

## **ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LAS FUENTES AUTONOMAS DEL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL.**

**JOSE MARIA ESPINAR VICENTE,**  
Catedrático de Derecho Internacional Privado,  
Universidad de Alcalá de Henares.

### **I.- LOS PRESUPUESTOS DE BASE.-**

Una aproximación a las fuentes de los contratos internacionales de contenido económico pone de relieve tres puntos claves:

1. La mayor parte de las fórmulas contractuales que instrumentan las operaciones del comercio internacional pertenecen a la categoría de los contratos innominados o atípicos; es decir, se trata de obligaciones cuya regulación no se encuentra prevista de una manera específica en la mayoría de los ordenamientos. Piénsese que fórmulas tan habituales en el comercio exterior como los créditos documentarios pertenecen a esta categoría de contratos.

2.- Dados los caracteres del tráfico mercantil internacional, se necesita un modelo de regulación muy claro y concreto que dote a las operaciones de la seguridad y agilidad que precisan.

3.- Las fórmulas de desarrollo jurisprudencial que reciben los supuestos similares pero con carácter nacional no resultan adecuadamente transponibles al ámbito del comercio exterior, puesto que los intereses que priman en una y otra esfera son muy distintos. Además, los sistemas de Derecho internacional privado comparado (a excepción de algunos ordenamientos del área socialista) no han desarrollado una normativa especial para regular estas cuestiones.

Los derechos particulares de los Estados se han preocupado fundamentalmente de fijar, a través de normas sustantivas, un marco que la

autonomía de la voluntad de los particulares no puede exceder. Para ello establecen disposiciones imperativas que delimitan las condiciones en la que los capitales, las mercancías, la tecnología, las materias primas o los servicios pueden circular por sus fronteras sin afectar al modelo económico por el que se ha optado en ese momento.

La regulación del tráfico económico internacional debe ser analizado sobre la base de una serie de órbitas interrelacionadas que tienen su origen en la doble perspectiva reglamentadora con la que se viene abordando tradicionalmente la ordenación de estas actividades mercantiles.

Siguiendo la terminología de la Dra. Echezarreta Ferrer, tendríamos en primer término, el plano de las "relaciones verticales"; es decir, las que se generan entre el agente del comercio y la Administración (o Administraciones) del Estado (o Estados) que, en alguna medida, pudieran sentirse afectadas por las repercusiones económicas internas de este tipo de operaciones; y en segundo término, estaría el plano de las "relaciones horizontales"; es decir, la plataforma en la que se producen las que se generan recíprocamente entre los agentes del tráfico (1).

Finalmente habría que considerar una tercera órbita en la que se producen las disfunciones o engarces lógicos que se derivan de la confrontación o complementación de los dos tipos de regulación al concurrir simultáneamente sobre un mismo supuesto (2).

Así pues, nos encontramos ante un panorama sobredimensionado a nivel de normas de Derecho público y claramente atrofiado a nivel de normas de Derecho privado. Esta es la razón por la que la autonomía conflictual haya sido desbordada por la autonomía contractual, como recientemente sustentase la Dra. Ruiz Enríquez (3).

En efecto, frente a la falta de un desarrollo normativo que regule de manera precisa los derechos y deberes de las partes que se obligan bajo un determinado tipo de contrato (la venta internacional, por ejemplo), resulta más importante utilizar la autonomía de la voluntad para establecer bien las bases del compromiso que para remitirse a un derecho que difícilmente va a regular lo que las partes hubiesen silenciado.

Se general así un panorama en el que los agentes del tráfico sienten la necesidad de articular un "derecho autónomo propio". El comercio

internacional, como ya hemos dicho, precisa de una agilidad en sus operaciones que no siempre resulta compatible con la elaboración de un minucioso contrato en el que todo (o al menos casi todo) quede previsto. Resulta necesario recurrir a elementos que faciliten la negociación.

Partamos de un ejemplo para comprender esta opinión *necessitatis*. Supongamos que dos agentes del comercio internacional acuerdan que el primero entregará al segundo la mercancía objeto de la transacción en un puerto próximo a su factoría y listo para cargar en un buque. Inmediatamente, las partes van a ser conscientes de que a partir de aquí se suscitan una serie de problemas de gran importancia (a quién corresponde el despacho de aduanas, quién se encarga de las certificaciones de origen, de la obtención de las eventuales autorizaciones administrativas precisas, cómo debe embalsarse la mercancía y un largo etcétera).

