

¿QUÉ NORMAS PARA REGULAR EL COMERCIO INTERNACIONAL?

Which rules to regulate international trade?

Sébastien Manciaux

Profesor de Derecho en la Universidad de Borgoña

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. COMERCIO INTERNACIONAL, DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: ¿DE QUÉ ESTAMOS HABLANDO? 2.1. Comercio internacional. 2.2. Ámbito de aplicación del Derecho mercantil internacional. 2.2.1. La comercialidad 2.2.2. La internacionalidad. 3. REGULACIÓN ESTATAL DEL COMERCIO INTERNACIONAL DESDE EL FINAL DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL 3.1. Un intento de enfoque unitario en la inmediata posguerra (1944-1948). 3.2. Regulación fragmentada (1948-1989). 3.3. El advenimiento de un liberalismo desenfrenado y un mercado globalizado (1990-2012). 3.4. El retorno de la regulación y el proteccionismo (2012 - ?). 4. LA DIVERSIDAD DE ACTORES Y NORMAS EN EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. 4.1. La diversidad de los actores. 4.2. Diversidad de normas. 4.2.1. Normas de Derecho nacional. 4.2.2. Normas contenidas en tratados internacionales. 4.2.3. Normas propuestas por organizaciones internacionales. 4.2.4. Normas creadas por agentes privados en el comercio internacional. 4.2.5. La relación entre normas privadas y normas estatales.

RESUMEN: El objetivo de este estudio es presentar el comercio internacional y las normas que se aplican a las relaciones económicas que se forman en su seno. Tras una breve presentación de las transacciones que componen el comercio internacional y del ámbito de aplicación del Derecho mercantil internacional, se examina la forma en que los Estados han regulado el comercio económico internacional desde el final de la Segunda Guerra Mundial, los distintos actores del comercio internacional y sus funciones, así como la diversidad de las normas aplicables, características todas ellas fundamentales del Derecho mercantil internacional.

Palabras clave: Comercio internacional, Derecho mercantil internacional, ventas, servicios, inversión extranjera, regulación, actores y normas.

ABSTRACT: The purpose of this study is to present international trade and the rules that apply to it. After a description of the operations which form international trade and then of the scope of application of international trade law, the way in which States have regulated international trade since the end of the Second World War will be discussed. The study will then focus on the different actors of international trade and their roles, the diversity of the rules which apply to them, all striking specificities of international trade law.

Keywords: International Trade, International Trade Law, Sales of goods, Services, Foreign Investments, Regulation, Actors and Rules.

1. PLANTEAMIENTO

Cuando pensamos en el comercio internacional, la imagen que a menudo nos viene a la mente es la de enormes buques surcando los mares para entregar por todo el mundo las materias primas o los productos manufacturados que transportan en sus bodegas o en innumerables contenedores.

En 2022, el transporte marítimo habrá alcanzado un volumen de 11.000 millones de toneladas, lo que representará alrededor del 80% del comercio mundial en valor y el 90% en volumen¹.

Esta imagen es interesante, pero también simplista. Es interesante en la medida en que revela en un solo cliché dos operaciones del comercio internacional que dependen estrechamente la una de la otra: la venta internacional de mercancías, que luego presupone el transporte internacional de las mercancías vendidas. Sin embargo, es simplista en la medida en que oculta las muchas otras operaciones que componen el comercio internacional en el sentido más amplio del término, especialmente los servicios en toda su diversidad: representación, distribución, construcción, subcontratación, financiación, etc. E incluso en el caso de las dos transacciones que ilustra, no dice nada de la complejidad del contrato de venta (normas destinadas a organizar la transferencia de propiedad, el pago, la transferencia de riesgos, la logística, etc.), ni de la complejidad del contrato de transporte, y oculta los otros contratos necesarios para que estas dos transacciones tengan lugar (fletamento, comisión, financiación, seguros, etc.).

Las transacciones comerciales internacionales son, pues, muy diversas, al igual que las normas que se les aplican. Pero antes de examinar estas normas, es necesario examinar más de cerca las distintas transacciones que componen el comercio internacional y verificar que entran en el ámbito de aplicación de esta rama del Derecho denominada Derecho mercantil internacional (2). Por lo que a ellos respecta, los distintos Estados del mundo no son indiferentes, y nunca lo han sido, al comercio internacional, que es fuente de poder y riqueza. Por ello, es útil esbozar las formas en que los gobiernos han intentado organizar el comercio internacional desde el final de la Segunda Guerra Mundial (3). Pero, evidentemente, los Estados no son los únicos actores del comercio internacional, y la tercera y última parte de este estudio está dedicada a la variedad de actores y, sobre todo, a las normas que se aplican en las relaciones comerciales internacionales (4).

1 Además del transporte de contenedores, los buques transportan también gran cantidad de graneles líquidos (sobre todo hidrocarburos, que representan alrededor del 39% del total) y sólidos (21% del tráfico total de mercancías), como minerales, carbón, cereales, madera, etc. (fuente: *Musée National de la Marine*, <https://www.musee-marine.fr/le-magazine/dossiers-thematiques/a-quoi-ressembleront-les-echanges-maritimes-de-demain/infographie.html>). Recuperado el 28 de noviembre de 2024.

2. COMERCIO INTERNACIONAL, DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL: ¿DE QUÉ ESTAMOS HABLANDO?

El comercio internacional es un vasto fenómeno económico y social, a cuyo ámbito nos limitaremos aquí (2.1) antes de precisar el alcance de la rama del Derecho que pretende regularlo (2.2).

2.1. Comercio internacional

Por tanto, las transacciones comerciales internacionales adoptan formas muy diversas. Ya adoptan la forma de ventas internacionales de bienes tangibles, materias primas y mercancías. Como ya se ha dicho, ésta es la forma más obvia de comercio internacional y la que todo el mundo identifica más fácilmente.

Pero también es posible vender un activo inmaterial, como una patente o una marca, o conceder un derecho de uso del activo (licencia de patente o licencia de marca). Del mismo modo, se puede conceder derechos de explotación de un recurso escaso, como un yacimiento petrolífero o minero, una frecuencia de radio, una licencia de operador telefónico o incluso franjas horarias de aterrizaje y despegue en un aeropuerto internacional. Estos contratos internacionales son probablemente menos conocidos porque son menos fáciles de identificar, pero implican sumas de dinero muy importantes.

