

UN NUEVO MUNDO JURÍDICO: LA *LEX MERCATORIA* EN AMÉRICA LATINA*

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS**

SUMARIO: I. *La nueva lex mercatoria: perspectivas de análisis*. II. *Una nueva lógica comercial y competitiva en América Latina: el largo camino hacia el mercado*. III. *Identidad estructural de la codificación de derecho de los negocios latinoamericanos*. IV. *Examen de algunas instituciones del derecho de los negocios latinoamericanos*. V. *Intervención de los agentes económicos privados: recepción de la lex mercatoria*.

I. LA NUEVA *LEX MERCATORIA*: PERSPECTIVAS DE ANÁLISIS

1. El actual derecho de los negocios internacionales ha surgido de la práctica de los comerciantes pertenecientes a distintos Estados con diferentes sistemas políticos, económicos y sociales, así como con distintos niveles de desarrollo. En dicha práctica han participado y participan tanto 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, dando lugar a una suerte de “sociedad internacional de los comerciantes”.¹ Se trata de un grupo social en buena medida autónomo res-

* El texto del presente estudio es un compendio revisado del curso que desarrollé en los meses de abril y mayo de 2004 en la Universidad Paris-II (Pantheon-Assas), por invitación del profesor Bertrand Ancel, a quien expreso desde aquí mi agradecimiento por su generosa acogida.

** Universidad Complutense de Madrid (España).

¹ Goldman, B., “Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria*”, *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 241-255.

pecto de los Estados, y el hecho de que en su seno, pese a las diferencias entre los diversos sistemas políticos y económicos, haya surgido un nuevo ordenamiento de las relaciones comerciales internacionales, es un factor de primera importancia y una evidencia de la efectividad de un derecho autónomo del comercio, nacido de las propias exigencias de éste, que se ha desarrollado con independencia de los sistemas jurídicos nacionales. No en vano en las décadas pasadas la aceptación de este derecho autónomo de los negocios transnacionales por los Estados capitalistas y socialistas constituyó indudablemente un factor de estabilidad en las relaciones de cooperación pacífica entre los Estados,² y en la hora actual ha adquirido una nueva dimensión en determinadas áreas geográficas, señaladamente en América Latina.

Si lo primario es la realidad social y tras ella viene la norma,³ la verificación de la existencia de un grupo consolidado es esencial para apreciar el contenido de este ordenamiento del tráfico mercantil internacional. Con ello venimos a afirmar que los usos comerciales internacionales,⁴ los contratos-tipo y las condiciones generales,⁵ elaborados por las asociaciones mercantiles profesionales o por organismos internacionales, constituyen las típicas fuentes de expresión de este derecho de producción autónoma que nace y se desenvuelve en los propios medios profesionales del tráfico empresarial internacional y cuya uniformidad no es sino el reflejo de la solidaridad de intereses que une a la referida sociedad. La frenética actividad de los servicios jurídicos de las empresas multinacionales no es ajena a esta evidencia, en la medida en que la utilización de instrumentos jurídicos equivalentes en todos los países donde actúan, concretados en modelos de contrato o en condiciones generales utilizadas en las relaciones con pro-

² Menéndez Menéndez, A., "El derecho mercantil en el siglo XXI", *Revista Jurídica Española, La Ley*, núm. 2646, 1990.

³ Cfr. Díez Picazo, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3a. ed., Barcelona, Ariel, 1993, p. 10.

⁴ Entendidos como el conjunto de prácticas observadas en una rama de actividad determinada, poseen un papel supletorio en la aplicación de las normas transnacionales del comercio (cfr. Gaillard, E., "La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international", *Études offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, p. 216).

⁵ Drobnig, U., "Standard Forms Contracts in International Commercial Transactions", *Netherlands International Law Review*, vol. 26, 1979, pp. 182-190; *idem*, "Standard Forms and General Conditions in International Trade, Duych, German and Uniform Law", *Hague-Zagreb Essays 4 on the Law of International Trade*, La Haya, Nijhoff, 1983, pp. 117-134.

veedores y clientes, facilita la coordinación de sus actividades y la reducción de costos.⁶ De esta suerte, los usos se producen con la reiteración de determinadas pautas en la conducta de los operadores del comercio que, con el tiempo, son generalmente aceptadas y socialmente exigibles en función de que sobre ellas existe una opinión favorable.⁷

Las soluciones alcanzadas por los propios operadores del tráfico mercantil internacional han cristalizado en un “marco institucional general” (*institutional envinorement*) que se ha gestado en el propio mercado internacional, cuyas ventajas han sido destacadas partiendo de la idea que el mercado es el mecanismo donde se asignan los recursos de manera más eficiente. Y debe ser precisamente ese mecanismo el que diseñe las normas que regulan tal asignación; además, en tanto que la norma de origen estatal se suele considerar ajena al mercado, la creada por los operadores económicos se incardina perfectamente en este último.⁸ De acuerdo con este planteamiento un sistema de normas consuetudinarias cuya evolución es espontánea y se adapta día a día a las necesidades del tráfico, tiende a propagar reglas mucho más eficaces que las que pueden proceder del obrar de los Estados.⁹

2. 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.¹⁰ Posteriormente, durante la etapa de transformación del capital en capital financiero, las grandes firmas comerciales europeas y estadounidenses crearon una suerte de principios de aceptación generalizada tendentes al aseguramiento de sus transacciones: un antecedente de carácter privado de los actuales APPRI's.¹¹ Mas en el presente,

⁶ Cfr. Miguel Asensio, P. de, “El derecho internacional privado ante la globalización”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2001, t. I, pp. 37-87t., p. 59.

⁷ Un estudio clásico de esta materia es la monografía de Kassis, A., *Théorie générale des usages de commerce*, París, LGDJ, 1984; sin bien este autor niega sustantividad a la denominada nueva *lex mercatoria*.

⁸ Cfr. Garcimartín Alférez, F. J., “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1995-2, vol. XLVII, pp. 11-39, esp. pp. 35 y 36.

⁹ Benson, B. L., “Customary Law as a Social Contract: International Commercial Law”, *Const. Pol. Econ.*, 1992, pp. 1 y ss., esp. pp. 10 y 11.

¹⁰ Castro, F. de, “Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta”, *Anuario de Derecho Civil*, 1958, pp. 1003-1040.

¹¹ Una práctica derivada de una serie de grandes proyectos internacionales de inversión dirigidos al sector minero, metalúrgico y de infraestructuras como “Rèvere Copper” en Jamaica o “Alcan” en Guayana. Véase el interesante estudio histórico de Ganem,

la nueva *lex mercatoria* se caracteriza por dos circunstancias de distinto signo.¹² De un lado, por ser tributaria de los ordenamientos jurídicos estatales absorbiendo muchas de sus normas y utilizando su fuerza coercitiva.¹³ De otro lado, por el hecho de que sus fuentes poseen un carácter marcadamente “internacional”. Conviene por ello separar adecuadamente dos aspectos distintos a partir de los cuales se ha producido una manifiesta imprecisión en relación con el contenido de las “fuentes” de este ordenamiento productora de una larga polémica, más académica que real,¹⁴ que ha tenido cierto reflejo en la doctrina latinoamericana.¹⁵

Nos referimos, en primer término, a la denominada “legislación mercantil internacional”, constituida por un amplio número de tratados internacionales, a los que se unen unas técnicas normativas o de autointegración de nueva generación (los principios generales del comercio internacional, los *restate-ments of law*, los códigos de conducta, las convenciones internacionales aún no vigentes, las leyes modelo, los laudos arbitrales, la equidad,¹⁶ etcétera) conformadoras de un “derecho uniforme” del comercio internacional que incluye, preferentemente, las siguientes materias: compraventa mercantil internacional, pagos internacionales, transporte, derechos de propiedad intelectual e industrial, etcétera. También debe incluirse dentro de esta dimensión a la práctica de los comerciantes productora de “normas materiales comunes” que son codificadas a través de los cauces apuntados. Son, por tanto, los Estados quienes las recogen y formulan, incorporándolas a su

P.-H., *Sécurisation contramuelle des investissements internationaux. Grans projets mines, énergie, métallurgie, infrastructures*, Bruselas, Bruylant, 1998, pp. 912.

¹² Este apartado se desarrolla en mi monografía, *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2003, pp. 80 y ss.

¹³ *Cfr.* este fenómeno de “vampirización” en Loquin, E., “Où en est la *lex mercatoria*”, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, París, Litec, 2000, p. 27.

¹⁴ Wilkinson, V. L. D., “The New *lex mercatoria*: Reality or Academic Fantasy?”, *J. Int. Arbitration*, t. 12, 1995, pp. 103 y ss. Interesa destacar la lúcida nota de Juenguer, F. K., “American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant”, *Vanderbilt J. T. L.*, vol. 28, 1995, pp. 487-501.

¹⁵ Sierralta Ríos, A., “Comentarios liminares del derecho internacional del comercio: un enfoque latinoamericano”, *Avances del derecho internacional privado en América Latina. Liber amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 256-286.

¹⁶ Goode, R., “Usage and its Reception in Transnational Law”, *ICLQ*, vol. 46, 1997, pp. 25 y 26.

orden jurídico interno a través de este procedimiento. Así concebida la *lex mercatoria*, constituye un instrumento esencial en la elaboración de convenios internacionales y normas internas en la reglamentación del tráfico mercantil internacional.

Mas, en segundo lugar, lo que constituye propiamente la “nueva *lex mercatoria*” no es otra cosa que un conjunto de reglas de comportamiento y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se propagan de manera constante y reiterada en el comercio internacional y que son asumidas por los particulares en virtud de la existencia de una convicción de su carácter vinculante. Se trata de 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”, las “condiciones generales de venta” aceptadas en ciertos sectores del comercio internacional, los “contratos tipo” para la venta de ciertos productos, etcétera... Nos hallamos, pues, ante una serie de técnicas de unificación jurídica que prescindiendo de los Estados inciden de manera directa en la reglamentación de las transacciones comerciales internacionales,¹⁷ y que están protagonizadas por los actores directos del comercio internacional. Tales técnicas han dado como resultado una reglamentación “paralegal”, que suele limitarse a las relaciones internacionales marginando las puramente internas y que ofrece un carácter material con exclusión de soluciones conflictuales. Ni qué decir tiene que debe tomarse muy en cuenta la contribución de los árbitros a la formación de la *lex mercatoria* al fundamentar sus soluciones en los usos de comercio internacional contribuyendo, de ese modo, a ponerlos de manifiesto por medio de los denominados principios generales de las obligaciones generalmente aplicables en el comercio internacional.¹⁸ Se alude así a la presunción de la competencia profesional de las partes, a la obligación para el acreedor de una obligación inejecutada de minimizar su perjuicio, a la vigencia del principio *pacta sunt servanda*, a la presunción, en ausencia de acción, de renuncia a las sanciones contractuales, al deber de cooperación de las partes...,¹⁹ por no

¹⁷ Rosett, A., “Unification, Harmonization, Restatement, Codification and Reform in International Commercial Law”, *AJCL*, vol. 40, 1992, pp. 683-697 y 695.

¹⁸ Véase el apartado relativo a la ley aplicada por los árbitros, de mi estudio “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2004, t. IV, pp. 35-78, esp. pp. 40-53.

¹⁹ Derains, Y., *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Madrid, Corte Española de Arbitraje, 1985, pp. 53-59.

aludir al principio de la buena fe presente en el polémico laudo “Norsolor”²⁰ o en el laudo parcial “Valenciana”.²¹

3. En orden a su valor normativo, existe un serio intento doctrinal de consolidar esa “amalgama de ‘reglas del juego’ y de ‘fuentes materiales’ en la línea de un verdadero ‘ordenamiento supraestatal’, basado en su ‘auti-juricidad’ frente a los ordenamientos nacionales”²² llegándose a considerar que la nueva *lex mercatoria* es un derecho de jaez típicamente consuetudinario, como lo era la vieja *lex mercatoria* de los comerciantes de la Edad Media:²³ la *lex mercatoria*, derecho a-nacional o tercer derecho.²⁴ Desde esta perspectiva, el análisis parte de una consideración menos pragmática y más teórica, que pone en acento en que las necesidades del comercio internacional exigen la aplicación de un ordenamiento neutral. Ello se evidencia en los procesos de reproducción y de estandarización en virtud de los cuales las cláusulas de los contratos internacionales más importantes, cuidadosamente redactadas para evitar cualquier vinculación con los derechos nacionales, que sirven de modelo para las grandes categorías que presiden la contratación internacional. Y es a partir de este examen empírico cuando surgen, según esta posición, una multitud de normas de carácter anacional; lo que lleva a justificar la legitimidad de la *lex mercatoria* como derecho objetivo cuyo reconocimiento por parte de los Estados no sólo no plantea inconvenientes, sino que es algo aconsejable para que éstos puedan ejercitar el oportuno control en beneficio de la justicia entre las partes.²⁵

Con independencia de las virtudes o de los inconvenientes expresados, es innegable que la nueva *lex mercatoria*, enriquecida, perfeccionada y conso-

²⁰ Sentencia arbitral del Tribunal de arbitraje de la CCI del 26 de octubre de 1979, Asunto 3131 (“Pabalk Ticaret Lid. C. Société Norsolor”), Gonzalez Campos, J. D. y Fernández Rozas, J. C., *Derecho internacional privado español. Textos y materiales*, 2a. ed., Madrid, FDUCM, 1992, vol. I, pp. 808-817.

²¹ Sentencia arbitral parcial del Tribunal de arbitraje de la CCI del 1o. de septiembre de 1988 (“Primary Coal c. Compañía Valenciana de Cementos Portland”), *Rev. Arb.*, 1990, pp. 701-712.

²² Virgós Soriano, M., voz “*Lex mercatoria*”, *EJC*, t. III, p. 3992.

²³ Berman, H. y Dasser, F., “The ‘New’ Law Merchant and the ‘Old’: Sources, Content, and Legitimacy”, E. Carbonneau (dir.), *Lex Mercatoria and Arbitration*, Dobb Ferry, Nueva York, Juris Publ.-Kluwer, 1990, pp. 53-70.

²⁴ Pellet, A., “La *lex mercatoria* «tiers ordre juridique»? Remarques ingenues d’un internationalista de droit public”, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn*, París, Litec, 2000, pp. 53-74.

²⁵ Véase, por todos, la tesis de habilitación de Stein, U., *Lex mercatoria: Realität und Theorie*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1995.

lidada con sus usos y costumbres particulares, se proyecta hacia el futuro sustentada en un derecho espontáneo, autónomo y uniforme que tiende de manera natural a alejarse de las regulaciones estatales, intentando de esta manera dar solución definitiva a los nuevos conflictos del comercio internacional con el recurso para ello al arbitraje como el método más apropiado para el efecto.²⁶

II. UNA NUEVA LÓGICA COMERCIAL Y COMPETITIVA EN AMÉRICA LATINA: EL LARGO CAMINO HACIA EL MERCADO

1. *Consecuencias de la apertura y de la liberalización del comercio y de la inversión internacional*

4. A finales de los años setenta y principios de los ochenta irrumpió en algunos países de América Latina una nueva lógica comercial que trajo consigo una evolución muy importante en los ámbitos político, económico y jurídico. El progreso tecnológico, la especialización de las unidades productivas, la cualificación creciente de los salarios y la automatización del esfuerzo físico fueron instrumentos de una racionalidad que procuraba sustituir la gestión estatal, concentrada de los recursos productivos, por una gestión más dinámica y descentralizada. Frente al proteccionismo que había dominado el periodo anterior la apertura comercial supuso un verdadero dogma en América Latina con sus inevitables secuelas: desmantelamiento progresivo de los aranceles y de las barreras no arancelarias, exposición a la competencia internacional de la industria y de la agricultura y aceptación del libre comercio con un frenesí digno de cualquier neófito, con las consiguientes secuelas negativas como el alto desempleo por lo precipitado del proceso.²⁷ En la actualidad, la apertura comercial mundial, la globalización y los tratados de libre comercio, han encontrado en un nu-

²⁶ Orrego Vicuña, F., “El arbitraje en un nuevo sistema internacional de solución alternativa de controversias”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, t. IV, 2004, pp. 439-456.

²⁷ Baste comprobar la situación que vivió México tras su ingreso en el GATT el 31 de diciembre de 1985. Véase Ten Kate, A. y Mateo Venturini, F., “Apertura comercial y estructura de la protección en México”, *Comercio Exterior*, vol. 39, 1989, pp. 497 y ss.

meroso grupo de países del hemisferio un campo fértil para el desarrollo de estas tendencias en un ambiente no siempre pacífico.

Con la apertura al comercio internacional, la economía de muchos países de América Latina se ha pasado, a partir del fenómeno de la privatización de muchas empresas, a una política marcadamente liberal, excepto en los sectores reservados en exclusiva al Estado. En la misma línea, en los últimos años se han realizado diversas modificaciones legales y de desregulación administrativa con el fin de atraer capitales productivos externos y aumentar así la oferta y la calidad de los empleos, incrementar las exportaciones y mejorar las condiciones para la efectiva transferencia de tecnología. Desde la perspectiva jurídica, la adaptación a la globalización y al comercio internacional de las transacciones privadas ha repercutido en la modificación y simplificación de centenares de leyes en un intento de eliminar las barreras que dificultan el desarrollo del comercio. Fundamentalmente leyes de transferencia de tecnología, de marcas y patentes y de inversión extranjera. Los códigos de comercio y, en particular, las disposiciones relativas al arbitraje comercial, también fueron modernizados con el fin de inspirar mayor confianza a los inversionistas extranjeros en materia de solución de controversias. El ejemplo de México ha sido paradigmático. Se trata, como pusiera de relieve L. Pereznieto Castro, de

un país de transición: después de permanecer cerrado al exterior durante casi 80 años, debió abrirse y emprender su camino hacia la modernidad. Este profundo cambio se gesta como una revolución silenciosa en todos los rincones de la sociedad mexicana. Algo parecido ocurre en gran parte de los países latinoamericanos. Se trata de una transición que, al menos en México, llevará 15 o 20 años más, tomando como punto de comparación el tiempo que tardó la transición en un país como España...²⁸

La creciente interdependencia económica y la globalización de la economía han llevado a la mayoría de los gobiernos de América Latina a implementar programas de creciente liberalización de la economía y a una aceleración de los procesos de creación de áreas de libre comercio. Este fenómeno es paralelo a un paulatino abandono de la postura tradicionalmente reticente y desconfiada hacia el comercio internacional protagonizado por las grandes

²⁸ Pereznieto Castro, L., *Derecho internacional privado. Parte general*, 8a. ed., México, Oxford, 2003.

multinacionales. Se trata de canalizar su conducta dentro de un marco jurídico que permita controlar el abuso y la expropiación, pero que al mismo tiempo otorgue las garantías necesarias para obtener un margen razonable de rentabilidad y seguridad jurídica. Sobre estas bases, puede afirmarse que existe un creciente interés por parte de América Latina en incorporarse a los procesos de integración jurídica en marcha y que la era de las reticencias surgidas de una incomprendida noción de soberanía está avanzando, no sin dificultades,²⁹ en favor de una aproximación más pragmática acerca del papel que juegan estos países en el comercio internacional.