Ciertamente existen usos y costumbres en la práctica comercial internacional que podrían responder a las preguntas que se suscitan. Sin embargo, no siempre esas costumbres son iguales en todas partes, y puede ser que lo habitual en Rotterdam no sea lo habitual en Barcelona. Tampoco son fáciles de probar, ni puede predicarse de ellas que sean incontrovertidas.

Ahora bien, si un grupo especializado de los agentes del tráfico comercial internacional elaborase un catálogo sobre el que todos estuviesen de acuerdo, bastaría con referirse a él para saber con precisión a lo que se obliga cada uno.

Así, en el ejemplo propuesto, si ambas partes acuerdan una entrega FAS (*free along the ship*) el vendedor sabe que debe cumplir con una serie de obligaciones concretas y el comprador sabe que debe asumir una serie de responsabilidades específicas. Y es que, al mencionar en su contrato estas siglas han incorporado por referencia y de común acuerdo las fórmulas recogidas por la Cámara Internacional de Comercio en su publicación 350, relativa a las "Reglas internacionales para la interpretación de términos comerciales (INCOTERMS) revisión 1980".

Por consiguiente, no debe extrañarnos que al buscar las fuentes actuales del Derecho comercial internacional, nos encontramos con la repetición de un fenómeno histórico de origen muy antiguo (piénsese en el Derecho comercial griego, en un sector del *ius gentium* romano o en la *Lex Mercatoria* medieval). En cualquier época, cuando el comercio desborda la

capacidad de respuesta de las estructuras jurídicas de los Estados, existe una tendencia por parte de los particulares a rellenar el hueco con una normativa parajurídica que puede llegar a formar parte de los ordenamientos nacionales a través de sus respectivos sistemas de fuentes.

## II- LA ESTRUCTURA FUNCIONAL.-

Cuando hablamos de un sistema jurídico autónomo normalmente pensamos en un medio social capaz de establecer la regulación de las situaciones y relaciones que se producen en su esfera. Desde una perspectiva clásica, la imagen evoca de inmediato la posibilidad del ejercicio del poder en sus tres niveles básicos: el de establecer las normas que regulan la convivencia (legislar); el de concretar las consecuencias que se derivan de tales preceptos en cada caso específico (juzgar); y el de garantizar que tales consecuencias se lleven a efecto o sean respetadas (ejecutar).

Un esquema de estos caracteres parece identificarse con la noción de estructura política. Un grupo social detenta estos poderes o bien cuando se halla organizado como Estado, o bien cuando constituye una subestructura política del mismo a la que se le reconocen tales potestades en función de lo dispuesto por la Constitución; o bien, finalmente, cuando varios Estados delegan estas competencias en un organismo internacional a través de un Tratado. Se trata, en definitiva, de una visión vertical del poder que concreta el vértice de coordinación de su ejercicio en el Estado.

Existen, sin embargo, sistemas jurídicos que no responden a esta estructura vertical y que, no obstante, cumplen una función idéntica en el medio en el que operan. Piénsese, por ejemplo, en el Derecho Canónico. La Iglesia legisla en los temas que resultan de un interés para regular los fenómenos sociales que afectan a un medio social homogéneo, pero que no se encuentra constituido en Estado (el de los bautizados); dispone de Tribunales que declaran cómo se realiza la voluntad normativa en cada supuesto específico; y cuenta con medios coercitivos (ciertamente ligados con la fe) para garantizar la autoridad del sistema.

Tenemos así un modelo, históricamente arraigado, cuya estructura horizontal y desestatalizada permite abordar el mundo del comercio internacional desde otra óptica (4). Desde esta perspectiva -y tomando en

consideración "Los presupuestos de base" (5) podríamos aproximarnos al mundo del comercio internacional y considerarlo como una sociedad transnacional de compradores y vendedores autónomamente organizada, al margen de los poderes estatales (6).

Esta sociedad "autónoma" contaría con el arbitraje y con la fuerza y organización de sus profesionales como elementos claves para poder estructurar sus órganos legislativos, jurisdiccionales y de sanción.

En efecto, frente a la ausencia de una normativa de origen estatal, acorde con las exigencias de seguridad y agilidad del tráfico mercantil, los comerciantes elaboran detalladas cláusulas para sus contratos, copiando y reiterando aquéllas que hubiesen resultado particularmente operativas en la práctica anterior. De este modo se van decantando unas condiciones-tipo sin las cuales los agentes del tráfico no conciben contratar. Se llega, por consiguiente, a crear una *opinio iuris vel necessitatis* en torno a ciertas cláusulas; hasta el punto de producirse una radical transformación en su naturaleza: no operan porque así lo hayan acordado las partes, sino porque son consideradas como reglas de juego que nadie puede eludir a no ser que así lo establezcan expresamente en el contrato.

