



**CEU**

*Universidad  
San Pablo*

**Facultad de Derecho**

## **Pluralismo jurídico y contrato internacional**

---

**Iván Miláns del Bosch Portolés**

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado

Festividad de San Raimundo de Peñafort

23 de enero de 2013



**CEU** | *Ediciones*

# **Pluralismo jurídico y contrato internacional**

---

**Iván Miláns del Bosch Portolés**

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado

Festividad de San Raimundo de Peñafort

23 de Enero de 2013

**Facultad de Derecho  
Universidad CEU San Pablo**

## **Pluralismo jurídico y contrato internacional**

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© 2013, Iván Miláns del Bosch Portolés  
© 2013, Fundación Universitaria San Pablo CEU

CEU *Ediciones*  
Julián Romea 18, 28003 Madrid  
[www.ceuediciones.es](http://www.ceuediciones.es)

Depósito legal: M-2331-2013

# Sumario

1. Introducción
2. ¿A qué llamamos ordenamiento jurídico?
3. Contrato internacional y pluralismo de fuentes del Derecho
  - 3.1. El contrato como mecanismo de creación de normas
  - 3.2. El Derecho estatal
  - 3.3. El Derecho internacional
  - 3.4. El Derecho comunitario
  - 3.5. El Derecho convencional uniforme
  - 3.6. Las reglas transnacionales
4. La *Lex Mercatoria*
5. El concepto transnacional de fuerza mayor
6. Conclusión



*Excelentísimas autoridades académicas, ilustres colegas, alumnos, señoras y señores:*

Es para mí un honor que la Facultad de Derecho de nuestra Universidad me haya encomendado la tarea de impartir la tradicional lección con motivo de la festividad de nuestro Patrono, San Raimundo de Peñafort. A mediados del siglo pasado, el filósofo canadiense Marschall McLuhan acuñó, con feliz fórmula, que el mundo se ha convertido en una “aldea global”, cuestión presente en esta lección por ser el medio donde se desenvuelven las relaciones contractuales internacionales. Precisamente en la vida casi centenaria de nuestro insigne patrono destacan, además de la compilación de las “Decretores” de Gregorio IX, sus notables empresas socio-religiosas que emprendió con Jaime I en el mundo musulmán debido a la estrecha relación comercial de la Corona de Aragón con el norte de África así como a la gran cantidad de súbditos de religión islámica asentados en los reinos hispánicos, impulsando asimismo la evangelización de los judíos en tierras de Cataluña. Con este objetivo, el maestro Raimundo de Peñafort fundó una escuela de estudios árabes en Túnez en 1245 y el *Studium* en Murcia en 1266. Este eminente canonista catalán, santo y sabio es, por tanto, un paradigma de las inquietudes cristianas del siglo XIII y un ejemplo para las generaciones posteriores que, procedentes de distintas latitudes y muy diferentes culturas, viven en una interrelación creciente.

# 1. Introducción

El comercio internacional ha experimentado una expansión sin precedentes desde el final de la segunda guerra mundial, favorecido, entre otros factores, por las grandes posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías y la mejora de los transportes. El intercambio de bienes, los movimientos de capital, la deslocalización y la internacionalización de las empresas ha desembocado en la globalización de la economía. Este proceso de globalización, que se consolidó en los años noventa con la implantación del multilateralismo comercial frente al bilateralismo hasta entonces imperante en el comercio mundial, se ha convertido en el telón de fondo de nuestra información cotidiana.

Cuando una empresa decide proyectarse hacia el exterior no solo tendrá que realizar una cuidadosa selección de los mercados donde operar con mayores garantías de éxito sino también plantearse su estrategia jurídica. A este respecto, los principales instrumentos jurídicos de los que dispone son el contrato internacional y la inversión directa en el exterior, cuyo desarrollo es, por lo que se refiere a España, una de las armas estratégicas de nuestra política comercial.

El contrato internacional, que podemos definir como aquel que se desenvuelve fuera del espacio homogéneo de un solo ordenamiento jurídico, plantea una complejidad especial y presenta una serie de diferencias cualitativas con respecto a un contrato interno debido, fundamentalmente, a que se desarrolla en un espacio mundial presidido por un conjunto de normas de origen tanto nacional, internacional como transnacional, condicionando dicho pluralismo jurídico su regulación.

La expresión “pluralismo jurídico” no es un concepto unívoco sino que puede hacer referencia tanto a la disparidad de concepciones político-jurídicas que existen en una sociedad democrática, a los diversos regímenes jurídicos para distintos tipos de personas –civiles, militares, clérigos, determinados grupos étnicos–, como al plural sistema de fuentes del Derecho por su origen, que es el significado que le damos en la presente lección, en la que se pretende exponer las líneas generales en torno a la incidencia de dicho pluralismo sobre la regulación de los problemas jurídicos derivados del contrato internacional<sup>1</sup>, intentando responder a la pregunta de si existe un ordenamiento jurídico

---

<sup>1</sup> La bibliografía sobre las cuestiones abordadas en esta lección es inabarcable. En ella solo se recogen las obras que han sido utilizadas por el autor como punto de referencia constante e inmediato. El lector interesado en continuar la investigación podrá encontrar, a su vez, en muchas de ellas amplias referencias bibliográficas.

transnacional no estatal, del que puedan emanar normas adaptadas a los contratos internacionales.

## 2. ¿A qué llamamos ordenamiento jurídico?

Desde la óptica del uso del lenguaje, la expresión “ordenamiento jurídico” se utiliza con significados diferentes, empleándose para designar tanto al Derecho del Estado o al Derecho de la Unión Europea como a las distintas ramas del Derecho o incluso para indicar el conjunto normativo que rige un contrato concreto entre dos personas determinadas. En todos estos casos, la expresión “ordenamiento jurídico” se puede sustituir por el término “Derecho” y éste a su vez por “normas jurídicas”, dificultando la comprensión del concepto “ordenamiento jurídico”.

No menos confusa se presenta esta cuestión desde el punto de vista teórico, encontrándonos con distintas posiciones al respecto. En primer lugar, las tesis sociológicas (GIERKE, EHRLICH) que ven ordenamientos jurídicos por todas partes, siempre que se encuentre un grupo humano, incluso aquellos organizados para delinquir, como es el caso de la mafia (SANTI ROMANO). No hay duda de que estas tesis son representativas de la teoría de la pluralidad de ordenamientos jurídicos. Este pluralismo sociológico plantea el problema de sus límites en el sentido de que si a todo grupo social se le adscribe un ordenamiento, entonces habrá que aceptar que existen tantos ordenamientos jurídicos como grupos sociales, lo que conduce al absurdo pues sería imposible delimitar los ordenamientos jurídicos de otros tipos de órdenes, como puede ser la costumbre o la moral social.