El comercio internacional también puede implicar la comercialización de servicios ofrecidos en campos muy diversos: organización de viajes, mantenimiento de sistemas informáticos o de aviones de pasajeros, financiación de una operación internacional, seguros para la misma operación, consultas o asesoramiento en los ámbitos económico, financiero o jurídico, etc.². El comercio de servicios implica también importes muy importantes y hoy en día las empresas obtienen a menudo más beneficios de los servicios vinculados a las mercancías que venden que de la venta de estas mismas mercancías. El Informe sobre el Comercio Mundial 2024 de la OMC subraya que los servicios se han convertido en el componente más dinámico del comercio internacional y que su papel seguirá creciendo en las próximas décadas³.

Por último, la inversión internacional es una última faceta del comercio internacional en sentido amplio. Invertir en el extranjero significa darse la oportunidad

2 En 2023, según la edición 2024 del *Informe sobre el Comercio Mundial* de la OMC (https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/ar24_chap1_e.pdf, recuperado el 28 de noviembre de 2024), las exportaciones internacionales de bienes y servicios ascendieron a 30,8 billones de dólares, de los cuales 7,5 billones correspondieron al comercio de servicios (un 8% más que en 2022 y casi un 25% del total) y unos 23,260 billones al comercio de bienes (un 6% menos que en 2022 y un 75% del total).

3 *Ibid.*

de producir en otro lugar los bienes o servicios que uno ya produce en su país de origen. La inversión internacional es, pues, la continuación del comercio internacional bajo otra forma.

La inversión internacional ha crecido espectacularmente en los últimos cuarenta años⁴, por varias razones.

La primera razón es que invertir en el extranjero nos permite producir más barato en otro lugar lo que antes producíamos en casa. Es el fenómeno de la deslocalización que ha afectado a los países más industrializados, sobre todo desde los años 90, y del que se han beneficiado otros muchos países, empezando por China, y ahora Vietnam, Túnez, Marruecos, Etiopía, etc.

Otra razón para invertir en el extranjero es acceder a nuevos mercados sin tener que soportar los derechos de aduana que se aplican a las importaciones. También permite a la empresa dar a sus productos un sabor local, algo que los clientes suelen desear.⁵ Por ejemplo, Airbus ha abierto una línea de producción en Mobile (Alabama) para abastecer a las compañías aéreas estadounidenses. Esta producción local también viene impuesta por algunos gobiernos, como la política de “*Make in India*” desarrollada por los sucesivos gobiernos indios a lo largo de varios años.

Invertir en el extranjero sigue siendo esencial para desarrollar toda una serie de servicios que requieren proximidad al cliente⁶. De hecho, en algunos sectores de actividad, como la banca, muchos países exigen que los servicios ofrecidos sólo puedan ser prestados por una empresa local. Si una empresa extranjera quiere desarrollar su clientela y sus ventas en estos países, necesita invertir allí creando una filial, o comprar una empresa local existente a través de la cual pueda desarrollar su actividad.

4 En 1990, los flujos de inversión internacional rondaban los 200.000 millones de dólares, mientras que en 2023 la inversión directa en el extranjero ascendía a 1.330.000 millones de dólares, aunque esta cifra es un 2% inferior a la de 2022. En 2021 (las cifras de 2022 y 2023 no están disponibles), las filiales extranjeras de empresas multinacionales empleaban a unos 75 millones de personas en todo el mundo (más de 82 millones el año anterior, antes de la crisis económica provocada por la pandemia de Covid 19) y comercializaban bienes y servicios por valor de más de 33 billones de dólares (fuentes, *World Investment Report 2024*, UNCTAD/WIR/2024, publicación de las Naciones Unidas nº E.24.II.D.11, disponible en línea, recuperado el 28 de noviembre de 2024).

5 Pero también para tener parte de su producción denominada en dólares y evitar así las fluctuaciones del euro frente a la divisa estadounidense.

6 Por ejemplo, desarrollar una actividad de mantenimiento aeronáutico a escala mundial implica disponer de talleres de mantenimiento y reparación en lugares estratégicos. Y también hay que implantarse en el extranjero si se quiere gestionar puertos, aeropuertos, autopistas, redes de distribución de agua y electricidad, instalaciones de recogida y procesamiento de residuos, etc.

Históricamente, estas distintas facetas del comercio internacional se han desarrollado a ritmos diferentes: el comercio de bienes inmateriales, el comercio de servicios y el desarrollo de la inversión internacional están ganando gradualmente importancia frente al comercio de mercancías, que sigue siendo predominante.

2.2. Ámbito de aplicación del Derecho mercantil internacional

El Derecho mercantil internacional es la rama del Derecho que reúne todas las normas aplicables a las transacciones comerciales internacionales. Pero, ¿cuál es exactamente el ámbito de aplicación de esta rama del Derecho? ¿Qué significado debe darse a la palabra “comercio” y al adjetivo “internacional”?

2.2.1. La comercialidad

La palabra “comercio” se utiliza en muchos países, sobre todo en los de tradición jurídica romanista (por ejemplo, España, Francia y Alemania), para distinguir entre las operaciones económicas que son comerciales y las que no lo son (por ejemplo, las operaciones civiles de profesiones liberales). Las actividades comerciales están sujetas a normas especiales, a menudo recogidas en un Código de Comercio.

¿Se utiliza esta misma distinción para delimitar el ámbito del Derecho mercantil internacional? Sería extraño, ya que otros países, en particular los países del *Common Law*, no conocen esta distinción y no tienen Derecho mercantil.

Esta diferencia de enfoque explica por qué ha llevado algún tiempo aclarar el concepto de comercialidad aplicado al Derecho mercantil internacional.

Inicialmente, se tenía en cuenta la distinción entre la actividad económica en general y la actividad comercial en particular. Así ocurrió, en particular, en los tratados más antiguos celebrados en el ámbito del arbitraje internacional. Se incluyó una reserva de comercialidad para permitir a los Estados que lo desearan reservar la aplicación de estos textos únicamente a las transacciones comerciales, y no a todas las actividades económicas que tuvieran lugar en su territorio.

Por ejemplo, en el Protocolo de Ginebra de 24 de septiembre de 1923 sobre las cláusulas de arbitraje, primera convención internacional sobre el arbitraje, aparece una reserva por el párrafo 2 del artículo 1, según la cual “*cada Estado contratante se reserva la facultad de limitar la empresa mencionada a los contratos que se consideren comerciales en su legislación nacional*”. El Convenio de Ginebra de 26 de septiembre de 1927 para la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras propondrá la misma reserva de comercialidad. Y este es también el caso de la muy famosa Convención de Nueva York de Mil novecientos cincuenta y ocho para la ejecución y el reconocimiento de las sentencias arbitrales extranjeras. El artículo

I.3 de este último prevé también una excepción de comercialidad que los Estados pueden suscribir⁷.

