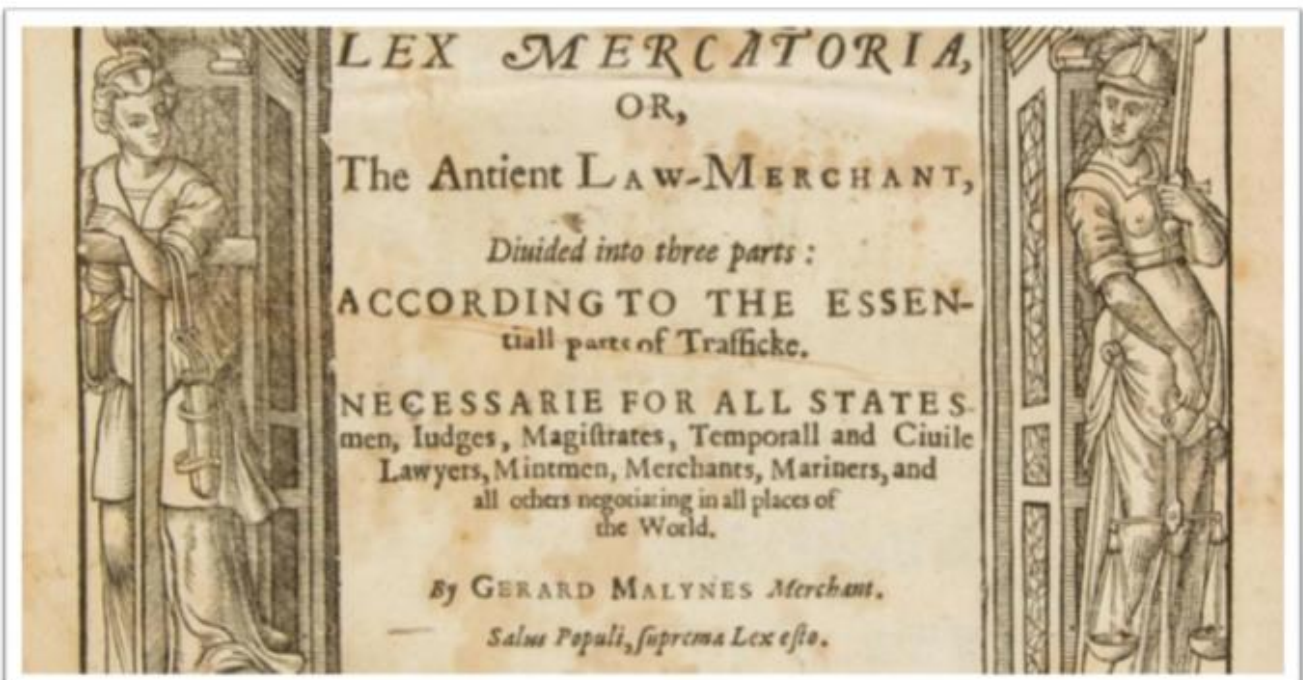


Creación y fuerza obligatoria de la Lex Mercatoria

Trabajo de Fin de Grado



Fanny MINDEGUIA

*4º curso en Derecho, Mención Derecho Internacional y Europeo
Comparado*

*Director: Rafael ARENAS GARCIA,
Catedrático de Derecho Internacional Privado*

2015-2016

ÍNDICE

ÍNDICE	2
ABREVIATURAS	4
PRESENTACIÓN DEL TEMA	5
INTRODUCCIÓN AL TEMA	6
<u>PARTE 1: Una manifiesta voluntad de unificar el “ius mercatorum”</u>	9
A. Una institucionalización lenta y primordial para la paz internacional	9
1. Las premisas de la unificación	9
2. La constitución de una Comisión para el Derecho Mercantil Internacional	11
B. El derecho uniforme, primer gran éxito de la unificación: estudio comparado del CMR y del “Sistema de Varsovia” ...	14
1. La creación simultánea de ambos instrumentos	15
2. La estandarización de los documentos de viaje	17
3. Un procedimiento de elaboración con discrepancias	18
<u>PARTE 2: Los instrumentos de aplicación de la <i>lex mercatoria</i></u>	21

A. La incorporación a un convenio internacional o a una ley interna.....	21
1. La CNUCCIM de 1980: un instrumento forjado con los usos y la práctica de la <i>societas mercatorum</i>	22
2. La incorporación a una ley interna: la aplicación kelseniana	27
 B. La incorporación a un contrato: especial referencia a los INCOTERMS de la CCI.....	30
1. La introducción a los términos INCOTERMS de 2010 en materia de compraventa	31
2. Los INCOTERMS: ¿papel predominante frente a la <i>lex contractus</i> ?.....	33
 C. La incorporación a un procedimiento de arbitraje	36
1. El arbitraje como instrumento catalizador de un derecho “anacional”	36
2. La imposibilidad de determinarla como <i>lex contractus</i>	40
 CONCLUSIONES	43
 BIBLIOGRAFIA	44

ABREVIATURAS

- ART: Artículo
- CCI: Cámara de Comercio Internacional
- CITEJA: Comité Internacional Técnico de Expertos Jurídicos Aéreos
- CMR: Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera
- CNUCCIM: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
- OACI: Organización de Aviación Civil Aerea
- OI: Organizaciones internacionales
- ONU: Organización de Naciones Unidas
- ONU-CEE: Comisión de Naciones Unidas para la Unión Europea

PRESENTACIÓN DEL TEMA

Este trabajo trata de establecer cuál es la línea directriz que conllevó a la «juridización» del *ius mercatorum* y al desarrollo en el siglo XX de una nueva *lex mercatoria*. Primero, se centra en el reconocimiento institucional de las prácticas y usos del comercio internacional que carecían hasta los años 1960 de un apoyo fuerte y que le proporciono concretamente la creación de Naciones Unidas con sus diversas comisiones y comités. Tras esa construcción institucional, el reconocimiento como norma de derecho no bastaba, y se empezó una importante labor internacional para fomentar el recurso y el uso a dichas prácticas, para facilitar el tráfico mercantil internacional. De allí, la *lex mercatoria* encontró tres instrumentos principales a los cuales incorporarse para acabar su transformación y tener un real asiento en la jurisprudencia y la doctrina: los tratados internacionales o la propia ley interna, el contrato y el procedimiento de arbitraje.

INTRODUCCIÓN AL TEMA

El profesor Berthold GOLDMAN, desde 1964, pone de realce en uno de sus artículos, la emergencia de una nueva *lex mercatoria* como sistema jurídico propio y que define como « el conjunto de relaciones comerciales internacionales, excepto aquellas que solo se conciben con colectividades públicas que actúan según sus propios procedimientos »¹. En otras palabras, por *lex mercatoria* nos referimos al conjunto de usos y prácticas comerciales creados por los propios comerciantes y que como costumbre están utilizados en los intercambios mercantiles. El primer *jus mercatorum* se creó para dominar los intercambios comerciales en la Europa medieval. Constituido por la costumbre, este derecho « corporatista » mercantil debía su creación a las necesidades unificadoras y al establecimiento de instituciones propias para asegurar su respeto. En esa época, se desarrollan las primeras « codificaciones » de usos para facilitar sobre todo el mercado marítimo ya que suponía muy a menudo un pasaje por varias localidades y el fomento de una relación comercial entre dos territorios distintos, con dos ordenamientos jurídicos distintos. Los textos más famosos que podemos destacar son los Roles de Oleron², los Consulados del Mar³ así como las Reglas de Wisby⁴.

El legislador y los comerciantes se encuentran con la dificultad del pluralismo jurídico con las discrepancias que pueden conllevar dos

¹ GOLDMAN (Berthold), *Frontières du Droit et Lex Mercatoria*, in *Le droit subjectif en question, Archives de Philosophie du Droit*, 1964, T.9, pp. 177-192

² Ministerio del Medio Ambiente, de la Energía y del Mar Francés- <http://www.developpement-durable.gouv.fr/Un-peu-d-histoire.html>:

También llamados Juicios de Olerón ya que se trata de una recopilación de los juicios marítimos. Primera voluntad de « codificación » de las prácticas comerciales marítimas, su creación fue impulsada por Leonor de Aquitania en el siglo XII y se utilizó luego como Código Marítimo de referencia en toda Europa. Tuvo una gran influencia en el derecho medieval español así como en el desarrollo del Libro del Almirantazgo británico.

³ ALVAR EZQUERRA, Jaime, *Diccionario de historia de España*, Itsmo, p. 203:

« Institución básica del comercio marítimo del Mediterráneo medieval que funcionaba a la vez como corporación de los navegantes y mercaderes que trabajaban esa actividad y como tribunal especial para resolver las disputas internas».

⁴ Transposición en la zona del mar Báltico de los « Roles de Olerón » para tener un código marítimo de referencia.

ordenamientos a la hora de concluir un contrato comercial entre dos personas o empresas naturales de países distintos o cuando surge un litigio debido al incumplimiento de una obligación fruto del contrato. Al concebir la *lex mercatoria* como sistema propio, no rechaza este pluralismo sino que partiendo del mismo, se intenta crear una base común para facilitar los intercambios. Por tanto, es un ordenamiento fruto del «pluralismo jurídico» que defienden GOLDMAN y los autores de la escuela internacionalista de derecho internacional privado como BERGER, a la hora de plantear su renacimiento después de la Segunda Guerra Mundial y en medio de una expansión masiva de las relaciones comerciales, debido a la globalización.

Varios fenómenos explican la reaparición de la *lex mercatoria* en los intercambios entre comerciantes: por un lado, la internacionalización de los espacios económicos ya que con la creación del «Nuevo Orden Mundial» las grandes potencias económicas, favorecen las operaciones económicas entre los países teniendo en mente que una estrecha relación comercial impedirá una nueva guerra por las dificultades económicas que supondrían. Por otro lado y a consecuencia de la internacionalización de los espacios económicos, creció la necesidad de establecer unas instituciones organizadoras de estos espacios y de las reglas que rigen esos intercambios. En este sentido, los internacionalistas conciben la nueva *lex mercatoria* como fruto del pluralismo jurídico, apoyando su tesis en la obra de Santi ROMANO⁵ que define el orden jurídico como «*la institución (como) todo ser o cuerpo social*», declarando también que «*hay tantos ordenes jurídicos como de instituciones*». De allí, surge la justificación al renacimiento de la *lex mercatoria* después de la Segunda Guerra Mundial, ya que emana de la *societas mercatorum*, el cuerpo social a la cual se otorga el carácter de ordenamiento jurídico. Hace recaer la capacidad normativa del ordenamiento simultáneamente en la actividad de los profesionales del comercio con los usos y en el trabajo de los árbitros del comercio internacional en caso de litigio.

