



20425
Contractació Mercantil
i títols valor

CAMPUSEXTENS
U I B V I R T U A L



**Universitat de les
Illes Balears**

Autor: Anselmo Martínez Cañellas

Unitat de Suport Tecnicopedagògic - CAMPUS EXTENS - UIB VIRTUAL

Universitat de les Illes Balears. Edifici Aulari. Ctra. de Valldemossa Km. 7.5. 07122 Palma (Illes Balears)

Edició: setembre de 2012



ÍNDEX

Presentació	4
Continguts	5
1. Introducció: globalització econòmica i regulació del comerç internacional	5
2. Origen i evolució de la distinció entre els contractes mercantils i els contractes civils	8
2.1. El concepte ampli de dret mercantil	8
2.2. La <i>societas mercatorum</i> i la <i>lex mercatoria</i> a l'edat mitjana	8
2.3. L'estatització de la <i>lex mercatoria</i> a l'edat moderna	10
2.4. L'escissió de les famílies jurídiques: la desaparició de la distinció entre els contractes mercantils i els civils en el <i>common law</i>	12
2.5. La codificació dels drets mercantils nacionals	13
2.5.1. Dret mercantil, liberalisme i Revolució Industrial	13
2.5.2. Codificació en el dret continental	14
2.5.3. Lleis especials britàniques	15
2.5.4. Codificacions a l'Extrem Orient	16
2.5.5. Codificacions en el món islàmic	16
3. El germen de la nova <i>lex mercatoria</i>	18
3.1. La unificació legal escandinava, les condicions generals de la COMECON i la codificació nord-americana	19
4. El nou dret mercantil internacional	21
4.1. Introducció	21
4.2. El dret mercantil internacional anacional (la nova <i>lex mercatoria</i>)	21
4.2.1. Formularis estandarditzats i contractes tipus	22
4.2.2. Costum i usos del comerç internacional	22
4.2.3. Contractes autonormatius	23
4.2.4. Contractes atípics	24
4.2.5. Normes de qualitat i codis de conducta	24
4.2.6. Principis generals de la nova <i>lex mercatoria</i>	24
4.2.7. La doctrina	25
4.2.8. Jurisprudència arbitral	25
4.3. El dret uniforme (legislació internacional)	28
4.3.1. Convencions internacionals	29



4.3.2. Lleis model	30
4.3.3. Interpretació jurídica i arbitral del dret mercantil internacional uniforme	30
4.3.4. Guies legals	31
4.4. Els Principis d'UNIDROIT com a instrument mixt de nova <i>lex mercatoria</i> i el dret uniforme	31
Exercicis	33
Recursos	34



PRESENTACIÓ

En el present tema repassarem la història universal de la contractació mercantil com a especialitat normativa del dret de contractació civil.

Partirem de l'edat antiga, on tal distinció no existia jurídicament. Exposarem les causes del naixement de les peculiaritats de la contractació mercantil, que va donar lloc a la *lex mercatoria*.

Tot seguit explicarem com, en el segle XVIII, les monarquies consoliden una regulació mercantil diferenciada de la civil en el dret continental, mentre que en el dret anglosaxó s'uneixen ambdós tipus de contractació i creen el *common law*.

Posteriorment recordarem l'evolució de les famílies jurídiques cap a processos codificadors d'àmbits territorials cada vegada més grans.

Endinsant-nos en el segle XX, observarem els processos complementaris de creació del nou dret mercantil internacional:

- En primer lloc, el procés de creació d'una nova *lex mercatoria* per part dels comerciants internacionals, en la qual juguen un paper fonamental els usos del comerç, i els principis d'autonomia de la voluntat de les parts i *pacta sunt servanda*, manifestats en contractes autonormatius, codis i estàndards de conducta i contractes tipus.
- En segon lloc, la creació d'un dret mercantil internacional uniforme, impulsat per institucions internacionals com la CNUDMI (UNCITRAL) i UNIDROIT, i concretat en convenis internacionals, lleis model (també anomenades lleis uniformes) i instruments de dret indicatiu (*soft law*), com els principis d'UNIDROIT sobre els contractes mercantils internacionals, l'aplicació dels quals per part dels tribunals d'arbitratge internacional és cada cop més estesa.