Francia, por ejemplo, se adhirió al Protocolo de Ginebra de 1923 y posteriormente a la Convención de Nueva York de 1958 haciendo uso de esta reserva. Actualmente, de los 172 Estados que se han adherido a la Convención de Nueva York, cincuenta y cinco —casi un tercio— la aplican con la reserva comercial⁸. Francia retiró su reserva comercial en 1989, pero sigue en vigor respecto de Estados tan diversos como Argelia, Argentina, China, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Corea del Sur, Filipinas, Grecia, Hungría, Irán, Madagascar, Malasia, Mongolia, Nepal, Polonia, Rumania, Serbia, Túnez, Turquía, Venezuela y Vietnam. Si bien no es sorprendente encontrar en esta lista Estados con una tradición de Derecho civil, es más sorprendente encontrar Estados con una tradición de *Common law* (en particular India, Jamaica, Nigeria y los Estados Unidos). En dichos países, la distinción entre el derecho civil y el derecho mercantil no existe o no ocupa un lugar tan importante como en los países de derecho civil.

Existe, entonces, el riesgo evidente des visiones dispares de la comercialidad de un litigio o de un contrato. Este riesgo ha sido confirmado por la jurisprudencia que aplica la reserva sobre el carácter comercial de la Convención de Nueva York. Existe una línea de pensamiento liberal (por ejemplo, en Estados Unidos), que considera que el requisito del carácter comercial solo excluye las relaciones matrimoniales, personales y laborales del ámbito de aplicación de la Convención. Y existe por otra parte una línea de pensamiento restrictivo (por ejemplo en India), para la cual un contrato de construcción de una fábrica con transferencia de tecnología o un contrato de comunicación de conocimientos técnicos no es comercial en virtud del derecho indio⁹.

Más cerca de nosotros, la Ley Modelo de 1985 de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) sobre Arbitraje Co-

7 *Artículo I.3*: “En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente. Podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno”.

8 Estadísticas disponibles en el sitio web de la CNUDMI: https://uncitral.un.org/fr/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2, recuperado el 28 de noviembre de 2024.

9 Sobre estas sentencias, véase Van Den Berg, A. J. (1981) *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer, 1981, pág. 51 y ss., y las referencias dadas por el mismo autor en “Commentary Cases”, *Yearbook of Commercial Arbitration*, 1987 pág. 419 y sig., 1988 p. 497 y ss., 1994 pág. 495 y s.

mercantil Internacional ofrece un enfoque más amplio del concepto de comercialidad en forma de una lista no exhaustiva (mediante una simple referencia a una nota de pie de página en la parte inferior): “Debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (“*factoring*”), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“*leasing*”), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera”.

Pero el enfoque más satisfactorio —y en el que todo el mundo está de acuerdo hoy en día— es el propuesto por Unidroit cuando, en 1994, esta otra organización internacional publicó su primera versión de los “Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales”. En el preámbulo del texto se explica lo siguiente: *“La restricción del ámbito de aplicación de los Principios a los contratos ‘mercantiles’ no pretende apoyarse en la tradicional distinción que existe en algunos ordenamientos jurídicos entre el carácter ‘civil’ y ‘mercantil’ de las partes y/o de las negociaciones jurídicas. No se trata de condicionar la aplicación de los Principios al carácter formal de comerciantes (commerçants, Kaufleute) que puedan tener las partes o a la naturaleza mercantil del contrato. El propósito es excluir del ámbito de los Principios las llamadas “operaciones de consumo”. En algunos ordenamientos jurídicos estas operaciones de consumo son reguladas por normas especiales, muchas de ellas de carácter imperativo destinadas a proteger al consumidor, entendiéndose por tal a la parte que celebra el contrato sin llevar a cabo un acto de comercio o en el ejercicio de su profesión”.*

El planteamiento actual es, pues, el siguiente: el Derecho mercantil internacional excluye de su ámbito de aplicación los contratos de consumo, es decir, los celebrados entre un consumidor y un profesional. Abarca todas las relaciones entre profesionales, siempre que sean internacionales, lo que nos obliga a considerar el concepto de internacionalidad.

2.2.2. La internacionalidad

¿Cuándo puede decirse que una relación comercial entre dos profesionales es internacional?

Existen dos enfoques para establecer el carácter internacional de una relación comercial.

El primero consiste en identificar criterios ajenos a la relación, elementos que la vinculan a diferentes Estados. Este enfoque, que toma prestado del método del Derecho internacional privado, se conoce como enfoque jurídico. Según este enfoque, y en función de los textos y los países, una relación será internacional si las dos partes que la componen no están establecidas en el mismo país, o si el contrato celebrado entre las partes se ejecuta esencialmente en un país distinto de aquel en el que las partes están establecidas.

Por ejemplo, el artículo 1.1 de la CCIM, la Convención de Viena (1980) sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, establece que: “*La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:*”

Cabe señalar que la diferencia de nacionalidad entre las partes rara vez es un criterio, salvo en el ámbito de las inversiones internacionales.

El segundo enfoque, sin duda más sencillo de aplicar, apareció en 1927 al mismo tiempo en una decisión de la *Cour de cassation* francesa¹⁰ y en un folleto de la Cámara de Comercio Internacional, que ya tenía su sede en París, sin que se sepa si uno copió al otro (y en caso afirmativo, ¿cuál?)¹¹. Se trata del enfoque económico que sólo tiene en cuenta la relación comercial en cuestión. Y esta relación comercial será internacional si tiene lugar en el territorio de más de un Estado. Este sería el caso, por ejemplo, de una venta que implica la entrega en el Estado A y el pago del precio en el Estado B.

Estos dos enfoques de la internacionalidad se utilizan a veces conjuntamente, como por ejemplo en la Ley de Arbitraje española, en su artículo 3, para determinar a qué procedimientos de arbitraje se aplican las pocas normas de este texto reservadas al arbitraje internacional.

Y probablemente merezca la pena señalar que utilizar el enfoque jurídico o el enfoque económico para verificar la internacionalidad de una situación casi siempre conduce a la misma solución.

Una vez definido el ámbito de aplicación del derecho mercantil internacional, es posible examinar la forma en que los gobiernos han tratado y tratan de estructurar el comercio internacional. Nos ocupamos aquí de las normas que los Estados se imponen para estructurar el comercio internacional, normas que reflejan la política económica seguida. Este es el ámbito del derecho económico internacional,

10 Civ. 17 de mayo de 1927, *Pélissier du Besset*, DP 1928.

11 Véase por ejemplo sobre este punto Manciaux, S. (2020). «Comercialidad e Internacionalidad del Arbitraje», en *Arbitraje Comercial Internacional (un estudio de derecho comparado)*, Sixto Sanchez Lorenzo (ed.), Thomson Reuters/Civitas eds, 2020, pp. 33-72, especialmente pp. 66-69.

que puede estudiarse de forma aislada o, como en este caso, como complemento natural del derecho mercantil internacional, del que forma parte.