Ahora bien, la concepción pluralista de EHRLICH se explica muy bien si se tiene en cuenta que nació y vivió muchos años en Czernovitz, capital de Bucovina. Esta región, situada entonces en la parte más oriental del Imperio austro-húngaro, hoy perteneciente a Ucrania, se caracterizaba por estar habitada nada menos que por nueve etnias diferentes: armenios, alemanes, judíos, rumanos, rusos, rutenos, eslovacos, húngaros y gitanos; y constituyó para EHRLICH un campo de observación, que le empujó a mantener su tesis de que el derecho realmente vivido por los diversos pueblos es plural y no coincide con el Derecho oficial del Estado<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Cfr., ROBLES, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas, (Ensayo de Teoría Comunicacional del Derecho)*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, (Navarra), 2007. Págs. 20 y 21.



Günter TEUBNER ha desarrollado la concepción pluralista de EHRlich con la que pretende explicar los fenómenos característicos del llamado “derecho global”, especialmente el concerniente a la *Lex Mercatoria*. Este derecho global es el característico de la sociedad mundial, a la que TEUBNER llama “Bucovina global”, y cuya nota principal es que se manifiesta en múltiples fenómenos de pluralismo jurídico. En concreto, este autor identifica en nuestros días hasta siete procesos de derecho global, entre los que incluye además de la *Lex Mercatoria*, los regímenes jurídicos internos de las empresas multinacionales, el derecho laboral en el que empresas y sindicatos actúan como *dominant law-makers*, la estandarización técnica y la autoregulación profesional, los derechos humanos, la ecología y La *lex sportiva internationalis*<sup>3</sup>. Este planteamiento de TEUBNER desemboca en la idea de que el derecho del Estado se ve superado por nuevos fenómenos, y que, en lugar de un marco de “jerarquía de normas”, emerge con fuerza en la sociedad mundializada un marco de “heterarquía” con una pluralidad de fuentes sociales del derecho e incluso de “gobiernos privados”.

En una crítica a la tesis de la llamada “Bucovina global” de TEUBNER, G. ROBLES se plantea que, si se acepta que en efecto hay un derecho global ¿cómo es posible que la explicación adecuada del mismo, como sostiene TEUBNER, venga de la mano del pluralismo jurídico? Si hay, como sostiene TEUBNER, diversos procesos de globalización en la sociedad civil, cada uno de los cuales da lugar, por su propia naturaleza, a un derecho global, habría que aceptar que más que un derecho global, estamos ante una pluralidad de derechos globales en determinadas materias, al margen de los ordenamientos jurídicos “tradicionales”, como son el Derecho de los Estados y el Derecho internacional<sup>4</sup>.

Frente a las posiciones sociológicas, así como frente a las tesis estatistas (HEGEL, AUSTIN), que sostienen que solo son ordenamientos jurídicos los ordenamientos estatales, la Teoría Comunicacional del Derecho, como análisis del lenguaje de los juristas, adopta una posición menos esencialista y más pragmática, considerando como ordenamiento jurídico aquellas realidades a las que denomina así la inmensa mayoría de los juristas. Si estos están de acuerdo en llamar “ordenamiento jurídico” a determinadas realidades, y no a otras, será por algo, sostiene G. ROBLES, quien añade que “el consenso lingüístico es indicativo de que, tras las palabras, se encuentran realidades que tienen rasgos

---

<sup>3</sup> Gunter TEUBNER, “Global Bukowin: Legal Pluralism in the World Society”, en Gunter TEUBNER (ed), *Global Law Without a State*, Ashgate, Burlington, 1997, reimpr. 2004. págs.3-28. Ver también el prólogo de Teubner.

<sup>4</sup> Véase ROBLES MORCHÓN, G., Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas, *op. cit.*, pág. 22.

comunes”. Al igual que el lenguaje ha generado múltiples lenguas, el Derecho ha generado una pluralidad de ordenamientos jurídicos<sup>5</sup>.

Conforme a este planteamiento, nos encontraríamos ante un ordenamiento jurídico cuando tenga autonomía institucional, esto es, un sistema de poderes que tenga competencia de organizar todo el conjunto con independencia de cualquier otro sistema de normas, y autonomía de fuentes, en el sentido de generar sus propias normas y cuya validez no deriva de otro conjunto normativo.

Si se acepta la existencia de una pluralidad de ordenamientos<sup>6</sup>, sería una exigencia ineludible de la “aldea global” en la que vivimos, y en la que los ordenamientos conviven en relaciones cada vez más intensas y estrechas, que los juristas tengan hoy una idea muy clara de las diversas cuestiones que suscitan las relaciones entre los mismos<sup>7</sup>. Entre las disciplinas que, por su objeto, se han enfrentado al problema de las relaciones entre ordenamientos, se encuentra el Derecho internacional privado, cuyas normas presuponen la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos y tienen como función regular la coexistencia de los diversos ordenamientos jurídicos en el espacio.

Por otro lado, y puesto que los ordenamientos jurídicos no responden todos al mismo patrón, debemos preguntarnos cuáles son los principales tipos de ordenamiento. En relación con esta cuestión, podemos distinguir, en función del criterio de su génesis fáctica, entre ordenamientos originarios como el Derecho del Estado y el Derecho de la Iglesia; y ordenamientos derivados, como el Derecho internacional y el Derecho de la Unión Europea; Desde el punto de vista de ser respuesta a la vida social de los hombres, podemos hablar de ordenamientos necesarios, como el Derecho del Estado o el ordenamiento jurídico internacional; y ordenamientos contingentes, como el Derecho de la Unión Europea o el Derecho de la Iglesia, en la medida en que no son necesarios para la convivencia, aunque puedan ser muy importantes desde otros puntos de vista. Por último, desde el punto de vista jurídico de su validez, los ordenamientos jurídicos independientes o autónomos, como el ordenamiento jurídico estatal, el Derecho Internacional o el Derecho de la Unión Europea, son aquellos cuya validez y la de los elementos que lo componen (normas, actos,

---

<sup>5</sup> Véase, G. ROBLES, *Teoría del Derecho, (Fundamentos de la Teoría comunicacional del Derecho)*, Thomson-Reuters, 3ª edición, Cizur Menor, (Navarra), 2011, págs. 738 ss.

<sup>6</sup> Lo que no quiere decir que no haya elementos comunes, pudiéndose agrupar en familias jurídicas, cuyo estudio corresponde al Derecho comparado.

<sup>7</sup> Véase, G. ROBLES, *Teoría del Derecho...*, *op. cit.*, págs. 750.

etc.) no dependen de otros ordenamientos. Por el contrario, cuando afirmamos que un ordenamiento es dependiente, como los ordenamientos jurídicos de los Estados federados, significa que derivan su validez de otro, que es el que le da vida jurídica y sin el cual no se entiende su validez ni la de los elementos que lo componen<sup>8</sup>.