Paralelamente, las agrupaciones profesionales "codifican" esas condiciones-tipo y, como en casi todo proceso de catalogación, la exigencia práctica de articular esas cláusulas en torno a un esquema que resulte operativo hace que en esas recopilaciones aparezcan, junto a "reglas" consuetudinarias plenamente formadas (*in factum esse*), otras que por su novedad constituirían meras ofertas destinadas a iniciar el proceso consuetudinario; serían *costumbres in fieri*. Ahora bien, éstas, al mezclarse con las otras en un bloque único (un contrato-tipo, por ejemplo), cobran una vigencia ajena a su condición de uso o costumbre, pero a través de su integración contractual cobran una innegable operatividad, que dinamiza su proceso.

Este conjunto de modelos contractuales, reglas imperativas, penalidades, etcétera, recopilados por instancias particulares como la Cámara de Comercio Internacional o por organismos que ofrecen juego a la opinión de los Estados (Comisión para Europa de las Naciones Unidas o recomendaciones del COMECON, por ejemplo) forman una normativa autónoma surgida espontáneamente del propio medio del comercio

internacional que por la vía de los sistemas de fuentes estatales llegan, en algunos casos, a convertirse en auténticos preceptos jurídicos estables (7).

En otros términos, el grupo social de referencia estaría realmente ejercitando, de esta manera, una auténtica potestad legislativa de alcance parcial pero plenamente autónoma.

Esta "potestad legislativa" se complementa, además, con el frecuente recurso al arbitraje. Más rápido, mejor adaptado a las necesidades del tráfico comercial y con un coste razonable, viene constituyendo una alternativa mucho más operativa que la que ofrecen las jurisdicciones estatales para dirimir las contiendas que se producen en este ámbito. El árbitro, más vinculado a los intereses de las partes, va a encontrar en ese Derecho autónomo -hasta los límites a los que llega la sistematización de sus reglas- un instrumento particularmente adaptado a su función (8).

La *Lex Mercatoria* se convierte así en una especie de *Lex fori* para los árbitros (9). Schapira llega a considerar el papel del árbitro como clave en el desarrollo de este Derecho, al cumplir tres funciones inseparables: la de identificar, aplicar y fijar el uso, convirtiéndose así en una fuente de producción similar a la que el párrafo 6 del artículo primero de nuestro Código Civil atribuye a la jurisprudencia.

Con independencia de la posición científica que finalmente se sustente frente al fenómeno jurídico en análisis, de lo que no cabe duda es de que el arbitraje constituye un motor de impulso y decantación de las reglas-tipo que elaboran los agentes del tráfico comercial internacional. Las dificultades de acceso a gran parte de los laudos (probablemente los más significativos) impiden un pronunciamiento matizado sobre el alcance cualitativo de la jurisprudencia arbitral como fuente (10). Ahora bien, si existen datos sobrados para poder sustentar su trascendencia como vehículo de aplicación de *Lex Mercatoria*, aunque pueda entenderse con Bredin que la utilización de sus "normas" sólo constituye el recurso a una cobertura de seriedad y autoridad que se da a la equidad cuando el árbitro actúa como un mero amigable componedor.

Sea cual sea, pues, la actitud que se adopte, resulta preciso aceptar, con un alcance seguramente más limitado del que pudiera deducirse de la atención científica que ha despertado el fenómeno, que no solamente existe un conjunto de "reglas" de comportamiento que se generan

espontáneamente en un medio autónomo y que son aplicadas por unas instancias arbitrales que las dotan de prioridad frente a las normas estatales (11) , sino que existe también una capacidad coercitiva en el medio, susceptible de imponer su cumplimiento.

"La sociedad internacional de los comerciantes -escribe Remiro Brotons- y, en concreto las corporaciones en que se articula, disponen de una rica reserva de variadas medidas de tipo moral, económico y social, cuya licitud no siempre salta a la vista, con las que se podría disciplinar a los reuentes: publicidad de la decisión condenatoria y de su inobservancia, censura corporativa, privación de derechos o de una determinada condición en el seno de una asociación, sanción de no participación, boicot mercantil, multa" (12).