Sin embargo, esta concepción transnacional del derecho tiene sus detractores, en concreto la escuela conflictualista, la cual considera que la

⁵ ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975, pp. 79-82

aceptación de esa nueva *lex mercatoria* reviste dos problemas esenciales: en primer lugar, la concepción de unas reglas anacionales⁶ que no procederían de la actividad normativa de un Estado y en segundo lugar, la proclamación de la pertenencia de estas reglas a un orden jurídico anacional e interestatal que es la *lex mercatoria*. Esta parte de la doctrina queda muy vinculada a la figura del « Estado-nación » visto como la única entidad soberana que puede crear derecho y por tanto, aquí reside toda la dificultad para aceptar el derecho internacional como sistema legal ya que no está creado por un Estado. Si sólo el Estado soberano puede considerarse como « sujeto » del derecho internacional ya que presta su consentimiento a los tratados y normas que se promulgan en las Organizaciones Internacionales (en adelante, OI), y que el individuo y las empresas no tienen este reconocimiento de « sujeto », ¿cómo se puede concebir entonces un derecho transnacional y por extensión, una *lex mercatoria* supranacional?

De hecho, ante esa conflictividad doctrinal y la necesidad de regular una rama jurídica, el derecho mercantil internacional, por el considerable incremento de las relaciones comerciales internacionales cabe preguntarse ¿cuáles fueron los pasos previos a esa regulación y quien la llevo a cabo? ¿Además, cómo la nueva *lex mercatoria* paso a convertirse en uno de los instrumentos de derecho claves para la contratación internacional, a pesar de la negación de su juridicidad por parte de la doctrina?

En primer lugar, nos enfocaremos en la construcción institucional de unificación del derecho comercial internacional, paso clave para el reconocimiento internacional de la nueva *lex mercatoria* y su legitimación, así como en los primeros trabajos llevados a cabo en materia de Derecho Uniforme (I), para centrarnos en un segundo lugar, sobre los diferentes métodos de incorporación de la nueva *lex mercatoria* mediante los cuales la práctica internacional adquiere eficacia jurídica, fuerza obligatoria (II).

⁶ Regla anacional: norma que no emana de un Estado soberano, que carece de vínculo hacia un Estado.

PARTE 1: Una manifiesta voluntad de unificar el “ius mercatorum”

A pesar de las divergencias entre las dos escuelas doctrinales, se sentía la necesidad de armonizar el derecho del comercio internacional para facilitar los intercambios y poner a todos los comerciantes en un pie de igualdad a la hora de contratar en un país distinto del suyo. Aunque observamos que la institucionalización del derecho mercantil internacional fue un trabajo a largo plazo (A), la creación de un Derecho Uniforme en varios sectores entusiasmó rápidamente la Comunidad internacional, reflejando desde entonces la real necesidad de armonizar el derecho mediante contratos tipos por ejemplo (B).

A. Una institucionalización lenta y primordial para la paz internacional

El pleno reconocimiento de la *lex mercatoria* como instrumento del derecho y ordenamiento jurídico propio necesitaba el apoyo institucional, primero con la puesta a la orden del día dentro de las instituciones internacionales de la posguerra, del cuestionamiento de la regulación del derecho mercantil internacional (1) y en segundo lugar, mediante la creación de una institución, de un órgano capaz de regular el derecho mercantil internacional ya que no existía un órgano normativo para ello (2).

1. Las premisas de la unificación

Aunque podamos vincular el punto de partida de la construcción de un derecho comercial internacional unificado justo después de la Segunda Guerra Mundial, cabe destacar que ya en la primera mitad del siglo XIX, hubo intentos serios de crear y fomentar esta rama del derecho mediante diversos métodos con el apoyo de organismos internacionales. Primero, se introdujeron disposiciones normativas en tratados concluidos multilaterales, como el convenio de Bruselas

sobre conocimiento de embarque, de 25 de agosto de 1924 y los convenios de Ginebra de 1930 y 1931 sobre letra del cambio y el cheque, etc. Al mismo tiempo, las Oficinas internacionales, bajo la formulación de leyes modelo que sirvan de orientación y de leyes uniformes destinadas a la incorporación por los Estados a sus legislaciones, se intentó establecer las bases de un derecho común. Más adelante, en los años 1930, el último esfuerzo unificador se plasmó en la enumeración de costumbres y prácticas basadas en los usos mercantiles con los INCOTERMS⁷ de 1936 (aparecieron en 1936 pero mayor alcance desde el vínculo de la Cámara de Comercio Internacional con Naciones Unidas en 1946)⁸ y los usos y prácticas uniformes en materia de créditos documentales, preparados por la Cámara de Comercio Internacional.

No obstante y a pesar de la creciente preocupación de instaurar normas internacionales en materia de derecho mercantil internacional, estas medidas quedaron aisladas y sin llegar a conseguir un alcance mundial⁹. Dos motivos explican este débil éxito: por una parte, durante el periodo de entreguerras, las OI agrupaban pocos Estados y no tenían el mismo reconocimiento que conoce hoy en día la Organización de Naciones Unidas (en adelante, ONU). Por otra parte, vemos que todas fueron iniciativas privadas de diversas oficinas u organizaciones y de hecho, carecieron de coordinación entre ellas que impulse realmente la creación de un Derecho comercial internacional.

En definitiva, esta construcción carecía de un órgano regulatorio en materia de derecho mercantil internacional y después de la Segunda Guerra Mundial la creación de un órgano aparecía ya como indispensable¹⁰. No hay que

⁷ Abreviación de la expresión inglesa *International Commercial Terms* y publicados por la Camara de Comercio Internacional, se trata de términos que establecen las obligaciones y derechos recíprocos de cada persona parte a un contrato de compraventa de bienes nacional o internacional.

⁸ MARIN LOPEZ, Antonio, *La unificación del derecho mercantil internacional*, REDI, Vol. XXII, 1969, p.140

⁹ MARIN LOPEZ, Antonio, *La unificación del derecho mercantil internacional*, REDI, Vol. XXII, 1969, p.134

¹⁰ MARIN LOPEZ, Antonio, *La unificación del derecho mercantil internacional*, REDI, Vol. XXII, 1969, p.141

olvidar los grandes retos que se habían fijados después del conflicto y para que jamás volviera a pasar: se basaba en la idea según la cual, si todos los países que habían participado en la Segunda Guerra Mundial hubieran tenido estrechas relaciones comerciales e intercambios mercantiles fuertes y acuerdos, este conflicto hubiera podido evitarse. Desde allí, el fomento de una unificación del Derecho del comercio internacional toma sus raíces y todo su sentido. Para alcanzar este objetivo, necesitaban en el ámbito comercial, el apoyo de la mayor organización internacional para dar asiento a las medidas de unificación del derecho mercantil internacional que querían llevar a cabo, concretamente, la ONU, así como un nuevo órgano más específico capaz de crear un vínculo entre todas las OI, favoreciendo la coordinación de las actividades de todas y que se encargue de la creación de esas medidas, una « institucionalización del proceso ». Tal y como lo establecía el Profesor LIMPENS en su informe a la Academia Internacional de Derecho Comparado en 1966, « el intercambio de informaciones es el punto neurálgico para la unificación del derecho mercantil internacional »¹¹ aclarando que la cooperación entre todos los Estados y todas las vertientes doctrinales era imprescindible para, sobre la base de los trabajos anteriores de las Oficinas internacionales, impulsar la construcción de un derecho mercantil unificado y aceptar los instrumentos que ya existían, como la *lex mercatoria*.

Frente a esas conclusiones, la Comunidad Internacional a través de la ONU inicio un trabajo de reflexión empezando por resolver esta primera problemática: ¿cuál sería el órgano más competente y capacitado para esta labor de regulación muy específica?

2. La constitución de una Comisión para el Derecho Mercantil Internacional

La idea de unificar y armonizar el derecho comercial aparece en los informes de Naciones Unidas desde 1964, bajo una propuesta húngara en la Asamblea de « un desarrollo progresivo en el ámbito del Derecho Internacional

¹¹ Informe del Profesor J. LIMPENS para el Estado de Bélgica en la 950 sesión. Naciones Unidas, Asamblea General, A/C.6/950, p.9.

Privado, particularmente con objeto de promover el comercio internacional » así como en los Debates de la Sexta Comisión de la Vigésima Asamblea General de Naciones Unidas en la que se subrayó la necesidad de regular las relaciones comerciales entre Estados ya que como problema internacional, consideran que tiene que solventarse por normas internacionales.

Como lo establece Antonio MARIN LOPEZ¹², la gran paradoja del comercio internacional reside en la situación anacrónica en la que se encuentra ya que tiende a ser universal pero está regido por leyes estatales distintas y que a veces pueden contradecirse. Así pues, esta situación anacrónica tiene que solucionarse por la posibilidad de recurrir a instrumentos armonizados y evitar toda contradicción, facilitar el tráfico mercantil internacional. Esta situación anacrónica viene también reflejada en la Resolución 2102 (XX)¹³ de la Asamblea General de 20 de diciembre de 1965 señalando « el interés de la cuestión para los pueblos en vías de desarrollo y los esfuerzos de las Naciones Unidas para la armonización y unificación del mismo mediante la adopción de convenios internacionales, de leyes modelo o uniformes, de cláusulas contractuales tipo, de condiciones generales de venta, de términos comerciales uniformes y de otras medidas ». A partir de allí, el trabajo de las Naciones Unidas se centra en dos puntos:

- Primero la creación de un órgano capaz de regular las cuestiones de derecho del comercio internacional.
- Segundo, la concreción de los instrumentos necesarios para plasmar por escrito esta unificación.

Otras dos cuestiones permanecen: cuál es la materia a regular o más concretamente, este órgano normativo tiene que enfocarse en la regulación de todo el Derecho Internacional Privado, como lo propone la delegación húngara en 1964 ante la Asamblea General de Naciones Unidas, incluyendo por allí las reglas

¹² MARIN LOPEZ, Antonio, *La unificación del derecho mercantil internacional*, REDI, Vol. XXII, 1969, p.132

¹³ A. Resolución 2102 (XX) de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1965

de conflicto que resuelven los conflictos de leyes, o bien se puede limitarse al « Derecho mercantil internacional », reduciendo así lo que tiene que regularse a las normas materiales. Del mismo modo, ¿quién llevará a cabo esta regulación propuesta en la Resolución 2102 (XX) de Naciones Unidas? Dos opiniones se enfrentan en este tema¹⁴:

- Los que se declaran a favor de la Comisión Sexta ya que se ha pronunciado positivamente para una regulación.
- Los que sostienen la Comisión de Derecho Internacional a pesar de que sus trabajos se enfocan principalmente en temas de Derecho Internacional Público.

Una tercera alternativa se propone también en el informe del Secretario General de la ONU, después de la Resolución 2102, cuando en su Capítulo IV recomienda como medida « posible creación de una Comisión de NU para el Derecho Mercantil Internacional ».

La Resolución 2205 (XXI) Asamblea General de 1966¹⁵ resuelve estas dos preguntas básicas con la creación de una Comisión para el Derecho mercantil internacional (UNCITRAL) cuyo objeto es la armonización y unificación progresivas de éste. Tiene como funciones principales establecer coordinación y colaboración entre las distintas OI así como la codificación y aceptación más amplia de condiciones y prácticas comerciales internacionales, de procedimientos.

Desde el nacimiento de esta comisión, se le atribuye un papel central en el reconocimiento de las prácticas comerciales y de allí, de la nueva *lex mercatoria*. La Resolución 2205 muestra la voluntad de las OI de construir instrumentos pero aprovechándose de la labor anterior de las Oficinas Internacionales, como los INCOTERMS de 1936 y sobre todo, de la realidad del tráfico comercial. Además, se fijó que la unificación sólo se enfocará en las reglas materiales, no en las normas de conflicto.