### 3. Contrato internacional y pluralismo de fuentes del Derecho

La dispersión internacional de los elementos de un contrato internacional condiciona el régimen jurídico del mismo en la medida en que la diversidad de ordenamientos jurídicos internos da lugar a la existencia de conflictos de jurisdicciones y conflictos de leyes. Limitándonos a estos últimos, los distintos derechos internos muestran, de hecho, diferencias a la hora de regular las distintas cuestiones relativas a los contratos, desde la formación de los mismos hasta los hechos que dan lugar a responsabilidad por incumplimiento y los remedios frente al mismo. Esta diversidad legislativa ha planteado desde antiguo la cuestión de la ley aplicable a los contratos. El desarrollo del comercio internacional a lo largo de los últimos siglos ha conducido a los Estados a establecer, ya sea autónomamente o mediante convenio, normas de conflicto de leyes o normas materiales uniformes comunes en la materia, evitando así los problemas derivados de la existencia de normas estatales diferentes.

Aunque las normas de conflicto, tanto de fuente interna como internacional, dejan un gran margen de libertad a las partes para elegir la ley aplicable al contrato internacional, la técnica conflictual resulta en ocasiones insuficiente para resolver adecuadamente los problemas derivados del mismo. En primer lugar, porque dicha técnica conduce a resolver mediante normas internas, concebidas para supuestos internos, situaciones privadas internacionales. En segundo lugar, las partes en un contrato internacional suelen pertenecer a ordenamientos jurídicos contruidos sobre conceptos divergentes e incluso contradictorios, poco dispuestos a someterse a unas normas internas que no conocen y que en muchas ocasiones difieren de las propias, lo que genera una gran inseguridad. La respuesta a estos problemas ha sido, de una parte, la creación de un Derecho uniforme del comercio internacional desvinculado de los derechos nacionales y adecuado a las necesidades del contrato internacional y, de otra, la tendencia de las partes en un contrato internacional a “deslocalizar”

---

<sup>8</sup> Véase, G. ROBLES, *Teoría del Derecho...*, *op. cit.*, págs. 759 a 753.

sus relaciones contractuales sometándose a los “usos y prácticas del comercio internacional” (Nueva *Lex Mercatoria*), que los operadores del comercio internacional consideran más adaptados a sus intereses y expectativas que el Derecho nacional.

Con carácter previo al análisis del alcance de cada uno de estos conjuntos normativos, debemos detenernos en el propio contrato como mecanismo de producción de normas.

### 3.1. El contrato como mecanismo de creación de normas

Se olvida con frecuencia que el contrato es un mecanismo de creación de normas individuales necesarias para la realización del proyecto de las partes<sup>9</sup>. A este respecto, no es contrario a la más estricta Teoría del Derecho admitir el efecto creador de normas individuales de un contrato incluso cuando está sometido a un ordenamiento jurídico. En efecto, la sumisión de dichas normas individuales a normas superiores no es una condición de su validez sino un elemento contingente de su condición, fundamental es cierto, pero no sistemáticamente realizado en las relaciones internacionales. Por otro lado, al desenvolverse las relaciones que constituyen la trama del comercio internacional fuera del espacio homogéneo de un ordenamiento jurídico, las normas individuales surgidas de una relación contractual internacional se encuentran con frecuencia establecidas sin que se haya previamente determinado el ordenamiento jurídico con respecto del cual se pueda apreciar su validez.

Pero lo habitual en el ámbito de las relaciones contractuales internacionales es que el contrato internacional aparezca a menudo voluntariamente desligado de un ordenamiento jurídico. Pensemos en los casos, muy frecuentes en la práctica del comercio internacional, en los que se acude al arbitraje internacional. En estos supuestos suele ser habitual que el contrato se rija por un conjunto a veces difuso de normas jurídicas designadas por las partes o elegidas por los árbitros, sin que se pueda deducir la inserción del mismo en los engranajes de ordenamiento jurídico alguno.

---

<sup>9</sup> Veáse JACQUET, J.M., DELEBECQUE, Ph., CORNELUP, S., *Droit du commerce international*, Dalloz, París, 2007 págs. 17 a 22, esp. pág. 17.

Es cierto que algunas relaciones contractuales, sin equivalente a nivel interno<sup>10</sup>, pueden estar sometidas, en virtud de la cláusula de elección del derecho aplicable, a la ley de un Estado. Ahora bien, esta ley cumple fundamentalmente una función de apoyo o de reserva de normas o principios generales aplicables a un contrato que se presenta como la fuente casi exclusiva de las normas que se imponen a las partes. En dichas situaciones resulta más claro que el contrato es un mecanismo de creación de normas necesarias para la realización del proyecto de las partes.

Al margen de todo ello, el contrato, fuente de derechos y obligaciones que derivan de las normas que contienen y que vinculan a las partes, puede constituir modelos aptos para una cierta generalización a través de los Contratos-modelo, los contratos-tipo y las cláusulas contractuales<sup>11</sup>.

### 3.2. El Derecho estatal

El Derecho estatal sigue siendo una fuente irrefutable del Derecho del comercio internacional. Ello se explica, en primer lugar, porque al ser sus protagonistas agentes privados o los propios Estados, son los ordenamientos jurídicos nacionales los que tienen competencia para regir sus relaciones contractuales, disponiendo de normas, tanto materiales como de conflicto, para resolver la mayoría de las cuestiones que las mismas planteen. Incluso si los agentes del comercio internacional pueden desenvolverse en un espacio jurídico propio, el espacio jurídico transnacional, nada obliga en general a las partes a valerse de las normas surgidas en dicho espacio. El contexto donde se ha celebrado su contrato, las cláusulas del mismo, el juez llamado a pronunciarse llegado el caso, son todos ellos factores que abogan por mantener el contrato bajo el imperio de un Derecho estatal.

Además, hay que tener en cuenta que no siempre nos encontramos en un contexto de pluralismo jurídico, es decir, ante la disponibilidad simultánea de dos o más cuerpos de normas potencialmente aplicables a una misma relación jurídica. De igual modo que puede ocurrir que el Derecho transnacional contenga normas que no existen en éste o aquel Derecho estatal, también puede ocurrir que solamente el Derecho estatal contenga las normas necesarias

---

<sup>10</sup> Ver el caso de los contratos de lanzamiento de satélites citado, en JACQUET, J.M. y otros autores., *op. cit.*, pág. 18 nota 3.

<sup>11</sup> En torno a esta capacidad de expansión del Derecho contractual, veáse JACQUET y otros autores, *op. cit.*, págs. 19 y ss.

para la realización del proyecto de las partes. Incluso a los más entusiastas de la *Lex Mercatoria* les resulta difícil defender que pueda por sí misma resolver todos los litigios derivados del comercio internacional sin recurrir a otro cuerpo de normas jurídicas. Los principios de la *Lex Mercatoria* no cubren todas las cuestiones del derecho contractual. Algunas cuestiones, como la capacidad para contratar, deben someterse siempre a un derecho interno. Además, las cuestiones que competen a la ley o al orden público como los impuestos, las normas sobre competencia, y las cuestiones relativas al medio ambiente siempre deben resolverse conforme a la ley del foro<sup>12</sup>. Por otro lado, cualquiera que sea el grado de liberalismo alcanzado por las legislaciones nacionales en el campo económico, lo habitual es que estos intenten imponer sus normas a la voluntad de las partes con la finalidad de que no se vean afectados determinados intereses generales del Estado.

