva *lex mercatoria* está integrado por lo que genéricamente se califica de “usos y costumbres del comercio internacional” pero que, en un análisis más detenido, comprende fundamentalmente: los llamados “términos comerciales uniformes” entre los que se encuentran los INCOTERMS adoptados por la Cámara de Comercio Internacional, las “condiciones generales de venta” aceptadas en ciertos sectores del comercio internacional, los “contratos tipo” para la venta de ciertos productos, etc...²³

28. En el ámbito de la formulación de las normas, cada Estado y cada sistema regional ha de establecer normas sobre el Derecho del comercio internacional que respeten un “análisis económico global”, tanto los objetivos de liberalización establecidos en el plano mundial como, más intensamente, en el plano regional (libertades comunitarias). Al mismo tiempo, las propias organizaciones internacionales que velan por el bien de tal economía mundializada, adoptan a menudo normas que, directamente, supone una reglamentación específica de los intercambios comerciales internacionales²⁴.

Los objetivos de estos instrumentos internacionales, que ejemplifican los intereses del comercio internacional, deben hallarse presentes, asimismo, a la hora de interpretar las normas relativas al comercio internacional, siendo fuente de valores de orden económico y orientando las soluciones en casos particulares, de forma similar a cómo las disposiciones del Derecho comunitario inciden en las normas de Derecho internacional privado de los Estados miembros. Ello es particularmente útil cuando se trata de disposiciones abiertas, como el caso del art. 7.1º del Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: dicha disposición faculta al juez a aplicar las normas imperativas de terceros Estados, a través de un mecanismo que habilita la consideración del valor de la medida y las consecuencias de su aplicación; pues bien, la contemplación de los objetivos de liberalización y equilibrio de la economía mundial pueden ser útiles a la hora de valorar la toma en consideración de determinadas normas de dirección u ordopolíticas.

29. No podemos desconocer una importante faceta normadora, cual es la recepción de una serie usos y prácticas mercantiles tanto por el Derecho interno como por el Derecho internacional. Estamos ante la dimensión contemporánea de la *lex mercatoria*. Estas “fuentes” ofrecen, sin embargo, distintos que es preciso tener en cuenta. La recepción de la *lex mercatoria* por los sistemas estatales puede llevarse a cabo a través de textos internacionales que institucionalizan sus desarrollos, y sirve, además, para

²³ J.Mª Gondra Romero, “La moderna *lex mercatoria* y la unificación del Derecho mercantil internacional”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1973, pp. 7 ss.

²⁴ Tal es el caso, por ejemplo, del art. VIII.2º del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, aprobado en la Conferencia de Bretton Woods (1948): “ a) ...ningún miembro podrá imponer restricciones, sin la aprobación del Fondo, a la realización de pagos y transferencias por transacciones internacionales corrientes. b) Los contratos de cambio que, afectando a la moneda de un Estado miembro, fueren contrarios a las normas sobre control de cambios de dicho miembro, mantenidas o establecidas de conformidad con este Convenio, no tendrán fuerza de obligar en los territorios de ningún miembro...”.

fijar sus contenidos y propiciar una mayor aplicación prospectiva por la propia sociedad de comerciantes, como ha ocurrido con el Convenio de Viena de 1980 sobre venta internacional de mercancías. En otros casos, pueden ser los usos del comercio internacional en sí mismos los que sean objeto de una recepción o referencia explícita o implícita en los textos internacionales. Esta “legislación internacional” estaría constituida por una amplia red de tratados internacionales de Derecho uniforme; es decir, por un conjunto de normas refrendadas por el Derecho internacional público.