5. Esta última cuestión nos conduce a los recientes arbitrajes que involucran a Estados latinoamericanos con inversores extranjeros. La Convención de arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados hecha en Washington el 18 de marzo de 1965, y la entidad creada bajo su amparo: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), ha resultado crucial en el campo de la resolución de controversias sobre inversiones extranjeras. La referida convención se elaboró como un complemento necesario para fomentar la inversión extranjera en países en vías de desarrollo, como es el caso de los países latinoamericanos, dotando al inversionista extranjero de un mecanismo de resolución de diferencias más flexible y rápido que el de recurrir a la justicia ordinaria del Estado receptor. Se trataba de garantizar la existencia de un foro neutral y, al mismo tiempo, confiable para el propio Estado contratista. Con posterioridad, se crearon además nuevas normas para la administración de controversias que se encontrasen fuera del ámbito de la referida convención y cuya aplicación las partes podrían voluntariamente acordar, que fueron adoptadas por el Consejo Administrativo del CIADI el 27 de septiembre de 1978, y son conocidas como el “Mecanismo Complementario”. En su virtud, el secretariado del Centro ha sido autorizado para que administre, a solicitud de las partes interesadas, ciertos procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del alcance de la Convención de 1965.³⁰

²⁹ *Cfr.* Las luces y sombras desarrolladas en el acontecer mexicano de los últimos quince años en Pereznieta Castro, L., “Notas sobre el derecho internacional privado mexicano actual”, *Avances del derecho internacional privado en América Latina...*, *cit.*, nota 28, p. 155.

³⁰ Álvarez Ávila, G., “Las características del arbitraje del CIADI”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. II, 2002, pp. 2005-2029.

En cualquier caso, la influencia de dicha convención ha sido innegable en América Latina, si se considera que la reticencia inicial a su ratificación ha quedado claramente atrás, y hoy ya hay más de quince países latinoamericanos que se han incorporado a la misma. Pero su importancia resulta todavía más evidente si se analiza el enorme crecimiento del número de casos arbitrales concluidos o actualmente promovidos ante el CIADI que involucran al menos una parte latinoamericana, lo cual revela la aplicación real y práctica de dicha convención a controversias que implican a países del continente,³¹ y la aparición de un nuevo patrimonio jurídico adaptado a la región con el establecimiento de reglas específicas como la limitación de los costes de la reparación en caso de expropiación.³² Por eso, la labor futura del CIADI es extremadamente delicada para generar una confianza en su mecanismo de arreglo de controversias que empieza a ser objeto de ciertas críticas desde la posición particular de los países receptores de la inversión extranjera.³³

Por último, la selección del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias de contenido económico que conciernen a uno o más Estados latinoamericanos también se ha evidenciado en otros acuerdos y convenciones de ámbito regional y subregional como es el caso del TLCAN, del Mercosur y del Pacto Andino. Lo mismo ha acontecido en acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (APRI's),

³¹ Es elocuente la práctica relacionada con Argentina: “Compañía de Aguas del Aconquija S. A. y Vivendi Universal (Compagnie Générale des Eaux) c. República Argentina”, caso ARB/97/3; “Lanco International Inc. c. República Argentina”, caso ARB/97/6; “Houston Industries Energy Inc. y otros c. República Argentina”, caso ARB/98/1; “Movil Argentina S. A. c. República Argentina”, caso ARB/99/1; “Empresa Nacional de Electricidad S. A. (Chile) c. República Argentina”, caso ARB/99/4; “CMS Gas Transmission Company c. República Argentina”, caso ARB/01/8; “LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. c. República Argentina”, caso ARB/02/1; “Azurix Corp. c. República Argentina”, caso ARB/01/12; “Enron Corporation and Ponderosa Assets, L. P. c. República Argentina”, caso ARB/01/3; “Siemens A. G. c. República Argentina”, caso ARB/02/8; “Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España”, caso ARB/97/7.

³² Véase, por ejemplo el laudo arbitral del 9 de mayo de 2003 en el asunto “Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. c. Estados Unidos Mexicanos” (caso ARB(af)/00/2), *ICSID Rev.*, núm. 19, 2004, pp. 158 y ss.; *ILM*, vol. 43, 2004, pp. 133 y ss.

³³ Graham, J. A., “¿Dónde se queda la legítima expectativa de los Estados en los arbitrajes sobre inversión extranjera?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional Privado*, núm. 15, 2004, pp. 147-165; Pallarés, B., “Los tratados de promoción y protección de inversiones en el derecho argentino. Un esquema de trabajo”, pp. 179-183.

que frecuentemente refieren a las partes, bajo expresas cláusulas arbitrales, a arbitraje bajo los auspicios del CIADI o a arbitraje *ad hoc* con sujeción a las reglas de la Ley Modelo Uncitral. Como consecuencia de ello, el arbitraje también ha experimentado un notable crecimiento en este sector.

6. Las políticas liberalizadoras del comercio y de la competencia han encontrado, en el contexto que estamos describiendo, un importante desarrollo en América Latina. Se trata de actuaciones complementarias aunque existe una diferencia decisiva entre ambas. En tanto que la primera posee una dimensión esencialmente pública, la política de la competencia actúa sobre restricciones al comercio y a los mercados por parte de las empresas. Una liberalización comercial puede verse frustrada por deficiencias en la aplicación de la política de la competencia y, por otra parte, instrumentos de la política comercial (aranceles, cuotas y otras formas desprotección) pueden restringir la competencia y sustraer a los consumidores y a las empresas importantes beneficios. Si a escala nacional los monopolios producen una transferencia de los consumidores a los productores, disminuyendo el volumen de comercio, lo mismo ocurre en el plano internacional. La competencia en los mercados domésticos promueve la competitividad internacional de las empresas. El derecho de la competencia es *prima facie* un derecho nacional; sin embargo, su aplicación se ha ido extendiendo progresivamente a escala regional como evidencia la situación existente en la Unión Europea. El hecho de que algunos Estados de América Latina no dispongan de leyes de la competencia, que existan exenciones a dichas leyes y que en algunos países estas leyes no se apliquen con todo rigor permite que exista, a escala internacional, una actividad anticompetitiva que distorsiona el comercio internacional.

Las políticas de promoción a la competencia en los países latinoamericanos, son un fenómeno reciente, sobre todo si se comparan con las primeras leyes antimonopolios que se dictaron hacia fines del siglo XIX, concretamente en Canadá (1889), y los Estados Unidos de América (1890). En el periodo comprendido entre las décadas de los años cincuenta y la de los años ochenta, la orientación de la política económica fue la de promoción de la industria local a través de medidas de política comercial e industrial. Ello condujo a una intervención gubernamental intensa, que dio lugar a estructuras de mercado concentradas y poco competitivas, pues, como consecuencia de la alta intervención gubernamental, se disminuyeron considerablemente los incentivos para realizar esfuerzos dirigidos a la innovación.

Con la llegada de un nuevo conjunto de principios, basados en el desarrollo de sistemas económicos fundamentados en la libertad de empresa de los individuos y no de la actividad llevada a cabo por medio de organismos dependientes del Estado, se hizo necesario establecer un conjunto de políticas, normas e instituciones que promovieran e incentivaran la capacidad de innovación empresarial.

De esta suerte, la relación entre el Estado y el mercado en América Latina ha experimentado cambios muy importantes derivados del proceso de reformas económicas impulsadas en las últimas décadas. Esas reformas han producido resultados en términos de estabilidad macroeconómica, creando un ambiente más propicio para la inversión. También se puede vislumbrar la apertura al mercado de sectores enteros de la actividad productiva, antes dominados por monopolios estatales ineficientes. Sin embargo, no todos los países del hemisferio cuentan con leyes de competencia y algunos, incluso, ni están en el proceso de tenerlas. Hay proyectos de regulación de la competencia en elaboración o discusión en Ecuador, Paraguay, República Dominicana, Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Barbados y Trinidad y Tobago. Otros Estados que cuentan con instrumentos de defensa de la competencia, como Brasil,³⁴ Colombia,³⁵ Venezuela y Uruguay, están tramitando nuevos proyectos para mejorarlos. Por último, existe un grupo de Estados que cuentan no sólo con leyes de competencia, sino que poseen organismos específicos de protección del mercado: Argentina,³⁶

³⁴ En Brasil existe el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) que es una entidad creada por la Ley 4.137, de 1962 y transformada por la Ley 8.884, de 1994. Véase, Magalhães, J. C., “As leis da concorrência e a globalização. A competência extraterritorial do CADE”, *Avances del derecho internacional privado en América Latina...*, cit., nota 15, pp. 365-378.

³⁵ En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio es un organismo de carácter técnico, cuya actividad está orientada a fortalecer los procesos de desarrollo empresarial y los niveles de satisfacción del consumidor colombiano; dentro del esquema que plantea la Constitución Política de Colombia y el contexto económico. Dentro de las funciones de la Superintendencia investiga, corrige y sanciona las prácticas comerciales restrictivas de la competencia y la competencia desleal.

³⁶ Argentina promulgó una ley antimonopolio en 1919 que no fue aplicada durante décadas, posteriormente el proceso de liberalización económica dio como resultado la Ley 22262 (1980), con el nombramiento de una Comisión Nacional de Defensa de la Competencia; esta Ley ha sido modificada por la Ley 25156 (1999) y por el Decreto 89/2001.

Chile,³⁷ Perú,³⁸ Panamá, Costa Rica,³⁹ México⁴⁰ y Jamaica. Ciertamente, aunque en los años noventa se avanzó mucho, los grandes desafíos permanecen y están condicionados por las posibilidades reales de aplicar las leyes de defensa de la competencia, coordinar su acción con los reguladores y disponer de unos funcionarios preparados con unos recursos financieros acordes. No se trata de aplicar en América Latina, a través de un simple mimetismo, los modelos de los países desarrollados; por el contrario, los países de esta área geográfica han de resolver sus problemas con sistemas diseñados para sus necesidades, y ese proceso puede facilitar un buen entendimiento de las experiencias de los otros países. La visión tradicional de la política de competencia se sitúa en el contexto de la aplicación de medidas antimonopolios, provenientes, fundamentalmente, del derecho estadounidense y del derecho comunitario europeo. Esta concepción ha sido la fuente inspiradora para el diseño de política de competencia en muchos países en vías de desarrollo y es, indudablemente, una fuente de experien-

³⁷ En Chile el sistema de protección de la competencia en los mercados está integrado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica. El Decreto ley 211 (1973) constituye el marco jurídico de este sistema, el que fue recientemente modificado por la Ley 19.911.

³⁸ En Perú fue creado en noviembre de 1992 el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), que entre sus funciones está la de promover y garantizar la leal competencia, los derechos de los consumidores y la propiedad intelectual, propiciando el buen funcionamiento del mercado, a través de la excelencia y calidad de su personal. Araujo Morales, C. J., "El rol de Indecopi en la sociedad peruana", *Revista Jurídica Cajamarca*, año II, núm. 3, 2001, <http://www.ceif.galeon.com/REVISTA3/indecop.htm>.

³⁹ El Estado costarricense tomó la oportuna decisión de ampliar sus espacios y horizontes mediante la adopción y transformación de instrumentos administrativos y jurídicos tendentes a la tutela y defensa de la competencia y los derechos del consumidor. En enero de 1995 entró en vigor la "Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor", número 7472.

⁴⁰ El objeto de la Ley Federal de Competencia Económica es proteger el proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopolistas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados. Se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de diciembre de 1992, y entró en vigor el 22 de junio de 1993. En dicha Ley se creó a la Comisión Federal de Competencia (CFC). Su alcance es de observancia general en todo el territorio nacional, aplicable a todas las áreas de actividad económica y a todos los agentes económicos tanto públicos como privados, personas morales o físicas (artículos 1o. y 3o. LFCE). Véase Pereznieto Castro, L. y Guerrero Serreau, R. R., *Derecho de la competencia económica*, México, Oxford University Press, 2002.

cias que debe ser tomada en cuenta. No obstante, tal posibilidad posee límites evidentes, en primer lugar, porque cada sociedad cuenta con sus propias características y problemas y, en segundo lugar, porque las políticas aplicadas en otros países, aunque sea en los más desarrollados, obedece a sus propias realidades económicas e institucionales. Los países latinoamericanos comenzaron su esforzada transición hacia una economía menos controlada cuando algunos países del cono sur emprendieron sus programas de liberalización con cierto éxito. Debido a la larga historia de proteccionismo que ha caracterizado la estrategia económica de la región, la promoción de la competencia en estos países se convirtió en una tarea mucho más amplia y compleja que la simple aplicación de una ley antimonopolio.

2. Incidencia de los procesos de integración económica

7. Los países de América Latina se encuentran en una serie de procesos de integración económica aún sin consolidación, pero que desde la perspectiva de las relaciones comerciales han dado lugar a resultados de carácter irreversible. La integración económica con otros Estados de la región sobre las bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional es un postulado que figura en muchos textos constitucionales.⁴¹ Precisamente el desarrollo del derecho de los negocios internacionales se mueve en esta dirección al permitir a los particulares, situados en diferentes Estados, la comercialización de bienes, lo cual redundaría en la calidad de vida de los habitantes de los países donde están establecidas las partes que realizan dichos negocios. Aunque cuando la integración económica latinoamericana sigue siendo un fenómeno expansivo, todavía es prematuro hablar de un derecho comunitario latinoamericano. Pasará mucho tiempo hasta que comiencen a adoptarse directrices de carácter supranacional con la debida dosis de preeminencia jerárquica y aplicación directa por los tribunales nacionales que permitan uniformar instituciones básicas del derecho comercial. La desintegración política de muchas repúblicas latinoamericanas y la falta de una sólida integración económica explica en gran medida la razón del fracaso de muchos intentos de adoptar un derecho privado uniforme, a pesar de las tradiciones y fuentes comunes que facilitarían esta labor. Deben tenerse en cuenta, asimismo, otros

⁴¹ Véase por ejemplo, el artículo 150, núm. 16, de la Constitución de Colombia.

factores situados en gran medida al subdesarrollo económico que se traducen en carencias en lo que se refiere a medios de comunicación y transporte que dificultan un mayor acercamiento entre los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

Frente a las expectativas que se produjeron en los años sesenta y los desarrollos practicados los últimos veinte años, la hora actual muestra con nitidez como los intentos de integración han experimentado insistentes crisis y marcados estancamientos. Por esa razón, R. R. se buscan salidas nuevas que, sin arrinconar por entero los procesos tradicionales, aporten soluciones más inmediatas y realistas. El mero establecimiento de áreas de libre comercio o estructuras muy primarias de uniones aduaneras parece que no es el instrumento adecuado para una verdadera integración si éstas no vienen acompañadas de acciones coordinadas de política exterior por parte del grupo y del desarrollo de los procesos productivos en el interior de la región considerada. Más parece que estamos ante procesos formales de integración que ante instrumentos útiles. Baste retener que los modelos de integración se han mostrado del todo insuficientes para resolver cuestiones puntuales, como, por ejemplo, los problemas planteados por la baja de los precios de las materias primas, la pobreza o el desempleo. Incluso el Mercosur, que es el abanderado del proceso tras haber emprendido el camino hacia el establecimiento de un arancel aduanero común, refleja el ambiente descrito, como se ha demostrado en la “crisis del calzado” entre Argentina y Brasil.

8. Pese a lo anterior, la integración de las economías de América Latina es una aspiración que comenzó a manifestarse en la década de los cincuenta y a ponerse en práctica en la de los sesenta a partir de un postulado de base: que la integración es una vía de solución para los problemas económicos por todo lo que contribuye a reforzar un poder único de negociación frente a los países más desarrollados en el marco del comercio internacional. Se trata de propiciar la aparición de un “nuevo actor” en el comercio internacional reconocido por su potencial y participación efectiva por la comunidad internacional. Las condiciones de estabilidad política y económica de los últimos años, así como la adopción de nuevos modelos de regionalismo abierto, han permitido avances significativos. En efecto, dentro del contexto de la denominada globalización, América Latina pasó, acaso de manera traumática, de una etapa intervencionista, de marcado matiz nacionalista, a un marco claramente neoliberal, con una reducción del papel del Estado y sus

consiguientes secuelas: la disminución del gasto público y la privatización del proceso productivo y de servicios. La Comunidad Andina, Mercosur, el Mercado Común Centroamericano y la Comunidad del Caribe están perfeccionando uniones aduaneras. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) vincula a México con Estados Unidos y Canadá, la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), la Asociación de Estados del Caribe (Caricom) y los acuerdos entre naciones complementan este panorama. Adicionalmente está planteada la formación de un Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) de alcance hemisférico.