¹⁴ MARIN LOPEZ, Antonio, *La unificación del derecho mercantil internacional*, REDI, Vol. XXII, 1969, p.141

¹⁵ A. Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General de 17 de diciembre de 1966

La creación de esta Comisión cristalizó los grandes retos normativos de la Comunidad Internacional en materia de regulación del Derecho mercantil. Sin embargo, necesitaban actuar rápidamente debido a la importancia de la globalización y la institucionalización no era un fin en sí mismo. Por tanto, esta unificación de la *lex mercatoria* para ser efectiva, debía sentarse en textos con transcendencia internacional que remitían a esas prácticas, que las recopilaban y consagraban.

B. El derecho uniforme, primer gran éxito de la unificación: estudio comparado del CMR y del « Sistema de Varsovia »

La creación, como lo hemos visto anteriormente, de una Comisión del Derecho Mercantil internacional permitió dar un marco y una institución de referencia para los futuros trabajos en la materia. Así pues, gracias a la cooperación activa desarrollada entre los diferentes entes de Derecho internacional Privado y conscientes de la importancia de la nueva *lex mercatoria* dentro del tráfico comercial, se empezó una labor de recopilación y estandarización de estas prácticas, concretamente con la creación de un Derecho Uniforme para algunos sectores comerciales. Como lo declara Peter H. Sand¹⁶, « El derecho de los transportes, y más concretamente, las normas de derecho privado que forman parte del derecho de los transportes, entran en uno de esos ámbitos del derecho en los que la necesidad de seguridad y de unificación de las normas se perciben con mayor fuerza ». En este sentido, nos enfocaremos en el estudio comparado de dos instrumentos claves para la unificación del *ius mercatorum*, más concretamente, el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercaderías por ruta (en adelante, CMR) y el Convenio o « Sistema » de Varsovia.

¹⁶ H. SAND, Peter, *The International Unification of Air Law* – <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3061&context=lcp> Consultado el 24 de abril de 2016.

Si a primera vista observamos que la creación de estos instrumentos fue simultánea (1) y que la estandarización de los documentos de viaje fue en gran logro de estos convenios (2), también aun residen algunas discrepancias sobre todo en cuanto a la indemnización (3).

1. La creación simultánea de ambos instrumentos

Con el Convenio de Bruselas en 1924 y el Convenio de Varsovia en 1929, apercibimos los primeros intentos de fomento de derecho uniforme, los primeros trabajos en los que se puede basar la ONU después de la Segunda Guerra Mundial. En ese sentido pues, durante la posguerra, dos órganos se apropian de nuevo dichos convenios, con el objetivo de convertirlos en modelos, ejemplos del Derecho Uniforme en materia de transporte y con los que consigan consagrar normativamente las prácticas y usos comerciales en materia de contratación.

El CMR es el convenio firmado en Ginebra en 1956 y elaborado por la Comisión económica para Europa de Naciones Unidas (en adelante, CEE-ONU) que reforma totalmente el Convenio de Bruselas de 1924 y en una propuesta del Instituto Internacional de Unificación del Derecho Privado (en adelante, UNIDROIT) de 29 de marzo de 1948 hecha por un Comité tripartito compuesto de UNIDROIT, la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI) y la Unión Internacional de Transportes por Ruta, al que se agregó más adelante, la Unión Internacional de Seguros de la Marina y expertos legales. Tras ese trabajo de fondo en cuanto a las medidas que se tenían que llevar a cabo en materia de transporte por ruta, se sometió un informe el 21 de diciembre de 1953, realizado por tres expertos legales, en el cual ya se incluía como anexo un proyecto de convenio. A raíz de esta propuesta, se empezaron unas negociaciones con un grupo de trabajo *ad hoc* de la ECE-ONU¹⁷. Para la época y según el antiguo secretario general de UNIDROIT, Malcolm Evans, el Convenio CMR contaba

¹⁷ LOEWE, Roland, *Nota explicativa del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercaderías por carretera (CMR)*, del 19 de mayo de 1956, Naciones Unidas, Ginebra (1975), ECE/TRANS/14, pp. 1-2

entre los convenios más exitosos nunca adoptados en materia de unificación del derecho de los transportes.¹⁸

En cambio en el caso del Sistema de Varsovia no se reformó en integridad el trabajo inicial del Comité Internacional Técnico de Expertos Jurídicos Aéreos (CITEJA). El principal acuerdo que nos interesa aquí es este Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 que regula y unifica el transporte aéreo internacional, que luego ha sido implementado con varios trabajos de la Organización de la Aviación Civil Internacional (en adelante, OACI) creada en 1947, más concretamente, el Protocolo de la Haya de 1955, el Convenio de Guadalajara de 18 de septiembre de 1971, los Protocolos nº 1, 2, 3 y de Montreal de 25 de septiembre de 1975 y el Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999¹⁹.

En estos dos procedimientos de elaboración que se fomentaron casi simultáneamente, aportando dos instrumentos de derecho uniforme en dos sectores de transportes en los que suponemos muy a menudo la conclusión de un contrato entre personas provenientes de países distintos o bien un cruce de fronteras durante el transporte reside una paradoja. Aunque A. MARIN LOPEZ²⁰ destacaba que la Asamblea de Naciones Unidas no se sentía capaz de asumir el papel de órgano regulador del derecho mercantil internacional, aquí sí que mediante dos de sus órganos con los que está estrechamente vinculado, se involucra en el fomento de unificación del *ius mercatorum* y de las prácticas comerciales. Interviene de manera indirecta, bajo la forma de mandatos y responsabilidades que delega a la OACI y a la ONU-CEE y eso, una década antes de la Resolución 2205 (XXI) de 17 de diciembre de 1966 con la cual se deshace de la labor normativa, creando la Comisión Internacional de Derecho Mercantil. Así pues, observamos en filigrana, detrás de los trabajos de las comisiones, la voluntad de manejar indirectamente la juridización de la « lex mercatoria ».

¹⁸ CAPEL FERRER, José, *La Convention CMR, Pilier du transport international par route*, Revue de droit uniforme 2006, p. 519

¹⁹ FERNANDEZ ROZAS, José Carlos; ARENAS GARCIA, Rafael; ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO Pedro, *Derecho de los negocios internacionales*, Cuarta Edición, Iustel, 2013, p. 413

²⁰ MARIN LOPEZ, Antonio, *La unificación del derecho mercantil internacional*, REDI, Vol. XXII, 1969, p.141

2. La estandarización de los documentos de viaje

Uno de los grandes logros de estos convenios que permite justamente calificarlos de instrumentos de « Derecho Uniforme » reside en el establecimiento de la Carta de porte lo cual corresponde a la documentación del contrato y las responsabilidades con las que sigue vinculado el transportista estableciendo el contrato. En el CMR, la carta de porte que aparece en los artículos 4 a 9, permite concentrar todos los puntos neurálgicos de la contratación internacional de transporte. Este documento emitido en tres ejemplares, da fe a las condiciones del contrato y precisa cuando se reciben las mercancías por parte del transportista. Detalla las especialidades de la mercancía, el seguro de las mercancías, el plazo en el que se ha de desarrollar el transporte, los documentos que tiene en su posesión el transportista, los gastos si los hay, si la mercancía necesita algún transbordo y también la cuestión de distribución de la responsabilidad entre el remitente de la mercancía y el transportista así como el momento en el que se transfieren los riesgos en cuanto a un posible daño.

A título de ejemplo, el que remite la mercancía será declarado responsable de los daños que ocurren debido a una falta de información o irregularidad de los documentos que tiene la obligación de devolver al transportista. Al contrario, si el transportista al haberlos recibido los pierde, responderá igualmente por su negligencia según el artículo 11 de dicho convenio.

En el Sistema de Varsovia se consagra también una sección entera del Convenio a esta carta de porte, símbolo de que forma parte de los instrumentos claves para armonizar las prácticas comerciales. Se trata de la Sección Tercera del Convenio y en concreto de los artículos 5 a 16. También se emite en tres ejemplares como en el CMR, prevé el trayecto de la carga así como las escalas y el expedidor responde de la veracidad de las informaciones que se establecen en este documento. En ambos instrumentos, cabe destacar una peculiaridad que puede ser sorprendente y que reside en el hecho de que pese a su importancia en el tráfico internacional, la falta o irregularidad de esta carta de porte no afecta la validez o existencia del contrato establecido entre las partes.

Como documento marco del transporte aéreo y por carretera, la carta de porte supone una seguridad jurídica para ambas partes contratantes en puesto que define con claridad las responsabilidades y obligaciones de cada uno lo cual es básico si surge un litigio. Seguridad jurídica que extendemos mediante este instrumento a los intercambios internacionales, con el reconocimiento de las prácticas comerciales y la uniformización de este « contrato tipo ».

3. Un procedimiento de elaboración con discrepancias

A pesar de la simultaneidad temporal de elaboración de estos instrumentos, podemos matizar y diferenciar algunos puntos.

En primer lugar, como lo hemos desarrollado en el primer subapartado, el CMR sólo supuso dos modificaciones mediante protocolos, lo cual es poco si nos fijamos en el fecha de elaboración del convenio, mientras que el Sistema de Varsovia conoció rápidas modificaciones (Protocolo de la Haya e 1955, Convenio de Guadalajara de 18 de septiembre de 1971, Protocolos n° 1,2,3 y de Montreal de 25 de septiembre de 1975 y Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999) siendo la última, el convenio de Montreal de 1999²¹. Notamos pues, una mayor rigidez del CMR ya que sólo se permitió mediante protocolos adicionales y no modificando directamente la letra inicial del texto como fue el caso del Convenio de Varsovia, puesto que es mucho más flexible. Esto se debe a que el propio texto de Ginebra prevé una revisión de su contenido muy arduas es decir, mediante una conferencia de revisión que se pedirá al Secretario General de Naciones Unidas que se podrá convocar únicamente si el 25% de los Estados Partes al Convenio apoyan la organización de esta conferencia. Además, se prohíbe todo acuerdo internacional concluido de forma separada entre los países contratantes. En este sentido, el CMR establece condiciones de revisión difíciles de conseguir, además de una prohibición de acuerdo anexo que podría deshacerse de las prácticas y usos

²¹ CAPEL FERRER, José, *La Convention CMR, Pilier du transport international par route*, Revue de droit uniforme 2006, p. 517

comerciales consagrados en el seno del Convenio, matiz que no se ha incorporado al Sistema de Varsovia a pesar de sus múltiples reformas.

Sin embargo, y pese a esa aparente rigidez, el CMR va más allá comparándolo con el Sistema de Varsovia, permitiendo la Carta de Porte electrónica. Prueba pues, de que la flexibilidad que puede mostrar un convenio con una revisión fácil no es siempre sinónimo de renovación sistemática del texto legal. Se trata de la última modificación de 20 de febrero de 2008 teniendo como objetivo principal un menor coste, una mayor seguridad ya que es más difícil falsificar un documento electrónico, unos trámites de emisión de los documentos más rápidos y todo ello, valorando la sostenibilidad ambiental²². La rigidez tampoco supone que la innovación del convenio y que se adapte en el tiempo. Prueba de ello es que el Convenio de Varsovia en materia de transporte de aéreo a pesar de su flexibilidad, todavía no prevea esta carta de porte electrónica.