Lo que genéricamente se califica como “usos y costumbres del comercio internacional” y que comprenden todo un conjunto de actos de variado tipo (INCOTERMS, condiciones generales de venta, contratos-tipo, etc...). Esta segunda dimensión es la que ahora nos interesa. Consiste en un conjunto de reglas surgidas del obrar de los participantes en el comercio internacional que con frecuencia se apartan de las reglamentaciones nacionales en materia mercantil. Se trata de un importante sector del tráfico externo de nuestros días que se caracteriza por una importante tendencia desnacionalizadora que, sin embargo, no elimina por completo el papel del Estado; la *lex mercatoria* está aún muy lejos de completar su ciclo histórico hasta el total retorno a la posición universalista del medioevo, necesitando de su plasmación en fuentes de origen, eso sí, preferentemente internacional. Su aplicación práctica, sobre todo en el arreglo de controversias a través del arbitraje, está poniendo de relieve una cierta crisis de la noción, como se puso de manifiesto en la redacción en el seno de la UNCITRAL de la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, aprobada en junio de 1985. Pero, además, los resultados de las prácticas comerciales internacionales y de la actividad institucional en el ámbito internacional pueden ser, asimismo, objeto de recepción individual por los distintos sistemas estatales, a través de la codificación interna. Nada impide que el legislador estatal utilice la técnica de la incorporación material o por referencia para hacer suya Leyes modelo o textos internacionales sobre arbitraje o usos y prácticas mercantiles. En este punto, la labor de la UNCITRAL, junto a otras instituciones de carácter internacional, pone de relieve la importancia y rendimiento a medio plazo de una costosa labor institucional en orden a la consecución de auténticas fuentes del Derecho del comercio internacional.

30. La nueva *lex mercatoria* constituye un factor trascendental en el marco del Derecho internacional general, pudiéndose afirmar que ese especial sector de participantes del tráfico externo que son los comerciantes ha dotado al actual Derecho del comercio internacional de una importante nota de profesionalización. Mas de ahí a afirmar que este nuevo sector del ordenamiento posee un carácter completo, una fuerza obligatoria irresistible, es adelantar con mucho los acontecimientos, sobre todo en un periodo de continuas crisis económicas internacionales, y supone, en último término, una idea del concepto del Derecho cuando menos discutible.

Es de destacar que la *lex mercatoria* y su recepción estatal y convencional están mediatizadas por el Derecho internacional público y, en concreto, por el Derecho internacional económico. En la constitución del FMI, los nuevos acuerdos de la OMC o en la elaboración institucionalizada de Códigos de conducta, tan determinantes en materias como la transferencia de tecnología, Conferencias marítimas y sociedades transnacionales, se pone de manifiesto no sólo un marco internacional de desenvolvimiento del comercio internacional, sino también los intereses internacionales inseparables de esa actividad “privada” que enfrentan a distintos grupos de Estados y provocan una invocación cada vez menos entusiasta de un nuevo orden económico

internacional. Finalmente, el Derecho internacional público y el Derecho del comercio internacional han encontrado un punto de encuentro común en una materia especialmente fecunda para la *lex mercatoria*, que no es otra que la contratación entre Estados y empresas privadas.

3. Acción del soft law

31. En íntima relación con la *lex mercatoria* y su recepción por los organismos internacionales, no puede olvidarse la importante acción que en este ámbito despliega el denominado *soft law* (“Derecho flexible”). Desde un punto de vista amplio o impropio, las normas reguladoras del comercio internacional incluirían asimismo otros elementos normativos y pseudonormativos que sirven para fundamentar las decisiones y proposiciones jurídicas. Desde esta última perspectiva, la flexibilización como tendencia general del Derecho encuentra una primera manifestación en el ámbito de los procedimientos de producción normativa. Estos procedimientos se ablandan para permitir un desarrollo más abierto del Derecho del comercio internacional. La flexibilización de las fuentes apunta, pues, a un desarrollo más flexible del Derecho por parte del propio legislador. Aparece así el concepto de *soft law* o *droit assourdi*. A unas normas blandas o abiertas para el juez o el árbitro, corresponde unos instrumentos, soportes o fuentes también blandos.