Partiendo del dato de que el proceso de integración que se ha desarrollado en Europa no es un paradigma exportable a otras experiencias de integración regional, resulta obligada una referencia muy somera a las realizaciones acaecidas en el marco de los modelos de integración económica latinoamericanos. Y cuando se acomete una empresa de este tipo surge pronto un lugar común: la afirmación de que “la integración jurídica ha ido muy delante de la integración económica”.⁴² Se trata, en efecto, de dos procesos que no han tenido, hasta tiempos recientes, puntos de contacto significativos aunque se ha intentado con ahínco la identificación de los parámetros que justifican la repercusión de los intentos integradores americanos sobre el derecho de los negocios el proceso de integración que se ha desarrollado en Europa como paradigma exportable a otras experiencias.⁴³ El proceso de integración en el marco latinoamericano es aún muy incipiente y por ello el nivel de unificación en materia mercantil empieza sólo a dar sus frutos con la renuncia de los Estados participantes a parte de su soberanía.⁴⁴ Ahora bien, realidades como el Mercosur o el TLCAN son incontrovertibles demostrando la voluntad de América Latina de insertarse en el contexto mundial, ejemplificando el cambio de mentalidad en las relaciones entre los países de América proclives a lograr la

⁴² Fernández Arroyo, D. P., *La codificación del derecho internacional privado en América Latina*, Madrid, Eurolex, 1994, p. 268.

⁴³ Mereminskaya, E., “Impactos de la integración económica en la aplicación del derecho privado”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 15, 2005, pp. 59-73, http://www.scielo.cl/cielo.php?pid=SO718-09502003000200003&script=sci_art-text&tlng=es.

⁴⁴ Véase Fernández Rozas, J. C., “Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho internacional privado”, *Actas de las XVIII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Cáceres*, Madrid, BOE, 2000, pp. 127-177.

tradicional integración latinoamericana⁴⁵ o de adaptarse a otras culturas jurídicas existentes.⁴⁶

Como corolario, puede afirmarse que en todo el continente americano existe una fuerte tendencia a constituir espacios económicos integrados, lo cual comporta importantes consecuencias no sólo para el desarrollo económico y la elevación de los niveles de renta de las áreas implicadas, sino para las relaciones del tráfico privado externo. Si atendemos a las dos experiencias más notables, este fenómeno es perceptible en el TLCAN, sobre todo en el ámbito de las operaciones de comercio “intracomunitario” y en el del arbitraje comercial.⁴⁷ Sin embargo, con toda la importancia que ya tiene y que previsiblemente se acrecentará en el futuro, las relaciones de integración económica y el desarrollo de un derecho unificado de los negocios no poseen hoy por hoy términos comparativos a la situación de la Unión Europea.

⁴⁵ El Mercosur, por ejemplo, cuenta instrumentos válidos para llevar a cabo una armonización de las legislaciones mercantiles a nivel regional, lo que podría llegar a formar un *corpus iuris* homogéneo y cuasiequivalente a un moderno proceso de codificación a nivel supranacional. Si acudimos al Tratado de Asunción, encontramos de manera expresa el compromiso asumido por los Estados parte de armonizar las legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración (artículo 1o.) que contó con un importante desarrollo con ocasión de la labor desarrollada por la “Reunión de Ministros de Justicia”, creada por decisión núm. 8, del Consejo Mercado Común dictada en Brasilia en diciembre de 1991, cuya actividad ha sido encaminada a brindar un marco común para la cooperación jurídica proporcionando una importante elaboración en áreas del derecho internacional privado y al derecho de los negocios internacionales. En esta línea el Mercosur ha desarrollado una serie de instrumentos relativos directa o indirectamente a la materia que nos ocupa, en concreto, el Protocolo de las Leñas sobre cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (1992), el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual (1994), el Protocolo de medidas cautelares (1994) y el Tratado de arbitraje comercial Mercosur (Albornoz, J., “El arbitraje en el derecho internacional privado y el Mercosur «con especial referencia a los acuerdos de arbitraje del 23 de julio de 1998»”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XV, 1999, pp. 15-45; Lee, J. B., “L’arbitrage dans le Mercosur: l’Accord de Buenos Aires de 1998”, *Rev. Arb.*, 2004, pp. 565-583).

⁴⁶ López-Ayllón S. y Thomas, J. C., “El capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte: desafíos en la interpretación de los tratados internacionales y en la reconciliación del *civil law* y el *common law* en la zona de libre comercio”, *Revista de Derecho Privado*, México, vol. 6, núm. 20, 1996, pp. 37-82.

⁴⁷ Pereznieta Castro, L., “El panorama del derecho internacional privado en materia comercial en México en los umbrales del siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. especial, 2000, pp. 174-178.

3. *Recepción de tratados internacionales de carácter mercantil*

9. Desde los inicios de la OEA, los Estados americanos han reafirmado que la mayor contribución a la paz es el respeto al derecho internacional público. Por eso, la Carta de la Organización dispone que “el derecho internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas”, y que el orden internacional está constituido, entre otros, “por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de derecho internacional”. Entre las materias seleccionadas para la codificación, en el ámbito interamericano pueden reseñarse las relativas a tratados contenidas en la Convención sobre Tratados de La Habana en 1928 y las normas sobre reservas, que luego fueron recogidas tanto por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia como por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. A partir de aquí, la vocación hacia la aplicación prioritaria de los tratados internacionales de derecho patrimonial, tanto de carácter material como de derecho internacional privado, está presente en la mayor parte de los sistemas latinoamericanos, señaladamente en los Estados que son miembros de foros internacionales de codificación como la Uncitral, el Unidroit, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado o la CIDIP. Una vocación respaldada por la prioritaria aceptación de la concepción “monista” en orden a la incorporación de los tratados al orden jurídico interno.⁴⁸ Asimismo, con excepciones muy puntuales como la de Bolivia, dichos Estados son parte del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, lo que provoca una cierta unicidad en este sector, pese a su inherente limitación. Incluso en el marco de la CIDIP existe una referencia expresa a la aplicación de las normas de conflicto, lo cual posee un efecto didáctico que se dirige preferentemente al juzgador. No en vano el artículo 1o. de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de 1979 establece que la “determinación de la norma jurídica

⁴⁸ Véase el detallado estudio comparado de las modalidades con que los distintos sistemas constitucionales de América Latina se enfrentan a la incorporación de las normas convencionales en Villarroel Villarroel, D., *Derecho de los tratados en las Constituciones de América*, México, Porrúa, 2004, pp. 316-370. Una referencia concreta al sistema mexicano y un estudio de la jurisprudencia en la materia se recoge en un estudio de obligada referencia de Pereznieta Castro, L., “El artículo 133 constitucional: una relectura”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 25, 1995-II, pp. 267 y ss.

aplicable para regir situaciones vinculadas con el derecho extranjero se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás Convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados partes”. Y a continuación añade que, en defecto de tratado, “los Estados partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno”. Se otorga así un carácter supletorio al derecho internacional privado elaborado por el Estado, por esto las modificaciones más notables producidas en los sistemas estatales implicados en los procesos de integración no pueden ser estudiadas sin tener en cuenta la multiplicación conjunta de convenios internacionales.

En la actualidad, el proceso de integración jurídica de América Latina, por lo que respecta al derecho de los negocios internacionales, descansa en tratados internacionales, y respecto a los mismos se registran notables discrepancias en el área. Existen en la comunidad latinoamericana modelos en los que los problemas de interacción de procedimientos de producción normativa son muy similares, a partir de la coexistencia entre los códigos civiles y de comercio, en sus distintas versiones y la reglamentación de origen convencional. El caso más significativo es el de México, que, frente a un dilatado periodo de oposición al régimen convencional en la regulación de las cuestiones del tráfico privado externo, inició a partir de 1975 una política de incorporación a tratados internacionales, preferentemente de carácter multilateral, que ha planteado en este país numerosos problemas de interacción con el orden jurídico interno, problemas que no han sido ajenos de algún modo a los que se suscitaron en España tras el proceso de reforma política. En otros modelos, sin embargo, el protagonismo de los denominados “Tratados y Montevideo”, consecuencia de la euforia codificadora supranacional que desde la primera etapa de la independencia caracterizó a las repúblicas latinoamericanas, confiere una singularidad al sistema de codificación internacional del derecho internacional privado en Latinoamérica. En este último caso, con graduaciones respecto al Código de Bustamante: aceptación total (Cuba, Guatemala, Honduras, Brasil, Haití, República Dominicana y Venezuela), ratificación con reservas indeterminadas y subordinación a la legislación interna (Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador y El Salvador) y alejamiento total (Argentina, Colombia, México, Paraguay y Uruguay). Ello da lugar, sin duda, a discrepancias notorias que se vinculan a una dimensión propia del derecho internacional público en sus relaciones con las Constituciones nacionales que, lamentablemente, está poco desarrollada desde una dimensión de derecho comparado.

No puede desconocerse que la actitud de los Estados latinoamericanos hacia ciertos tratados en materia mercantil se ha traducido, en ocasiones, en una cierta hostilidad, señaladamente cuando tales convenciones han sido elaboradas fuera del contexto regional. Por esa razón, suele alegarse a veces con razón pero casi siempre sin mayor fundamento que dichas convenciones, favorecen los intereses de los países industrializados en perjuicio de aquellos en vías de desarrollo. Es verdad que existen intereses claramente diferenciados en la regulación jurídica de ciertos temas que admiten diferencias pronunciadas según se las enfoque desde el “Norte” o desde el “Sur”. Esto se ha traducido en posturas encontradas en cuestiones como la regulación de las inversiones extranjeras, transferencia de tecnología y muchos otros.

Entre los ejemplos que pueden citarse de prevalencia de los tratados internacionales en el derecho de los negocios latinoamericano resulta obligada la referencia a la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York, de 1958, que ha sido suscrita por 26 países del hemisferio, y lo propio cabe decir de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá, de 1975, que registra 17 Estados parte.

III. IDENTIDAD ESTRUCTURAL DE LA CODIFICACIÓN DE DERECHO DE LOS NEGOCIOS LATINOAMERICANOS

1. *Una historia homogénea en la codificación mercantil*

10. Es indudable que históricamente existió una cierta homogeneidad en la codificación mercantil⁴⁹ en América Latina muy superior a la civil. Dicha homogeneidad surgió por la supervivencia, aunque durante un periodo relativamente breve, de la legislación colonial española y portuguesa con posterioridad a la independencia, ya sea por disposición expresa de los nuevos gobiernos nacionales o por el mantenimiento tácito de su vigencia. De esta suerte, a lo largo del siglo XIX se registró una marcada influencia de la codificación comercial francesa de 1807 y española de 1829 y 1885, y otro factor de armonización y unificación del derecho mercantil latinoame-

⁴⁹ Miñana y Villagrasa, E., *La unificación del derecho mercantil hispano-americano: bases para una legislación común*, 3a. ed., Madrid, Reus, 1929, 358 pp.

ricano, tal como ocurrió con la codificación civil, fue la influencia recíproca ejercida por los códigos mercantiles de Brasil (1850), Argentina (1859) y Chile (1867). Téngase en cuenta que los principales códigos de comercio latinoamericanos, con excepción del chileno, fueron promulgados con anterioridad a los primeros códigos civiles. Esto motivó que los códigos de comercio incluyeran en su texto una variedad de disposiciones sobre obligaciones y contratos civiles que ya resultaban arcaicos a la época en que se dictaron los nuevos códigos civiles. Debido a este fenómeno, muchos de los códigos civiles acogieron principios consagrados por el derecho mercantil europeo (*v. gr.*, solidaridad pasiva, constitución en mora sin necesidad de interpelación formal), y este fenómeno, unido a la estructura económica de los países de América Latina durante el siglo XIX, ha dado lugar, por un lado, a una continua aspiración para la modificación y modernización del derecho mercantil, y, por otro lado, a una serie de iniciativas tendientes hacia la unificación del derecho civil y comercial en materia de obligaciones y contratos, como se concretó el Código Civil italiano de 1942.⁵⁰

11. Este homogéneo proceso codificador en América Latina suele ser enfocado desde la perspectiva de Estados Unidos y Europa como una unidad pese a que el volumen de información de los juristas latinoamericanos acerca de los ordenamientos jurídicos y prácticas judiciales de sus países vecinos sea relativamente escaso. Resulta habitual que un jurista de América Latina tenga mayor familiaridad con la doctrina francesa, alemana, italiana o norteamericana sobre un determinado tema, que con lo que se haya escrito sobre esa misma institución en otro país de América Latina. Esta falta de acercamiento jurídico entre los sistemas latinoamericanos responde, en gran medida, a limitaciones económicas que desembocan en una escasa circulación de información, y es reflejo del enfoque tradicional de la literatura jurídica latinoamericana, que suele alimentarse de las corrientes de opinión influyentes en una Europa decimonónica, más que en las realidades políticas y económicas contemporáneas de América Latina.⁵¹

Si esto es lo que ocurre en el terreno de la doctrina, mayores dificultades se producen en lo que respecta a la posibilidad de canalizar los esfuerzos de armonización y unificación a través de otros medios nolegislativos, como

⁵⁰ Lerner, P., “El Código Civil italiano y las reformas al Código Civil argentino”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 103, 2002, pp. 167-195.

⁵¹ Véase las consideraciones críticas de Hernández-Breton, E., “Verdades, mitos y realidades del derecho internacional privado latinoamericano en la hora actual”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2004, t. IV, pp. 79-89.

la jurisprudencia. No puede esperarse que las decisiones judiciales jueguen un papel importante en la unificación del derecho privado latinoamericano. Además, debe tenerse en cuenta que el principio tradicional de la falta de obligatoriedad del precedente (al menos como principio general): sólo en unos pocos países de América Latina las decisiones de los tribunales son publicadas en su texto completo y en forma regular. Si estos problemas han obstaculizado una mayor unificación del derecho latinoamericano, los obstáculos que enfrentan los esfuerzos de unificación internacional, especialmente en el escenario Norte-Sur, son también dignos de consideración. Es bien sabido que la unificación y armonización pueden obtenerse, nada más y nada menos, que a través del esfuerzo por encontrar coincidencias y superar disensiones, respetando el particularismo, pero solamente en aquello que responda a diferencias de intereses y a prácticas particularizadas racionalmente defendibles. Múltiples factores políticos, culturales y hasta emocionales juegan un papel importante en la lucha por la armonización y unificación del derecho.

Aun superando estas barreras culturales, existe un bagaje histórico-político en América Latina que ha obstaculizado una participación más entusiasta de los países latinoamericanos en los foros internacionales de unificación del derecho privado.⁵² Sin embargo, si aún en este tema es posible encontrar fórmulas jurídicas que compatibilicen intereses contrapuestos, con mayor razón es factible aspirar a un derecho unificado en el campo de la contratación internacional de bienes y servicios. Dentro de la compleja cuestión de la unificación del derecho privado en América Latina, una de las principales cuestiones en presencia es la alternativa entre una posición puramente regionalista o la incorporación de los países de la región a los esfuerzos que se están realizando a escala universal. Y, al margen de las opciones codificadoras específicas de los procesos de integración en los que coexistentes sistemas de derecho escrito y del sistemas *common law*,⁵³ son cada vez más los autores latinoamericanos que se inclinan por esta segunda postura. Se predica en tal sentido una participación más activa por parte de estos países en los esfuerzos de unificación que llevan a cabo organismos con vocación unifica-

⁵² Para la redacción de este apartado he utilizado los materiales de mi estudio, “La cooperación jurídica internacional, civil y mercantil, en el espacio hispano-luso-americano-filipino”, *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano*, 2001, vol. 15, pp. 13-73.

⁵³ Pereznieta Castro, L., “La codificación en México y la influencia del derecho estadounidense a través del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 15, 2004, pp. 225-235.

dora universal como la Conferencia de La Haya, la Uncitral o el Unidroit. Se insiste, desde esta perspectiva, en la estrecha relación que existe entre la armonización y unificación de los sistemas jurídicos diversos de los países que están vinculados por importantes lazos comerciales, apuntándose como un reto de mayor alcance la consecución del “entendimiento jurídico” entre los países de América latina, los cuales se encuentran en países en vías de desarrollo y pertenecientes al sistema continental romanista, y los países pertenecientes al sistema jurídico anglosajón, quienes como Estados Unidos, se encuentran en un nivel más avanzado de desarrollo económico.⁵⁴ De esta suerte, en lo que se refiere al amplio campo de la contratación comercial, como así también en el campo de la resolución de conflictos, la opción más conveniente para América Latina debe ser el incremento de su participación en aquellos foros internacionales encargados de la elaboración de acuerdos internacionales de carácter universal.

2. Alternativas en la codificación internacional

12. A partir de esos sustratos comunes, desde la primera etapa de la independencia de las repúblicas iberoamericanas se asistió a una marcada tendencia hacia la codificación supranacional en esta área geográfica del derecho internacional privado abarcando muchos sectores privativos del derecho de los negocios internacionales, aunque su función codificadora es mucho más amplia. Dicha tendencia se proyectó, entre otras materias, al derecho internacional privado, en virtud de la labor realizada en una serie de “congresos hispanoamericanos” que tuvieron lugar a partir de 1826, y que dieron lugar a los denominados “Tratados de Montevideo” de 1889, revisados en 1939 y 1940. Frente a este movimiento codificador de carácter autóctono se registró otro movimiento paralelo de mayor alcance, que también prestó atención a cuestiones del tráfico externo con una marcada influencia de los Estados Unidos de América. Se trata de las denominadas “Conferencias Panamericanas”, que tuvieron lugar a partir de 1889 y que, en nuestro campo concreto, cristalizaron en el Código Americano de Derecho Internacional Privado (denominado también “Código Bustamante”) que fue concluido en 1928 y adoptado por 15 Estados (fundamentalmente centroamericanos),

⁵⁴ Garro, A., “Unification and Harmonisation of Private Law in Latin America”, *AJCL*, vol. 40, 1992, pp. 587-616.

aunque con numerosas reservas y cláusulas de salvaguardia que dificultaron en la práctica su entera aplicación. Este instrumento dedica su libro segundo al “derecho mercantil internacional”, y constituyó en su época el ensayo de mayor amplitud en la solución de los conflictos de leyes en este sector del ordenamiento. Tras la Segunda Guerra Mundial, este movimiento paralelo de codificación registrará un esfuerzo de síntesis que va a vincularse a una organización internacional de carácter regional: la OEA. Y en los últimos años se ha asistido a un renacimiento de la codificación internacional del derecho internacional privado en América, sobre todo a partir de los años setenta en que, a instancias del Comité Jurídico Interamericano, la Asamblea General de la OEA, por resolución del 23 de abril de 1971, decidió convocar la I Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, que se reunió por primera vez en Panamá en 1975, con importantes resultados codificadores, y últimamente en Washington. Los trabajos en la CIDIP reflejan un protagonismo muy marcado de tres países (México, Venezuela y Uruguay), limitándose el resto a una actuación bastante pasiva, que se traduce en una distorsión entre el esfuerzo codificador realizado y el número de Estados que se incorporan a los convenios que van surgiendo de la Conferencia.