3. REGULACIÓN ESTATAL DEL COMERCIO INTERNACIONAL DESDE EL FINAL DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

A principios del siglo XXI, el comercio internacional alcanzó un grado de sofisticación nunca visto, con el comercio en línea, la desmaterialización de los medios de pago y, cada vez más, el uso de “cadenas de bloques” para celebrar contratos y preservar su integridad, entre otros avances recientes.

Esto no quiere decir que el asunto fuera sencillo al final de la Segunda Guerra Mundial. Distinguir el comercio de productos básicos del comercio de productos manufacturados era uno de los problemas. Y la cuestión de las inversiones extranjeras, impulsada por el desarrollo de las primeras multinacionales americanas, empezaba a plantearse.

Estas diferentes facetas del comercio internacional estaban casi reguladas por el mismo texto y la misma organización al final de la Segunda Guerra Mundial (3.1), antes de que se produjera una dislocación que sigue produciendo sus efectos ochenta años después (3.2). Y aunque la desaparición de la URSS en 1989 pudo hacernos creer en el advenimiento de un liberalismo desenfrenado y en el libre juego de un mercado globalizado (3.3), ha llegado de nuevo la hora de la regulación y el proteccionismo (3.4).

3.1. Un intento de enfoque unitario en la inmediata posguerra (1944-1948)

Al término de la Segunda Guerra Mundial, a raíz de los acuerdos de Bretton Woods¹², se planteó la idea de crear una Organización Internacional del Comercio (OIC) para gestionar todo el comercio internacional conocido en la época. La OIC se concibió como el tercer pilar de un conjunto destinado, junto con el Banco Mundial (que entonces se llamaba Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento) y el Fondo Monetario Internacional (FMI), a regular la economía mundial.

La OIC y las normas que debía contener se debatieron en una conferencia celebrada en La Habana de noviembre de 1947 a marzo de 1948 bajo el título de

12 El Acuerdo de Bretton Woods de 1944 estableció un sistema de gestión monetaria para regular las relaciones comerciales entre 44 países, incluidos Estados Unidos, Canadá, los países de Europa Occidental y Australia. El sistema de Bretton Woods fue el primer ejemplo de orden monetario plenamente negociado destinado a regir las relaciones monetarias entre Estados independientes.

“Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo”¹³. Este título y las normas propuestas representaban un enfoque muy diferente de las concepciones actuales del comercio internacional. En particular, se estipulaba que el desarrollo de cada país debía basarse en la cooperación y no en la competencia que propiciaba el libre comercio del mundo actual.

La Carta de La Habana se estructuró de la siguiente manera: tras un primer capítulo en el que se establecían la finalidad y los objetivos generales de la OIC en un único artículo, el Capítulo II (artículos 2 a 7) se titulaba “Empleo y actividad económica”, el Capítulo III titulado “Desarrollo económico y reconstrucción” contenía un largo artículo 12 dedicado a la inversión internacional, y el Capítulo VI se dedicaba íntegramente a los “Acuerdos intergubernamentales sobre productos básicos”.

A finales de los años 40, este planteamiento tenía todo el sentido: en primer lugar, se trataba de remediar las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial levantando al mundo, y a Europa en particular, de sus ruinas. También se trataba de prevenir un tercer conflicto mundial abordando los factores que habían conducido a la Segunda Guerra Mundial. Estos factores incluían el ascenso del fascismo como consecuencia de la crisis económica de 1929 y el desempleo masivo que le siguió. Y el trauma de la Segunda Guerra Mundial favoreció una visión de las relaciones internacionales en términos de cooperación más que de competencia, potencialmente más conflictiva.

Pero la Carta de La Habana, firmada el 24 de marzo de 1948, no fue ratificada, principalmente por la presión de los círculos empresariales estadounidenses. El proyecto no era lo suficientemente liberal desde el punto de vista económico para ellos. Como consecuencia, la OIC nunca vio la luz, y la visión sistémica propuesta fue sustituida por normas fragmentadas.

3.2. Regulación fragmentada (1948-1989)

De la Carta de La Habana, sólo el Capítulo IV sobre Políticas Comerciales se ha aplicado en forma de acuerdo revisado. Este acuerdo sobre aranceles y comercio es más conocido por su sigla en inglés GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) o Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

A partir de ese momento se desarrollaron por separado las normas aplicables al comercio de mercancías, las aplicables al comercio de servicios y las aplicables a las inversiones internacionales.

13 La conferencia dio lugar a una Carta que puede obtenerse en la siguiente dirección: https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/havana_f.pdf. Sobre las negociaciones de esta Carta y el proyecto que encarnaba, véase, por ejemplo, Collart Dutilleul, F. (2018), *La Charte de la Havane, pour une autre mondialisation*, Dalloz, coll. Tiré à part.

La regulación del comercio de mercancías pasó a ser prerrogativa del GATT. A partir de un simple acuerdo sobre el comercio de mercancías y los derechos de aduana, el GATT no ha dejado de crecer. En primer lugar, el número de países miembros del GATT aumentó considerablemente: de 23 al principio, ya eran 99 en el momento de la Ronda de Tokio (1973-1979), que representaban más de 9/10 del comercio mundial. El GATT adquirió entonces una forma más estructurada con la creación de una secretaría, aunque nunca fue una organización internacional con personalidad jurídica. Por último, el GATT amplió progresivamente su campo de acción.

Las primeras rondas del GATT se centraron únicamente en la reducción de los derechos de aduana sobre las mercancías. Pero a partir de la Ronda Kennedy (1963-1967), el GATT dirigió su atención a los problemas del dumping y del trato diferenciado de los países en desarrollo mediante la adopción de mecanismos preferenciales. En cambio, el comercio de servicios no se abordó hasta hace unos cuarenta años, en la Ronda Uruguay (1986-1994), a petición de la delegación estadounidense. Se decidió entonces elaborar el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS en inglés), siendo el AGCS un acuerdo específico para el comercio de servicios, distinto del GATT.

El deseo de reactivar el sistema de solución de diferencias del GATT y otras consideraciones condujeron, al término de la Ronda Uruguay, a la celebración en 1994 del Acuerdo de Marrakech por el que se crea la Organización Mundial del Comercio (OMC).

A diferencia del GATT, la OMC es una organización internacional con un lugar propio en el sistema de las Naciones Unidas. Desde hace treinta años, la OMC gestiona numerosos acuerdos, entre ellos el GATT y el GATS. La OMC dispone también de un Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de dos niveles (Paneles y Órgano de Apelación), el segundo de los cuales está actualmente paralizado por los estadounidenses, que bloquean la renovación de su composición.