En segundo lugar, otra dificultad se concretó en la adopción de un sistema común de indemnización en el caso del Sistema de Varsovia, lo cual no fue el caso para el Convenio de Ginebra, quizás debido a las dificultades de revisión que se preveían ya desde el principio. Mientras el Convenio de Ginebra con su primer protocolo adicional de 1978 regula la cuestión del cálculo de las indemnizaciones, adoptando como unidad el Derecho Especial de Giro (en adelante, DEG) del Fondo Monetario Internacional, hay que esperar 1999 y los acuerdos de Montreal en el caso del sistema aéreo, para que se establezca un sistema unificado y preciso con una responsabilidad del transportador a dos niveles. Se pretendía acabar con los sistemas de autorregulación, por ejemplo como existía en el ámbito europeo, y contrarios a la lógica de unificación de la *lex mercatoria*. Aunque ya con los acuerdos IATA (*Intercarrier Agreements on Passenger Liability*) se había intentado llegar a un acuerdo en el tema de las prácticas indemnizatorias, las compañías aéreas aún gozaban de cierta libertad para incorporarse o dejar de lado estos acuerdos y permanecía un claro desfase entre las distintas naciones en cuanto al cálculo de la cuantía indemnizatoria.

²² CAPEL FERRER, José, *La Convention CMR, Pilier du transport international par route*, Revue de droit uniforme 2006, pp. 518

Para terminar, destacamos una mayor aplicación del CMR como lo establece José CAPEL FERRER²³ en su artículo, ya que para se aplique el Convenio de Varsovia, tenemos que encontrarnos en una situación de transporte aéreo « internacional » y no nacional es decir cuándo:

- El punto de partida y de llegada que estipulan las partes en la carta de porte estén situados en territorio de dos países que son Estados Partes al « Sistema de Varsovia ».
- El punto de partida y de llegada se efectúe en un sólo Estado que sea también parte del « Sistema de Varsovia » y si es necesario, la escala en otro Estado distinto.

En cambio, el CMR se aplica tanto a los contratos concluidos con transportistas extranjeros cuyos países no han adoptado el Convenio con la única condición de que el transporte empiece o termine en un Estado parte al convenio. De allí, la universalidad y « uniformidad » de las normas de transporte aéreo vienen cuestionadas por los requisitos que impone a la hora de considerarlo aplicable o no. No obstante, en el CMR se defiende una postura más abierta, con el requerimiento de sólo un Estado parte al convenio para poder aplicarlo, incitando así a los Estados no miembros a la adhesión.

Una vez reconocida esta nueva *lex mercatoria* por la Comunidad internacional como uno de los pilares que podían servir de base a la construcción de un Derecho mercantil armonizado, no sólo se trataba de realizar su reconocimiento institucional, sino también de otorgarle fuerza obligatoria. La materia carecía de asiento jurídico en el sector de la contratación internacional y entonces este reconocimiento institucional dio hincapié al fomento de instrumentos capaces de convertir esa los usos y prácticas del comercio internacional en una norma vinculante.

²³ CAPEL FERRER, José, *La Convention CMR- Pilier du transport international par route*, Revue de droit uniforme, 2006, pp. 519

PARTE 2: Los instrumentos de aplicación de la *lex mercatoria*

La «juridización» de la *lex mercatoria* pasa principalmente por varios instrumentos: la introducción mediante un convenio internacional o una ley interna, la incorporación por vía de contrato o bien la admisión mediante un procedimiento extrajudicial de resolución de los conflictos, y más concretamente, el arbitraje internacional. El punto neurálgico a la hora de incorporar la *lex mercatoria* en estos tres instrumentos reside en la concepción más o menos restringida, rígida o muy extensiva que cada uno de ellos hará de la noción de autonomía de la voluntad de las partes entendida como la capacidad de las partes a introducir y aplicar la norma que les conviene mejor y que establecen al obligarse mediante un contrato, un tratado, o un procedimiento arbitral.

En esta parte nos centraremos en primero en las dos vías jurídicas de otorgar fuerza obligatoria a la *lex mercatoria*, partiendo de una escala estatal con un convenio internacional o de una ley interna (A), para interesarnos en un segundo apartado a la postura del comerciante que decide incorporar la *lex mercatoria* en un contrato del tráfico internacional (B). Para terminar, nos enfocaremos en la única vía alternativa de resolución de los conflictos, el arbitraje internacional que como tribunal de por sí «anacional» juega un papel importante para que la *lex mercatoria* tenga fuerza vinculante en la vía extrajudicial.

A. Incorporación a un convenio internacional o a una ley interna

Enfocaremos principalmente nuestro trabajo en la Convención de Naciones Unidas contrato de compraventa internacional de mercaderías de 1980 (en adelante, CNUCCIM) (1), para luego interesarnos a la fuerza obligatoria que puede adquirir la *lex mercatoria* al verse incorporada a una ley interna como suele ser el caso en España con la incorporación en el propio ordenamiento jurídico del

Convenio Internacional para la Unificación de ciertas Reglas en materia de Conocimientos de Embarque con la Ley de 22 de diciembre de 1949²⁴ (2).

1. La CNUCCIM de 1980: un instrumento forjado con los usos y la práctica de la *societas mercatorum*

Ya desde el Preámbulo notamos la voluntad de los redactores de la CNUCCIM de 1980 de que este instrumento se convierta en la plasmación de la *lex mercatoria* en el ámbito de la contratación internacional.²⁵ Precisa que esta convención sólo se ocupa de regular los puntos decisivos en cuanto a la formación del contrato. Más allá de la creación de contratos tipos, como lo hemos visto en materia de transportes, las dos novedades que aporta esta convención es que por un lado reconoce que los usos y prácticas del comercio internacional pueden ser vinculantes para las partes en un contrato de compraventa de mercaderías y mantenerse como « derecho aplicable » al contrato cada vez que las partes deciden de su vinculación a ello. De ello, la única condición que subraya es que se tiene que probar que la voluntad de la partes es en el seno de un contrato, de someterse a estos usos y prácticas, y si tal es el caso entonces, esta cláusula tendrá fuerza vinculante. Por otro lado, con este tratado al que, como recalca Claude Witz²⁶ en su artículo, reúne muchas potencias ya que hoy en día han adherido ochenta y cuatro países, la Comunidad Internacional otorga que la *lex mercatoria* coja el estatus de fuente del derecho internacional.

Las disposiciones generales de la CNUCCIM se desprenden de la voluntad del órgano internacional de valorar el carácter internacional de los intercambios y darles así un marco jurídico armonizado como lo establece el propio artículo

²⁴ BOE-A-1949-12565

²⁵ Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 « *Estimando* que la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuiría a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promovería el desarrollo del comercio internacional ».

²⁶ WITZ, Claude, *Le Droit Uniforme de la vente internationale de marchandises*, Recueil Dalloz, 2012, p. 1144.

7.1²⁷. Eleva la costumbre internacional en materia de contratación al primer plano a la hora de resolver un litigio entre dos partes contratantes ya que reviste dos vertientes : la de instrumento de interpretación²⁸ ya que puede ayudar a desvelar las intenciones de las partes y verificar que se ha respetado el principio de buena fe por ejemplo conforme con el art. 8.3 de la CNUCCIM²⁹, y la de norma vinculante si las partes han pactado que los usos mercantiles regirán como derecho aplicable el contrato que les obliga, como lo recalca el art. 9.1 de dicho texto³⁰. Observamos que la letra del texto internacional deja un gran margen de maniobra a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, como principio rector del derecho de las obligaciones.

No obstante cabe destacar que la propia Convención va más allá del mero reconocimiento de la *lex mercatoria* como norma vinculante en caso de sometimiento expreso de las partes contratantes a ella, sino que también le atribuye la facultad de aplicarse y tener fuerza vinculante cuando se trata de un uso con mucha relevancia y peso dentro del tráfico internacional, y del que las partes no pueden omitir el conocimiento como sujetos de la *societas mercatorum*. Con esta precisión del artículo 9.2 de la CNUCCIM, se pretende prevalecer a los usos y prácticas de los negocios internacionales sobre normas estatales que no se adecuan al comercio internacional y así facilitar la contratación cuando supone una relación jurídica entre dos actores del tráfico internacional provenientes de

²⁷ Art. 7.1 CNUCCIM: « Se pretende tomar en cuenta los negocios del tráfico internacional, el carácter internacional de los intercambios y promover la uniformidad de la aplicación de esta Convención ».

²⁸ Nota explicativa. Parte I, D. Interpretación del contrato; prácticas y usos del comercio, CNUCCIM « La Convención contiene disposiciones sobre como han de interpretarse las declaración y otros actos de una parte en el contexto de la formación del contrato o de su ejecución. Los usos convenidos por las partes, las practicas que hayan establecido entre ellas y los usos del comercio, de los que las partes tenia o debieran haber tenido conocimiento y que sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en contratos del mismo tipo en el trafico mercantil de que se trate, pudieran todos ellos ser obligatorios para las partes en un contrato de compraventa ».

²⁹ Art 8.3 CNUCCIM: « Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes ».

³⁰ Art 9.1 CNUCCIM: « Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier practica que hayan establecido entre ellas ».

países distintos³¹. La *lex mercatoria* a través de este tratado supera el principio de autonomía de la voluntad, al convertirse en una de las fuentes del derecho rectora de la contratación en materia de compraventa internacional de mercaderías.

Con esta disposición del artículo 9.2 de la CNUCCIM resulta interesante ponerla en perspectiva con el fallo a nivel europeo de la Sentencia MSG³² de fecha 20 de febrero de 1997 y de la Sentencia Castelletti³³ de 16 de marzo de 1999. Estas dos decisiones reflejan la gran influencia que tuvo este tratado en la jurisprudencia europea después de su entrada en vigor a la hora de considerar el recurso a la *lex mercatoria*. Los dos asuntos se llevan al conocimiento del Tribunal de Justicia de Luxemburgo tras un litigio en cuanto a una cláusula en de elección de tribunal formulada la primera en un escrito comercial de confirmación derivada de las negociaciones contractuales pero que también constaba en las facturas emitidas y la segunda en los documentos de conocimiento de embarque que no habían sido firmado por el cargador. La mención de la cláusula del sometimiento expreso de las partes en las facturas como en el conocimiento de embarque releva ambas, de la práctica comercial internacional. Sin embargo, en ambos casos, una de las partes a la hora de plantearse un litigio contesta la validez de dicha cláusula de elección así como su adhesión a la misma, al no haberse incorporado al contrato, sino mediante usos mercantiles comunes.

Así pues, en el fallo del Tribunal de Justicia, llama la atención la semejanza de la argumentación con los requisitos del art. 9.2 de la CNUCCIM ya que en la Sentencia MSG, los puntos 19 y 20 admiten que « se presume que el consentimiento de las partes contratantes a la cláusula de elección de tribunal existe cuando su consentimiento corresponde a un uso que rige el sector del comercio internacional en el cual operan y del cual tenían o debían haber tenido

³¹ Art. 9.2 CNUCCIM: « Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contrato del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate ».