El *soft law* es un concepto particularmente operativo en el Derecho internacional público, y en él se incluyen recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, principios, etc... sin poder de vinculación directa, pero que influyen no sólo en el desarrollo legislativo futuro, sino como referentes específicos en la actuación judicial. Desde el punto de vista del Derecho del comercio internacional, el Derecho económico internacional es el sector particularmente afectado por este *soft law* que más nos interesa, así como el arbitraje comercial internacional es donde encuentra su máxima expresión. La proliferación de Leyes-modelo elaboradas en foros internacionales, algunos actos normativos característicos del Derecho institucional, convenios internacionales disponibles por las partes o la propia fuerza ejemplificativa de determinados convenios internacionales, actúan como fuentes a menudo en sentido impropio, que pueden ser tenidas en cuenta tanto por el legislador, como, indirectamente, por el intérprete.

Respecto del legislador, la función del *soft law* puede ser la de crear una directriz habilitante (por ejemplo, una directiva comunitaria); pero también puede perseguir un efecto dinamizador, simplemente abriendo nuevas áreas de expansión del Derecho. En éste último sentido, el *soft law* trata de procurar la unificación del Derecho, sin soportar los costes de negociación que supone un proceso de este tipo. De esta forma, sí interesa la posibilidad de insertar en su razonamiento jurídico principios o reglas no incorporadas directamente a su ordenamiento nacional, como *ratio scripta*.

Sin embargo, un abuso del *soft law* en el arbitraje puede responder, según los casos, a una búsqueda de fuga del Derecho que pretende básicamente convertir la *lex mercatoria* en fuente del Derecho, cuando no proponer un nuevo realismo jurídico que vendría a identificar el Derecho con la doctrina del Derecho²⁵.

²⁵ Un exponente de este planteamiento es la Sentencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París de 26 octubre 1979 en el asunto “Norsolor”. Ante la ausencia en un contrato internacional de referencia a una ley estatal que lo rigiese y ante la imposibilidad de encontrar en

4. Técnicas de reglamentación

32. Si nos centramos en el carácter mayoritario de las normas que rigen el Derecho del comercio internacional, debe retenerse un dato: que el método conflictual (aquel conjunto de normas que se limita a designar la ley aplicable a una determinada relación jurídica conectada con dos o más ordenamientos jurídicos), si bien no ha desaparecido por completo, ha mostrado su ineficacia²⁶. Las técnicas del Derecho internacional privado basadas en la norma de conflicto se muestran inadecuadas para regular las complejas cuestiones suscitadas en el ámbito del comercio internacional. La pretensión de localizar en un ordenamiento jurídico una situación privada, se ha dicho, “es una solución basada en una teoría metafísica”. Por esto es menester marginar la técnica tradicional de la norma de conflicto en favor de la elaboración de normas materiales específicamente creadas para regular el comercio internacional. Este, en efecto, requiere rapidez y seguridad, pero también certidumbre, elementos que raramente suelen acompañar a la norma de conflicto²⁷. En la hora actual se trata de evitar el carácter imprevisible de la remisión efectuada por dicha norma.

Por esta razón, es indudable que el Derecho uniforme consiste en la técnica de reglamentación óptima del Derecho del comercio internacional, en la medida en que garantiza como ninguna otra la seguridad jurídica y la previsibilidad de los operadores económicos.

33. No obstante, debe distinguirse entre Derecho uniforme, que está integrado por un conjunto de normas adoptadas por un grupo de Estados que mantiene una voluntad común de someterse a una misma reglamentación en determinadas relaciones jurídicas, y Derecho unificado, que hace referencia al resultado normativo en el que desemboca un proceso de unificación del Derecho, que puede materializarse a través de distintos cauces: Leyes Modelo, Leyes Uniformes, tratados de unificación y, en determinados círculos jurídicos con un alto grado de integración, ciertos instrumentos propios que, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea pueden adoptar distintas fórmulas como, especialmente, Directivas (art. 100, actual art. 94, TCE), Reglamentos (art. 189, actual art. 249, TCE) o Convenios internacionales (art. 220, actual art. 293, TCE).