Las normas destinadas a regular las inversiones internacionales se han desarrollado paralelamente, pero por separado.

Los tratados bilaterales de inversión (TBI) surgieron primero y proliferaron después. El primero de ellos se firmó en 1959, entre Alemania (entonces RFA) y Pakistán. La UNCTAD enumera más de 2.800 TBI celebrados, de los cuales más de 2.200 están en vigor¹⁴.

A éste siguieron tratados multilaterales especializados, en particular el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 por el que se creó el Centro Inter-

14 Datos disponibles en el sitio web de la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo): <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/by-economy>, recuperado el 28 de noviembre de 2024.

nacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), es decir, un mecanismo de solución de diferencias en materia de inversiones, y el Convenio de Seúl de 1988 por el que se creó el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) encargado de poner en marcha un mecanismo de seguro para las inversiones internacionales.

Y no fue hasta la década de 1990 cuando se produjo un renovado intento de agrupar bajo el mismo paraguas las cuestiones de comercio internacional e inversión.

3.3. El advenimiento de un liberalismo desenfrenado y un mercado globalizado (1990-2012)

La caída de la URSS y el Muro de Berlín dieron la impresión de que el liberalismo político y el liberalismo económico habían triunfado a escala mundial. Las décadas de 1990 y 2000 vieron cómo la libre competencia se erigía en dogma, haciendo hincapié en la retirada de los Estados y la regulación, con el fin de dejar el camino libre a las empresas cuyo desarrollo se suponía que iba a traer la prosperidad al mundo.

Hay que recordar que, en 1990, China apenas empezaba a abrirse al mundo y aún no había desbancado a Japón como primera potencia económica de Asia. Entonces no se hablaba del calentamiento global y la lucha contra la corrupción y la delincuencia económica internacional estaba aún en pañales. Se pensaba que lo único que hacía falta era desregular, dejar las cosas en manos de las empresas, cuyas decisiones se suponían mucho más racionales e ilustradas que las que tomaban los gobiernos.

El advenimiento de la OMC, que preconiza la supresión de todas las barreras al desarrollo del comercio internacional, y la adhesión sin reservas de la Unión Europea a una política de libre competencia abierta al mundo (en beneficio de sus empresas y consumidores), datan de este periodo. Dentro de la UE, la introducción en 2002 de una moneda única para fomentar el comercio y los viajes internacionales ha acentuado esta percepción.

Las décadas de 1990 y 2000 también estuvieron marcadas por la adopción masiva de tratados bilaterales de inversión, destinados a estimular el desarrollo de la economía mundial. En la Conferencia de Doha de 2001, se decidió incluso que la OMC se hiciera cargo de las cuestiones de inversión a nivel multilateral, recogiendo la antorcha de un Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI) que no había visto la luz bajo los auspicios de la OCDE. Pero desde entonces no se ha logrado ningún avance significativo en el seno de la OMC, y ningún acuerdo multilateral está listo para ver la luz.

Fue también durante este periodo cuando se firmaron los primeros Tratados de Libre Comercio (TLC). Los TLC son acuerdos que regulan el comercio de bie-

nes, el comercio de servicios y la protección de los derechos de propiedad industrial. Por lo general, los TLC también regulan la inversión internacional, las ayudas estatales y la contratación pública.

El primer TLC fue celebrado a principios de los años noventa por Estados Unidos con Canadá antes de llegar a un acuerdo a tres bandas con México mediante el Tratado de Libre Comercio de América del Norte en 1994 (TLCAN, sustituido por otro acuerdo, el USMCA bajo la primera presidencia de *Trump*). A continuación, se multiplicaron los proyectos de acuerdos de libre comercio sin que todos corrieran la misma suerte: algunos tuvieron éxito, como el famoso AECG (*Acuerdo Económico y Comercial Global*) celebrado entre la Unión Europea y Canadá, o el CPTPP (*Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership*) celebrado entre 11 Estados de la zona del Pacífico, mientras que otros han llegado a un punto muerto, como el TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*) previsto entre la Unión Europea y Estados Unidos en la época de la administración Obama.

Sin embargo, la situación ha ido resultando menos idílica de lo previsto. La deslocalización de empresas para producir a bajo coste ha acelerado la desindustrialización de los países de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, a veces identificado como el club de los países ricos), con todas sus consecuencias sociales. Estas deslocalizaciones de empresas en otras partes del mundo también se han producido con demasiada frecuencia a costa del empeoramiento de las condiciones de trabajo de los empleados de las multinacionales o de sus subcontratistas, sobre todo en Asia. Y estas deslocalizaciones se han llevado a cabo sin tener en cuenta la cuestión de la protección del medio ambiente.

En cuanto a la apertura de los mercados a la competencia internacional, la realidad no se ha correspondido con los anuncios realizados: la Unión Europea ha demostrado una gran ingenuidad en este ámbito, abriendo sus mercados sin condiciones de reciprocidad.

3.4. El retorno de la regulación y el proteccionismo (2012-?)

Es difícil poner fecha al inicio de este nuevo período. La más notable es el fracaso de la “Primavera Árabe”, los movimientos de protesta que se desarrollaron en muchos países árabes a partir de finales de 2010, impulsados por un viento de libertad y que condujeron a la caída de varios autócratas (en Egipto, Túnez y Yemen, en particular). El hecho de que la mayoría de estos movimientos se agotaran y llegaran a su fin en 2012 en casi todos los países en los que se habían desarrollado (Egipto, Siria, Libia, Yemen, etc., con la excepción de Túnez) marcó sin duda el fracaso de una concepción occidental del mundo, según la cual el liberalismo político y el liberalismo económico deberían extenderse gradualmente a todos los Estados del mundo.

En la actualidad, y durante los últimos doce años aproximadamente, se ha producido un retorno a la regulación y al proteccionismo, por una amplia variedad de razones.

La ausencia o insuficiencia de autorregulación por parte de las empresas en sus actividades internacionales ha llevado a los gobiernos a reinvertir en este ámbito y, solos o aunando esfuerzos, promulgar nuevas normas en campos muy diversos. En los últimos doce años, aproximadamente, se han elaborado nuevas leyes y reglamentos que obligan a las empresas a implantar procedimientos y órganos internos para:

- garantizar la protección de los datos personales (el *Reglamento General de Protección de Datos*, o RGPD, entró en vigor en la UE en 2016);
- La lucha contra las prácticas corruptas (*UK Bribery Act 2010* en el Reino Unido, Ley Sapin II 2016 en Francia),
- Asegurarse de que sus proveedores y subcontratistas extranjeros cumplen unas normas mínimas en materia de derecho laboral, protección del medio ambiente, etc. (ley francesa sobre el deber de vigilancia de 2017 y directiva europea del mismo nombre que entró en vigor en abril de 2024).