Los contratos internacionales no se desenvuelven en un *vacuum juris*, pudiendo afirmar la vocación del Derecho estatal a jugar el papel de *Lex contractus*. Al declarar en una decisión célebre que “todo contrato está necesariamente ligado a la ley de un Estado”, el Tribunal de Casación francés quería recordar que la sujeción de los contratos a la ley de un Estado suele ser lo habitual y normalmente previsible y, por lo general, racionalmente fundado. El Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales mantiene, como se expone más adelante, la misma solución. Ahora bien, la designación de una ley estatal para regir el contrato se impone no solamente en base a una preeminencia de partida del Derecho estatal sino también en atención a las ventajas que ello conlleva, entre las que se debe destacar que la sumisión de los contratos a la ley de un Estado determinado implica prescindir de otras leyes potencialmente aplicables. Si una de las leyes en presencia es la *proper law of the contract*, utilizando la noción inglesa, quiere decir que las otras no lo son<sup>13</sup>.

### 3.3. El Derecho internacional

La mundialización de la economía amplía el abanico de los problemas jurídicos ligados al comercio internacional a los que se enfrenta la comunidad internacional. Así, la Organización Mundial del Comercio (OMC), ha tenido

---

<sup>12</sup> Véase., DRAETTA, U. y LAKE, R., *Contrats internationaux: pathologie et remèdes Paris, Forum Européen de la Communications*, E. Bruylant, 1996, Bruxelles, pág. 41.

<sup>13</sup> En torno a estas cuestiones véase JACQUET y otros autores, *op. cit.*, pág. 37 así como la referencia al asunto *Messageries maritimes* (Civ., 2 junio 1950), con comentario de BATIFFOL, en la *Revue Critique de Droit International Privé* 1950. 609 y V. O.KAHN-FREUND, “La notion anglaise de la *proper law of the contract* devant les juges et devant les arbitres”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1973. 607 y ss.

que adoptar una estrategia común y regular, en determinadas cuestiones que no pertenecen a lo que se considera tradicionalmente el núcleo central del comercio internacional, como el medio ambiente, la salud, la defensa de la competencia o la dimensión social del comercio internacional. Es en este contexto donde se sitúa el Derecho internacional económico, que tiene como finalidad esencial proporcionar aquellas normas y principios jurídicos que favorezcan la seguridad, la lealtad y la justicia en las relaciones comerciales de carácter privado dotando al sistema económico internacional de un mayor grado de eficacia y, a ser posible, de equidad. (Macroregulación del comercio internacional)<sup>14</sup>.

En segundo lugar, otro de los aspectos que interrelacionan el Derecho aplicable al contrato internacional con el Derecho internacional es el relativo a los contratos de Estado o la cuestión del Derecho aplicable al fondo de las controversias derivadas del arbitraje de inversiones<sup>15</sup>. Aunque los tribunales locales son por lo general los competentes para decidir sobre diferencias surgidas de este tipo de inversiones, la mayoría de los países que son partes en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APRIs) consienten, a fin de evitar la politización inherente a los procedimientos clásicos de la protección diplomática<sup>16</sup>, que los inversores privados recurran a un arbitraje internacional en caso de diferencias con el Estado receptor así como que los inversores privados recurran contra el Estado receptor que infrinja el acuerdo de acudir a un arbitraje internacional.

Aunque la cuestión relativa a la determinación del Derecho aplicable en el arbitraje de inversiones no es pacífica, se aplica por lo general el Derecho internacional, que en este contexto se considera como un orden jurídico sustantivo en el que los tribunales arbitrales pueden basar sus decisiones. Ello es así no sólo si las partes lo han acordado o si la legislación del Estado parte

---

<sup>14</sup> El Derecho del comercio internacional tiene como finalidad regular, por el contrario, las operaciones mediante las que se realizan los intercambios comerciales (Microregulación del comercio internacional).

<sup>15</sup> En torno a esta cuestión, véanse las consideraciones expuestas por J.C. FERNÁNDEZ ROZAS en el prólogo a la obra de ZAMBRANA TÉVAR, N., *La determinación del Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2003, págs. 17 a 22.

<sup>16</sup> Así, el art. 27 del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI) (BOE, nº 219, de 13 de septiembre de 1994) establece que “Ningún Estado contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación alguna respecto de cualquier diferencia que uno de los nacionales y otro Estado contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no hay a acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo”.

en la controversia dispone su aplicación, sino cuando la materia objeto de la controversia se regula directamente por el Derecho internacional<sup>17</sup>. De esta manera, el arbitraje de inversiones, fundamentado en Tratados –normalmente entre los inversionistas y el Estado receptor– que constituyen verdaderos sistemas jurídicos autosuficientes, incide sobre el mismo concepto de fuentes aplicables y sobre la relación del Derecho internacional con el derecho interno del Estado receptor<sup>18</sup>.

### 3.4. El Derecho comunitario

El derecho contractual de los Estados miembros de la Unión Europea está condicionado por el Derecho comunitario, originario o derivado. Esta influencia es perceptible tanto a nivel de normas materiales y normas de conflicto como a nivel de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en materia de contratos .

Uno de los pilares básicos del régimen jurídico de los contratos internacionales en el ámbito de la Unión Europea es el Reglamento (CE) sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>19</sup> (Reglamento Roma I). Este texto se inscribe entre las medidas adoptadas por la Comunidad Europea en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior. Éste exige que las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio. El carácter universal de dicho Reglamento (art.2) y su amplio ámbito de aplicación material –las obligaciones contractuales en general– hacen que sea la pieza básica del modelo español de Derecho internacional privado en materia contractual<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> En concreto, el art. 42.1 del Convenio de Washington de 1965 dispone que “El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas acordadas por las partes. A falta de acuerdo, El Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

<sup>18</sup> Cfr. J.C, FERNÁNDEZ ROZAS en ZAMBRANA, *op. cit.*, págs. 21 y 22.

<sup>19</sup> Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) publicado en el DO núm. L 177, de 4 de julio de 2008. Este Reglamento está en vigor en todos los Estados miembros de la UE –con excepción de Dinamarca (cdo. 46)– desde el 17 de diciembre de 2009.

<sup>20</sup> Ello explica que, en la práctica, las fuentes internas en la materia –arts. 10.5, 10.6, 10.8, 10.10 y 11 del Código civil– hayan pasado a tener un importancia residual.