³² Asunto C-106/95, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de febrero de 1997.

³³ Asunto C-159-97, Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 1999.

conocimiento »³⁴. De la misma forma, el punto 23 subraya la necesidad para reconocer la calidad de « uso » del comercio internacional de tratarse de « *un comportamiento que está generalmente y regularmente seguido por los operadores de esta rama para la conclusión de contratos de cierto tipo* »³⁵. Este giro en la jurisprudencia en cuanto al reconocimiento de los usos y prácticas del comercio internacional como norma vinculante, se debe a la modificación en 1978 del artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968³⁶, al aceptar que una cláusula de elección de tribunal revista la forma de dichos usos. No obstante, al observar la redacción casi similar de la letra de la CNUCCIM no cabe duda de la influencia que tuvo este tratado en el reconocimiento de la *lex mercatoria* como derecho aplicable al contrato.

La CNUCCIM encontró también un gran respaldo en la jurisprudencia arbitral y sobre todo en laudos dictados por el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI). La peculiaridad de estos laudos reside en el hecho de que en algunas sentencias han logrado aplicar la CNUCCIM como *lex mercatoria* y ante Estados que ni siquiera tenían interés en el contrato objeto del litigio, lo cual recalca la universalidad de los conceptos abarcados por la Convención y a consecuencia, de los propios usos y prácticas del comercio internacional. Entre muchos, el laudo más relevante es el CCI número 7153/1992, al afirmar que « *las disposiciones de la CNUCCIM representan las características generales del derecho de compraventa en todos los sistemas legales* ». Como recalca la teoría general de obligaciones del contrato en materia de obligaciones y derechos de contratantes, por su generalidad, la CNUCCIM es aplicable a todo tipo de contratos internacionales y no sólo a los de mercaderías.

³⁴ Asunto C-106/95, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de febrero de 1997.

³⁵ Asunto C-106/95, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de febrero de 1997.

³⁶ Art. 17 Convenio de Bruselas de 1968 «Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado contratante, hubieren acordado que un Tribunal o los Tribunales de un Estado contratante fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal Tribunal o tales Tribunales serán los únicos competentes. Tal convenio atributivo de competencia deberá celebrarse bien por escrito, bien verbalmente con confirmación escrita, bien, en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos en ese ámbito y que las partes conocieren o debieren conocer ».

De allí, la jurisprudencia arbitral ha ido aplicando dicho texto como *lex mercatoria* para contratos transnacionales así como nacionales a veces, superando su ámbito de aplicación actual.

No obstante, esta voluntad de universalidad viene frenada por algunos mecanismos prevista por la misma convención y que restringe en su propio seno la posibilidad de una aplicación « *uniforme del texto* » en el tráfico internacional. Primero porque las Estados partes a la CNUCCIM pueden apartarla mediante exclusión tácita, mecanismo que prevé el art. 6 de dicho texto³⁷ y en este sentido la cláusula de exclusión puede tomar dos formas: primero apartamos la CNUCCIM a favor del derecho de un Estado parte de la Convención pero se condiciona al hecho de que junto con esa *electio juris* las partes remitan a condiciones generales de venta establecidas según el derecho del Estado parte a favor del cual se pronuncian. Sino, también se admite la exclusión por un Estado parte cuando en un procedimiento judicial, las partes litigantes sólo alegan argumentos de derecho estatal, apartando así « tácitamente » la CNUCCIM al no mencionarla y en conocimiento de su existencia. Del mismo modo, se puede apartar mediante conflictos de leyes como por ejemplo cuando estamos ante un contrato con un Estado parte de la Convención y un Estado no parte. Este fue el caso en las jurisprudencias *Princesa De Isenbourg et CIE Ltd. v. Kinder Caviar, Inc.* y *Kinder Caviar, Inc. v. United Airlines, Inc.* de 22 de febrero de 2011³⁸, en las cuales se oponían un comerciante inglés a un comerciante americano. Como Estados Unidos forman parte de la CNUCCIM pero han hecho una reserva en cuanto al apartado 1.b) conforme con el art. 95³⁹, se establece que cada vez que se

³⁷ Art. 6 CNUCCIM « Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos ».

³⁸ US Federal District Court, Kentucky, 22 de febrero de 2011, *Princesa De Isenbourg et CIE Ltd. v. Kinder Caviar, Inc.* y *Kinder Caviar, Inc. v. United Airlines, Inc.*

³⁹ Art 95 CNUCCIM: « Todo Estado podrá declarar en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que no quedará obligado por el apartado b) del párrafo 1) del artículo 1 de la presente Convención. »

inicia un litigio entre Estados Unidos y un Estado no parte a la Convención, no se aplicará dicho texto a pesar de que Estados Unidos sea un Estado contratante.

2. La incorporación a una ley interna: la aplicación kelseniana

Este mecanismo responde a la teoría del *positivismo legalista* puesto que Hans Kelsen concibe la existencia de « *normas derivadas de la costumbre que existen debido a ciertos comportamientos de los sujetos sumisos al ordenamiento jurídico estatal* »⁴⁰.

En este sentido subordina el reconocimiento del carácter normativo de la costumbre a la condición de que la Constitución o norma suprema instituya la costumbre. Desde este punto de vista, las normas anacionales, como constituye la *lex mercatoria* sólo pueden resultar de una delegación o habilitación del Estado al condicionar el reconocimiento de la *lex mercatoria* a su reconocimiento por el derecho estatal, nacional.

Pocos usos y prácticas que forman parte de la *lex mercatoria* han sido introducidos a los ordenamientos jurídicos estatales mediante una ley interna. Sin embargo, después de los trabajos de Derecho Uniforme que se esforzaban de recopilar dichos usos y prácticas, como ya lo hemos visto con el caso del CMR y del Sistema de Varsovia en nuestro estudio comparado, algunos ordenamientos, entre los cuales figuraba España, retomaron el recién creado Derecho Uniforme para que se convierta en una ley propia del su ordenamiento. Tal fue el caso para las Reglas de La Haya de 1924 y el Protocolo adicional de Visby de 1968, conocidos como el conjunto, Reglas de La Haya-Visby o Convenio Internacional para la Unificación de ciertas Reglas en materia de Conocimientos de Embarque, que fue integrado al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 22 de diciembre de 1949⁴¹ de unificación de reglas en materia de conocimientos de embarque en buques mercantes. Este proceso de incorporación de la *lex mercatoria* al ordenamiento jurídico estatal sigue la lógica positivista de Kelsen

⁴⁰ Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 2ème édition, 1962, p.12.

⁴¹ BOE-A-1949-12565

ya que forma el paso sine qua non para que la *lex mercatoria* adquiriera fuerza vinculante.

El sector marítimo fue uno de los precursores, como hemos destacado en nuestra introducción que supuso una unificación, una recopilación de sus usos y prácticas. Así pues, estas Reglas de La Haya Visby incorporadas en el ordenamiento español son normas herederas de la propia *lex meritoria* recogida en el primero Código de Visby en materia de transporte marítimo. También, destacamos en este texto la influencia de la Reglas de York y Amberes⁴² en cuanto a la noción de Avería Gruesa⁴³ y que es uno de los arcaísmos que aún se ha conservado en la última reforma de la Ley de Navegación Marítima de 2014⁴⁴. Del mismo modo, la limitación de responsabilidad típica de los armadores que se conserva en esta Ley de 1949⁴⁵ y también en la nueva versión de 2014 constituye una real prueba del tradicionalismo y de la universalidad que se desprende de los usos y prácticas del comercio marítimo internacional. Esta limitación implica que cuando un armador contrae una deuda, tiene el derecho a limitar la cuantía máxima de la obligación contraída, de la deuda. Aunque antes el tráfico marítimo era más peligroso y no tenían las condiciones de seguridad que ahora tienen jugando todo su patrimonio con cada travesía, hoy en día siguen exponiendo continuamente su patrimonio naval, y a consecuencia de ello su responsabilidad se ve limitada. Como mucho en la Edad Media, se podía obligar hasta el valor representado por el buque pero no más. La mayoría de las normativas estatales, como la española que han recogido este uso limitan esta responsabilidad pero no

⁴² Vid. GUTES PASCAL, Maria Rosa, *La Avería Gruesa o Común*, Capítulo III - Regulación Reglas de York y Amberes, Párrafo 25. La naturaleza consuetudinaria y su compatibilidad con la remisión contractual, Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, 2008, pp. 130-131

⁴³ Se trata de una de las instituciones más antiguas del derecho marítimo que implica un gasto o sacrificio voluntario por parte del capitán del buque ante un peligro común que acecha el buque, su carga y su personal. La « echazón », podría ser un buen ejemplo en cuanto se traduce en tirar mercancía al mar o el desvío de ruta por avería muy grave con obligación de descargar todas las mercancías para proceder a la reparación. Las consecuencias de una avería gruesa es que el buque y la carga tienen que soportar el coste económico de esta operación, proporcionalmente al valor del buque y de la carga.

⁴⁴ BOE-A-2014-7877

⁴⁵ BOE-A-1949-12565

al valor del buque sino creando una escala correspondiente a las toneladas del buque.

El punto culminante de la juridización de la *lex mercatoria* reside en la adopción del protocolo adicional de 1968 que supuso una modificación de la Ley de 1949⁴⁶ y la introducción de las cláusulas *Paramount*⁴⁷. Con esta novedad, si las partes quieren establecer que su contrato marítimo será regido por las Reglas de La Haya Visby, en otras palabras, si quieren que las disposiciones de la Ley de 22 de diciembre de 1949⁴⁸ sea la *lex contractus* o ley rectora del contrato, pueden lograrlo mediante la introducción de esta cláusula en el contrato. Es una manera de uniformizar aún más la contratación marítima y de acordar a la *lex mercatoria* un fuerte peso como norma vinculante. El propio art. 10 del Convenio de Bruselas, establece como una de las condiciones que se tienen que cumplir para que se aplique el convenio, exigiendo que el conocimiento de embarque, como documento estandarizado de viaje, tiene que emanar de un estado parte y además que el transporte tiene que partir desde un estado contratante o que el conocimiento de embarque ya conste de que el contrato se regiría por el Derecho uniforme, por sumisión o a la legislación de un estado que ha incorporado a su ordenamiento este tratado internacional.

No obstante, podemos lamentar que tanto las Reglas de La Haya-Visby como la Ley de 22 de diciembre de 1949⁴⁹ se aplican sólo para transportes de carácter internacional, y no para los transportes marítimos que se efectúan dentro de un mismo territorio, incluso si se trata de un Estado parte del Convenio⁵⁰. Es

⁴⁶ BOE-A-1949-12565

⁴⁷ Vid. ALVAREZ RUBIO, Juan José, *Las cláusulas Paramount: autonomía de la voluntad y elección del derecho aplicable en transporte marítimo*, Editorial Beramar, 1997.