dicho contrato algún indicio susceptible de mostrar una voluntad suficientemente expresada de las partes, la Corte Arbitral consideró que “convenía, teniendo en cuenta el carácter internacional del contrato, descartar cualquier referencia apremiante a una legislación específica... y aplicar la *lex mercatoria* internacional”. A partir de este fallo se ha sostenido por un sector doctrinal, representado por el profesor francés Berthold Goldman (“Batalla judicial acerca de la *lex mercatoria*”, *La Ley*, nº 1095, 1984) la autonomía del orden jurídico integrado por la *lex mercatoria*, en función de su carácter diferencial tanto de los órdenes jurídicos nacionales como del orden jurídico internacional. Autonomía que no está exenta de matices toda vez que tal carácter no quiere decir que este bloque normativo sea “totalmente independiente” de los órdenes jurídicos apuntados. Es, por el contrario, abierto respecto de ellos, tomando prestados sus principios generales, en la medida en que se adapten a la sustancia de las relaciones que rige y organiza, y libre para adaptarlos; poseyéndolos -sobre todo a los órdenes jurídicos nacionales- de sus propios componentes, comprendidos sus propios principios generales, para enriquecerlos y adaptarlos a sus propias necesidades. Sus lagunas son más grandes que las de los órdenes jurídicos nacionales, y su eficacia, esto es, su efectividad, menos segura; algunos verán en ella imperfecciones irreversibles; otros, un signo -o una enfermedad- de juventud”.

²⁶ I.F.G. Baxter, “International Conflict of Laws and International Business”, *ICLQ*, vol. 34, 1985, pp. 538-559; *id.*, “International Business and Choice of Law”, *ICLQ*, vol. 36, 1987, pp. 93-115..

²⁷ Y. Loussouarn y J.D. Bredin, *Droit du commerce international*, París, Sirey, 1969, p. 8.

34. A partir de aquí, el Derecho uniforme no sería otra cosa más que el Derecho unificado a través de único procedimiento: la Ley Uniforme, instrumentalizada siempre a través de un tratado internacional. Ello no significa desconocer nuevas técnicas normativas favorables a la unificación del Derecho que se generan en determinados foros de codificación internacional²⁸. Ante la reticencia de los Estados a incorporarse a Leyes Uniformes, en una defensa a ultranza de sus particularismos jurídicos, se acude a un cauce mucho más flexible, cual es el de la Ley Modelo. Tal instrumento, que suele ser adoptado en el seno de una Conferencia internacional, no tiene un carácter obligatorio directo, sino que su función es inspirar al legislador interno a la hora de codificar una determinada materia cubierta por dicha Ley modelo. La UNCITRAL ha adoptado en los últimos tiempo esta técnica en un intento de superar reticencias estatales y de expandir una serie de principios de base en relación con ciertas instituciones. Un ejemplo significativo ha sido la Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional de 1985, aunque no ha dado los frutos que de ella se esperaban; baste comprobar el desinterés del legislador interno respecto de la misma, en las posteriores Leyes estatales sobre arbitraje, señaladamente, la española de 1988.

35. Las fórmulas flexibles, sin embargo, presentan el inconveniente de su mayor inseguridad, tanto respecto de su vigencia como de su interpretación. Por ello, el cauce idóneo sigue siendo el Derecho uniforme por la vía del convenio internacional. Los convenios de Derecho uniforme prevalecen sobre parte de las reglamentaciones internas de los Estados e imponen su vigencia tanto en las relaciones del tráfico interno como en las del tráfico externo²⁹. Además estos convenios restringen su aplicación a las relaciones conectadas con más de un ordenamiento, coexistiendo con la normativa interna del Estado, que rige las relaciones del tráfico interno. Esta dimensión suscita, como es lógico, un evidente problema de delimitación entre ambos órdenes.

36. El Derecho uniforme utiliza, en puridad, preferentemente al tratado

²⁸ R. David, "The Methods of Unification", *AJCL.*, 1968, pp. 13 ss.