El Reglamento Roma I designa la ley aplicable a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, excluyendo de su ámbito de aplicación determinadas materias (art. 1). La expresión “Ley aplicable”, utilizada en el Reglamento Roma I debe entenderse referida a normas estatales. No obstante, en los trabajos preparatorios del mismo se planteó la posibilidad de que las partes pudiesen elegir como ley aplicable al contrato la *Lex Mercatoria*, los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (PCCI) o los Principios del Derecho Contractual Europeo (PDCE) pues “es práctica cada día más corriente en materia de comercio internacional que las partes se refieran no a la ley de tal o cual Estado, sino directamente a las normas de un convenio internacional, como el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, a los usos del comercio internacional, a los principios generales del Derecho, a la *Lex Mercatoria* o, incluso, a recientes codificaciones privadas como los PCCI sobre los contratos del comercio internacional”<sup>21</sup>. No obstante, el considerando 13 del Reglamento Roma I sí permite a las partes incorporar por referencia a su contrato un derecho no estatal o un convenio internacional y, por otro lado, el considerando 14 deja abierta la puerta a que las partes puedan elegir como derecho aplicable normas de derecho material de los contratos contenidas en un futuro instrumento adoptado por la Comunidad, en clara alusión al Borrador del Marco Común de Referencia (en adelante, BMCR).

En virtud del Reglamento Roma I, la ley del contrato (*lex contractus*) –ya sea la elegida por las partes conforme al art. 3 o en defecto de elección, la que presente los vínculos más estrechos conforme a los arts 4 y ss– rige, entre otros aspectos del contrato<sup>22</sup>, el cumplimiento y las consecuencias del incumplimiento total o parcial de las obligaciones que nacen del mismo (art. 12.1.b y c Reg. Roma I).

### 3.5. El Derecho convencional uniforme

No se puede negar que el contexto internacional de un contrato exige, al menos en ciertos aspectos, una reglamentación específica. No es una casualidad que

---

<sup>21</sup> Cfr., Libro Verde sobre la Transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización, COM (2002) 654 final, apartado 3.2.2. Desde distintos ámbitos se ha lamentado este cambio de dirección, Vid., por ejemplo, Cf. PERALES VISCASILLAS, P., “PCCI y PDCE en el arbitraje internacional”, en FERRER VANRELL, M:P; MARTINEZ CAÑELLAS, A., (dir.), Principios de Derecho contractual Europeo y *Principios sobre contratos comerciales internacionales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 164.

<sup>22</sup> En torno a las cuestiones reguladas por la *lex contractus* conforme al Reglamento Roma I, vid., CALVO CARAVACA, L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, pp. 587 a 591.

la armonización del Derecho de los Estados miembros la Unión Europea haya sido una respuesta a la necesidad de reducir los obstáculos a los intercambios comerciales. Tampoco cabe ignorar las dificultades generadas por la necesidad de resolver los conflictos de leyes derivados de la diversidad de derechos estatales. Teniendo en cuenta lo anterior, el Derecho uniforme se presenta como una alternativa importante a la aplicación de normas estatales a los contratos internacionales, llegando a afirmar algunos autores que la opción por esta vía de unificación se explica por el interés de los Estados en influir en el proceso de creación del Derecho<sup>23</sup>.

Aunque sea legítimo aspirar a una unificación global del Derecho del comercio internacional<sup>24</sup>, esta vía de unificación del Derecho solamente alcanza a determinados ámbitos del comercio internacional, entre los que se encuentra el de los contratos de compraventa. Quizá ello se deba a la dificultad para encontrar un punto de entendimiento entre los distintos Estados, con tradiciones, objetivos e intereses diferentes. En este sentido el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías es una muestra de sincretismo jurídico pues contiene soluciones procedentes de diferentes tradiciones jurídicas, de ahí el gran número de ratificaciones que ha cosechado.

Otra razón que explica el alcance limitado del Derecho Uniforme es la inexistencia de una jurisdicción internacional que pueda imponer una interpretación uniforme del mismo. Desde el momento en que los distintos convenios están sujetos a interpretaciones diferentes, es esencial que a la hora de interpretar estos textos se reduzca el peso de conceptos estrechamente vinculados a la cultura jurídica nacional. Consciente de esta limitación el *Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías* dispone que para la interpretación de las disposiciones del convenio, se deberá tener en cuenta “su carácter internacional, la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación así como asegurar el respeto de la buena fe en el comercio internacional” (art. 7, 1).

### 3.6. Las reglas transnacionales

Las dificultades que conlleva la unificación o armonización del Derecho, ha llevado a los Estados a impulsar otras vías más flexibles de producción jurídica

<sup>23</sup> Cfr. JACQUET, pág. 47, así como la nota 2, citando a B.OPPETIT, “Le droit international privé, droit savant”, *Recueil des Cours de la Academia de Internacional de La Haya*, 1992, II. T. 134, págs. 339 y ss., esp. pág. 422.

<sup>24</sup> Véase M. J.BONNELL, “Do we need a global commercial code?”, en *Uniform Law Review*, 2000-3, pág. 469 y ss.

como las reglas transnacionales<sup>25</sup>, que surgen al margen de los Estados o del ordenamiento jurídico internacional. A diferencia de los usos del comercio internacional, estas reglas no surgen espontáneamente sino que son fruto, por lo general, de un proceso de elaboración colectivo, ya sea por la vía de la codificación o la elaboración de leyes modelo, llevado a cabo por organismos privados, como la Cámara de Comercio Internacional, o por organizaciones internacionales, como la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (UNCITRAL).

El recurso a la codificación, término que debe entenderse en este contexto más en el sentido de codificación-innovación que en el de codificación-compilación, no se explica solo por razones técnicas sino también políticas. Así, por ejemplo, un estudio en profundidad de la codificación de los Incoterms realizada por la Cámara de Comercio Internacional ha mostrado a las claras que no se reduce a un catálogo fiel de determinadas prácticas o usos del comercio internacional sino que comprende obligaciones que derogan la práctica contractual dominante, actuando dicho organismo privado como una verdadera autoridad de promulgación de nuevas reglas, inspiradas en la práctica, pero apartándose en ocasiones de la misma de una manera sustancial con la finalidad de responder mejor a los intereses de los operadores del comercio internacional. Esta manera de proceder se ha defendido argumentando que la utilidad de una codificación que renuncia a cualquier dosis de innovación sería débil en un medio donde las innovaciones son frecuentes.

Lo mismo puede decirse en relación con los *Principios de Unidroit sobre los contratos internacionales* o los *Principios del Derecho Europeo de Contratos*, desde el momento en que se inspiran en la *Lex Mercatoria*, en las enseñanzas que aportan el derecho comparado y en las necesidades de los destinatarios de dichos principios. Es cierto que sus artífices pueden considerarse neutrales, ya que no realizan su tarea ni en calidad de miembros de una organización profesional o corporativa ni en nombre del Estado, pero todo ello no debe hacernos olvidar que pertenecen a una comunidad científica que puede determinar fuertemente su manera de pensar<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Entre los distintos significado del vocablo “regla” se encuentra “aquello que ha de cumplirse por estar así convenido por una colectividad”, cfr., Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22ª edic., Madrid, 2001.

<sup>26</sup> Véase JACQUET, *op. cit.* págs. 54 y 55 así como la bibliografía recogida en la nota 2 de esta última página.