⁴⁸ BOE-A-1949-12565

⁴⁹ BOE-A-1949-12565

⁵⁰ Art. 1 de la Ley de 22 de diciembre de 1949: « La presente Ley tiene por objeto regular las relaciones entre los elementos interesados en el transporte de mercancías por mar, y se aplicará solamente al contrato de transporte internacional, formalizado en las condiciones que expresa el artículo siguiente, a las mercancías que en él se mencionan, y por el tiempo transcurrido desde la carta de las mercaderías hasta su descarga, realizadas estas operaciones por los medios propios del barco, entendiéndose que cuando se empleen medios ajenos al mismo, el contrato empezará a regir cuando la mercancía se encuentre a bordo del buque ».

un matiz importante, si recordamos que en el instrumento de incorporación estudiado en el apartado anterior, la CNUCCIM tenía vocación a aplicarse tanto para los contratos transnacionales como para los nacionales. Esta reserva en cuanto al ámbito de aplicación de la Ley de 22 de diciembre de 1949⁵¹ frena en cierta medida la voluntad armonizadora del instrumento al restringirlo.

En el mismo movimiento de unificación que para el CMR y el Sistema de Varsovia de los años 1920, se procede a la misma unificación de los documentos de viaje pero esta vez bajo la denominación de « conocimiento de embarque ». Esta forma de incorporar la *lex mercatoria* al ordenamiento jurídico de un país mediante una ley interna ilustra perfectamente la teoría de Kelsen que hemos explicado antes, según la cual solo una costumbre instituida por una norma o la propia constitución, es decir fruto de una delegación del estado, sólo ente capaz de crear derecho, puede desembocar sobre la « juridización » de normas anacionales como la *lex mercatoria*.

B. Incorporación a un contrato: especial referencia a los INCOTERMS de la CCI

Como lo destacaremos a continuación, en materia de contratación la Cámara de Comercio Internacional ha jugado un papel importante en la transmisión de instrumentos destinados a facilitar el tráfico mercantil internacional. En un primer apartado nos centraremos en la definición y en los objetivos de estos instrumentos llamados INCOTERMS (1), para luego enfocarnos en la jurisprudencia europea y observar cual es el reconocimiento y papel que se les otorga (2).

⁵¹ BOE-A-1949-12565

1. Introducción a los términos INCOTERMS 2010 en materia de compraventa

La *lex mercatoria* también puede coger efectos con su introducción en un contrato bajo la forma de cláusulas que se incorporan en un contrato de carácter internacional. La Cámara de Comercio Internacional fue el órgano que promovió este reconocimiento contractual, facilitando el medio para conseguirlo, con la adopción de los INCOTERMS 2000 y su revisión con los INCOTERMS 2010. Este segundo instrumento de incorporación es aún más antiguo ya que los primeros INCOTERMS nacieron en 1936, bajo el impulso de la Cámara de Comercio Internacional pero es cierto que cogieron más fuerza después de la Segunda Guerra Mundial, con el apoyo en la construcción de un Derecho mercantil internacional de Naciones Unidas.

Los INCOTERMS son cláusulas que se introducen en el propio contrato mediante la forma de abreviaturas y que regulan básicamente tres puntos esenciales del contrato de compraventa. En primer lugar, la ubicación y las condiciones de entrega de las mercancías, en segundo lugar, cuando se transfieren los riesgos cuando se entrega la mercancía entre comprador, transportador y vendedor y en último punto, el reparto de costes entre todos los protagonistas y la entrega de documentos. En la última versión del año 2010, constaban de cuatro categorías:

- Categoría EXW o *Ex Works* en la cual en lugar de entrega de las mercancías es el país del vendedor.
- Categoría D o *Delivered* en la cual el vendedor toma a su cargo todos los riesgos y costes hasta la llegada al comprador.
- Categoría F en la cual el vendedor, una vez entregadas las mercancías al transportista elegido por el comprador, ha satisfecho todas sus obligaciones.
- Categoría C en la cual también el vendedor satisface sus obligaciones a la entrega efectiva de la mercancía al transportista pero en este caso, es él quien elige el transportista que se encargara de llevar los productos a su destino final.

A pesar de su desarrollo por las instituciones, no regulan todas las vertientes del contrato y por ejemplo no entrará en tema de ley aplicable al contrato, en caso de incumplimiento contractual o de cláusulas atributivas de competencia. No obstante, el Tribunal de Luxemburgo en su jurisprudencia coge como punto de partida, como criterio para determinar la ley aplicable de esas cláusulas, la determinación del « *lugar de entrega de las mercancías* » y en este sentido, sí que los INCOTERMS pueden jugar un papel predominante y aún más desde la reforma del año 2010, con la que se intenta precisar todavía el lugar de entrega de las mercancías.

A la hora de utilizar esos INCOTERMS en el seno de un contrato, las partes gozan de dos opciones: o bien se someten claramente a un INCOTERMS en los términos y condiciones exactos establecidos por la CCI o alterando un poco su contenido, o bien se considera que se han sometido tácitamente a esos INCOTERMS. La sumisión tácita a un INCOTERM aunque no lo nombremos dentro del contrato no supone una dificultad para el cumplimiento del contrato o un posible litigio. Si nos fijamos en la letra del propio CNUCCIM de 1980, tenemos que recordar que uno de los principios claves de este convenio es la libertad de forma otorgada a las partes contratantes en el art. 9.1 y 9.2 y por tanto, el juez se contentará de equiparar el uso o la práctica comercial con un INCOTERM definido. Al mismo tiempo, cabe subrayar que se intentó armonizar las soluciones en materia de compraventa mercantil internacional de la CNUCCIM, con las aportadas por la introducción y el desarrollo de los INCOTERMS con el objetivo de evitar las discrepancias entre diferentes cláusulas de un mismo contrato.

Como lo establece E. CASTELLANOS RUIZ⁵² en su artículo, esos INCOTERMS sí que reflejan la práctica comercial internacional ya que muchas veces, « *la entrega se lleva a cabo mucho antes de la entrega física de la mercancía al comprador, en destino* ». Subraya en este sentido que en la mayoría

⁵² CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, *El valor de los INCOTERMS para precisar el juez del lugar de entrega*, Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2012), Vol. 4, Nº 2, p. 103
ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt

de los casos, las partes suscriben un segundo contrato, de transporte y de allí, que el vendedor, se deshace de la mercancía al pasarla al transportista. Esta etapa intermedia se ha tomado en cuenta en la reforma de los INCOTERMS de 2010 al establecer, excepto en la categoría de los términos INCOTERMS D, que la entrega se considera satisfecha en el país de vendedor.

Sin embargo, una de las discrepancias interesante de recalcar si comparamos los INCOTERMS con el anterior instrumento, las Reglas de La Haya-Visby, es que al contrario de esta última con la incorporación de las cláusulas *Paramount*, los INCOTERMS no pueden establecerse como normas rectoras del contrato, como *lex contractus*. Esta diferencia se debe que en cambio de las Reglas de La Haya Visby, los INCOTERMS no cubren todos los puntos esenciales del contrato, sólo proporciona una regulación parcial, dando cabida pues, a una regulación por una legislación estatal que completará la regulación de esos INCOTERMS.

Sin embargo, en su jurisprudencia el tribunal de Luxemburgo opera un giro jurisprudencial con la Sentencia *Electrosteel Europe* que pone en tela de juicio este razonamiento y pueda reconocer los INCOTERMS de la Cámara de Comercio Internacional. Así pues, una vez dados los medios para lograr que la *lex mercatoria* sea reconocida como disposición vinculante del contrato, la jurisprudencia se apoderó de ello para diseñar una nueva línea jurisprudencial que tomaba en consideración este nuevo paso importante para el reconocimiento de los usos y prácticas del derecho mercantil internacional.

2. Los INCOTERMS: papel predominante frente a la *lex contractus*?

A nivel europeo, al proporcionar con la nueva reforma de los INCOTERMS 2010 un lugar preciso de entrega de mercancía, el Tribunal de Luxemburgo en una sentencia destacada se interesó detalladamente a las ventajas que podía dar el recurso a estas abreviaturas unificadas o a usos y prácticas que podían asemejarse a un INCOTERMS y que por analogía podíamos identificar como tal. La determinación del lugar de entrega de las mercancías en la

legislación europea viene regulada por el art. 5.1 b) del Reglamento 44/2001 (actualizado hoy en día con el Reglamento 1215/2012).

El caso más relevante de la jurisprudencia en cuanto a ese papel clave de los INCOTERMS fue el caso *Eurosteel Europe* en el cual *Edil Centro SpA*, el vendedor y *Eurosteel Europe*, el comprador, concluyeron un contrato de compraventa de mercaderías. Con el motivo de un incumplimiento contractual por parte de la compradora, *Edil Centro SpA* demandó ante los tribunales italianos a la empresa *Eurosteel Europe* para que cumpliera con las obligaciones derivadas del contrato y que satisfará el importe de las mercancías de 36.588,26 euros. La compradora presentó declinatoria internacional dentro del plazo legal previsto, alegando la incompetencia de los tribunales italianos en base al reglamento 44/2001. Como ella tenía su sede en Francia, entendía que los tribunales competentes eran los del lugar de entrega de la mercancía, o de destino final de la mercancía y por tanto correspondía a los tribunales franceses dictar sentencia sobre el litigio. En cambio, *Edil Centro SpA*, con sede en Italia, pretendía que el lugar de entrega de las mercancías era Italia, lugar en el que ella se deshacía de la mercancía para devolverla al transportista, en virtud de la cláusula « Resa: *Franco nostra sede* » en cuanto a la entrega de las mercancías. Por analogía, se consideraba sometida al INCOTERM « EXW » o « *Ex Works* » que determina la entrega de la mercancía. En el país del vendedor, en sus puntos A4 y B4⁵³, y de allí la competencia de la jurisdicción italiana para conocer del incumplimiento contractual. En apelación, la jurisdicción italiana decide plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo, ya que el lugar de entrega de las mercancías conforme con el art. 5 del reglamento 44/2001 como « lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda » dio lugar a interpretaciones distintas en Italia y a fin de que la jurisdicción europea dé una

⁵³ CCI, *INCOTERMS 2010*, « A4 Delivery:

The seller must place the goods at the disposal of the buyer at the named place of delivery, not loaded on any collecting vehicle, on the date or within the period agreed or, if no such time is agreed, at the usual time for delivery of such goods. If no specific point has been agreed within the named place, and if there are several points available, the seller may select the point at the place of delivery which best suits his purpose.

B4 Taking delivery: The buyer must take delivery of the goods when they have been delivered in accordance with A4[...]

línea jurisprudencial en cuanto a la interpretación práctica de este artículo y el papel que pueden jugar los INCOTERMS.

Primero, en la sentencia, el Tribunal vuelve sobre una precisión que la sentencia previa, *Car Trim*⁵⁴ en materia de determinación del lugar de entrega de mercancías, efectúa conforme con el artículo 5.1 b) al igual que en el caso *Eurosteel Europe*, precisando que este trabajo de localización del lugar de entrega de las mercancías tiene que efectuarse, « según las disposiciones del contrato ». Y en el caso de que este criterio no ayude o no esté presente, el criterio subsidiario que se usará será el del lugar en el que el comprador adquiere o hubiera debido adquirir la posesión material de las mercancías como destino final de la obligación del contrato y sin referirse al derecho material aplicable al contrato.