Dentro de los resultados en el ámbito de los negocios internacionales resulta obligado referirse a la Convención Interamericana sobre Arbitraje, aprobada en la CIDIP I, que pese a importantes reticencias ha demostrado tener un éxito notable, como demuestra su vigencia en 16 Estados, muchos de ellos también partes, del Convenio de Nueva York de 1958. También resulta obligado referirse a la Convención de México, del 17 de marzo de 1994, sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, en vigor en México y Venezuela.⁵⁵ También interesa destacar que la materia mercantil ha sido el eje central de las últimas conferencias, señaladamente de la última, la CIDIP VI, que aunque estaba inicialmente prevista para 1999 en Guatemala, no pudo celebrarse hasta 2002, y tuvo lugar en Washington. En ella se

⁵⁵ Juenger, F. K., “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparison”, *AJCL*, vol. 42, 1994, pp. 381-393; Santos Belandro, R. B., *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, Montevideo, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Fundación de Cultura Universitaria, 1996. Un importante estudio comparativo entre este instrumento y la Convención de Roma de 1989 se encuentra en Ancel, B., “Autonomía conflictual y derecho material del comercio internacional en lo Convenios de Roma y de México”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2002, t. II, pp. 33-45.

abordaron materias tales como el mandato y la representación comercial; la documentación mercantil uniforme para el comercio internacional, incluyendo la revisión y actualización de la Convención Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercadería por Carretera, de 1989, con la incorporación del conocimiento de embarque; las quiebras internacionales, y la uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales. Debe retenerse que tras una larga trayectoria basada en la preparación de convenios internacionales, la última CIDIP ha alternado estos instrumentos con la utilización de técnicas de codificación “blandas”. Y el resultado ha sido la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias⁵⁶ y dos modelos de Carta de Porte Directa Uniforme Interamericana. Esta tendencia hacia a la “comercialización” y hacia la “privatización” de la agenda codificadora de la Conferencia, a la que no es ajena la eventual entrada en vigor del ALCA, se vislumbra también en los temas que pueden ser tratados en una futura CIDIP VII: transporte multimodal, valores de inversión, insolvencia comercial transfronteriza, comercio electrónico, carácter transferible de bienes tangibles e intangibles en el comercio internacional.⁵⁷

Además de su labor propiamente codificadora del derecho internacional privado, en sentido amplio la CIDIP realiza una serie de recomendaciones de especial importancia para el proceso de unificación del derecho de los negocios internacionales. Así, la CIDIP III recomendó a los Estados miembros su incorporación a las Reglas de Hamburgo. Por lo demás, la aparente aceptación de los países de la región del texto de la Convención de Viena, 1980, sobre venta internacional de mercaderías preparada por Uncitral, así como también la compatibilidad de las legislaciones internas latinoamericanas con los principios aplicables a los contratos comerciales internacionales elaborados por el Unidroit, permite augurar una paulatina integración de los países latinoamericanos a los esfuerzos de unificación universal que lleva a cabo Unidroit y Uncitral. Veamos esta cuestión más detenidamente.

⁵⁶ Fernández Arroyo, D. P., “Las garantías mobiliarias en el derecho del comercio internacional de nuestros días”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 10, 2001, pp. 11-58; Wilson, J. M., “La nueva Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias”, *ibidem*, núm. 13, 2003, pp. 33-57.

⁵⁷ Kleinheisterkamp, J. y Fernández Arroyo, D. P., “Un novedoso paso en el camino de la integración jurídica interamericana”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. XI, 2001/2002, pp. 107-144.

13. A excepción de los sectores del comercio internacional vinculados a los procesos de integración económica, donde las discrepancias son sustanciales e irreconciliables, en el marco del derecho de los negocios internacionales no se perciben especiales divergencias entre los sistemas jurídicos latinoamericanos. Se observan, por el contrario, ciertas influencias recíprocas y, en todo caso, un paralelismo en el tratamiento de los problemas concretos. Nos movemos en este sector en un contexto caracterizado por una interdependencia económica derivado del denominado diálogo Norte-Sur y, en la perspectiva jurídica por una dialéctica entre países del *common law* y de derecho escrito; esto es, en una dimensión universal donde la solidaridad regional queda superada por las corrientes de unificación universal.⁵⁸ Se trata de un terrero abonado para insistir, con todas las reservas que ello entraña, en la idea de “familia”⁵⁹ que se proyecta de algún modo ante las instancias internacionales de codificación del derecho de los negocios internacionales, cuyo foro más importante es, indudablemente, la Uncitral.

Mas esta confluencia es incluso anterior a la creación de esta institución internacional, pues en la conferencia diplomática que reunió en La Haya, en 1951, a los representantes de 20 Estados y a los observadores de cinco, con el objeto de la unificación de la venta internacional, coincidieron delegaciones de Bolivia, Chile, Cuba y España,⁶⁰ que esta vez estuvieron lideradas por el gran jurista español F. de Castro. Esta colaboración desapareció prácticamente durante el transcurso de la nueva conferencia diplomática de La Haya de 1964, que adoptó la Convención sobre Ley Uniforme sobre Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales y la Convención sobre un Derecho Uniforme sobre Formación de Contratos de Venta Internacional de Bienes Muebles Corporales. En efecto, Latinoamérica sólo contó con un representante y tres observadores.⁶¹ No obstante, de

⁵⁸ Cf. Garro, A. M., “Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades”, *España y la codificación internacional del derecho internacional privado*, Madrid, CESJ Ramón Carande, 1993, pp. 347-350.

⁵⁹ Fernández Arroyo, D., “Sobre la existencia de una familia jurídica latinoamericana”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXVII, 1994, pp. 73-109.

⁶⁰ E. Rabel, “The Hague Conference on the Unification on Sales Law”, *AJCL*, vol. 1, 1952, p. 58-69.

⁶¹ Garro, A. M. y Zuppi, A. L., *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, La Rocca, 1990, p. 35; nota, con indicación de los problemas económicos que pudieron explicar la ausencia en la Conferencia de juristas especializados.

nuevo F. de Castro se alzó en representante de la comunidad latinoamericana al insistir efusivamente en la necesidad de vincular a este círculo jurídico al proyecto para garantizar su éxito futuro; para ello, el maestro español criticaba, en el contexto de la época, las notas de autonomía y de libre cambio que habían caracterizado los resultados de La Haya en un periodo histórico de intervención estatal y de monopolio que no sólo se registraban en España, sino al otro lado del Atlántico; asimismo, se declaró decidido opositor del principio de la autonomía contractual que, en su opinión, siempre beneficiaba a la parte fuerte.⁶² Indiscutiblemente, el gran fracaso de estos textos internacionales fue el contexto en el se desarrolló la codificación, anterior a los postulados que impondría el NOEI, con un protagonismo decisivo de los países desarrollados y con un enfrentamiento visceral entre países del derecho civil y de *common law*. En efecto, la doctrina apunta de forma reiterada como una de las principales debilidades de esta etapa codificadora fue la ausencia en la misma de países del “tercer mundo” o en “vías de desarrollo”. Ciertamente, el proceso de descolonización fue casi coetáneo con la elaboración de las normas de 1964, por lo que no pudieron participar en la conferencia como Estados soberanos e independientes. Ahora bien, no deja de ser contradictorio que en el propósito de conseguir una normativa uniforme con pretensiones de alcance mundial, no se tuvieran mínimamente en cuenta los intereses propios y específicos de esos países. Por eso no puede extrañar su negativa a la aceptación de unas normas en cuya elaboración no habían participado. De esta suerte, puede afirmarse que la confluencia de los intereses económicos de los “países ricos” cercenó la elaboración de unos instrumentos con una intención de uniformidad y desconoció en la práctica iniciativas latinoamericanas tan importantes en pro de la unificación en este importante sector del derecho de los negocios internacionales, como el denominado Proyecto de Buenos Aires de 1953, básicamente regulador, con carácter uniforme, de las relaciones entre compradores y vendedores en materia de codificación del derecho de los negocios internacionales. Indudablemente,

⁶² Véase el amplio informe elaborado por este autor, “La Séptima Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. El Proyecto de Convenio sobre ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. V, 1952, pp. 773-836; asimismo, su polémico estudio, “Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos, en el Proyecto Uniforme sobre venta”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XI, 1958, pp. 1016 y ss.

los resultados alcanzados en las normas de 1964 registran un marcadísimo aroma “eurocentrista” unánimemente afirmado.

En la Uncitral se percibe una cierta acción unitaria basada en tradiciones comunes entre las cuales destaca sin duda la influencia del Ccom español en la codificación mercantil de gran parte de los países del hemisferio americano que incluso, en algunos casos, llegó a reproducirse literalmente. Dicha acción unitaria se registra también en la excelente colaboración entre los delegados españoles y latinoamericanos. Ni qué decir tiene que el importante papel jugado por el representante mexicano en la Uncitral, Jorge Barrera Graf, contribuyó decisivamente a esa coincidencia, sobre todo en la codificación del sector de la compraventa internacional de mercaderías. Ésta fue, en efecto, una de las tareas prioritarias de la Uncitral, tras descartarse seguir adelante con las Convenciones de La Haya de 1964.⁶³ El grupo de trabajo designado para ello ya contó con una representación latinoamericana, concretamente de Brasil y, con carácter más significativo, México, y a lo largo de la Conferencia Diplomática de Viena los Estados latinoamericanos jugaron un cierto papel. Por ello, el texto definitivo elaborado en su seno, la Convención de las NU sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, es buena muestra del cambio experimentado en el proceso de codificar dentro de una dimensión universalista. Como es bien sabido, estamos ante una Convención que incluye un conjunto coherente de normas que reglamentan la formación de los contratos de compraventa internacional de mercaderías, las obligaciones del comprador y del vendedor, los derechos y las acciones en caso de incumplimiento y otros aspectos de este peculiar contrato. Aunque el número de Estados latinoamericanos que se han incorporado a la misma no sea, por el momento, mayoritario, sí es significativo, pudiendo apreciarse en este texto una muestra elocuente de los referidos aires de renovación, y un claro rechazo al “eurocentrismo” que había caracterizado la labor codificadora anterior, pese a una influencia acusada de la perspectiva de *common law*. En una etapa posterior brillará con luz propia en la Comisión el jurista venezolano Gonzalo Parra Aranguren.⁶⁴

⁶³ Barrera Graf, J., “Ámbito de aplicación del Proyecto de Convención sobre la compraventa internacional de mercaderías”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, 1979, pp. 731 y ss.

⁶⁴ Una descripción exhaustiva de su labor se encuentra en G. Parra Aranguren, *Estudios de Derecho mercantil internacional*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 727 pp.

La posición adoptada por el Comité Jurídico Iberoamericano en materia de compraventa internacional de mercaderías en ocasiones diversas, pone de relieve que los países de América Latina no desean inmiscuirse en la unificación del derecho mercantil sustantivo. Mas la progresiva aceptación de los países de la región del texto de la Convención de Viena, 1980, sobre Venta Internacional de Mercaderías preparada por Uncitral, así como también la compatibilidad de las legislaciones internas latinoamericanas con los principios aplicables a los contratos comerciales internacionales elaborados por el Unidroit, permite augurar una paulatina integración de los países latinoamericanos a los esfuerzos de unificación universal que lleva a cabo Unidroit y Uncitral. El escaso éxito de la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en Viena en 1980, que incluye las normas uniformes que rigen el plazo dentro del cual puede iniciarse un procedimiento relacionado con este contrato, y de su Protocolo de 1980, también se ha hecho extensivo a los países latinoamericanos, pues únicamente cuatro han prestado su consentimiento en obligarse por este instrumento internacional. Idéntica tónica se observa en la presencia latinoamericana en los esfuerzos codificadores de la Uncitral sobre transporte internacional de mercaderías y sobre pagos internacionales, aunque en este último sector se abrirán previsiblemente nuevas perspectivas.⁶⁵

14. Paralelamente a las tareas desarrolladas por la Uncitral, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, con sede en Roma (Unidroit), cuenta en la actualidad con once países latinoamericanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, México, Nicaragua, Paraguay, Uruguay y Venezuela). El Unidroit ha orientado sus esfuerzos de unificación a algunas áreas específicas de alto significado patrimonial e internacional, como el *factoring* y el arrendamiento financiero (*leasing*) internacional adoptadas en Ottawa el 28 de mayo de 1988. Diversos representantes de los Estados miembros de la OEA participaron en la conferencia diplomática donde se adoptaron estas convenciones preparadas bajo el auspicio de Unidroit, y cuya ratificación por parte de los Estados miembros de la OEA fue recomendada por la CIDIP IV. Hasta tiempos recientes la labor de este organismo se orientó a la finalización de los “Principios Aplicables a los Contratos Comerciales Internacionales”, que apunta decididamente a codi-

⁶⁵ Piaggi, A. I. (ed.), *Uncitral y el futuro comercial. El arbitraje comercial. Garantías y pagos internacionales. Contrataciones públicas*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

ficar esta emergente *lex mercatoria* de los contratos internacionales, que puede complementar, por voluntad de las partes contratantes, convenciones internacionales, como la de compraventa internacional de mercaderías.⁶⁶ Es evidente que la participación activa de los países de América Latina en estos foros internacionales contribuirá a incorporar a los países de la región al comercio internacional.

La aparente aceptación de los países de la región del texto de la Convención de Viena, 1980, sobre Venta Internacional de Mercaderías preparada por Uncitral, así como también la compatibilidad de las legislaciones internas latinoamericanas con los principios aplicables a los contratos comerciales internacionales elaborados por el Unidroit,⁶⁷ permite augurar una paulatina integración de los países latinoamericanos a los esfuerzos de unificación universal que lleva a cabo la Unidroit y la Uncitral. Las tendencias hacia la armonización y uniformidad del derecho sustantivo latinoamericano se reflejan en una prolífica elaboración doctrinaria de “leyes tipo” o “códigos modelo” adoptadas en congresos, jornadas y simposios. A pesar de su contribución eventual como fuentes de reforma legislativa, en la mayoría de los casos estos anteproyectos y proyectos “tipo” o “modelo” no se han concretado en derecho positivo uniforme. Así, existen desde hace un tiempo una serie de proyectos de unificación en temas tan diversos como leyes “tipo” en materia de organización del Ministerio Público fiscal y arbitraje, así como también un buen número de códigos “tipo” latinoamericanos en materia de derecho tributario, penal, aeronáutico y procesal civil. Dentro de esta actividad resulta obligado referirse a la Ley Modelo Latinoamericana para Juicios Internacionales, presentada a la XL Conferencia de la FIA, en Madrid, en junio de 2004 por H. S. Dahl.

Cabe presumir, sin embargo, que en materias tan diversas el camino de la armonización por vía legislativa o mediante la ratificación o adhesión de tratados internacionales que incorporen un texto uniforme enfrenta una serie de obstáculos que no se encuentran en un área más homogénea como la de la contratación internacional. Por eso resulta imprescindible un estu-

⁶⁶ Véase desde la perspectiva mexicana, Abascal Zamora, M., “Los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de Unidroit”, *Derecho de los Negocios*, núm. 81, 1997, pp. 11-24.

⁶⁷ Perales Viscasillas, P., “Los principios de Unidroit y CISG: su mutua internación”, *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los contratos comerciales internacionales del Unidroit*, México, UNAM-Universidad Panamericana, 1998, pp. 187-208.

dio previo en torno a la homogeneidad jurídica latinoamericana en materia de obligaciones y contratos, para después especular acerca de las posibilidades de su integración al derecho mercantil internacional.

IV. EXAMEN DE ALGUNAS INSTITUCIONES DEL DERECHO DE LOS NEGOCIOS LATINOAMERICANOS

1. *Contratación internacional*

15. Hasta la fecha ha dominado un elemento “estatalista” en la regulación de los contratos, detrás de la cual subyace una determinada concepción de la inclusión de las normas jurídicas dentro de un “código”. Esta concepción reposa no sólo en la inercia de una tradición jurídica, sino que obedece, sobre todo, a una determinada percepción que está en la base de la cultura científica europeo-continental. De esta suerte, el ideal de código quedaría conformado por la formulación de un conjunto de normas con vocación de resolver en su integridad todos los problemas que pudiesen presentarse en un concreto sector del ordenamiento jurídico. Mas este enfoque, basado en normas concretas y determinadas para cada caso, no puede en modo alguno desmerecer la labor realizada en el continente americano, que tanta repercusión ha tenido en las modernas actividades de la unificación jurídica internacional y, en particular, en la elaboración de los Principios de Unidroit sobre contratos. El éxito del *Restatement of Contracts*, que corresponde a la mayor de las economías mundiales, su proyección a su entorno jurídico más inmediato como es Canadá, su adaptación más acertada a las necesidades de los comerciantes y su enfoque eminentemente contractualista, ponen de relieve que la moderna codificación mercantil debe mirar a ese instrumento en vez de limitarse a recopilar materias especialmente dispersas. No en vano se ha dicho de este instrumento que es una de las aportaciones más importantes del derecho mercantil del siglo XX.⁶⁸

Si nos desplazamos del campo general de la unificación del derecho privado y concentramos la atención en la regulación de la contratación internacional, la legislación interna de los países de América Latina ofrece un nú-

⁶⁸ Shmitthoff, C. M., *Commercial Law in Changing Economic Climate*, 2a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1981, p. 13.

cleo común que no es incompatible con las iniciativas que se han tomado a escala internacional en materia de unificación del derecho mercantil. La profundización en el análisis de las distintas instituciones del derecho de los negocios conduce, como es lógico, a la constatación de diferentes matices entre las legislaciones internas de los países latinoamericanos. Sin embargo, si nos situamos en el terreno de los principios generales, la posibilidad de armonización no presenta mayores dificultades técnicas. El referente de las disposiciones de la Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, a la que se han incorporado a numerosos países de América Latina, entre los que se cuentan Argentina, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, Honduras, México,⁶⁹ Perú,⁷⁰ Uruguay y Venezuela, permite verificar que por encima de las diferencias de detalle existe un amplio espacio para lograr una posición común. Y a la misma conclusión se llega en orden al impacto de los principios propuestos por Unidroit en materia de contratos comerciales internacionales. Teniendo en cuenta el alto grado de homogeneidad que presenta el derecho privado latinoamericano, es muy fácil su asimilación a un marco jurídico armonizado en materia de contratación internacional.