Esta nueva ola legislativa, que se suma a legislaciones restrictivas más antiguas, como las leyes de embargo decididas por Estados Unidos en particular, e impuestas a sus “aliados”, ha llevado a muchas empresas a crear puestos específicos y/o departamentos especializados encargados de aplicar todos los procedimientos prescritos dentro de la empresa y de garantizar el cumplimiento de las nuevas prohibiciones. Se trata de “*compliance officers*” y de “*compliance departments*”, a menudo independientes de los servicios jurídicos de las grandes empresas. Hay que añadir que las sanciones financieras y económicas previstas para las empresas que incumplan estas nuevas normas son muy cuantiosas y, por tanto, muy disuasorias.

En política internacional, el advenimiento de la Primavera Árabe en 2011 había suscitado esperanzas de extensión del modelo liberal occidental en sus aspectos político y económico. El fracaso de estos mismos movimientos ha reforzado, por el contrario, el auge de los regímenes autoritarios en todo el mundo, incluso en el seno de la UE. El advenimiento de China y su economía dirigida, y el giro dictatorial dado por Vladimir Putin, han socavado el proyecto de una economía mundial abierta basada en la libre competencia, el “*laissez-faire*” y el “*laissez-passer*”.

La necesidad de que los países desarrollados con economía de mercado protejan su industria y recuperen cierto grado de soberanía en materia de producción ha resurgido, sobre todo a raíz de la pandemia del Covid 19 y la guerra de Ucrania. Estos acontecimientos demostraron lo arriesgado que era depender únicamente

de las cadenas internacionales de distribución de energía, productos farmacéuticos y materias primas. Este año, la necesidad de salvaguardar una producción agrícola suficiente y de calidad en Europa puso en entredicho la adopción del tratado de libre comercio previsto entre la UE y Mercosur.

Es, pues, una época de desconfianza, de medidas protectoras, de vuelta al nacionalismo económico e incluso al proteccionismo, sin que sea posible predecir cuándo acabará este nuevo periodo. La única certeza es que las relaciones internacionales, incluidas las económicas, evolucionan con el tiempo. Así pues, el ciclo actual llegará un día a su fin, para ser sustituido por otro nuevo.

Este es el contexto político y macroeconómico en el que operan actualmente los actores del comercio internacional. Esta evolución repercute naturalmente en su entorno jurídico, sin por ello alterar las especificidades que caracterizan al Derecho mercantil internacional, caracterizado por la diversidad de los agentes que intervienen en el comercio internacional y de las normas que se les aplican.

4. LA DIVERSIDAD DE ACTORES Y NORMAS EN EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Los actores del comercio internacional son a la vez creadores de normas y destinatarios de las normas jurídicas que prevalecen en esta rama del Derecho. Y la diversidad de estos creadores de normas no puede dejar de influir en la diversidad del contenido de dichas normas.

4.1. La diversidad de los actores

Como hemos visto, los gobiernos participan en la regulación del comercio internacional como legisladores y creadores de normas. Pero los Estados también participan como actores en el comercio internacional. Ya sea directamente o a través de entidades estatales (subdivisiones territoriales del Estado, empresas nacionales), los Estados celebran contratos, por ejemplo, en el ámbito de los recursos petrolíferos o mineros cuando otorgan una concesión a una empresa extranjera para que los explote, en el suministro de armamento, en la construcción de grandes infraestructuras, etc. Este tipo de contrato se identifica incluso desde hace unos cincuenta años con el nombre de “Contratos de Estado”, que han dado lugar a un gran número de estudios que ponen de relieve sus características específicas. Una de estas especificidades, que salta a la vista, es que una de las partes del contrato es un Estado soberano con derechos exorbitantes con respecto al Derecho común.

Pero los actores más numerosos y más importantes en términos de volumen de actividad son evidentemente las empresas privadas, y en particular las famo-

sas multinacionales. Hay que señalar que nada impide que una persona física sea un actor del comercio internacional: pero los recursos financieros para comprometerse y las competencias para hacerlo son difíciles de reunir en un solo ser humano.

Lo interesante es que las empresas privadas, actuando por sí solas o a través de las instituciones que las agrupan, son también creadoras de normas utilizadas en el comercio internacional, incluso por los Estados. Así pues, en esta rama del Derecho nos encontramos en la peculiar situación de que los Estados y las empresas privadas son a la vez, en distintos grados por supuesto, creadores de normas y actores comerciales sujetos a esas mismas normas. Se trata de una característica real del Derecho mercantil internacional, que tiene su contrapartida en la diversidad de normas aplicables en esta misma rama del Derecho.

4.2. Diversidad de normas

Como ya se ha mencionado, las normas que componen el Derecho mercantil internacional son de por sí muy variadas, debido a su origen, pero también a la diversidad de las situaciones que abarcan y al choque de intereses económicos y nacionales que intervienen en las operaciones de comercio internacional.

En primer lugar, presentaremos brevemente las normas de origen de los ordenamientos jurídicos nacionales (4.2.1); a continuación, las contenidas en los tratados celebrados por los Estados (4.2.2), las normas propuestas por las organizaciones internacionales activas en el comercio internacional (4.2.3) y, por último, las normas creadas por los agentes privados del comercio internacional (4.2.4). Para concluir, estudiaremos el encaje de estas normas de origen privado con las normas de origen estatal (4.2.5).

4.2.1. Normas de Derecho nacional

Las normas estatales nacionales, por ejemplo, la ley española, pueden ser elegidas por las partes de un contrato internacional o seleccionadas por un tribunal que habrá aplicado sus normas de conflicto de leyes. Conviene recordar que la libre elección por las partes de la ley aplicable a un contrato comercial internacional es un principio universalmente aceptado.

Si las normas de un derecho nacional son las más apropiadas para regir una relación comercial internacional es una cuestión que se dejará abierta aquí. Pero puede observarse que, dada la globalización y la competencia entre legislaciones, las soluciones de las legislaciones nacionales tienden a acercarse a las soluciones desarrolladas para las transacciones comerciales internacionales. Por ejemplo, la reforma del Derecho contractual francés de 2016 brindó la oportunidad de

cambiar algunas de las soluciones clásicas —y específicas— que habían prevalecido hasta entonces y acercarlas a las soluciones internacionales recogidas en los principios *Unidroit*: por ejemplo, en relación con la formación de los contratos a distancia (con la adopción de la teoría de la recepción de la oferta y la aceptación en relación con la formación de los contratos) o la aceptación de la imprevisión. Para el legislador francés, éste era un objetivo claro.