Con la Sentencia que prosigue, *Eurosteel Europe*, el Tribunal de la Unión, sigue la misma línea jurisprudencial, marcando que las disposiciones del contrato, si las hay, determinarán el lugar de entrega de las mercancías o en defecto, el lugar de adquisición material de éstas. Así pues, como en el contrato de compraventa de mercaderías entre las dos empresas se estipula claramente una cláusula « *Franco nostra sede* » que se puede equiparar, aunque no se precise el recurso a uno de los términos de la Cámara de Comercio Internacional, a un INCOTERM « *Ex Works* », el Tribunal dicta sentencia a favor de la toma en consideración de los usos y prácticas del comercio internacional para la determinación del lugar de entrega de las mercancías. Así pues, parece ser que le da un valor de *lex contractus* o norma rectora del contrato al establecer que un INCOTERM pueda determinar o rechazar la competencia judicial internacional de un tribunal, sin referirse al derecho aplicable al contrato.

Sin embargo, en el fallo de la sentencia notamos que no le confiere valor superior a la *lex contractus*, sino que tendrá preferencia la aplicación del INCOTERM y se apartará el recurso al derecho material aplicable al contrato en los puntos ya regulados por los INCOTERMS. No puede conferirle este estatuto rector del contrato por las lagunas jurídicas que supone, al regular únicamente

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-381/81 de 25 de febrero de 2010.

puntos precisos de la contratación, y solo reflejan la autonomía material de las partes. Como lo subraya en sus Conclusiones la Abogada General Julianne Kokott, si adaptamos los criterios propuestos por el Tribunal en el Asunto *Car Trim* el Asunto *Eurosteel Europe*, observamos que cumple con los requisitos: el contrato establecido entre las partes como ya lo hemos dicho, consta de disposiciones en cuanto a la entrega de las mercancías, por la mera presencia de la cláusula « *Ex Works* ». Además, si entramos en el detalle de las menciones A4 y B4 de dicha cláusula, vemos que el lugar de entrega de las mercancías viene claramente determinado, y se trata del país del vendedor. En este sentido pues, no hay ninguna necesidad de recurrir al derecho material aplicable al contrato para determinar el lugar de entrega de las mercancías y cumple con los requisitos del artículo 5.1.b) del Reglamento 44/2001.

Ahora bien, a pesar de la negativa de reconocer la *lex mercatoria* como ley rectora del contrato, hemos observado que en los convenios internacionales como en la jurisprudencia en materia de contratación internacional, se reconoce el estatuto de norma vinculante a una disposición contractual referida a la *lex mercatoria*. Si en el ámbito jurisdiccional se acepta la fuerza obligatoria de tales cláusulas, cómo se considera en el ámbito extrajudicial, la creación e implicación de tales disposiciones a la hora de interpretar un contrato o de resolver un litigio?

C. Incorporación a un procedimiento de arbitraje

¿Cómo se aceptan y se reconocen los usos y prácticas comerciales dentro del procedimiento extrajudicial que representa el arbitraje? En un primer lugar veremos cómo en principio, el arbitraje aparece como la institución ideal, sin vínculo estatal, para el desarrollo y fomento de la *lex mercatoria* (1), para en segundo lugar, centrarnos en las dificultades de aplicación de la misma (2).

1. El arbitraje como instrumento catalizador de un derecho « anacional »

Como lo establece Thomas E. CARBONNEAU, « *Los convenios internacionales y las instituciones arbitrales permanentes dotaron el consenso*

recién nacido en cuanto al arbitraje de un marco jurídico propio y lo adaptaron en función de las múltiples necesidades del comercio internacional. Los distintos documentos internacionales afirman la emergencia de un arbitraje ‘anacional’ o ‘supranacional’ cuya principal característica reside en el esencial desapego, total o parcial, que ostenta hacia todo sistema jurídico nacional »⁵⁵. Destacamos pues, que el arbitraje por parte de la doctrina internacionalista, reviste el mayor papel como mecanismo de incorporación de la *lex mercatoria* en el ámbito internacional. Esta prevalencia de la institución arbitral se debe a la figura del árbitro, quien no se contenta únicamente de aplicar los usos mercantiles ya conocidos por la sociedad mercantil, sino que ante una situación en la que no se puede identificar el uso o la práctica en concreto, o cuando un uso no tiene suficiente relevancia para tener la consideración de « costumbre », los árbitros tienen que buscar en los principios generales del derecho e interpretarlos. La jurisprudencia arbitral compensa el hecho de que, la *lex mercatoria*, vista como ordenamiento jurídico, carezca de un poder legislativo, de una autoridad legislativa como la puede tener un estado, en caso de vacío jurídico ya que a consecuencia de ello, dispone de pocas leyes dispositivas y leyes imperativas.

De la misma manera, B. GOLDMAN tiene su propia interpretación al rol clave del arbitraje en el fomento de la nueva *lex mercatoria* según la cual, al elegir con una cláusula compromisoria en un contrato, de someterse a un procedimiento de arbitraje, las partes ya expresan la voluntad de apartarse de las vías jurídicas y se trata de una manifestación clara de internacionalización del contrato. Por tanto, la institución arbitral se convierte en el escenario ideal para el desarrollo de las prácticas y usos de la *lex mercatoria*. En este sentido, apartar una ley estatal a favor de un uso o práctica del comercio internacional sería una consecuencia lógica de esta elección de resolución extrajudicial de los conflictos.

Por tanto, sí que la propia institución arbitral se reconoce en la *lex mercatoria* como institución y fuente de derecho « anacional » y la acepta para resolver las controversias y los litigios que surgen entre dos partes contratantes.

⁵⁵ CARBONNEAU, Thomas E., *Etude historique et comparée de l'arbitrage. Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences*, Revue Internationale de Droit Comparé, Vol.36, n°4, 1984, p. 759

Una de las sentencias precursoras en reconocer la fuerza vinculante de la *lex mercatoria* es el Asunto n°5953 de la CCI en la cual el árbitro Xavier de MELLO afirma que « *el conjunto de los usos del comercio internacional (...) constituye un verdadero derecho internacional de los negocios* » y que « *lo que conviene denominar 'lex mercatoria' (...) designa el conjunto de normas del comercio internacional* ». También afirma más tarde en su laudo que « *los principios de esta 'lex mercatoria' (...) están consagrados como normas de derecho* »⁵⁶.

Sin embargo, aunque la consagran como fuente de derecho como se ha podido comprobar en los otros instrumentos que hemos estudiado, en esta vida alternativa de resolución de los conflictos también se admite que la *lex mercatoria*, pese a su utilidad y adecuación con el tráfico internacional tiene desperfectos y consta de algunos vacíos jurídicos. Por tanto, es necesario el recurso a otra fuente de derecho para completarla como es el caso de los Principios Generales de la *lex mercatoria*. Como lo establece el Profesor E. GAILLARD⁵⁷ en su artículo, « con la noción de principios generales del derecho del comercio internacional, nos referimos a todas las reglas que no recogemos de un solo ordenamiento jurídico estatal sino que se desprenden o bien del estudio comparativo de derechos nacionales, o bien directamente de fuentes internacionales como los convenios internacionales, en vigor o no o la jurisprudencia de los tribunales internacionales ». Por tanto, esta distinción que se hace entre usos de la *lex mercatoria* y principios, recalca por un lado la variedad de la *lex mercatoria*, en cuanto no se constituye únicamente de usos y prácticas mercantiles, sino también de Principios Generales, así como de contratos tipos, como lo hemos visto en los otros apartados de nuestro estudio. Además, es esta concepción restrictiva del término « uso » que van a recuperar los árbitros en sus laudos, como simplemente prácticas contractuales habituales que se observan y

⁵⁶ CCI, Asunto n°5953, Primary Coal cl Compañía Valenciana de Cementos Portland SA, 1989, Arbitro único Xavier de MELLO.

⁵⁷ GAILLARD, Emmanuel, *La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international*, in *Etudes offertes a Pierre BELLET*, 1991, p.203

que se tienen que desvincular de los principios generales de la *lex mercatoria* ya que son dos cosas distintas, aunque complementarias.

En esta misma sentencia de 1989 de la CCI, n°5953 se establece por primera vez esta concepción restrictiva y esa complementariedad entre principios generales de la *lex mercatoria*, aquí los principios destacados eran *Pacta sunt servanda* y el principio de buena fe en materia de contratación internacional. Esta complementariedad entre los dos conceptos se afirma necesaria en un dictamen arbitral cuando el único recurso a un uso de la *lex mercatoria* se revelaría demasiado impreciso o inadecuado⁵⁸.

Si volvemos a la definición exacta de los principios generales de la *lex mercatoria*, observamos la siguiente paradoja: como un tribunal por definición sin ninguna vinculo estatal, anacional, ¿puede consagrar unos principios de la *lex mercatoria* que emanan de la comparación entre varios entes estatales? ¿Cómo puede simultáneamente reivindicar su autonomía y vincularse en sus laudos con una interpretación dada por la práctica estatal? Lo que recalca F. OSMAN en su obra⁵⁹ es que aunque los principios generales de la *lex mercatoria* tomen sus raíces en ordenamientos jurídicos estatales, al usarlos en el ámbito arbitral, la institución intenta despojarlos de sus características nacionales para que sólo quede el principio abstracto y luego incorporarlo en el marco internacional. Muy pronto en sus laudos, la institución arbitral expresa la voluntad de apropiarse de esos principios generales de la *lex mercatoria* con por ejemplo la Sentencia Texaco-Calasiatic⁶⁰ del 19 de Enero de 1977 que afirma el principio de la « *restitutio in integrum* » que se ha tomado del derecho de obligaciones nacionales. Más relevante aún es la Sentencia Aminoil c/ Kuwait⁶¹ del 24 de marzo de 1982

⁵⁸ CCI, Asunto n°5953: En consecuencia de que « ningún uso propio del comercio internacional del carbon ha podido ser establecido a lo largo de los debates, el Tribunal vuelve a los principios generales del comercio internacional »

⁵⁹ OSMAN, Filali, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Biblioteca de Derecho Privado, volumen 224, LGDJ, 1992, p. 350.

⁶⁰ Sentencia arbitral de 17 de enero de 1977, Texaco-Calasiatic c/ Gobierno Libio.

⁶¹ Sentencia arbitral de 24 de marzo de 1982, Aminoil c/ Koweit.

puesto que retoma los principios generales en materia de obligación pero tratando de despojarlos de sus particularidades nacionales decidiendo que « *la aplicación del derecho kuwaitiano a título de lex contractus no forma obstáculo ninguno a que al mismo tiempo (...) la referencia al carácter transnacional en las relaciones (...) y a los principios generales del derecho (...) subraya la riqueza y la fecundidad del conjunto de reglas jurídicas que el tribunal tuvo que aplicar* ». Por tanto, al vincular la *lex mercatoria* a los principios generales del derecho de los contratos, el árbitro está recalcando concretamente, su fuerza obligatoria.