Por lo demás, la aplicación de la Convención de Viena de 1980 como de los principios Unidroit (a la que luego nos referiremos) no resulta ya un hecho aislado y comienza a consolidarse en virtud de las primeras resoluciones administrativas y judiciales aparecidas en la región, como es el caso de México⁷¹ y, en mayor medida, de Argentina, donde se pueden encontrar importantes precedentes interpretativos del ámbito de aplicación de este instrumento.⁷²

⁶⁹ Adame Goddard, J., *El contrato de compraventa internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-McGraw-Hill-Interamericana de México, 1994.

⁷⁰ Serralta Ríos, A., *La compraventa internacional y el derecho peruano*, Lima, Pontificia Universidades Católica del Perú, 1997, xx-244 pp.

⁷¹ Por ejemplo, en México existen una serie de recomendaciones emitidas por la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (Compromex) y una importante sentencia pronunciada por el Juzgado Sexto de Primera Instancia de la ciudad de Tijuana, Baja California (Expediente 868/99). Veáse Muriá, A., "Primera sentencia mexicana sobre la Convención de Viena de 1980 de mercaderías: el caso Peterman c. Rossy (14/07/2000)", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 11, 2002, pp. 99-113.

⁷² Tal es el caso de la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Buenos Aires, del 21 de julio de 2002, "Cervecería y Maltería Paysandú S. A. c. Certería Argentina S. A.", que aplicó la Convención en un litigio que enfrentaba a una empresa uru-

16. Desde la perspectiva propia del derecho internacional privado y, en concreto, desde el punto de vista del “conflicto de leyes”, la cuestión de la “contratación internacional” fue incluido por primera vez en la agenda de la CIDIP IV, que se realizó en 1989 estableciendo la Conferencia una serie de criterios básicos relativos a la ley aplicable en materia de contratos internacionales. Con posterioridad, la discusión giró en torno a la conveniencia de una convención “regional” siguiendo los parámetros de la Convención de Roma de 1980 o la participación activa y unitaria de los países latinoamericanos en la elaboración de un instrumento de unificación de carácter universal adoptado por un organismo internacional o en otras iniciativas, como las puestas en práctica por el Unidroit. Pese a esta falta de consenso, el Comité Jurídico Interamericano se decidió por una solución regional y por limitar el enfoque a la cuestión de la ley aplicable, encomendando al prestigioso jurista mexicano, José Luis Siqueiros, la elaboración de un anteproyecto de convención interamericana sobre la ley aplicable a la contratación internacional, que sería aprobado en 1991. Con posterioridad el Comité Jurídico Interamericano, a solicitud del Consejo Permanente, redactó en 1993, un proyecto de Normas para la Regulación de Negocios Jurídicos Internacionales al que siguió una reunión de expertos, celebrada en la ciudad de Tucson, Arizona, Estados Unidos, en 1993. Aquí

guaya y otra argentina sobre la base de su artículo 1o.1 b), afirmando que “Como bien ha sido precisado por calificada doctrina, en el derecho internacional privado de fuente interna, el sistema del Código Civil establece normas generales para todo tipo de contratos. Y de acuerdo con sus artículos 1209 y 1210, el punto de conexión que localiza los contratos con contacto argentino —por su celebración o su cumplimiento en el territorio— es el lugar de cumplimiento (v. María Susana Najurieta, “Compraventa internacional. Aportes...”, en *RDCO*, 121/123, junio 1988, pto. 2.2.1., ps. 74/75). / Corresponde en este orden determinar el lugar de cumplimiento del contrato en autos. En los contratos sinagmáticos, la prestación característica es la que localiza el contrato con un sistema jurídico. Y tratándose de una compraventa internacional, la prestación funcional del contrato es la entrega de la cosa; esto es la prestación no dineraria a cargo del vendedor. / De tal modo y recordando que las mercaderías fueron descargadas en la planta industrial de la demandada, es claro que la prestación más característica del contrato se cumplió en el país (confr. esta sala en autos “Expósito e Hijos S. R. L. c. Jocqueviel de Vieu”, 10/10/85, y doctrina allí citada, *La Ley*, 1986-D, 46); lo cual determina la aplicación de la ley argentina. / En consecuencia, toda vez que las reglas de derecho internacional privado antes mencionadas designan el derecho de la República Argentina —por tratarse de un Estado contratante—, cabe concluir que el “sub lite” se encuentra dentro de aplicación de la Convención, en virtud de lo dispuesto en su artículo 1o.1. b)” [*La Ley* (Buenos Aires), 18 de julio de 2003].

la presencia del profesor de la Universidad de California, Davis F. Juenger, fue decisiva, y dicha presencia justifica el alejamiento de la Convención de México respecto de la Convención de Roma cuyas soluciones, a juicio del referido profesor, resultaban altamente deficientes. En su opinión, los autores europeos, cayendo víctimas de la moda conflictual contemporánea, se habían basado en un principio vago (aplicación del derecho del Estado con el cual el contrato tiene “los vínculos más estrechos”), lo cual era totalmente insatisfactorio. Por tanto, la balanza se inclinó a favor de la conveniencia de trasladar al juez la tarea de localizar, a falta de elección de las partes, el ordenamiento jurídico estrechamente vinculado con el contrato, permitiéndole resolver, caso a caso, la cuestión de la ley aplicable. El resultado fue un nuevo proyecto de Convención sobre el derecho aplicable en materia de contratación internacional, que fue sometido, como principal documento de trabajo, a las deliberaciones de la CIDIP V, y que dio como resultado la Convención de México de 1994. No obstante, el éxito de la Convención reside en su aceptación por los Estados que han participado en su elaboración. Indudablemente, la Convención ha tenido más el éxito en los foros académicos. Baste señalar que únicamente la han firmado cinco Estados (Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela), y que sólo dos la han ratificado (México y Venezuela). De esta suerte, el texto está en vigor en dos países (sólo se requieren dos ratificaciones). Y por lo que a nuestro conocimiento se refiere, todavía no ha sido aplicado por ningún tribunal de justicia. ¿Será acaso la Convención de México otra manifestación del *droit savant* referido por el profesor Oppetit?⁷³

2. Arbitraje comercial internacional

17. La posición de los países latinoamericanos fuertemente marcada en esta materia por el territorialismo, defensora a ultranza del Estado y de sus prerrogativas soberanas y, por ende, monopolistas, se ha pasado a un Estado ampliamente permisivo de la tarea arbitral, sumamente colaborador y cooperador ante los problemas y dilemas de los árbitros.⁷⁴ Al margen de la

⁷³ Oppetit, B., “Le droit international privé, droit savant”, *R. des. C.*, t. 234, 1992, pp. 339-432.

⁷⁴ Santos Balandro, R., “Una nueva actitud de los Estados latinoamericanos hacia el arbitraje”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, 3 de noviembre de 2003, http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/congreso_internacional_rsb.html.

referencia a las convenciones internacionales, el verdadero cambio de actitud de los países latinoamericanos hacia el arbitraje se ha manifestado en las legislaciones nacionales con que cada uno de ellos recientemente se ha dotado. Incluso con anterioridad a la irrupción del complejo normativo que acabamos de describir ya existía un cierto ambiente favorable a la aceptación por parte de los tribunales de justicia latinoamericanos a las instituciones de base del derecho de los negocios transnacionales. Tal fue el caso de México respecto a la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.⁷⁵

En el proceso de reforma de las leyes locales sobre arbitraje internacional, la influencia y guía de la Ley Modelo ha resultado decisiva hasta el punto que de prácticamente todas las leyes de los países latinoamericanos han tomado como referente principal o, incluso como en el caso de México, único la referida ley. Como resultado de ello, los obstáculos legales más importantes, que tradicionalmente impedían que el arbitraje se transformara en el método más efectivo y utilizado para resolver disputas comerciales internacionales en América Latina, han sido por fin suprimidos y han encontrado una solución acorde con aquella prevista en cuerpos legales de países del resto del mundo, especialmente de aquellos más familiarizados con la práctica del arbitraje internacional. Al haberse seguido los principios recogidos en la Ley Modelo, el proceso de reforma legal ha permitido asimismo dotar a la mayoría de los países latinoamericanos de un cierto grado de uniformidad en cuanto al reconocimiento de los principios básicos y universales del arbitraje, con lo cual se ha creado un marco legal adecuado para la promoción de un mayor desarrollo del arbitraje internacional y de su mejor comprensión por parte de los tribunales y abogados locales, lo cual a su turno debería llevar en el futuro a una gradual consolidación de la práctica del arbitraje internacional dentro del contexto latinoamericano.⁷⁶

En el orden estrictamente legal el cambio se expresa con claridad en dos niveles: por una parte, mediante la incorporación a convenciones universales y regionales con relación al arbitraje internacional, y por otra, mediante

⁷⁵ En México con anterioridad a 1989 existen una serie de precedentes favorables a la ejecución de los laudos arbitrales extranjeras. Baste retener los asuntos “Press Office, S. A. contra Centro Editorial Hoy, S. A.”, “Malden Mills Inc. contra Hilaturas Lourdes, S. A.” o “Mitsui de México y Mitsui and Co. contra Alkon Textil, S. A.”.

⁷⁶ Cook, J. M., “International Arbitration in American Context: A Comparative Look at Arbitration in Mexico and the United States”, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, núm. 3, 1999, pp. 41-60.

la adopción de nuevas leyes o la modificación de las leyes existentes que lo gobiernan. El impacto de las convenciones internacionales sobre la materia fue, en efecto, el primer paso para el desarrollo de un marco regulador apropiado para la práctica del arbitraje internacional. El cambio de este escenario comienza a gestarse sólo a partir de la gradual pero hoy casi unánime ratificación de la Convención de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros y de la Convención Interamericana de Panamá sobre Arbitraje Internacional, de 1975. Estos instrumentos han permitido a la gran mayoría de los países latinoamericanos incorporados a tales convenciones, contar con una solución apropiada y expedita para el reconocimiento de acuerdos o convenios arbitrales y para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

No obstante todos los esfuerzos anteriores, en general en América existía un gran obstáculo para consolidar su uso y práctica. Ese obstáculo derivaba de la falta de normas locales adecuadas y adaptadas a los principios universales y tendencias actuales del arbitraje. En efecto, en la mayoría de los países latinoamericanos el marco regulatorio del arbitraje podía encontrarse en los códigos orgánicos y de procedimiento civil o comercial que son parte de la herencia legal dejada por los países europeos colonizadores y que se basaban en principios decimonónicos. A la luz de tales principios, el arbitraje se contemplaba básicamente como un método para resolver controversias internas, sin que existieran normas expresas relativas al arbitraje internacional. Adicionalmente, y dado que el arbitraje se recogía en códigos de procedimiento, la regulación se enfocaba sobre todo en cuestiones procesales relativas a éste, dejando de lado una serie de principios de contenido sustantivo que también lo informan. En este contexto, la adopción de leyes modernas de arbitraje era sin duda un paso necesario para revertir dicho fenómeno todavía existente en las normas locales sobre arbitraje, y para promover una cultura favorable al uso del arbitraje como medio de resolución de disputas internacionales. De hecho, en más de diez países latinoamericanos se introdujeron nuevas leyes sobre la materia.⁷⁷

⁷⁷ Bolivia: Ley 1770 sobre Arbitraje y Conciliación del 10 de Marzo de 1997; Brasil: Ley de Arbitraje 9307 del 23 de septiembre de 1996; Colombia: Decreto 1818 del 7 de septiembre de 1998, que compila todas las normas aplicables a la conciliación y el arbitraje antes contenidas en diversas legislaciones (Uribe-Bernate, C. L., “La práctica del arbitraje internacional en Colombia”, *Avances del derecho internacional Privado en América Latina...*, *op. cit.*, nota 15, pp. 701-718); Costa Rica: Decreto Ley 7727, que

Asimismo, algunos países modificaron su propia regulación existente sobre arbitraje. Tal es el caso de México, que en 1993 introdujo cambios sustanciales a su regulación sobre arbitraje doméstico e internacional en el Código de Comercio, el Código Federal de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Civil del Distrito Federal y de Territorios. Finalmente, incluso en países que todavía siguen regulando el arbitraje en sus códigos orgánicos y de procedimiento, se han impulsado recientemente importantes iniciativas con objeto de poner en vigor una nueva normativa sobre arbitraje internacional y actualmente se encuentran en proceso de discusión y aprobación de una ley sobre la materia ante sus respectivos órganos legislativos. Tal es, en particular, el caso de Argentina y de Chile. El hecho de que este proceso de implementación de leyes especiales relativas al arbitraje internacional, y en muchos casos de descodificación de la regulación que antes existía sobre el arbitraje en los códigos procesales nacionales, se haya comenzado a gestar hacia principios de la década de los noventa no ha sido casualidad. Evidentemente, como se indicó con anterioridad, una serie de factores económicos y políticos tuvieron una influencia crucial en el cambio de actitud de los gobiernos locales de dicho periodo que, convencidos de las ventajas del arbitraje internacional sobre todo tras la adopción en 1985 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional por parte de las Naciones Unidas, todas las leyes, sin excepción, han tomado la Ley Modelo como principal, sino único, referente.

18. Pese a que el uso del arbitraje internacional en América Latina se ha incrementado decisivamente, todavía no puede hablarse de una completa familiaridad y adecuado conocimiento de este mecanismo de solución de conflictos a nivel regional. Existen, por cierto, países en que ha habido un notable avance, pero la regla para la región es que hay aún mucho camino

contiene la Ley para los Métodos Alternativos de Solución de Disputas y la Promoción de la Paz, del 4 de diciembre de 1997; Ecuador: Ley de Arbitraje y Mediación, del 24 de agosto de 1997, bajo el Registro Oficial 145 del 4 de septiembre de 1997; Guatemala: Decreto-Ley 67-95, que contiene la Ley de Arbitraje del 17 de noviembre de 1995; Honduras: Decreto Ley 161-2000 que contiene la Ley de Conciliación y Arbitraje del 17 de octubre de 2000; Panamá: Decreto-Ley 5, de 1999, que contiene la Ley de Arbitraje; Perú: Ley 26572, que contiene la Ley General de Arbitraje, del 6 de enero de 1996; Paraguay: Ley 1879, para el Arbitraje y la Mediación, del 24 de abril 2002; Venezuela: Ley sobre Arbitraje Comercial, del 7 de abril de 1998 (Sánquiz Palencia, S., *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Roberto Goldschmidt, 2005, 242 pp.).

por recorrer.⁷⁸ Ya hemos visto que los tribunales locales todavía revelan ciertos problemas, y otro tanto ocurre con los abogados locales involucrados en procesos arbitrales. Todavía es posible ver diversas actitudes de parte de éstos que pugnan con los fines del arbitraje internacional, sea atacando la validez del acuerdo de arbitraje, cuestionando la competencia de los árbitros para resolver la controversia, eludiendo la redacción del compromiso arbitral en aquellas legislaciones que aún mantienen el régimen dual,⁷⁹ no queriendo intervenir en el procedimiento de selección de árbitros, recusándolos, no cumpliendo voluntariamente lo decidido en el fallo arbitral, obligando a la parte vencedora a recurrir a la ejecución forzada ante los jueces estatales y también, la utilización de un sinnúmero de obstáculos de carácter procesal procesales interpuestos con la finalidad de frustrar la instancia arbitral y de ganar tiempo para que cuando realmente se plantee el caso en la sede de las jurisdicciones estatales el pleito pueda demorar mucho años más.

Con todo, el arbitraje comercial internacional disfruta de buena salud en la América Latina frente a la tradicional reticencia a su utilización por los empresarios y sus asesores jurídicos, y hoy son frecuentes sus participaciones en procedimientos arbitrales. Muchas veces, aparecen no sólo como demandados, sino que toman la iniciativa y desempeñan un papel importante en su condición de demandantes. Partiendo de este postulado, la práctica arbitral en la región arroja luces y sombras. Entre las luces es obligada la referencia a que, en primer lugar, está siendo abandonada progresivamente la ancestral reticencia por motivos constitucionales de participar las administraciones públicas en procedimientos de arbitraje comercial internacional;⁸⁰

⁷⁸ Cremades, B. M. y Cairns, W. L., “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 11, 2002, pp. 47-95.

⁷⁹ Santos Belandro, R., “¿Hasta qué punto puede diluirse la formalidad del acuerdo de arbitraje internacional en América Latina?”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 15, 2004, pp. 81-91.