Por lo que se refiere a las reglas transnacionales contenidas en contratos-tipo, códigos de conducta o leyes-tipo, éstas proporcionan a las empresas y comerciantes un modelo de contrato o de condiciones generales que responde a sus necesidades y expectativas. Este derecho contractual normalizado solamente se transforma en Derecho por obra de la voluntad de las partes. Ahora bien, al ocurrir así solamente acceden al rango de derecho contractual, pero no al rango de Derecho de los contratos ya que no corresponde a la voluntad de las partes privadas el crear directamente normas de derecho objetivo<sup>27</sup>.

#### 4. La *Lex Mercatoria*

Aunque existen precedentes anteriores<sup>28</sup>, entre los pioneros de la teoría de la *Lex Mercatoria* destaca el Profesor B.GOLDMAN<sup>29</sup>, quien en un estudio aparecido en 1964 en los *Archives de Philosophie du Droit*, y centrandó su atención en los contratos-tipo y en los usos codificados, advertía la existencia de un trasfondo de elementos normativos, consistente en un “derecho consuetudinario del comercio internacional”, una nueva la *Lex Mercatoria*, reminiscencia del derecho mercantil medieval, respecto de la que se buscaría en vano si los árbitros la constatan o la elaboran. Estos elementos normativos eran, en opinión de este autor, prueba patente de la búsqueda constante por parte de los árbitros de un derecho “transnacional” que, aunque incompleto, regiría, al margen de toda intervención del Estado, el conjunto de las relaciones comerciales internacionales. Posteriormente al audaz edificio levantado por el Profesor B.GOLDMAN, diversos autores se han esforzado en proporcionar un esquema de explicación satisfactoria de la teoría de *Lex Mercatoria*<sup>30</sup> como tampoco

---

<sup>27</sup> Cfr. JACQUET, *op. cit.*, pág. 56.

<sup>28</sup> Ya en 1928 M.ISHIZAKI llamó la atención sobre la existencia de un derecho corporativo que, compuesto de un conjunto de usos y costumbres surgidos de la práctica del comercio internacional, tendría vocación a regir las ventas internacionales de la seda. Véase., M. SHIZAKI, *Le droit corporatif international de la vente de soies*, París, Giard, 1928, vol.I, págs. 6-7, citado en OSMAN, *op. cit.*, pág. 10, nota 14.

<sup>29</sup> Vid., B.GOLDMAN, “Frontières du droit et lex mercatoria”, *Archives de philosophie du droit*, Sirey, 1964, págs. 177 y ss. Entre la amplísima bibliografía existente en torno a esta cuestión, ver también J.M. MOUSSERON, “Lex mercatoria, bonne mauvaise idée ou mauvaise bonne idée?”, en *Mélanges L.Boyer*, Toulouse, PU sciences sociales de Toulouse, 1996, págs. 469 y ss.

<sup>30</sup> Entre ellos, destaca la obra de F. OSMAN, f., *Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria, Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, Paris 1992. Esta obra, que contiene un estudio riguroso del derecho común transnacional aplicable a todos los contratos internacionales, descansa en un conocimiento impresionante de los laudos arbitrales y de la literatura a ellos consagrado, pudiendo considerarse un verdadero tratado del derecho de obligaciones, revisado y corregido a la luz de la *Lex Mercatoria*.

han faltado sus detractores así como autores favorables a la misma pero cuya aprobación es más matizada y con reservas<sup>31</sup>.

Se presume que existe un conjunto considerable de principios consuetudinarios y de reglas detalladas que se aplican generalmente a los contratos de comercio internacional. Este corpus de reglas y principios, la *Lex Mercatoria* o nueva ley de los mercaderes, ha sido calificada, por cierto sector de la doctrina, principalmente en Europa continental, como un naciente sistema jurídico, autónomo y distinto de los derechos nacionales. Sin embargo, otro sector se ha opuesto firmemente a la teoría según la cual la *Lex Mercatoria* es un sistema de derecho autónomo. Estos últimos autores sostienen que la “deslocalización” no es posible ya que todo contrato debe regirse por un concreto derecho interno, ya sea elegido por las partes o designado por las normas de conflicto aplicables. Según esta línea de pensamiento, toda aplicación al contrato de un uso o de una práctica del comercio internacional se debe hacer de conformidad al Derecho nacional aplicable al contrato.

Sin ánimo de profundizar aquí en torno a esta enconada polémica sobre la naturaleza jurídica de la Nueva *Lex Mercatoria*<sup>32</sup> y, más en concreto, a si las partes en un contrato internacional pueden someter el mismo a un sistema jurídico distinto de un derecho interno, lo cierto es que, a nivel de contencioso estatal, el tribunal debe juzgar con arreglo a las normas designadas por el Derecho internacional privado de su Estado y, por lo que se refiere al sistema español de Derecho internacional privado, dichas normas solo permiten la aplicación de normativa estatal. A nivel de contencioso arbitral, en cambio, los árbitros deben resolver el litigio con arreglo a las normas indicadas por las partes, que pueden ser las reglas de la Nueva *Lex Mercatoria*, siempre que así lo permitan las normas que rigen el arbitraje. Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, el art. 34 de la Ley de Arbitraje<sup>33</sup> permite, al igual que otros textos internacionales en la materia<sup>34</sup>, que cuando el arbitraje sea internacional los árbitros decidan la controversia, ya sea conforme a normas estatales o conforme a normas no

---

31 Entre ellos, se encuentran DRAETTA, U. y LAKE, R., *Contrats internationaux: pathologie et remèdes*, *op. cit.*, págs. 38 y ss.

32 Por lo que se refiere a la amplísima bibliografía en torno a la *Lex Mercatoria* en la doctrina española y extranjera, véase la recogida por CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., en *Derecho internacional privado*, vol. II, décimosegunda edición, Edit. Comares, Granada, 2011, págs. 606 y 607.

33 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (*BOE* nº 309, de 26 de diciembre de 2003).

34 Nos referimos, en concreto, a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje comercial internacional de 1985 (art. 28.1), el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (art. 42.1) y a la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994 (arts. 9.2 y 10).

estatales, como principios generales de derecho contractual o la Nueva *Lex Mercatoria*, salvo los casos regulados por el Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional<sup>35</sup>, en virtud del cual los árbitros solo podrán decidir conforme a normas no estatales cuando las partes así se lo indiquen. Conviene tener en cuenta, a este respecto, que en la práctica internacional más del 80% de los contratos internacionales incluyen una cláusula compromisoria a favor de un arbitraje internacional de derecho privado<sup>36</sup>.