### III - LA OPERATIVIDAD REGULADORA.-

Para explicar el juego de esta "normativa" a nivel interno es preciso referirse a la zona de contacto que existe, en este punto, entre la órbita de lo transnacional y la de lo plurinacional. Y es que, en efecto, no puede perderse de vista que los comerciantes de cada nación, al ser considerados en su conjunto, son quienes constituyen los actores de ese medio, de igual modo que son las plazas de cada una de ellas las que integran, al considerarse unitariamente, el espacio transnacional ideal al que nos estamos refiriendo. De esta forma puede concluirse que los usos surgidos en el comercio internacional son en su mayoría prácticas seguidas, inter alia, por los comerciantes españoles y observadas, entre otras, en las plazas españolas (13). En consecuencia, al haber pasado aquí del plano abstracto que ofrece la óptica transnacional al concreto de nuestro ordenamiento jurídico, nos encontramos con que los "usos del comercio observados generalmente en cada plaza" incluye usos específicos para el tráfico externo que forman parte del contenido de nuestro sistema de Derecho internacional privado, ya sean puramente normativos o meramente interpretativos como los INCOTERMS.

Sintetizando de esta forma el proceso, concluiremos nuestro análisis intentando apuntar ciertas vías de solución a tres de los problemas que se

plantean a consecuencia de haber aceptado el carácter jurídico de esta "normativa"(14).

En primer lugar estaría el que se refiere a su posición jerárquica en el sistema de fuentes de nuestro Derecho, habida cuenta de que en el arbitraje su juego regulador se antepone al de la ley. En segundo lugar, el que se deriva de habernos referido a que se trata de prácticas observadas en su mayoría en nuestras plazas y por nuestros comerciantes; es decir, el de su identificación. Y, en tercer lugar, el atinente a la existencia de ese orden público internacional económico al que se refiere la jurisprudencia francesa (entre otras las de Cass. Civ. 19 de febrero de 1980 y 14 de abril de 1964).

En lo que respecta al primer punto, la respuesta nos parece clara. Dentro del ámbito de la contratación mercantil, siguiendo la línea marcada por sentencias como la del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1946, no resulta de aplicación el artículo 2 del Código de Comercio sino el 50 del mismo Cuerpo Legal, por lo que siguiendo el tenor de este último, habrá que remitirse al Derecho común y buscar en el Código Civil la posición jerárquica de estas prácticas. Pues bien, aunque aparentemente el artículo 1 de nuestro Primer Código anteponga la ley a la costumbre (a la que se hallan asimilados los usos que no sean meramente interpretativos), no hay que perder de vista dos puntos: de un lado que, como se deduce de lo hasta aquí expuesto, resultará raro encontrar en la práctica la colisión entre una norma legal y un uso del comercio internacional, tanto por la disparidad de problemas que suscitan el tráfico interno y el internacional en este punto, como por la atipicidad de las fórmulas utilizadas en este último; y, de otro, que no puede olvidarse lo dispuesto en el artículo 1287 del Código Civil, a cuyo tenor: "El uso y la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse" (15).

Por consiguiente, no resulta tan dispar el comportamiento del árbitro respecto al que habría de seguir un juez español. El uso se inserta, pues, en nuestro sistema como un precepto de tratamiento asimilado a la costumbre -de no ser meramente interpretativo-, con las salvedades expuestas. En lo que respecta al segundo punto habría que destacar que en la medida en la que los usos han de ser probados, tanto en lo que afecta a su contenido, como en lo que se refiere al hecho de ser practicados donde han de aplicarse, el camino para su identificación ha de ser doble: de un lado, el

papel de las agrupaciones profesionales de ámbito internacional cobra un especial relieve ya que, a nivel de tráfico interno, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de agosto de 1940, por ejemplo, apoyó la aplicación de un uso comercial con base en una certificación de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Málaga. En tal sentido, la labor "codificadora" de entes como la Cámara Internacional de Comercio podría calificarse como de expedición de certificaciones generales efectuadas por una agrupación especialmente cualificada para conocer la aceptación en el comercio internacional de los usos y costumbres que recopila y revisa. De otro lado, habida cuenta de que la costumbre a la que se refiere nuestro sistema jurídico sigue siendo la que se practique en el lugar donde ha de aplicarse, destaca el papel de la doctrina legal, ya que la jurisprudencia será en última instancia quien vaya decantando los usos y costumbres vigentes, al aceptar o rechazar los que las partes aleguen e intenten probar; así como la que interprete si tales usos constituyen o no normas especiales de esfera de eficacia exclusivamente referida a las relaciones privadas internacionales y distintas, por tanto, de los preceptos articulados para el tráfico interno. En conclusión, pues, nos parece más matizado hablar de normas materiales especiales consuetudinarias así como de usos jurídicos que se han gestado en una base plurinacional y que son aplicados por la jurisprudencia realizando, así, la función complementadora que le atribuye el artículo 1,6 del Código Civil, que referirnos a normas materiales especiales de origen jurisprudencial, ya que esta última expresión conlleva unas connotaciones de "fuente" que, a nuestro parecer, deben ser evitadas al reflexionar desde un sistema en el que la jurisprudencia no tiene tal carácter.