Además, algunas normas estatales son obligatorias, en el sentido de que se aplican a la relación comercial internacional sin que las partes tengan que seleccionarlas o puedan dejarlas de lado (por ejemplo, las normas del derecho aduanero, o las derivadas de la nueva normativa mencionada anteriormente).

Por último, algunas de las normas nacionales de aplicación obligatoria tienen un efecto extraterritorial, de las cuales las más conocidas son sin duda las normas estadounidenses sobre sanciones y embargos, ya mencionadas.

4.2.2. Normas contenidas en tratados internacionales

Como ya hemos visto, los gobiernos han creado organizaciones mediante tratados (OMC, Banco Mundial, FMI) para estructurar el comercio económico internacional. Normalmente, las normas del GATT y del AGCS sólo regulan las relaciones entre Estados, y los particulares no pueden invocarla¹⁵.

No obstante, los gobiernos han celebrado otros tratados internacionales que contienen normas aplicables a las relaciones entre los agentes privados del comercio internacional. Los tratados más conocidos en este ámbito son, sin duda, la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CCIM), los convenios internacionales de transporte (el Convenio de Bruselas y sus diversas enmiendas para el transporte marítimo, el Convenio de Montreal para el transporte aéreo, por ejemplo) y las normas propuestas por los tratados bilaterales o multilaterales de inversión. Hay que señalar que no ha sido posible, ni siquiera previsto, concluir un tratado único para todas las operaciones de comercio internacional: cada operación tiene su propio tratado...

Estos tratados también difieren en la naturaleza de sus normas. Algunos de estos tratados contienen normas de aplicación supletoria y las partes de un contrato comercial internacional pueden hacer caso omiso de ellas, como es el caso de

15 Conviene señalar aquí que esta regla es a veces cuestionada, por ejemplo, en los intentos de utilizar la regla de la nación más favorecida contenida en el AGCS como fundamento de la competencia de una demanda de arbitraje presentada por un inversor privado contra un Estado. El autor de estas líneas pudo constatarlo en un procedimiento arbitral en el que actuó como abogado de un Estado demandado. Hasta la fecha, no se ha dado ninguna respuesta favorable a tales intentos.

las normas de la CCIM, según su artículo 6. Otros tratados contienen normas de aplicación obligatoria: es el caso de los convenios internacionales sobre transporte, que regulan principalmente la responsabilidad del transportista. Las partes en un contrato de transporte internacional que entra en el ámbito de aplicación de uno de estos tratados deben, por tanto, aplicar sus normas sin poder excluirlas.

4.2.3. Normas propuestas por organizaciones internacionales

Otras normas son propuestas (y no impuestas) por organizaciones internacionales especializadas, como la CNUDMI o *Unidroit*, y pueden ser adoptadas por los agentes del comercio internacional.

Por ejemplo, la CNUDMI propone una *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional*, que sirve de modelo para muchas leyes sobre arbitraje internacional en todo el mundo, incluida la Ley de Arbitraje española, que se refiere expresamente a esta ley modelo en su preámbulo y en varias ocasiones. Se trata de normas propuestas a los Estados para que legislen con el fin de regular los intercambios económicos internacionales y, en este caso, para organizar la solución mediante arbitraje de las controversias derivadas de dichos intercambios. Los Estados son libres de adoptar o no esta ley modelo y de inspirarse o no en ella.

Unidroit, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, es una antigua organización internacional, fundada en 1926, en tiempos de la Sociedad de Naciones y con sede en Roma. Es una organización internacional erudita porque los Estados envían a ella, no a los diplomáticos habituales, sino a especialistas, profesores de Derecho, abogados y conocidos abogados internos para trabajar en sus diversos proyectos. Desde 1994, *Unidroit* ha ofrecido *los Principios Unidroit de los Contratos Comerciales Internacionales*, un conjunto coherente de 211 normas diseñadas para regir la mayoría de los contratos comerciales internacionales, desde su formación hasta su ejecución. Estas reglas se ofrecen directamente a quienes participan en el comercio internacional, en particular a las empresas, que pueden elegir las o no. *Los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales* fueron seleccionados recientemente, en 2022, por dos tribunales arbitrales internacionales como el único cuerpo normativo aplicable a la controversia que se les sometió¹⁶.

16 Laudo final dictado el 28 de febrero de 2022 en el arbitraje *ad hoc Nurhima Kiram Fornan et al (Herederos del Sultanato de Sulu) contra Malasia*, tribunal arbitral compuesto por Gonzalo Stampa como árbitro único.

Laudo de la CCI dictado el 20 de noviembre de 2022 en el caso nº 26241, no publicado pero cuyo contenido fue revelado por uno de los co-árbitros que formaban parte de este tribunal arbitral: Berger, K.P. (2024), "The Unidroit Principles of International Commer-

Por último, otras normas no son de origen estatal, es decir, no las crean los Estados, sino los agentes privados del comercio internacional.

4.2.4. Normas creadas por agentes privados en el comercio internacional

Se pueden identificar tres categorías de agentes privados: las empresas, las instituciones que agrupan a estas empresas y los árbitros comerciales internacionales;

Los actores privados del comercio internacional son ante todo empresas. En su papel —que a veces ignoran— de creadores de normas de derecho, elaboran modelos de contratos y desarrollan usos entre ellas, es decir, prácticas que se siguen habitualmente entre ellas en el marco de su relación comercial o dentro de un sector comercial determinado.

Estas empresas privadas también se agrupan en instituciones y organizaciones no gubernamentales (ONG), como cámaras de comercio o asociaciones profesionales específicas de cada sector de actividad.

Estas organizaciones no gubernamentales también proponen modelos de contrato. Un ejemplo son los contratos tipo de la FIDIC (*Fédération Internationale Des Ingénieurs Conseils*), muy utilizados en el sector de la construcción, incluso por los gobiernos¹⁷. Estas ONG también proponen mecanismos jurídicos especialmente adaptados al comercio internacional. Por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) publica y actualiza periódicamente sus normas sobre Incoterms, crédito documentario y garantías autónomas. También a modo de ejemplo, la International Bar Association (IBA) ofrece directrices sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional y directrices sobre la obtención de pruebas, en el arbitraje internacional también.

Algunas de estas ONG también ofrecen a las empresas, como en el caso de la CCI, mecanismos privados de resolución de litigios, como la mediación o el arbitraje. En concreto, crean una institución de resolución de litigios y unas normas de arbitraje o mediación que no son más que conjuntos de normas de origen privado.

Los árbitros comerciales internacionales, designados para resolver litigios en el marco descrito anteriormente, constituyen la tercera y última categoría de estos

cial Contracts as a System of Transnational Contract Law: Two Recent Arbitral Awards”, *Journal of International Arbitration*, vol 41, junio de 2024, n° 3, 255.