En cuanto al contenido de la *Lex Mercatoria*, se compone principalmente de contratos, usos y principios generales del derecho<sup>37</sup>, a los que habría que añadir las reglas transnacionales. Esta reglas, como los Incoterms de la CCI, proceden de la observación de las necesidades de dicho medio, de las enseñanzas de la práctica y de la apreciación más o menos científica sobre los que debe ser una política legislativa transnacional. Si es cierto que las reglas transnacionales elaboradas por organismos más o menos vinculados a la “sociedad de mercaderes” escapan a todo control de validez, no escapan, sin embargo, a un control de positividad que, por difuso que sea no es menos temible. Sería conveniente en efecto que las partes contratantes y los árbitros se refiriesen a ellas pues de lo contrario permanecerán como letra muerta, siendo esta la prueba de fuego de la veracidad de las reglas transnacionales<sup>38</sup>.

Estos elementos normativos transnacionales surgen de la actividad de los árbitros del comercio internacional, siendo su fuente de inspiración el principio de la buena fe, y provienen por lo general de la convergencia de las soluciones existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales así como de la recepción de dichas soluciones por la comunidad internacional de mercaderes. Ahora bien, las exigencias específicas del comercio internacional han impuesto soluciones originales a determinadas cuestiones. Por ejemplo, en lo que respecta al principio que obliga a renegociar de buena fe el contrato en los casos de circunstancias imprevistas o en los casos de fuerza mayor, cuestión que se aborda a continuación.

---

<sup>35</sup> Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961 (*BOE* n° 238, de 4 de octubre de 1975).

<sup>36</sup> Cfr., CALVO CARAVACA, L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, undécima edición, p. 763.

<sup>37</sup> En torno a la codificación de estos elementos normativos, véase P.BERGER, *The creeping Codification of the Lex Mercatoria*, The Hague, Kluwer Law International, 1999; “Central list of lex mercatoria principles, rules and standards”, [www.ILDB.de-list of Principles](http://www.ILDB.de-list of Principles).

<sup>38</sup> Cfr. JACQUET y otros autores, *op. cit.*, pág. 63.

## 5. El concepto transnacional de fuerza mayor

El debate en torno a si el conjunto de normas llamado *Lex Mercatoria* constituye un sistema jurídico autónomo ha sido, con algunas excepciones, un debate teórico, sin dedicar muchas energías para determinar los principios generales específicos a los que en realidad se remite dicho debate. Una vía más modesta y pragmática de resolver esta cuestión es intentar determinar en qué medida los usos y prácticas del comercio internacional tienen una identidad propia distinta de las instituciones equivalentes del derecho interno.<sup>39</sup> El concepto de fuerza mayor es, a este respecto, un buen banco de pruebas, máxime si se tiene en cuenta que la teoría de la “Nueva *Lex Mercatoria*” se ha construido básicamente en torno a este concepto y al concepto afín de *hardship* (excesiva onerosidad).

Al abordar los Derechos internos las cuestiones relativas a la fuerza mayor, lo han hecho tradicionalmente en relación a contratos, como la compraventa, en los que la prestación de las partes se debe cumplir en un periodo de tiempo relativamente corto. En cambio, los contratos internacionales son por lo general de largo duración y cumplimiento sucesivo. Por ello, los negociadores y redactores de los contratos internacionales han aportado sus propias soluciones, más estructuradas que las de los Derechos internos.

Desde la perspectiva del Derecho comparado<sup>40</sup>, en los ordenamientos jurídicos continentales la fuerza mayor se concibe como un suceso exterior e imprevisible al que no se le puede oponer resistencia y que hace totalmente imposible que se pueda cumplir la obligación independientemente de los acordados por las partes en el contrato. El concepto de fuerza mayor no existe, por el contrario, en los sistemas jurídicos angloamericanos ya que, conforme a la responsabilidad objetiva que impera en dichos sistemas, la regla tradicional es que los hechos posteriores a la firma del contrato que imposibiliten el cumplimiento de las prestaciones no exime al deudor de su obligación, al menos que las partes hubieran previsto lo contrario en el contrato. No obstante, esta regla ha ido atenuándose considerablemente existiendo hoy en día teorías afines gracias a los cuales el incumplimiento puede dejar de acarrear las correspondientes daños

---

<sup>39</sup> Este es, por ejemplo, el planteamiento de DRAETTA, U. y LAKE, R., en la obra *Contrats internationaux: pathologie et remèdes*. *op. cit.*, esp. págs. 13 y 1.

<sup>40</sup> Veáanse, este respecto, los comentarios al art. 8:108 de LANDO, O., y BEALE, H. (ed), *Principios de Derecho Contractual Europeo*, Parte II, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, págs. 563 ss).

y perjuicios en aquellos casos en los que ninguna de las partes sea realmente culpable del mismo<sup>41</sup>.

El concepto de fuerza mayor ha evolucionado en la práctica del comercio internacional adquiriendo un gran número de rasgos autónomos originales y aportando soluciones mucho más eficaces que las que ofrecen los Derechos internos. De hecho, la práctica totalidad de los contratos internacionales incluyen una cláusula de fuerza mayor<sup>42</sup>, cualquiera que sea la ley que lo gobierne, incluso cuando la ley aplicable al contrato sea la ley inglesa<sup>43</sup>. Un primer rasgo característico de estas cláusulas reside en el hecho que por lo general son muy detallistas y más elaboradas que las cláusulas de fuerza mayor del Derecho interno. En segundo lugar, las condiciones exigidas para que una determinada situación se considere de fuerza mayor son menos restrictivas que en los derechos internos. Así, por ejemplo, los requisitos relativos a la inocencia de una de las partes y a la inevitabilidad no son evaluados solamente de forma objetiva sino teniendo en cuenta la situación subjetiva de una de las partes así como su origen profesional específico. En otros casos, las situaciones de fuerza mayor se definen como aquellas que no hacen imposible necesariamente el cumplimiento de una obligación contractual pero obstaculizan el cumplimiento normal de la prestación o, desde un punto de vista industrial o comercial, la hacen muy difícil. Por ello resulta difícil distinguir entre esta situación y una situación de excesiva onerosidad (*hardship*). Incluso el requisito relativo al carácter imprevisible de la situación, siempre presente en Derecho interno, se atenúa o incluso desaparece totalmente. Otro rasgo característico de estas cláusulas es la obligación formal de informar a la otra parte de la situación de fuerza mayor, acarreado con frecuencia su inobservancia la imposibilidad de invocar esta para excusar el incumplimiento.

Por lo que se refiere al catálogo de situaciones que implican fuerza mayor en los contratos internacionales, se incluyen, además de las clásicas situaciones como las catástrofes naturales y las guerras, aquellas situaciones que impiden

---

<sup>41</sup> Nos referimos a las teorías de la imposibilidad del cumplimiento (impossibility), inexistencia de causa (frustration of purpose) y la "impracticability".

<sup>42</sup> Para un estudio en torno a las diferentes cláusulas contractuales que limitan o exoneran de responsabilidad en la práctica del comercio internacional, Véase, DRAETTA y LAKE, *op. cit.*, págs. 91 a 139.