⁸⁰ Se trata de una práctica que se va admitiendo no sin dificultades. En el asunto del “Metro de Medellín”, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado de Colombia, que entendían de la anulación de un laudo arbitral pronunciado por la Cámara de Comercio de Medellín en un litigio que oponía a un corsocio hispano-alemán y a la “Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá”, reconocieron que las personas de derecho público tenían capacidad para concluir acuerdos de arbitraje en materia interna e internacional, pero precisaron que ningún litigio derivado de un acto administrativo promulgado por la administración, con ocasión de un contrato estatal, podía ser sometido al arbitraje.

asimismo, se va abandonando la idea de que la aceptación en el ámbito de los contratos administrativos, suscritos entre autoridades de la administración pública y empresas particulares nacionales o extranjeras, la inclusión de la cláusula compromisoria no es otra cosa que una oficialización de la corrupción. En segundo término, los recelos de violación de soberanía por la extraterritorialidad que pudiera suponer el arbitraje comercial internacional, han dado paso a la masiva ratificación por los Estados latinoamericanos de los principales tratados reguladores del arbitraje comercial; como consecuencia de todo ello, la excepción de inmunidad tanto de jurisdicción como de ejecución ha sido desprovista del contenido emocional y político que pudiera haber tenido en otras épocas;⁸¹ la prueba de fuego para comprobar el buen o mal funcionamiento del arbitraje en los respectivos ordenamientos jurídicos se centra en torno al juego difícil que la excepción de incompetencia por convenio arbitral pueda establecerse en el procedimiento judicial.

Entre las sombras, debe recordarse que uno de los efectos principales del convenio arbitral radica en el llamado “efecto negativo”; en consecuencia, pactado un convenio arbitral la parte contra la que se dirija una demanda en vía judicial puede oponerse a participar en dicho procedimiento, solicitando al juez que remita el conocimiento de las reclamaciones al arbitraje pactado; pues bien, en no pocos países y en contra de lo establecido en el texto del Convenio de Nueva York, suele ser frecuente que la parte en cuestión se vea obligada, no sólo a excepcionar la competencia judicial por la existencia de convenio de arbitraje, sino a contestar *ad cautelam* sobre el fondo del asunto para evitar así la hipótesis de que el juez en su día no ad-

Se entendió de esta suerte que en Colombia la jurisdicción administrativa tenía competencia exclusiva para conocer de los conflictos que resultan de la expedición de un acto administrativo, relacionado con un contrato y, en particular, de aquellos que son sobre la legalidad de dicho acto administrativo.

⁸¹ Evidentemente, la CCI sostiene la idea de que una actitud como la expresada constituye una violación flagrante del orden público internacional. Esta idea se recoge en las legislaciones europeas como en la Ley suiza de derecho internacional privado de 1987, donde se dispone que un Estado o una empresa dominada, o una organización controlada por el Estado, no puede invocar su propio derecho para oponerse a la arbitrabilidad de un litigio o su capacidad para ser parte de un arbitraje si ésta expresa en el contrato. Lo mismo ocurre en España, donde el artículo 2o. de la Ley de Arbitraje de 2003 establece que “cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una empresa, sociedad, y organización controlada por un Estado, esta parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio estatal”.

mita la excepción judicial de incompetencia por convenio de arbitraje y se haya perdido en trámite del procedimiento judicial ordinario la posibilidad de contestar a la demanda; esto trae consigo dilaciones y molestias a la parte que debería limitarse a excepcionar con carácter previo al procedimiento judicial por la pura existencia del convenio de arbitraje. Otra sombra se registra en la fuerte reticencia que muestran los jueces y tribunales de los países latinoamericanos para otorgar medidas cautelares con ocasión de procedimientos arbitrales. Es muy frecuente que los tribunales no cuestionen la posibilidad de adoptar tales medidas cautelares, sin que ello suponga renuncia a la competencia arbitral admitiendo tácitamente la judicial y la razón obedece a una falta de comprensión en torno a lo que debe ser el auxilio judicial en la actividad arbitral. Y dentro de este apartado y pese a que es cierto que en la región existe una jurisprudencia muy clara en la aplicación del Convenio de Nueva York de 1958 y, a pesar de que este instrumento ha sido un auténtico motor para la unificación jurisprudencial, no puede ignorarse la existencia de interpretaciones incorrectas de los convenios suscritos por el país en cuestión; ello se observa, de un lado, en el abuso en la aplicación de lo que se considera orden público interno, trasladando ciertas regulaciones del arbitraje doméstico al arbitraje comercial internacional; y, por otro lado, en el empleo de la regulación poco clara que en las legislaciones domésticas se realiza a veces de los recursos contra las sentencias arbitrales. La práctica en materia de intervención del juez en el procedimiento arbitral⁸² o en lo concerniente a la anulación de laudos arbitrales, sobre todo en asuntos muy relevantes, no deja de influir de modo negativo en la consideración del arbitraje en América Latina.⁸³

⁸² El contencioso entre la “Compañía Paranaense de Energía/COPEL” y una serie de inversores estadounidenses, que tenía por objeto un contrato de construcción y gestión de una central eléctrica en el Estado de Paraná (Brasil), las partes, en su acuerdo de arbitraje CCI, habían establecido que fuera París la sede del arbitraje. Al surgir las diferencias entre las partes, los inversionistas americanos iniciaron un arbitraje CCI, conforme el acuerdo de arbitraje, con la oposición de COPEL al desarrollo del arbitraje. COPEL obtuvo dos decisiones por parte de los jueces del Estado de Paraná, ordenando que, dado que el interés público se encontraba involucrado en el caso y que COPEL podría sufrir un daño irreparable de continuar el procedimiento arbitral CCI, dicho arbitraje debía ser suspendido, y que si la orden de suspensión no era cumplida debería pagarse una multa diaria.

⁸³ En el caso de la “Empresa Termorío”, un laudo arbitral en un arbitraje CCI relativo a la construcción y el manejo de una central eléctrica en la región del caribe colombiano fue anulado *ex officio* por el Consejo de Estado argumentando que el arbitraje era

En cualquier caso, en los países latinoamericanos se registra de forma cada vez más nítida la labor pedagógica, liderada sobre todo por la Uncitral, en materia de unificación legal y jurisprudencial en materia de arbitraje. El efecto de la Ley Modelo elaborada por la Uncitral es determinante para los parlamentos a la hora de legislar en materia de arbitraje. A partir de aquí, América Latina está mucho más activa en sus esfuerzos para resolver conflictos a través de la mediación o el arbitraje. Por citar un dato estadístico: si la práctica de la Cámara de Comercio Internacional de París registra en 1990 del total de casos recibidos el 2.3% de asuntos de arbitraje internacional que incluían al menos una parte de algún país de América Latina, en 1998 el porcentaje pasó a ser el 8.3%, y en la actualidad el porcentaje supera el 10%.

V. INTERVENCIÓN DE LOS AGENTES ECONÓMICOS PRIVADOS: RECEPCIÓN DE LA *LEX MERCATORIA*

1. *El debate en torno a la lex mercatoria en América Latina*

19. Al igual que en otras latitudes, se ha desarrollado en América Latina una nueva versión del viejo *ius mercatorum*, en virtud del cual los agentes económicos imponen sus propios usos y costumbres convertidos en normas consuetudinarias, autónomas y de aceptación general, buscando con ello fórmulas más adecuadas a la realidad del tráfico mercantil moderno con el propósito de resolver sus controversias sin aplicar las leyes de sus propios. Si bien es cierto que se puede realizar un cierto paralelismo entre el fenómeno de los usos y costumbres en la Edad Media con los que se manifiestan en la actualidad existen, sin embargo, notables diferencias. Las semejanzas se manifiestan si se considera que tanto la “vieja” como la “nueva” *lex mercatoria* está formada por usos que constituyen un derecho espontáneo, uniforme, y en cierta manera universal; que son usos propios de los comerciantes, y que son usos que tratan de superar las dificultades del conflicto de leyes cuando se trata de determinar el derecho nacional

interno y que la CCI no podía, según la ley colombiana, administrar arbitrajes nacionales, pues no figuraba en la lista de centros arbitrales autorizados por la administración para administrar arbitrajes internos.

que regirá determinada relación jurídica. Pero existen también algunas importantes diferencias de contenido: nos hallaríamos ante un derecho espontáneo, nacido de la práctica comercial internacional con unas fuentes propias y unos medios de solución de litigios de intereses específicos al margen del poder judicial de los Estados y de los tribunales internacionales. Esta nueva *lex mercatoria*, con sus usos y costumbres, constituye un derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación, siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países. La consecuencia de este lento y constante proceso ha sido la introducción en la práctica internacional de una extensa red de instrumentos y de cláusulas de estilo que, con apoyo en la voluntad de las partes contratantes, viene a incorporarse a la relación contractual individual vaciando de contenido a la disciplina contenida en los códigos de comercio.

Esta nueva *lex mercatoria* se configura como un derecho espontáneo,⁸⁴ un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación, siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países. Esto es, liberarse de la rigidez y de la falta de sensibilidad para el tráfico mercantil internacional de las legislaciones internas a través de un culto hacia el principio de la autonomía de voluntad y de autorregulación en este sector.

20. Se ha desarrollado un debate, aún pendiente de conclusión, respecto a la conceptualización de la así llamada nueva *lex mercatoria*,⁸⁵ que ha enfrentado posturas irreconciliables entre “mercatoristas” y “antimercatoristas”.⁸⁶ Este debate es intenso en la doctrina norteamericana y europea, pero aún es incipiente en América Latina;⁸⁷ amplios sectores de la doctrina del derecho internacional privado directamente desconocen su existencia, y entre aquellos que la reconocen concurren varias tesis que intentan encuadrar teórica-

⁸⁴ Benson Bruce, L., “The Spontaneous Evolution of Commercial Law”, *Southern Economic Journal*, vol. 55, 1988, pp. 644-661.

⁸⁵ Goldstajn, A., “The New Law Merchant”, *Journal of Business Law*, 1961, pp. 12-17.

⁸⁶ Gaillard, E., “Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit”, *Journal de Droit International*, t. 122, 1995, p. 6.

⁸⁷ Piaggi, A. I., “El derecho mercantil en el siglo XXI visto desde el Mercosur”, *De-recho de los Negocios*, núm. 90, 1998, pp. 21-33.

mente el fenómeno observado.⁸⁸ En una muy apretada síntesis, se pueden clasificar estas distintas posturas sobre la *lex mercatoria* atendiendo a los siguientes criterios: el ámbito de materias que abarca, su eventual juridicidad y las técnicas normativas utilizadas. En rigor, y al margen de si existe un *tertium genus* de carácter espontáneo, si la soberanía es una noción intrínseca al derecho y si el derecho internacional general posee un nivel de coercibilidad muy distinta de la del Estado, es difícil pensar en un ordenamiento jurídico transnacional con autonomía propia en un determinado sector; y menos aún en el marco de las transacciones comerciales donde los intereses nacionales e internacionales están particularmente definidos. Pero no debe ser motivo de escándalo desde la teoría general del derecho hablar de un orden jurídico transnacional, existe en este sector un importante “optimismo juridizante” que se decanta claramente partidario de que la nueva *lex mercatoria* conseguirá su objetivo transformándose desde su propio sistema y bajo el peso de las necesidades del comercio internacional en un orden jurídico perfecto y acabado.⁸⁹

2. *Lex mercatoria y autonomía conflictual*

21. La ley aplicable a un contrato es la base legal que da la expresión y el contenido a la voluntad de las partes. La autonomía privada en tanto que “principio de regulación” del derecho internacional privado contemporáneo de significación ecuménica alcanza su máxima expresión en materia contractual, siendo una de sus manifestaciones la posibilidad que tienen las partes de designar el derecho que debe regir la relación pactada. Desde la perspectiva de las operaciones de comercio transnacional, la autonomía de

⁸⁸ El debate en torno a la *lex mercatoria* se encuentra en las siguientes obras de referencia: Carbonneau, T. E., “A Definition and Perspective Upon the *lex mercatoria* Debate”, *Lex mercatoria and Arbitration* (E. Carbonneau, dir.), Nueva York, Dobb Ferry, Juris Publ.-Kluwer, 1990, pp. 11-22; Ly, F. de, *International Business Law and the lex mercatoria*, La Haya, T. M. C. Asser Institute, 1992; Osman, F., *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, París, LGDJ, 1992; Berger, K. P., *The Creeping Codification of the lex mercatoria*, La Haya, Kluwer, 1999, especialmente el capítulo 2; Carrascosa González, J., *Globalización y derecho internacional privado*, Murcia, Liberlibro.com, 2002, pp. 98-105.

⁸⁹ Virally, M., “Un tiers droit? Reflexions théoriques”, *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldaman*, París, Litec, 1982, pp. 377 y ss. Cf. Desde un punto de vista crítico, Strenger, I., “La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international”, *R. des C.*, t. 227, 1991, pp. 311 y ss.

la voluntad ejerce una función de localización que responde a unas exigencias de seguridad jurídica, de certeza en el resultado y de previsibilidad,⁹⁰ y que no son en modo alguno ajenas a otra importante manifestación de dicha autonomía: la designación del concreto procedimiento de arreglo de la eventual controversia surgida del contrato, bien a través de una cláusula atributiva de jurisdicción o por medio de una cláusula compromisoria.

Sin embargo, hay ocasiones en que las partes, en vez de incluir en su contrato una cláusula de elección a un determinado ordenamiento estatal, deciden una solución de carácter “anacional” consistente en someterlo a un supuesto “derecho transnacional”, o a la *lex mercatoria*, esto es, a usos comerciales, prácticas negociales, principios generales de la contratación, reglas uniformes... que tienen su origen en la denominada sociedad internacional de comerciantes. Es cierto que la *lex mercatoria* no puede ser aplicada más que a título supletorio si existe una cláusula de elección de una ley estatal o cuando el contrato presente unos vínculos estrechos y evidentes con un determinado Estado;⁹¹ y también es cierto que la referencia contractual a la *lex mercatoria* normalmente deviene ineficaz ante un órgano jurisdiccional estatal como cláusula de elección de ley aplicable. Pese a la función esencial que la autonomía conflictual cumple en el comercio internacional, garantizando que el contrato sea regulado por las mismas normas con independencia del lugar donde se desarrolle el litigio, domina, sobre todo en el continente europeo, un sentimiento a favor de que las partes únicamente pueden elegir un “derecho estatal”, atribuyéndose dicha limitación al artículo 3o. del Convenio de Roma de 1980 (“Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes”) que no permite la designación de la *lex mercatoria*, de determinados principios elaborados por instituciones científicas o cualquier otro sistema jurídico no estatal, como ley rectora del contrato.⁹² Esta posición se ha reflejado, matizadamente, en la resolución del Institut de Droit International de Basilea, de 1991, que ha separado los supuestos

⁹⁰ Virgós Soriano, M., *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 33 y 34.

⁹¹ Laudo CCI núm. 6500, de 1992, *Journal de Droit International*, 1992, t. 119, pp. 1015-1018 y nota de Arnaldez, J. J.

⁹² Lagarde, P., “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention du 19 juin 1980”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1991, pp. 300 y 301; Rigaux, F., “Examen de quelques questions laissées par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Cahiers de Droit Européen*, 1988, pp. 308 y ss., esp. pp. 318 y ss.; Esplugues Mota, C. (dir.), *Derecho de los negocios internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 147.

sometidos a arbitraje, regidos por “reglas de derecho” del resto de los supuestos, sometidos a “leyes estatales”,⁹³ con ciertas inflexiones, ha dominado en numerosos países de América Latina y, aunque tiende a cambiar de signo en los últimos tiempos, todavía cuenta con sólidos defensores que limitan el ámbito de la *lex mercatoria* a la “autonomía material”.⁹⁴

Según esta concepción, las remisiones efectuadas por las partes en el ejercicio de su “autonomía conflictual” se refieren exclusivamente a las leyes estatales, únicas capaces de garantizar la fuerza obligatoria de las estipulaciones contractuales,⁹⁵ y para ello ha sido frecuente recurrir a un *obiter dicta* de la CPJI en el asunto relativo al *pago de diversos empréstitos servios emitidos en Francia*, según el cual “todo contrato que no es un contrato entre Estados en tanto que sujetos de derecho internacional tiene su fundamento en una ley nacional”.⁹⁶ A partir de aquí se ha estimado que las normas del derecho internacional general obligan en materia contractual a la aplicación de una determinada ley estatal y este criterio se suele confirmar con una alusión a lo dispuesto en referido artículo 3o. del Convenio de Roma de 1980, cuya redacción se ha estimado que “es un acierto”, pues únicamente las leyes estatales presentan “calidad suficiente” para regular los contratos internacionales.⁹⁷ Tal posición, que ha sido calificada de “archipositivista”,⁹⁸ niega cualquier valor jurídico a la *lex mercatoria*, depen-

⁹³ Resolución sobre “La autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales celebrados entre personas privadas”. De conformidad con su artículo 2o.: “1. *Les parties ont le libre choix de la loi applicable à leur contrat. Elles peuvent convenir de l'application de tout droit étatique./ Aux fins de la présente Résolution, une unité territoriale est assimilée à un Etat lorsqu'elle dispose d'un droit matériel des contrats./ 2. La loi choisie par les parties s'applique à l'exclusion de ses règles de conflit, sauf volonté expresse contraire*”.

⁹⁴ Dávalos Fernández, R., “La regulación jurídica del contrato internacional”, *Anuario IHLADI*, vol. 16, 2003, pp. 11-64, esp. 22.

⁹⁵ Ancel, B., “Autonomía conflictual y derecho material...”, *cit.*, nota 55, p. 35.

⁹⁶ CPJI, série A, núms. 20-21, p. 40.

⁹⁷ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., “Algunas preguntas críticas en torno al Convenio de Roma del 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Estudios de contratación internacional. Régimen uniforme e internacional privado*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2004, pp. 138 y ss., esp. pp. 151 y 153.