²⁹ Los ejemplos típicos se centran en sectores muy concretos, señaladamente, el Derecho de los transportes, como muestra la pertenencia de nuestro país a los siguientes instrumentos internacionales: Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, de 12 octubre 1929; Convenio relativo al transporte internacional de mercancías por carretera (C.M.R.), hecho en Ginebra el 19 mayo 1956; Convenio internacional relativo al transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril (C.I.V.), de 25 febrero 1961; Convenio internacional sobre transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril (C.I.V.), hecho en Berna el 7 febrero 1970; Convenio internacional sobre transporte de mercancías por ferrocarril (C.I.M.), hecho en Berna el 7 febrero 1970; Convenio relativo al transporte de pasajeros y equipajes por mar, hecho en Atenas el 13 diciembre 1974. Asimismo, determinados aspectos de la navegación marítima han sido objeto de una importante labor unificadora como evidencian, a título de ejemplo, el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima de 10 mayo 1952 o el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la competencia civil en materia de abordaje, de 10 mayo 1952. También se ha experimentado una necesidad de unificación del Derecho en el ámbito de las denominadas "propiedades especiales", surgiendo así el "Derecho unionista" que, en lo que respecta a la propiedad industrial, tiene su origen en el Convenio de París de 20 marzo 1883 y, en lo que atañe a la propiedad literaria y artística, arranca del Convenio de Berna de 1886. Por último, y dentro del terreno de los ejemplos concretos que vinculan al ordenamiento español, resulta obligado referirse al Derecho cambiario ginebrino, que se ha incorporado al ordenamiento de diversos país como España (Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque).

internacional de carácter multilateral como cauce de positivación, lo cual presenta ventajas e inconvenientes. Ventajas, por proporcionar certeza sobre la materia unificada. Inconvenientes, por la rigidez que toda codificación trae consigo y por las dificultades de adaptación que un texto de este tipo ofrece en cada sistema jurídico nacional³⁰.

Baste reparar en que los convenios de Derecho uniforme no han adquirido por lo general un número importante de Estados parte. Por ejemplo, resulta significativo el reducido número de Estados que han adoptado el Derecho cambiario de Ginebra y, sobre todo, la ausencia de él de los países anglosajones. No obstante, esta regla general registra excepciones, como hemos visto, en el ámbito de los transportes y, más recientemente, en el de la venta internacional de objetos corporales merced a la labor de instituciones tales como la UNCITRAL. Pero incluso en estas materias que, como puede observarse, se centran en aspectos muy concretos del Derecho del comercio internacional, y que contaban con la existencia de abundantes “prácticas comunes”, las dificultades de aplicación son muy numerosas.

37. Constituye un hecho indiscutible la dialéctica entre las normas internas y las unificadoras pues la soberanía del Estado sigue constituyendo un importante freno a cualquier proyecto unificador. Una vez que se ha introducido en el sistema jurídico de un Estado el Derecho uniforme se convierte en “Derecho nacional”, no obstante, sigue conservando ciertas peculiaridades, derivadas de su especial proceso de elaboración, que no responde a unos principios jurídicos únicos, sino que es el resultado de una acomodación de intereses realizada por obra de la cooperación internacional); dichas peculiaridades se manifestarán, como es lógico, a la hora de la interpretación. Además, una ley, por técnica que sea en apariencia, es siempre la traducción de una ideología y de unos intereses y su unidad supone una política común, lo que requiere la unidad de soberanía excluida por hipótesis. No en vano un autor internacionalista de la categoría de J.A. Carrillo Salcedo ha tenido que reconocer que la unificación del Derecho se presenta siempre como algo inacabado³¹.

38. La consecución de un texto de Derecho uniforme no elimina, sin embargo, la concurrencia del método conflictual, máxime teniendo en cuenta la escasez de sus resultados positivos.

Por una parte, muchos de estos textos tienen un ámbito de aplicación territorial o espacial limitado, o facultan la posibilidad de introducir reservas por parte de los Estados parte. Pero sobre todo, dichos textos plantean problemas interpretativos. La uniformidad de interpretación. El problema de la interpretación de este tipo de Convenios es una de las cuestiones más debatidas en este sector. En principio, si se contara con un texto que preventivamente eliminase cuestiones interpretativas y utilizase categorías muy delimitadas, se evitarían problemas *a posteriori*. No obstante, esta labor no es factible en muchas ocasiones, apareciendo el dilema a la hora de aplicar

³⁰ J.C. Fernández Rozas, “Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo”, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5209-5237.