Por último, en torno a la existencia de ese orden público internacional de contenido económico, quisiéramos solamente apuntar que lo consideramos como una consecuencia directa de la existencia de esas normas materiales consuetudinarias, gestadas en el ámbito internacional. En otros términos, sobre la base de las disposiciones de esta naturaleza que resulten operativas en cada sistema jurídico, se irá desarrollando, en cada uno de ellos, una determinada concepción -no necesariamente uniforme- sobre la reglamentación genérica de las relaciones contractuales internacionales, de tal modo que se irá abriendo paso progresivamente un orden público especial, en cuya base, el juez del foro podrá enervar el juego de la normativa normalmente aplicable al contrato, para preservar la homogeneidad jurídica del medio comercial internacional en el que actúan

sus nacionales, en los términos concretos en los que es entendida por su sistema jurídico (16).

(1) cfr. M.T. Echezarreta Ferrer "La incidencia de las normas de Derecho público en la regulación jurídica de los contratos internacionales". "Intervencionismo estatal y el nuevo Derecho internacional privado"; tesis doctoral, inédita. Málaga 1987, *passim*.

(2) Sobre las distintas esferas de incidencia puede verse: J. M. Espinar Vicente: "El tratamiento de las relaciones económico profesionales en Derecho internacional privado", *International Law Association (sección española)*, Boletín Informativo, núm. 3, junio de 1979, págs. 1 y ss.

(3) cfr. "La crisis de la autonomía conflictual en la contratación internacional"; tesis doctoral, inédita. Málaga 1989, *passim*.

(4) Este paralelismo ya fue utilizado por Kropholler en "Einheitsrecht: allgemeine Lehren", Tubinga 1975).

(5) Cfr. nuestra colaboración en *SECOMEX*, núm. 15

(6) Cfr. Rigaux *Droit international privé* T.I. Bruselas 1987, págs. 101-107.

(7) Cfr. R. David: "Le Droit du Commerce International", París 1987, págs. 127-130.

(8) Cfr. sobre estos aspectos: J. M. Gondra Romero "La moderna Lex Mercatoria y la unificación del comercio internacional" *Revista de Derecho Mercantil* 1973, págs. 17 y ss.; F. de Castro "El arbitraje y la nueva Lex Mercatoria" *Anuario de Derecho Civil* 1979, págs. 683 y ss.; Lagarde "Approche critique de la Lex Mercatoria" *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes a Berthold Goldman*, París 1987, pág. 139 y su visión crítica.

(9) Cfr. Schapira "Le droit international des affaires", París 1979; en contra, Bredin "La loi du Juge" en *Etudes Goldman*, cit. pág. 15 y ss. Derains "L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international" *Revue de l'Arbitrage*, 1986, pág. 375 y ss.

(10) Cfr. Ph. Kahn: "Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international" *J. Clunet* 1989, esp., pág. 307 y nota 8.

(11) Cfr. Gentinetta "Die Lex fori international en Handelsschiedgerichte, Berna 1973

(12) Cfr. Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, Madrid 1980, pág. 14.

(13) En este sentido Cfr. Gondra Romero, en loc cit. supra, passim.

(14) Vid. J.M. Embid Irujo: "Créditos documentarios: Comentario a la STS (Sala 1ª) de 14 de marzo de 1989" La ley 23 de junio de 1989, pág. 7.

(15) Cfr. la lectura de Ossorio Morales en "Lecciones de Derecho Civil. Obligaciones y contratos", Granada 1956, págs. 286-287.

(16) Véase la opinión de Batiffol en Annuaire de l'Institut de Droit International (Sesión de agosto) 1971, Vol. II, pág. 330.