⁹⁸ Hernández-Breton, E., “Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional”, Ponencia en el *XXIII Congreso del IHLADI*, Quito, 13-17 de septiembre de 2004, p. 4.

diendo su eventual valor normativo del pacto realizado por los contratantes y quedando incorporada a un determinado derecho nacional.⁹⁹

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

Se aprecia, asimismo, que la localización de los contratos internacionales dentro de un sistema nacional determinado puede ser arbitraria, toda vez que una gran parte de dichas transacciones presentan vinculaciones de importancia similar con distintos órdenes nacionales y, lo que es más frecuente, otra gran parte de ellas se desarrolla en plazas comerciales de carácter transnacional donde la referencia estatal puede quedar muy debilitada. Circunstancias a las que se unen situaciones derivadas de las nuevas tecnologías, como el comercio electrónico, donde la ubicación de la relación contractual en un determinado espacio territorial resulta totalmente irrelevante. En efecto, las normas de conflicto tradicionales en materia contractual en ocasiones no se acomodan a las peculiaridades de la contratación electrónica, señaladamente por las dificultades derivadas de la determinación del lugar de ejecución de la prestación característica. De ahí que se propugne la aplicación de una supuesta *lex electronica*, entendida como un bloque normativo integrado por un conjunto de normas jurídicas de carácter informal aplicables en el sector del comercio en la línea de las derivadas de los usos elaborados en la práctica del comercio electrónico. En todo caso, el carácter abierto y descentralizado de Internet menoscaba

⁹⁹ Álvarez Rubio, J. J., “Pautas básicas para un análisis de compatibilidad entre los Convenios de Roma de 1980 y de México de 1994 sobre ley aplicable a los contratos internacionales”, *Iberoamérica ante los procesos de integración, XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, BOE, 2000, pp. 217-227, esp. pp. 223-227.

la eficacia práctica en ese marco de algunas de las reglas extraestales, cuyo empleo es más habitual entre partes pertenecientes a un mismo sector de actividad.¹⁰⁰

23. Las normas clásicas del derecho internacional privado de los contratos son complicadas, y sus resultados a menudo inciertos, pues los tribunales nacionales manifiestan una tendencia a favor de la aplicación de la *lex fori*, que incluso en muchos sistemas ha tenido una clara plasmación legal: siempre que la ley elegida “tenga alguna relación con el contrato”. No puede negarse que el método conflictual ha mostrado cierta ineficacia por más que haya realizado un importante impulso de adaptación a un entorno económico y social muy diverso del que lo vio nacer,¹⁰¹ y se ha llegado a afirmar que el “conflictualismo padece una enfermedad consustancial para alcanzar los objetivos y valores que se propone”.¹⁰² Las normas de conflicto, es cierto, tienden a “nacionalizar” la cuestión al designar como aplicable a un determinado sistema jurídico interno. Gran parte de las normas nacionales nunca fueron concebidas para aplicarse a situaciones internacionales, y precisamente el intento de resolver esa insatisfactoria situación motivó el desarrollo del derecho uniforme, aunque sus resultados han sido tan limitados que en la actualidad la norma de conflicto no ha perdido su papel relevante en la ordenación del tráfico comercial internacional.¹⁰³

Las técnicas del derecho internacional privado basadas en la norma de conflicto se muestran a veces inadecuadas para regular las complejas cuestiones suscitadas en el ámbito del comercio internacional.¹⁰⁴ La pretensión de localizar en un ordenamiento jurídico una situación privada, se ha dicho, es una solución basada en una teoría metafísica. Al margen de la falacia que registra una afirmación de este tipo, no pueden desconocerse una serie de datos que van en contra del método savigniano en la solución de las transacciones comerciales internacionales. En primer lugar, desde el

¹⁰⁰ Miguel Asensio, P. de, *Derecho privado de Internet*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2002, pp. 83 y 84.

¹⁰¹ Audit, B., “Le droit international privé à fin du XXème siècle: Progres ou recul”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 50, 1998, p. 447.

¹⁰² Juenger F. K. y Sánchez Lorenzo, S., “Conflictualismo y *lex mercatoria* en el derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LII, 2000, p. 22.

¹⁰³ Fernández Rozas, J. C., “Consideraciones en torno a la relevancia del derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5209-5237.

¹⁰⁴ Baxter, I. F. G., “International Conflict of Laws and International Business”, *ICLQ*, vol. 34, 1985, pp. 538-559.

punto de vista de los procedimientos de producción normativa, todavía existen muchos sistemas nacionales, no sólo de filiación anglosajona, donde la norma de conflicto es de fuente predominantemente jurisprudencial, con la consiguiente incertidumbre que ello entraña. Esa incertidumbre también se manifiesta, en segundo término, con la actual coexistencia de normas internas con tratados internacionales en un determinado sistema jurídico y la delicada operación de identificar, dentro de un determinado sistema, la norma pertinente a la transacción controvertida; y ello al margen de la eventual aplicación de los Principios de Unidroit de 1994. En tercer lugar, y aunque la codificación internacional trata de evitarlo, por ejemplo, la exclusión del reenvío operada por el artículo 15 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, todavía están presentes los denominados “problemas de aplicación de la norma de conflicto”, que pueden generar importantes perturbaciones a la hora de dar una solución justa al caso concreto.¹⁰⁵ Finalmente, si la consecuencia de la norma de conflicto es designar la aplicabilidad de un determinado derecho estatal, localizando allí el supuesto, no cabe duda que esta operación se caracteriza, como hemos apuntado, por “nacionalizar”, impregnando de concepciones particulares la respuesta a la transacción; y tal respuesta impide una consideración efectiva de la especialidad que introduce en la controversia jurídica la “internacionalidad del supuesto”: la propia situación del comercio internacional obliga a estimar la consideración del “elemento internacional” como una exigencia de justicia.

Argumentos como los apuntados han conducido a que el conflicto de leyes, identificado con frecuencia con el derecho internacional privado, haya sido considerado con máximo recelo por los iusmercatoristas y, en particular, por los abogados prácticos;¹⁰⁶ ello es explicable, dado que el derecho internacional privado es altamente abstracto y académico, mientras que el derecho comercial es a menudo menos preciso, pero vivo.¹⁰⁷ Numerosas legislaciones mercantiles nacionales no se adaptan a las necesidades del

¹⁰⁵ Béraudo, J. P., “La mise en oeuvre du droit matériel uniforme par le juge et par l’arbitre dans le règlement des litiges commerciaux”, *Revue de Droit Uniforme*, vol. III, 1998, p. 259.

¹⁰⁶ Cremades, B. Ma., “Los Estados y las empresas públicas en su condición de socios en el comercio internacional”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. II, 1985, p. 27.

¹⁰⁷ Cfr. Miguel Asensio, P. de, “El derecho internacional privado ante la globalización”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2001, p. 39.

comercio internacional en función de la incertidumbre que ofrecen los mecanismos de determinación del derecho aplicable. Frente a ello, la *lex mercatoria* se revela como un procedimiento mucho más simple y rápido por incorporar directamente una norma de carácter material. Además, la ley nacional no es apropiada muchas veces para los contratos entre entidades públicas y particulares, en función del papel hegemónico que pueden ejercer aquéllas en la designación de su propia ley nacional sin tener en cuenta las peculiaridades del comercio internacional que están implícitas en la concreta transacción comercial.

24. La referencia a un determinado sistema estatal basada en la garantía del necesario equilibrio entre las partes en la contratación internacional ha ido evolucionando progresivamente hasta generalizarse una práctica, en un sentido radicalmente contrario tendente a acentuar la desigualdad de las partes en el contrato por dos motivos de diferente entidad. Por un lado, por la diversidad, pues han brotado en el mercado internacional un número muy considerable de fórmulas contractuales que estaban en relación directa con la naturaleza de la actividad comercial involucrada y con el protagonismo de determinados Estados en el comercio internacional; por otro lado, porque las referidas fórmulas contractuales se remitían de forma exclusiva a un ordenamiento jurídico determinado, coincidente con el del Estado hegemónico en el sector donde, curiosamente, tenía su sede la asociación redactora.¹⁰⁸ Más recientemente esta técnica ha sido desarrollada por las empresas multinacionales con el propósito de defender sus intereses frente a su co-contratante; de esta suerte, la entidad asegura la uniformidad en la contratación para todas las empresas integrantes de su conglomerado económico involucrando a industrias muy poderosas para que inserten en sus contratos tipo una cláusula de remisión siempre al mismo ordenamiento jurídico.

También se asiste a una marcada inadecuación de las técnicas codificadoras protagonizadas por los Estados, cuyos objetivos no se acomodan plenamente a las necesidades de los operadores económicos, lo que ha suscitado una honda preocupación en torno a los costos y a la propia rentabilidad del movimiento internacional en pro de la unificación del derecho mercantil,¹⁰⁹ que llegan a cuestionar muy seriamente su utilidad práctica.

¹⁰⁸ Benjamin, P., "The ECE General Conditions of Sale and Standard Forms of Contracts", *Journal of Business Law*, 1961, p. 119.

¹⁰⁹ Garcimartín Alférez, F. J., "El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVII, 1995-2, p. 30.

Y también, el de ciertas instituciones internacionales donde tiene lugar la codificación.¹¹⁰ Baste comprobar los resultados deparados por el paradigma de los Convenios de unificación del derecho de los negocios transnacionales que es la Convención de Viena de 1980: si tenemos en cuenta que sus normas son preferentemente de derecho dispositivo, que poseen una vocación esencialmente subsidiaria, que se refieren a una modalidad contractual relativamente simple y universalmente conocida y que, por añadidura, no elimina la “autonomía conflictual” (artículo 6o.), no podemos por menos de desconfiar de esta metodología codificadora.¹¹¹

25. A veces la ley aplicable es extraña al juez y/o a las partes y requerir la información sobre su contenido puede resultar altamente perturbador. Desde la perspectiva arbitral, la ausencia de foro confiere al procedimiento arbitral una marcada autonomía en orden al procedimiento respecto de las normas procesales de estatales. Por eso, al igual que no cabe hablar de ley del foro, en el arbitraje comercial internacional no existe propiamente una ley extranjera.¹¹² Tal ausencia confiere al árbitro un importante margen de actuación en orden a la determinación del derecho aplicable al fondo del litigio.¹¹³ Esta situación de posible y cada vez más frecuente “desnacionalización” de la ley aplicable al arbitraje tiene la virtud de restringir de una manera tajante el problema tradicional del derecho internacional privado relativo al derecho aplicable: la consecuencia jurídica de la norma de conflicto. En ausencia de una designación expresa respecto del derecho aplicable, el árbitro cuenta con un amplio poder de iniciativa en la determinación de la ley aplicable al fondo del litigio, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 7o. del Convenio de Ginebra de 1961.

La ausencia de un foro arbitral permite al árbitro aplicar al fondo del litigio las normas consuetudinarias del comercio internacional al margen de cualquier intervención de las normas estatales. Frente a lo que ocurre en la justicia estatal, el árbitro, al no estar sometido a una soberanía estatal determinada, tiene un amplio margen de actuación en tal sentido.¹¹⁴ Ante los

¹¹⁰ Rodino, W., “Unification of Law and International Organizations”, *International Journal of Legal Information*, núm. 27, 1999, pp. 156-162.

¹¹¹ Fernández Rozas, J. C., *Ius mercatorum...*, cit., nota 12, pp. 173 y ss.

¹¹² Fernández Rozas, J. C., “Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international”, *R. des C.*, t. 290, 2001, pp. 148-150.

¹¹³ Goldman, B., “Les conflits de lois en matière d’arbitrage international”, *R. des C.*, t. 109, 1963-II, p. 443.

¹¹⁴ Laudo CCI n. 3131 (1979), “Norsolor”, *Revue de l’arbitrage*, 1983, pp. 525-531. Goldman, B., “Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*”, *Revue de l’arbitrage*,

árbitros el problema tradicional del derecho internacional privado de la condición de la ley extranjera queda sustituido por el del procedimiento de aplicación de las leyes estatales. Por eso en el arbitraje comercial internacional la cuestión de la confrontación entre la ley del foro y la ley extranjera carece totalmente de significado,¹¹⁵ como también carece de significado que el árbitro se vea compelido a aplicar una ley extranjera que las partes no hayan alegado expresamente o cuyo contenido no hayan acreditado.

La elección por las partes de la *lex mercatoria* o de una reglamentación privada no tiene por qué vulnerar el principio de legalidad previsto en las Constituciones de nuestro entorno pues, al margen de la existencia de postulados tales como en contenido en el artículo 1091, Cc, dicha sumisión no supone eliminar cualquier control estatal. Si en orden al arbitraje dichos controles vienen determinados tanto por el recurso de anulación como por el procedimiento de *exequátur*, en la materia que nos ocupa la designación de la *lex mercatoria* no eliminan controles estatales como el orden público (artículo 16 del Convenio de Roma de 1980)¹¹⁶ o las normas materiales imperativas.¹¹⁷

3. Posición adoptada por la Convención de México de 1994

26. La autonomía conflictual mercatoria, o posibilidad de designar como *lex contractus* un régimen como el de los Principios Unidroit carece intrínsecamente de relevancia. En la contratación internacional la delimitación del ámbito de la autonomía material debe realizarse exclusivamente a través del juego de las normas imperativas, tanto de la *lex causae* como de la ley del foro o de terceros Estados.¹¹⁸ Esto implica una superación entre la tradicional divisoria entre autonomía material o conflictual incluso aunque se admita la posibilidad de que las partes designen como *lex contractus* un ordenamiento no estatal.¹¹⁹ Y ello con independencia de que sea factible

1983, pp. 379-409. Lando, O., "The *lex mercatoria* in International Commercial Arbitration", *ICLQ*, vol. 34, 1985, pp. 747-768.

¹¹⁵ Goldman, B., "Les conflits de lois en matière d'arbitrage...", *cit.*, nota 113, p. 449.

¹¹⁶ Juenger F. K. y Sánchez Lorenzo, S., "Conflictualismo y *lex mercatoria*...", *cit.*, nota 102, pp. 33 y 34.

¹¹⁷ Grijera Naón, H., "Los árbitros internacionales ¿pueden o deben aplicar las leyes de policía?", *Avances del derecho internacional privado en América Latina...*, *cit.*, nota 15, 2002, pp. 599-616.

¹¹⁸ Sánchez Lorenzo, S., "La función de las técnicas conflictuales...", *cit.*

¹¹⁹ Miguel Asensio, P. A. de, "Armonización normativa...", *cit.*, pp. 872-878.

una referencia, subjetiva u objetiva, a un derecho estatal como sistema residual de cierre o de cobertura de lagunas de la reglamentación no estatal. Una referencia que quedará limitada, en todo caso, por la acción de las normas materiales imperativas de alcance internacional. La autonomía conflictual mercatoria va siendo objeto de una aceptación pregresiva en la codificación internacional e interna, como evidencia el artículo 9o.2 de la Convención Interamericana sobre la Ley Aplicable a los Contratos Internacionales de México, del 17 de marzo de 1994 (“El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene los vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”). La remisión que este precepto efectúa ofrece consecuencias que se engloban en la tesis antes apuntada y, como pusiera de relieve su inspirador principal, tiene el mérito de combinar los mecanismos tradicionales del *proper law* con una aproximación a las normas materiales.¹²⁰

Además, el Convenio de Roma, aunque no prohíbe, tampoco sanciona la elección de la *lex mercatoria*.¹²¹ Desde esta perspectiva la función de la *lex mercatoria* quedaría seriamente limitada, pues únicamente existiría en la medida en que un determinado ordenamiento estatal la incorpore.¹²² Tanto el artículo 3o. del Convenio de Roma como los artículos 7o. y 8o. de la Convención de México de 1994 sobre ley aplicable a los contratos internacionales, se centran en una óptica sustantivista o material que, como ha puesto de relieve con acierto M. Ancel, da prioridad al contenido de la ley sobre su autoridad pero que no impiden otras opciones. En su opinión, dichas normas permiten a los contratantes la designación de una ley sin ningún vínculo objetivo con la relación contractual y en la práctica actual a nadie sorprende que las partes designen por el único motivo de que su contenido se acomode a la solución que desean dar a sus intereses desde un

¹²⁰ Juenger, F. K., “The Inter-American Convention...”, *cit.*, nota 55, p. 391. Véase, asimismo, Noodt Taquela, M. B., “Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales”, *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, 1997, pp. 102-104.

¹²¹ Juenger, F. K., intervención en el coloquio del 4 de junio de 1993, *Principios, objetivos y métodos del Derecho internacional privado. Balance y perspectivas de una década*, Madrid, 1995, p. 63.

¹²² Virgós Soriano, M., en González Campos, J. D. *et al.*, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 5a. ed. Madrid, 1993, pp. 217-221.

punto de vista material; por otra parte, estos instrumentos admiten la combinación (*panachage*) de varias leyes o el *dépeçage* del contrato entre varias leyes que pueden aplicar los contratantes a su antojo utilizando las soluciones que estimen mejor acomodadas a sus intereses; por último, las partes tienen la facultad de modificar la ley aplicable desde el momento en que consideren que su relación contractual se desarrollará de forma más conforme a sus deseos si se acomoda a una legislación diferente y a partir de ese momento. Si de estas tres circunstancias, entre otras que pudieran señalarse, se deduce que las partes gozan en el marco de la autonomía conflictual de unas facultades omnímodas a la hora de regular materialmente el contrato; si no están obligadas a respetar la integridad de las leyes estatales; si hacen lo que quieren a tenor de lo que ordenan sus intereses sustancialmente acordados en el contrato,

no se entiende por qué una libertad que puede llegar a transformar las leyes estatales en simples catálogos de recetas susceptibles de combinarse, en simples modelos a seguir, que pueden ser adaptados y recortados, no llegaría a permitir darse una reglamentación contractual por referencia a la *lex mercatoria* o, más simplemente, adoptar los Principios Unidroit, o acordar la aplicación del Convenio de Viena a un contrato no sujeto a su ámbito de aplicación.¹²³

Constituye el artículo 9o. de la Convención de México de 1994 una de las aportaciones más importantes de este sobresaliente instrumento internacional, calificado como la “expresión postmoderna por excelencia del derecho internacional privado de los contratos internacionales”,¹²⁴ pues introduce un nuevo factor de conexión, a falta de elección del derecho aplicable, para cuya determinación el tribunal dispondrá de elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato, y tomará en cuenta principios generales del derecho comercial internacional, aceptados por organismos internacionales. La solución de aplicar el derecho relacionado con las características del contrato, en vez de normas ajenas al mismo, tales como la nacionalidad de las partes o el lugar de su celebración, no es extraño al derecho y legislación comparados. Además, la determinación del “vínculo más estrecho” conduce al análisis del marco socioeconómico del contrato

¹²³ Ancel, B., “Autonomía conflictual y derecho material...”, *cit.*, nota 55, pp. 43 y 44.