No se excluye el recurso a principios generales que derivan de ordenamientos jurídicos estatales, sin embargo, antes de aplicarlos, los incorporan en el ordenamiento « anacional ». El ordenamiento jurídico receptor, aquí la *lex mercatoria*, transpone el principio tal y como estaba en el ordenamiento estatal en cuanto conserva su « juridicidad ». Sólo lo incorpora al ordenamiento receptor para reforzar su aparato normativo y para más autonomía. Esta recepción en el ordenamiento confiere juridicidad y caracteriza la norma ‘anacional’ que se pretende fomentar.

2. La imposibilidad de determinarla como *lex contractus*

A pesar del papel importante que tuvo el desarrollo de la jurisprudencia del arbitraje internacional en el reconocimiento como fuente del derecho de la *lex mercatoria* y del papel importante de la autonomía material de las partes desarrollada antes, permanecen algunas dificultades en la aplicación de la *lex mercatoria* en el arbitraje. Es cierto que como institución neutral, anacional, es un escenario potente e ideal para el pleno desarrollo de un derecho desvinculado del « Estado-Nación » y arraigado al propio tráfico internacional pero primero cabe destacar que las propias partes, muchas veces ven muy difícilmente la ventaja de introducir los usos y prácticas comerciales en sus contratos. El primer argumento es que la « desvinculación » del estado que se presenta en muchas de las teorías sobre la *lex mercatoria* sigue siendo un freno considerable a su utilización. Los propios actores carecen de confianza en la aplicación en caso de litigio de los propios usos ya que quien puede garantizar esa aplicabilidad si no existe ningún

órgano que controle u obligue al respeto de esas normas « anacionales ». La vinculación al estado aunque pueda ser más restrictiva para las partes conserva una imagen de seguridad jurídica que hace que la ley estatal siga siendo muy usada en los procedimientos arbitrales. Permanece la idea de que sólo es un instrumento interpretativo y no vinculante, lo cual no es verdadero como ya lo hemos demostrado a través del estudio de los diversos instrumentos que han permitido y todavía permiten que los usos y prácticas mercantiles sean reconocidos como normas propias del contrato y no como meras estipulaciones contractuales.

El segundo argumento es que la propia institución arbitral reduce la aplicación y el recurso a la *lex mercatoria* ya que solo se admiten las referencias a ésta, en el derecho al que las partes quieren someterse, elegir libremente. Sin embargo, siempre tendrá que ir vinculado a un determinado ordenamiento. De allí, surge la paradoja doctrinal en el sentido de que como podemos concebir una « autonomía » conflictual y una « autonomía de la voluntad de las partes, si de antemano esa facultad otorgada a las partes en un litigio viene restringida y limitada.

La autonomía conflictual en el ámbito arbitral está entonces reducida y desde entonces, no se concibe una autonomía conflictual sino una « cohabitación »⁶² entre el orden jurídico estatal y la *lex mercatoria* como única posibilidad de aplicarla por parte de un árbitro. De este modo cabe subrayar que aunque el procedimiento reconozca un valor jurídico a la *lex mercatoria*, como lo hemos visto en el apartado anterior, sólo se admite que sea aplicada a título supletorio, es decir, que tiene que existir primero una cláusula de elección de ley estatal o si el contrato está estrechamente vinculado con un Estado, se aplicara primero la ley de este estado y la *lex mercatoria* con carácter subsidiario. Existe un desequilibrio en esta « cohabitación » ya que la existencia de una parte, el derecho estatal en este caso, condiciona la aplicación de la otra, la *lex mercatoria*.

⁶² FERNANDEZ ROZAS, José Carlos; ARENAS GARCIA, Rafael; ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO Pedro, *Derecho de los negocios internacionales*, Cuarta Edición, Iustel, 2013, p. 705

En concreto, este carácter supletorio de la *lex mercatoria*, refleja el hecho de que no se puede establecer como ley rectora del contrato, como *lex contractus*, los usos y prácticas del comercio internacional incluso cuando se adaptan mejor a las realidades del contrato.

Evitar su uso parece contrario a los objetivos iniciales de la propia institución arbitral si nos remitimos a una de las primeras razones por la cual se pretende aplicar: su mejor adecuación a la realidad del mercado y así garantizar una mejor seguridad jurídica para las partes que contraen una obligación. La *lex mercatoria*, se compone de usos y prácticas así como de principios generales como la interpretación de buena fe de los contratos, el deber de cooperación entre las partes, tantas reglas que por su frecuencia y antigüedad en el mercado permite seguridad jurídica quizás más ampliamente que cualquier otro ordenamiento estatal lo pudiera concebir como ya lo hemos destacado antes con los INCOTERMS en el ámbito contractual.

CONCLUSIONES

La actualización de la *lex mercatoria* después de la Segunda Guerra Mundial supuso un reto considerable para la *societas mercatorum*, pero la globalización y el crecimiento masivo de los intercambios internacionales necesitaban una respuesta rápida y eficaz para regular las situaciones transnacionales que suponían y que difícilmente se adecuan en la mayoría de los casos, al derecho interno. La primera fase de creación y renacimiento de la *lex mercatoria* se obtiene fácilmente por parte de los nuevos órganos como la ONU, que rigen el « Nuevo Orden Mundial » y con el apoyo de una entidad propia, la Comisión de Derecho Mercantil Internacional en 1966. Del mismo modo, para la puesta en marcha de un Derecho Uniforme, cabe subrayar el hecho de que antes del segundo conflicto mundial, la Comunidad Internacional había sentado las bases, los pilares que fundamentaron la construcción de los numerosos convenios en materia de transporte, por ejemplo.

Sin embargo, el conseguir un valor jurídico a estos usos y costumbres internacionales fue un trabajo más arduo. Si en casi todos los procedimientos de incorporación el hecho de introducir una cláusula que mencione la *lex mercatoria* no supone dificultades algunas, la posibilidad de una *lex contractus* de naturaleza anacional, desvinculada de cualquier Estado-Nación y de cualquier ordenamiento jurídico es una abstracción normativa, un cambio importante a la que todavía la comunidad de mercantes así como los juristas no están preparados.

Como lo declara P. MALAURIE acerca de la complejidad de la armonización del derecho internacional, « *L'objet du droit uniforme est (, en effet,) (sic.) d'effacer la diversité des lois et d'exclure ainsi leurs conflits. Mais la diversité des lois est une richesse, ou une malédiction, qui frappe notre planète depuis la Tour de Babel et qui ne cessera que le jour où tous les hommes auront partout la même loi, la même langue et les mêmes biens, jour où nous serons tous corps glorieux, sans Etats et sans plaideurs, sans avocats et sans professeurs de droit* ». ⁶³

⁶³ MALAURIE, Philippe, *Loi uniforme et conflits de Lois, Travaux du Comité français de Droit International Privé*, 1967, p. 83.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos jurídicos:

- CAPEL FERRER, José, *La Convention CMR – Pilier du transport international par route*, Revue de Droit Uniforme, 2006, pp. 517-521
- CASTELLANOS RUIZ, Esperanza, *El valor de los INCOTERMS para precisar el juez del lugar de entrega*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 4, n°2, Octubre de 2012, pp. 93-122
- DE CASTRO y BRAVO, Federico, *El arbitraje y la nueva “Lex Mercatoria”*, ADC, 1979, pp. 619-725
- GONDRA ROMERO, José María, *La moderna “Lex Mercatoria” y la unificación del Derecho del Comercio Internacional*, RDM, 1973, pp. 7-38
- K. JUENGER, Friedrich; SANCHEZ LORENZO, Sixto, *Conflictualismo y lex mercatoria en el derecho internacional privado*, REDI, vol. LII, 2000, pp. 15-47
- LOPEZ RUIZ, Francisco, *El papel de la societas mercatorum en la creación normativa mercatoria*, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, n° 20, de 30 de junio de 2010, pp. 67-91
- LOPEZ RUIZ, Francisco, *Notas sobre la nueva Lex Mercatoria*, Revista de Derecho del Mercado Financiero, n° 1/2007, Diciembre de 2007
- MARIN LOPEZ, Antonio, *Unificación del derecho mercantil internacional*, REDI, Vol. XXII, 1969, pp. 131-151
- REMIRO BROTONS, Antonio, *Regla de conflicto y normas materiales de derecho internacional privado*, Temis, 1973-74, pp. 605-646
- SANCHEZ LORENZO, Sixto, *La unificación del derecho comercial internacional*, Globalización y comercio internacional (Actas de las XX Jornadas de la AEPDIRI), Madrid, 2005, pp. 239-265
- SEQUERA DUARTE, Álvaro, *Desarrollo del Derecho aeronáutico internacional: transporte aéreo, ámbito socioeconómico del transporte aéreo, transporte aeronáutico*, Trabajo de Postgrados de la Facultad de Ciencias Económicas “Nueva Granada” de Bogotá, Febrero de 2009
- TOVAR GIL, María del Carmen, *Lex Mercatoria Internacional como instrumento de regulación de las relaciones privadas internacionales*, Agenda Internacional, n° 21, 2004, pp. 157-176

Artículos jurídicos en la web:

- CABRERA CANOVAS, Alfonso; SANCHEZ GAMBORINO, Francisco, *El Convenio CMR, Modelos de carta de porte*, en la página web:
https://books.google.es/books?id=MdJBu_u_784C&pg=PA179&lpg=PA179&dq=los+contratos+tipo+en+el+CMR&source=bl&ots=7iOdH8K3l7&sig=-KOI5aNTKgSlfyyGT0JCgRWqSVE&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwiUkquvoqXMAhUInRoKHTBOCaoQ6AEIWzAI#v=onepage&q=los%20contratos%20tipo%20en%20el%20CMR&f=false

Manuales:

- FERNANDEZ ROZAS, José Carlos; ARENAS GARCIA, Rafael; ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO Pedro, *Derecho de los negocios internacionales*, Cuarta Edición, Iustel, 2013
- OSMAN, Filali, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Biblioteca de Derecho Privado, volumen 224, LGDJ, 1992

Material audiovisual:

<https://www.youtube.com/watch?v=Ra8eZuMHCSQ>

Índice de sentencias y resoluciones analizadas:

- Resoluciones adoptadas en el informe del 6º Comité de las Naciones Unidas, del 4 de diciembre de 1980
- Sentencia Car Trim, Asunto C-381-08, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 25 de febrero de 2010
- Sentencia Castelletti, Asunto C-159-97, Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de marzo de 1997
- Sentencia MSG, Asunto C-106-95, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 20 de febrero de 1997
- Sentencia *Eurosteel Europe c/ Edil Centro SpA*, Asunto C- 87-10, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 9 de junio de 2011
- Sentencia arbitral AMINOIL de 24 de marzo de 1982.

Legislación analizada:

- Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera de 1924
- Convenio de Varsovia de 1929
- Comentario del Convenio de Ginebra del 19 de mayo de 1956 sobre Contratación Internacional y Transportes de Mercancías, 1975
- Convenio de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
- Reglamento 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 en materia de competencia judicial internacional reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil
- Convenio de Bruselas de 1968
- Ley de 22 de diciembre de 1949 sobre Reglas de Unificación en materia de Conocimientos de Embarque (BOE-A-1949-12565)
- Reglas de la Haya-Visby sobre Unificación en materia de Conocimientos de Embarque de 1924 (modificadas en 1968 y 1978)