<sup>43</sup> La expresión "force majeure" aparece siempre en francés, aunque el contrato esté redactado en otro idioma. Esto se debe al hecho de que, en este campo, los usos del comercio internacional se han inspirado en la tradición jurídica francesa.



a las partes cumplir sus obligaciones como consecuencia ya sea de la creciente intervención de los Estados o sus organismos en las actividades económicas (autorizaciones, aprobaciones, regulaciones y concesiones), o de disturbios sociales (huelgas, locks-outs) o de las dificultades relativas al abastecimiento de materias primas.

En cuanto a los efectos de estas cláusulas, exoneran a la parte contratante de su retraso o falta de cumplimiento de sus obligaciones debidas a dicha situación, no teniendo que responder de los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento, transfiriendo el riesgo del deudor al acreedor. La carga de la prueba de la existencia de la fuerza mayor recae casi siempre sobre la parte que la invoca. Tratándose de obligaciones de resultado, el deudor no será responsable del incumplimiento del contrato si aporta suficientes pruebas al respecto. Cuando se trate de obligaciones de medios, la otra parte debe además intentar probar la culpa del deudor.

A diferencia de lo que ocurre en los derechos internos, la práctica del comercio internacional intenta por todos los medios salvaguardar el contrato. Por ello, cuando la situación de fuerza mayor desaparece, el contrato vuelve a tener su eficacia normal y si dicha situación deviene permanente, algunas veces se dispone la resolución pero normalmente las partes deciden renegociar o recurrir al arbitraje con la finalidad de adaptar el contrato a las nuevas circunstancias.

Merece una mención especial el documento No. 421 de la Cámara de Comercio Internacional<sup>44</sup>, ya que contiene una cláusula de fuerza mayor para los contratos internacionales muy elaborada e inspirada en la definición de fuerza mayor recogida en el Convenio de Viena sobre los contratos de compraventa Internacional de mercaderías, que tiende a reconciliar las concepciones civilistas y del Common Law sobre el incumplimiento contractual<sup>45</sup>, no obstante, a esta definición se añade una lista no exhaustiva de hechos constitutivos de fuerza mayor. Conforme a la cláusula CCI, las consecuencias de la fuerza mayor son la exoneración de la responsabilidad en caso de incumplimiento, una ampliación

---

<sup>44</sup> Este, y otros modelos de Cláusulas de fuerza mayor utilizados en la práctica del comercio internacional, pueden consultarse en DRAETTA y LAKE, *op. cit.*, págs. 128 y ss.

<sup>45</sup> Conforme al art. 79 de dicho Convenio, una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que se debe "a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias".

razonable del periodo de tiempo durante el cual puede llevarse a cabo el cumplimiento, así como el derecho de ambas partes a rescindir el contrato si la situación de fuerza mayor persiste una vez finalizado dicho periodo.

Estos modelos de cláusulas demuestran claramente hasta qué punto está profundamente arraigado un concepto transnacional de fuerza mayor así como su aceptación en la práctica del comercio internacional, jugando a este respecto un papel muy importante la práctica arbitral de la CCI<sup>46</sup>.

## 6. Conclusión

De las reflexiones expuestas cabe afirmar que hoy es ya imposible sostener que el contrato internacional sea exclusivamente regulado por normas estatales, designadas por la norma de conflicto del tribunal que entienda del asunto, o por normas contenidas en convenios de Derecho uniforme. A ello hay que añadir las reglas transnacionales, de alcance, si se quiere modesto, pero tremendamente eficaz. Las fuentes del Derecho del comercio internacional son cada vez más numerosas y diversificadas, reflejando fielmente la situación a un mismo tiempo transnacional e interna de esta materia.

La respuesta a la pregunta de si existe un ordenamiento jurídico transnacional del que puedan emanar normas adaptadas a los contratos internacionales, al margen de los ordenamientos jurídicos estatales, ya sea positiva o negativa, no puede venir solamente de posiciones teóricas. Es también necesario un enfoque positivista, de manera que ofrezca un inventario y un estudio de las normas y reglas jurídicas que reivindican su pertenencia a la *Lex Mercatoria*.

A la luz de las consideraciones expuestas, resulta difícil encontrar elementos de solución decisivos para resolver la cuestión, tan debatida, de si la *Lex Mercatoria* constituye un ordenamiento jurídico. Constituye ciertamente un conjunto de “reglas de derecho”, surgidas al margen de los ordenamientos jurídicos estatales, que participa del pluralismo jurídico inherente a un Derecho mundializado y cuya función es proporcionar una regulación satisfactoria de las distintas operaciones comerciales internacionales. Esta actúa en el seno de la pluralidad de fuentes del derecho del comercio internacional, a modo de receptáculo de principios comunes a los derechos nacionales y, a un mismo tiempo, crisol de

---

<sup>46</sup> Algunos de laudos de la CCI han sido analizados y comentados por DRAETTA, U. y LAKE, R., en la obra *Contrats internationaux: pathologie et remèdes. op. cit.*, págs. 105 y ss.

normas específicas que demanda el comercio internacional. No obstante, su consideración como ordenamiento jurídico depende más de lo que se entienda por ordenamiento jurídico que de las características observables de la *Lex Mercatoria*.

Ahora bien, el contrato internacional no está solo bajo la dependencia de sus propios artífices privados y de los árbitros del comercio internacional, a menudo secundados por una doctrina activa, sino que está también sometido a los ordenamientos jurídicos estatales así como al ordenamiento jurídico internacional, los únicos, junto con el ordenamiento jurídico comunitario, en los que existe una autoridad política legítima. Animados por la preocupación tanto de controlar como de animar o favorecer el desarrollo del comercio internacional, los Estados y la Comunidad internacional no pueden ser excluidos del proceso de creación del Derecho del comercio internacional. Nada les prohíbe tomar en consideración los intereses del comercio internacional.

Por otro lado, tanto la Comunidad internacional como los Estados deben asumir sus propias responsabilidades en el ámbito del comercio internacional y, de común acuerdo con la “comunidad de mercaderes”, pero adelantándose si fuese necesario, elaborar las normas indispensables para salvaguardar los intereses no mercantiles implicados en las nuevas cuestiones que se interfieren con el derecho del comercio internacional, como la protección del medio ambiente, de los derechos del hombre, la defensa de la competencia o la dimensión social del comercio internacional, dotándole de un mayor grado de seguridad, eficacia y, a ser posible, de equidad.

**Iván Miláns del Bosch Portolés** es Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad CEU San Pablo y Director del Departamento de Derecho Privado en dicha Universidad. Diplomado en Estudios Internacionales por la Escuela Diplomática de España, su carrera académica se desarrolló con anterioridad en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz. Ha completado su formación académica con estancias de estudios en la Academia de Derecho internacional de la Haya así como en el Instituto Suizo de Derecho Comparado, perteneciendo a la Asociación de Amigos de dicho Instituto. Ha participado con frecuencia en reuniones científicas relativas a su especialidad y ha publicado numerosos trabajos referentes a distintas cuestiones de Derecho internacional privado. Es miembro de la *Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional*.