¹²⁴ Hernández-Breton, E., “Propuesta de actualización...”, *cit.*, nota 98, pp. 4 y 5.

del cual forma parte, y éste es determinante para el establecimiento del derecho aplicable. De particular importancia es la inclusión de principios generales del derecho comercial internacional, aceptados por organismos internacionales, lo cual vincula esta Convención, especialmente con los principios Unidroit. Y el juez podrá, en casos excepcionales, aplicar sólo a una parte del contrato el derecho más estrechamente vinculado con el mismo, lo cual reafirma el *depeçage*.¹²⁵

Frente a los resultados alcanzados en Europa,¹²⁶ se sintió la necesidad de realizar un reconocimiento más explícito de la *lex mercatoria*, lo cual no era algo nuevo en la CIDIP, pues 20 años antes se había realizado una cierta aceptación de este bloque normativo a propósito de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial aprobada en la CIDIP I de 1975, en Panamá, en cuanto el artículo 3o. admitía la posibilidad de regular al arbitraje por medio de un Reglamento de Procedimientos elaborado por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). No es casual que el propio título de la Convención se refiera al “derecho” aplicable a los contratos internacionales y no de la “ley” aplicable, expresión esta última considerada demasiado reductora de las manifestaciones de lo jurídico en el campo internacional, en cuanto implicaba la admisión de una sola de las fuentes posibles del derecho. Puede afirmarse que la admisión de la “autonomía conflictual mercatoria” gozó de una cierta acogida, aunque debe reconocerse que no generalizada, como evidenciaron las posiciones de varios delegados en la V CIDIP.¹²⁷

27. A partir de aquí es obvio que para la Convención no es cuestionable el reconocimiento de un derecho objetivo extraestatal que se va paulatinamente organizando y expandiendo en razón de su eficacia para regular los contratos internacionales y que va relegando de manera gradual a impor-

¹²⁵ Perezniето Castro, L., “Introducción a la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, *Revista de Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 30, 1994, pp. 765-776.

¹²⁶ Carbone, S. M., “Dos intentos regionales de regulación de los contratos internacionales: el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y su relación con la Convención interamericana de 1994 sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 2003, pp. 45-60.

¹²⁷ Perezniето Castro, L., “Introducción a la Convención Interamericana...”, *cit.*, nota 125, pp. 765-776, esp. pp. 770 y ss.; Juenger, F. K., “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons”, *AJCL*, vol. 42, 1994, pp. 381-391, esp. p. 390; *idem*, “Contract Choice of Law in the Americas”, *AJCL*, vol. 45, 1997, pp. 195-213, esp. pp. 204 y 205.

tantes sectores del orden jurídico estatal. Tampoco es polémica la aceptación por la Convención de México de la *lex mercatoria* como principio interpretativo que auxilie a llenar las lagunas que presentan las normas y los contratos internacionales; al menos esto es lo que se desprende del artículo 10 cuando se refiere a la obligación de respetar “las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”. El interrogante se centra en determinar el papel que el referido artículo 9o. otorga a la *lex mercatoria* en el ordenamiento jurídico internacional. Hemos de reconocer que esta cuestión no encuentra una respuesta contundente en la Convención y resulta aventurado dar una respuesta categórica. No obstante, tampoco puede descartarse una línea interpretativa favorable a la “autonomía conflictual mercatoria”. Sin ir más lejos puede sostenerse que cuando el artículo 9o. entiende que las partes contratantes no han elegido el derecho aplicable, será el tribunal el encargado de hacerlo y que dicho tribunal “también tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por los organismos internacionales”. A mayor abundamiento, el referido artículo 10 afirma que “además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios de derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”. Ello permitiría considerar a la *lex mercatoria* como un derecho autónomo que puede ser designado directamente por las partes o por el juez mediante la búsqueda de los lazos más estrechos para el caso de que exista una ausencia de la voluntad de aquéllas.¹²⁸

Esta manera de razonar no puede quedar desvirtuada por la redacción de dos preceptos de la Convención que incluyen el término “derecho” en un marco muy distinto al de las denominadas “normas de aplicación”, que no actúan en el proceso de reglamentación de las situaciones privadas internacionales, sino en un proceso ulterior donde surgen problemas que deben resolver los órganos estatales.¹²⁹ Nos referimos, de un lado, al artículo 2o. que indica la aplicación del derecho designado por la Convención a un

¹²⁸ Maekelt, T. B. de, “La flexibilización del contrato internacional en la Convención interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, *Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998...*, cit., vol. II, pp. 359-380.

¹²⁹ González Campos, J. D., *Derecho internacional privado, parte I, Introducción* (policopiado), Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1983, pp. 86 y 87.

Estado no parte; y, de otro lado, al artículo 17 que determina que “para los efectos de esta Convención se entenderá por «Derecho» el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”, pues su objetivo único es la exclusión del reenvío del ámbito de la contratación internacional regulada por la Convención.

28. Por el momento la Convención está en un estado cuasi-durmiente, pero no cabe descartar que por una circunstancia determinada despierte de su letargo y que a Venezuela y México se agreguen pronto Bolivia, Brasil y Uruguay, que ya han firmado este instrumento, y conformen una nueva cultura contractual en América Latina que ha sido respaldada por la Resolución del IHLADI de Quito de 2004, a partir de una amplia oferta de posibilidades de incorporación al modelo.¹³⁰ Al margen de una línea doctrinal que cada vez registra mayor aceptación, dicha cultura comienza a aparecer, frente a un panorama comparado poco propicio, en ciertas reglamentaciones de origen estatal que muestran una evolución de las normas conflictuales en el sentido indicado.¹³¹ La Ley de Derecho internacional privado de Venezuela,¹³² tras reproducir en los artículos 29 y 30 el régimen de derecho aplicable a los contratos previsto en la Convención de México, añade un artículo 31 con el siguiente tenor: “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

¹³⁰ “(B)ien mediante la ratificación de la Convención, siguiendo el ejemplo de México y de Venezuela, o a través de fórmulas blandas de incorporación, material o por referencia...”, *Conclusiones y Acuerdos del XXIII Congreso*, Quito (Ecuador), 13-17 de septiembre de 2004, p. 13.

¹³¹ Hernández-Breton, E., “Autonomía conflictual en América Latina. Tendencias actuales”, *Anuario IHLADI*, vol. 16, 2003, pp. 441-471; *idem*, “Propuesta de actualización...”, *cit.*, nota 98, pp. 15-24.

¹³² Maekelt, T. B. de, “Das neue venezolanische Gesetz über Internationales privatrecht”, *Rabels Z.*, 2000/2, pp. 299-344, esp. pp. 307, 330 y 331; Hernández-Breton, E., “Las obligaciones convencionales en la Ley de Derecho Internacional Privado”, *Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998...*, *cit.*, nota 128, vol. II, pp. 324-341.

4. Principios de Unidroit como expresión particularmente autorizada de la *lex mercatoria*¹³³

29. Durante los últimos años se han experimentado transformaciones fundamentales en el ámbito del derecho rector de la contratación. Entre ellas destacan indudablemente los principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales de 1994, cuya segunda versión vio la luz en 2004, incorporando cinco nuevos capítulos.¹³⁴ Estamos ante una experiencia compiladora donde converge *lex mercatoria*, hasta ahora sin consolidar en un cuerpo normativo integrado, y la codificación en sentido tradicional;¹³⁵ los principios están concebidos en un sistema de reglas del derecho de los contratos que se adaptan de forma específica a las necesidades de la práctica comercial moderna, tratando de evitar la utilización de una terminología propia de un determinado sistema jurídico estatal. Pueden ser elegidos por las partes como derecho aplicable (los Principios pueden aplicarse, según su preámbulo, cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes), servir de referencia a los jueces y árbitros, interpretar o completar otros instrumentos de derecho internacional uniforme, como el Convenio de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, y ser modelo para legisladores internacionales y nacionales. Importa retener aquí que la mayoría de los integrantes del grupo de trabajo que redactó los Principios son decididamente favorables de la aplicación de la *lex mercatoria* a la contratación internacional, y esta tendencia se manifiesta en una abultada corriente doctrinal que se apoya en dichos Principios para reafirmar esta posición, aunque la asimilación no

¹³³ Expresión de P. Lalive (“L’arbitrage commercial et les Principes Unidroit”, en Bonell, M. J. y Bonelli, F. (eds.), *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milán, 1997, pp. 71 y ss., esp. p. 80), que ha sido acogida con calor por un importante sector doctrinal. Véase Bonell, M. J., “Unidroit Principles: a Significant Recognition by a U. S. District Court”, *Rev. Dr. Unif.*, 1999, pp. 651 y ss.

¹³⁴ Bonell, M. J., “Unidroit Principles 2004. The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts Adopted by International Institute for the Unification of Private Law”, *Uniform Law Rev.*, 2004, pp. 5-40.

¹³⁵ Sánchez Lorenzo, S., “La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del derecho privado material”, *Paces Artis. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos*, t. II, Madrid, Eurolex, 2005 (en prensa). Véase Feldstein de Cárdenas, S. L., “Los Principios Unidroit y los Principios Europeos: una primera mirada desde el Derecho internacional privado”, *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes*, núm. 15, septiembre de 1998.

es necesariamente indispensable, en función de su carácter eminentemente científico.¹³⁶

Esta última dimensión ya empieza a dar resultados. No puede negarse una favorable acogida doctrinal en América Latina¹³⁷ al considerarse que los Principios Unidroit pueden aplicarse cuando las partes así lo hayan acordado expresamente en el contrato o cuando este último se remita a los principios generales del derecho, a la *lex mercatoria* o a expresiones semejantes.¹³⁸ Desde el punto de vista legal, un primer ejemplo lo encontramos en la Ley de arbitraje adoptada en Panamá (Decreto-Ley 5 del 8 de julio de 1999), que establece el régimen general del arbitraje, la conciliación, y la mediación y que se aplica también al arbitraje comercial internacional; según su artículo 27, el tribunal arbitral apreciará las estipulaciones del contrato para la aplicación del derecho que rige la relación contractual y tendrá en cuenta los usos, las prácticas del comercio y los Principios de Unidroit.¹³⁹ Un segundo ejemplo aparece en el contrato modelo de la CCI de intermediación ocasional (acuerdo de reserva y confidencialidad, ARC),¹⁴⁰ en cuyo artículo 13.1 se establece que salvo estipulación en contrario, todas las cuestiones relacionadas con este acuerdo ARC se regirán por las reglas y principios de derecho general reconocidas en el comercio internacional como aplicables a los contratos internacionales, así como por los Principios de Unidroit. Y, finalmente, un tercer ejemplo se registra en el contrato modelo de venta comercial internacional de bienes perecederos

¹³⁶ Bureau, D., “Les nouveaux principes Unidroit: Colloque de l’Institut de la CCI, Paris, 20-21 octobre 1994”, *Rev. Arb.*, 1994, pp. 787-789.

¹³⁷ Alterini, A. A., “Los Principios de Unidroit y las soluciones del derecho común”, *The Unidroit Principles: a Common Law of Contracts for the Americas?*, Unidroit, 1998, pp. 259-274

¹³⁸ Pereznieta Castro, L., “Los principios de Unidroit y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos”, *Contratación internacional. Comentarios a los Principios...*, *cit.*, nota 67, pp. 219-216; Siqueiros, J. L., “Los principios de Unidroit y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, *ibidem*, pp. 217-228; Santos Belandro, R. B., “Los principios Aplicables a los Contratos Mercantiles Internacionales: una nueva labor de Unidroit”, *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, 1996, pp. 13-53.

¹³⁹ Esta posibilidad fue utilizada expresamente por el Laudo Arbitral dictado en la ciudad de Panamá el 24 de febrero de 2001, <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dsid=2377&dsmid=13620>. Véase Boutin L., G., “*Lex mercatoria*: fundamento y apreciación en el Derecho internacional privado panameño”, *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina...*, *cit.*, nota 15, pp. 287-300.

¹⁴⁰ Publicación CCI, núm. 619, 2000.

establecido por el Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC (CCI) de 1999, en cuyo artículo 14 (Reglas de derecho aplicable) se dispone que para toda materia no cubierta por las cláusulas precedentes, el contrato se regirá por el Convenio de Viena de 1980 y, en su defecto, por los Principios de Unidroit.

30. Indiscutiblemente, el empleo de estos principios ha tenido un desarrollo mayoritario en el ámbito del arbitraje comercial internacional.¹⁴¹ No en vano, en el seno del arbitraje CCI se han dictado cerca de medio centenar de laudos en los que no sólo se ha hecho referencia, sino que se han aplicado directamente los Principios del Unidroit como expresión de la *lex mercatoria*. Y esta conformidad se está extendiendo, aunque de una manera más tibia, no sólo en el marco del arbitraje administrado, sino en el del arbitraje *ad hoc* y en distintos ámbitos geográficos incluido el latinoamericano.¹⁴² La utilización de los Principios no se ha limitado en todos los casos a una mera referencia para completar un determinado argumento, registrando la práctica supuestos en que este instrumento ha sido el referente completo del fallo.

Ausentes por el momento de la jurisprudencia internacional,¹⁴³ en la jurisprudencia estatal la aceptación de los Principios del Unidroit utilizados por los árbitros comienzan a abrirse paso, aunque tímidamente y para cuestiones por lo general muy específicas, como la aceptación de una supuesta cláusula compromisoria patológica¹⁴⁴ o la determinación del ámbito de una

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

¹⁴² Laudo *ad hoc* pronunciado en Buenos Aires el 10 de diciembre de 1997 que dirimió un litigio entre una empresa argentina y otra chilena, *Revue de Droit Uniforme*, 1998, pp. 178 y 179.

¹⁴³ El abogado general los utilizó, sin embargo, en el asunto C-334/00 "Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa contra Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH". *Cfr.* Requejo Isidro, M., "Incertidumbre sobre la materia delictual en el Convenio de Bruselas de 1968: método de delimitación y determinación del Tribunal competente", *La Ley: Unión eur.*, núm. 5709, 2003, p. 7.

¹⁴⁴ Sentencia de la *Cour d'appel* de Grenoble del 14 de enero de 1996, "Société Harper Robinson c. Société internationale de maintenance et de réalisations industrielles", *Revue de l'arbitrage*, 1997, p. 87; *Revue de Droit Uniforme*, 1997, pp. 180 y 181.

cláusula atributiva de jurisdicción,¹⁴⁵ en el marco de los recursos de anulación o en el del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Y ello sin olvidar su empleo en el ejercicio de los litigios de comercio exterior.¹⁴⁶ Sin embargo, la práctica no permite, por el momento, realizar una valoración con pretensiones de generalidad. Baste retener que en términos generales la referencia a los Principios opera como complemento a un determinado razonamiento del juez, como evidencia su empleo en la sentencia del 9 de octubre de 1997 de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) en el asunto “Embotelladora Caracas, C. A. y otras c. Pepsi Cola Panamericana, S. A.”.¹⁴⁷

31. Las posiciones que limitan el ámbito de la *lex mercatoria* a la autonomía material fueron formuladas en un periodo histórico muy concreto, los años setenta y principios de los ochenta del pasado siglo, coetáneo al debate acerca de la virtualidad de la *lex mercatoria* y en un momento en que esta última permanecía en una cierta nebulosa y aún no se habían producido hechos tan trascendentales como la apatición de los Principios del Unidroit en materia de contratos internacionales. La defensa de la consecuencia jurídica de la autonomía conflictual referida en la ley de un Estado efectuada en este periodo recuerda los planteamientos contrarios a la propia inclusión de la autonomía de la voluntad en el sector contractual, o las construcciones adversas al arbitraje propias de etapas anteriores, que en España tuvieron al profesor F. de Castro como máximo exponente y que apuntaban a la presencia de oscuros intereses en la defensa de estos postulados.¹⁴⁸ La evolución en Europa ha sido lenta pero efectiva y lo propio cabe decir de América Latina. El presente estudio se titula la “*Lex mercatoria* en América Latina”; sin embargo, de la exposición efec-

¹⁴⁵ Sentencia de la Cour d’appel de Grenoble del 23 de octubre de 1996 (“SCEA GAEC Des Beauches Bernard Bruno c. Société Teso Ten Elsen GmbH & COKG”), <http://witz.jura.uni-sb.de/CISG/decisions/231096v.htm>.

¹⁴⁶ Dictamen de la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México (Compromex) relativo a la queja promovida por “Dulces Luisi, S. A. de C. V., en contra de Seoul International Co. LTD., y Seoulia Confectionery Co”, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de enero de 1999.

¹⁴⁷ Véase *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XIV, 1998, pp. 263-278, esp. pp. 274-275 y nota de Hernández-Breton, E., “Aplicación judicial en Venezuela de los Convenios en materia de arbitraje comercial internacional (comentario a la SCSJ de Venezuela del 9 de octubre de 1997)”, pp. 99-104.

¹⁴⁸ Castro, F. de, “El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*”, *Anuario de Derecho Civil*, 1979, pp. 619 y ss.

tuada se desprende una clara vocación de la región hacia la incorporación de sus propias soluciones particulares en el ámbito del derecho de los negocios internacionales. Por eso no cabe descartar que en un periodo relativamente breve pueda hablarse con propiedad de una genuina “*lex mercatoria latinoamericana*”.