17 Sobre el tema, véase, por ejemplo, Manciaux, S. (2017), «La régulation d’origine privée des opérations d’investissement» en *Le droit des investissements internationaux : perspectives croisées*, Sabrina Robert-Cuendet (dir), Bruylant, pp. 171-190.

actores privados. Los árbitros son jueces privados designados por las partes para resolver su litigio aplicando las normas de derecho, a menos que las partes les otorguen la facultad de fallar como amigables componedores, lo que es muy poco frecuente. El principio es, por tanto, que los árbitros resuelven de acuerdo con la ley.

Y a veces, si las partes así lo han previsto en su cláusula de ley aplicable o si no han elegido la ley aplicable, estos árbitros deciden el litigio que se les somete no aplicando la ley de un Estado concreto, sino aplicando principios generales extraídos de las soluciones de los principales sistemas jurídicos del mundo. Esto se hace para llegar a una solución que pretende ser universal y no estar específicamente anclada en la ley estatal de ninguna de las partes en litigio, y también para respetar los deseos de las partes que no han elegido una ley estatal para la resolución de los litigios derivados de su contrato.

No cabe duda de la existencia de estas normas de origen privado, que son normas de derecho porque están sancionadas legalmente: todo el mundo puede ver que existen.

Sin embargo, se plantean dos cuestiones: ¿cómo se relacionan estas normas de origen privado con las normas de origen estatal, y constituyen estas normas privadas de orígenes diversos un todo, un ordenamiento jurídico, o son una mera proliferación de normas dispares que sólo deben considerarse individualmente? Aunque estas dos cuestiones son sumamente interesantes, sólo responderemos aquí —y a modo de conclusión— a la primera, ya que la respuesta a la segunda exigiría por sí sola un estudio que rebasa los límites del que aquí se propone.

4.2.5. *La relación entre normas privadas y normas estatales*

No sólo las normas de origen privado encajan bastante bien con las normas de origen estatal, sino que los Estados y sus jueces reconocen estas normas de origen privado como normas de Derecho, que deben aplicarse si las partes así lo han acordado.

Por ejemplo, el artículo 9 de la CCIM establece que, en materia de compraventa internacional de mercaderías, además de las normas contenidas en ella, deben aplicarse los usos del comercio internacional, ya sean usos entre las partes (artículo 9.1) o usos sectoriales (artículo 9.2).

Sobre todo, varias sentencias judiciales reconocen el estatuto jurídico de las normas elaboradas por agentes privados en el comercio internacional.

Así es como el Tribunal de Casación francés no duda —y lo ha hecho desde hace mucho tiempo— en anular y revocar las sentencias del Tribunal de Apelación basándose en normas no estatales. Por ejemplo, el Tribunal de Casación francés ha anulado varias sentencias de tribunales de apelación porque aplicaban

erróneamente las normas de la CCI sobre crédito documentario¹⁸. ¿Qué significa esto? Para el Tribunal de Casación francés, estas normas son efectivamente normas de derecho que se debe aplicar.

Del mismo modo, en varias sentencias, incluida la sentencia *Valenciana* que afectaba a una empresa española, la Corte de Apelación de París se negó a anular un laudo arbitral internacional criticado porque los árbitros habían aplicado los principios generales del comercio internacional para resolver el litigio. La Corte declaró que los árbitros, en ausencia de una cláusula de ley aplicable y al aplicar los principios generales del comercio internacional, no se habían apartado de su tarea de seleccionar y aplicar las normas de Derecho¹⁹, y la Cour de Cassation francesa confirmó este razonamiento. Esto significa que, para los tribunales franceses, los principios generales del comercio internacional son efectivamente normas de Derecho, aunque no pertenezcan a ningún ordenamiento jurídico estatal.

La Corte de Justicia de la Unión Europea puede hacer la misma observación. En una sentencia dictada el 9 de junio de 2011 (en el asunto C-87-10), el TJUE declaró (§ 21):

“Las aduanas, sobre todo si están reunidas, especificadas y publicadas por organizaciones profesionales reconocidas y son ampliamente seguidas en la práctica por los operadores económicos, desempeñan un papel importante en la regulación no estatal del comercio internacional. Facilitan a los comerciantes la redacción de sus contratos, ya que pueden determinar una gran parte de sus relaciones comerciales utilizando términos cortos y sencillos. Los Incoterms elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, que definen y codifican el contenido de determinados términos y cláusulas utilizados habitualmente en el comercio internacional, gozan de un reconocimiento y una práctica especialmente elevados”.

El hecho de que la CJUE describa los Incoterms como usos comerciales podría ciertamente ser objeto de debate. Pero lo más importante es que la CJUE reconoce el papel y la importancia de los Incoterms “*en la regulación no estatal del comercio internacional*”. La CJUE no está diciendo que estos Incoterms sean un componente de un ordenamiento jurídico no estatal, pero no tenía por qué hacerlo. No es el papel de un juez hacer tal caracterización, sino el de un académico que intenta explicar el fenómeno que está estudiando.

Por último, es posible citar el siguiente extracto de una sentencia dictada el 2 de diciembre de 2014 por el Tribunal de Casación venezolano que interpreta las disposiciones de la cláusula de ley aplicable de un contrato del siguiente modo:

18 Véase, por ejemplo, Cass. Com. 7 de octubre de 1987 (*Société Marseillaise de Crédit v. SARL Etabl. Dahan*), D. 1988, p. 2565, JCP 1988, II, 20928.

19 CA París, 13 de julio de 1989 (*Compania Valenciana de Cementos Portland v. Société Primary Coal Ltd*), JDI 1990, PP. 430 y ss.

“El artículo 31 dispone que “Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

En tal contexto, el artículo 31 constituye un complemento de los artículos 29 y 30, en tanto que ordena aplicar ‘además de lo dispuesto en los artículos anteriores’, las ‘normas, principios, costumbres, usos y prácticas’ del comercio internacional. Esta norma admite la aplicación de la Lex mercatoria, como un orden jurídico sustantivo llamado a complementar las disposiciones de la Lex contractus.”

El tribunal no sólo aplica normas de origen privado, sino que considera que en su conjunto forman un ordenamiento jurídico específico, distinto de los ordenamientos jurídicos nacionales: un ordenamiento jurídico transnacional también conocido como *Lex Mercatoria*. Esta decisión judicial no agota, ni mucho menos, todas las cuestiones relativas a la existencia y contorno de este tercer orden jurídico, pero ilustra perfectamente la diversidad de las normas que se aplican a las relaciones comerciales internacionales según una clave de reparto que depende a la vez de la voluntad de las partes en esta relación, de la voluntad de los Estados y de la evolución de nuestro Mundo.