³¹ J.A. Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Tecnos 1983, p. 122. Resulta obligado referirse aquí al estudio ya clásico de J. Castán Tobeñas, “Horizontes actuales de la unificación supranacional del Derecho”, *Homenaje a Nicolás Pérez Serrano*, t. I, Madrid, Reus, 1959, pp. 403-443.

las normas. La solución más simple vendría dada por la existencia, junto al texto del Convenio, de la atribución de competencia interpretativa a una jurisdicción internacional que se pronunciase en caso de existir desavenencia en torno a los términos del Convenio; lo que ocurre es que tal jurisdicción no existe más que en determinados círculos jurídicos, señaladamente la Unión Europea. En el resto de los supuestos, en los que el Convenio de Derecho uniforme no cuenta con una estructura jurisdiccional de apoyo, es menester acudir a otros procedimientos que, en detrimento de las aparentes ventajas de esta técnica normativa, dificultan su aplicación, el recurso a una jurisdicción internacional, el recurso al dictamen de los servicios jurídicos del organismo internacional del que dimana el Convenio o, acudir a una organización especializada en la materia objeto del texto internacional que asegure una interpretación objetiva o autónoma.

Sin embargo, tales recursos, aparte de evidentes dificultades técnicas de aplicación, ofrecen un generalizado rechazo por parte de los Estados. De ahí que, en la práctica, el remedio habitual consiste en el sometimiento de la cuestión interpretativa a la jurisdicción del Estado que aplica el Convenio. En este caso, es indudable que puede suscitarse un “conflicto de interpretaciones”, toda vez que el ordenamiento Estado con el cual también está conectada la relación jurídica controvertida puede tener un criterio divergente acerca de los términos del Convenio. Evidentemente, la interpretación por conforme a la ley nacional del juez que entiende del asunto es la que prevalece, lo cual puede frustrar la espiración uniforme del texto aplicado. Esta posición maximalista, puede ser matizada por vía jurisprudencial a través de ciertos mecanismos que, en nuestra opinión, no pueden generalizarse.

Concretamente, en los casos en que el Convenio de Derecho uniforme abarque aspectos de Derecho material y de Derecho aplicable, y la divergencia se centre en una institución de Derecho material, cabría la posibilidad, no sin proceder con antelación a un complejo proceso de elucubración teórica, de acudir a una norma de conflicto del Convenio para que ésta designe el ordenamiento conforme al cual ha de realizarse la interpretación³². En este sentido, el sistema conflictual no sólo tendría, dentro del Derecho del comercio internacional, una función “completiva” del Derecho uniforme en caso de lagunas, sino también una función localizadora del sistema jurídico en que la norma material uniforme debe ser interpretada.

³² Esta es la solución a la que llegó la jurisprudencia francesa en la Sent. del Trib. de Casación de 4 de marzo de 1963 (“Hocke c. Schubel”) en un supuesto de interpretación del Convenio de Ginebra de 7 de junio de 1930 sobre letra de cambio que oponía a un francés y a un alemán. Según el art. 3.4º del Convenio (y los correspondientes de las legislaciones de Francia y R.F. de Alemania), a falta de otra previsión el aval debe entenderse a cuenta del librador; ahora bien, de acuerdo con el ordenamiento alemán, tal presunción no admite prueba en contrario, lo que no ocurre en el Derecho francés, que la considera *iuris tantum*. Ante tal dilema, el juez francés acudió al sistema conflictual del Convenio al entender que “la teoría de los conflictos de leyes puede intervenir para designar la interpretación nacional aplicable al litigio”. Se daba, sin embargo, la circunstancia de que tal interpretación era *in casu* la francesa. Pese a que esta decisión tenga motivos de apoyo por descansar la institución controvertida y la norma de conflicto en un mismo Convenio, no puede generalizarse a todos los casos, subsistiendo el problema de fondo que pone en cuestión la plena virtualidad del Derecho uniforme (Cf. P. Lagarde, “Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1964, pp. 235 ss.)