CONTINGUTS

1. Introducció: globalització econòmica i regulació del comerç internacional

El final del segle xx ha conegut el desenvolupament de noves estructures de poder que superen l'àmbit dels estats nacionals. Aquesta nova realitat, en la qual les grans decisions s'adopten des d'institucions supranacionals, es coneix amb el terme *globalització*, que, tingui o no un contingut clarament delimitat, és útil per descriure una realitat: la importància creixent de les relacions internacionals en la vida diària i la seva influència cada vegada més directa en l'àmbit individual.

La globalització es refereix a un món on les relacions internacionals són cada cop més freqüents i rellevants. En realitat, no es tracta d'un fenomen radicalment nou, atès que la internacionalització de l'economia s'ha donat en totes les èpoques en un major o menor grau, encara que avui té unes dimensions i uns matisos històricament desconeguts que semblen dotar-la d'un caràcter irreversible en l'àmbit econòmic i rellevant en aspectes socials, culturals, jurídics i polítics.

La globalització de l'economia implica l'ús més eficient de les forces productives del món usant les relacions pròpies del comerç internacional i incentivant els avantatges comparatius de cadascun dels països que s'hi obren. Aquestes relacions es donen tant en l'àmbit macroeconòmic i de dret públic, com en l'àmbit microeconòmic i de dret privat. El marc jurídic globalitzat emmarca les relacions internacionals en un context neoliberal de l'economia, que afecta tant els mercats nacionals com l'empresari considerat individualment, en especial si l'objecte de la seva empresa és l'exportació o la importació de mercaderies.

En aquest context neoliberal, els intercanvis comercials internacionals es realitzen tenint en compte principalment els criteris econòmics, el càlcul de costos de producció, el preu, encara que també s'han de considerar altres elements, com ara els costos socials o les diferències culturals, mentre puguin tenir una transcendència econòmica. L'empresa dedicada a aquest comerç internacional en el context neoliberal cerca l'obtenció d'un benefici, per a la determinació del qual ha d'analitzar el mercat al qual es dirigeix, tenint en compte no sols l'oferta i la demanda del producte que comercialitza sinó també altres factors diversos:

1. Econòmics: com el coneixement de la capacitat i del cost de producció, la distribució, l'assegurança i l'emmagatzematge dels productes, la seva organització, els cicles de maduració del producte segons el mercat al qual es dirigeix, l'anàlisi de la competència en el sector, la publicitat, la taxa d'inflació, els tipus d'interès, la fluctuació de la moneda, les ajudes d'ens públics o privats, etc.
2. Polítics: com l'estabilitat política o el proteccionisme aranzelari.
3. Socials: com la piràmide d'edats del mercat destinatari.



4. Geogràfics: com les distàncies, el relleu o el clima, que afecten el transport i l'emmagatzematge.
5. Religiosos i culturals: com les prohibicions socioculturals, els hàbits de consum o l'idioma.
6. Jurídics: com la regulació de les operacions de negociació i comercialització, la formació dels contractes, la facturació, l'embalatge, el transport, l'assegurança i l'emmagatzematge de les mercaderies, les barreres aranzelàries, els certificats fitosanitaris, els certificats de qualitat, els mitjans de pagament i repatriació de divises, el finançament dels pagaments, les assegurances a l'exportació, les accions judicials davant els incompliments, les impossibilitats sobrevingudes, els drets de propietat industrial, la normativa sobre publicitat, la normativa fiscal, etc.

Tots aquests factors es poden integrar en el càlcul dels costos dins els denominats costos de transacció. Entre aquests, els costos jurídics són especialment rellevants, per la qual cosa, per tal que el mercat internacional s'aproximi a la situació ideal de la competència perfecta, interessa eliminar-los, o bé reduir-los, i acabar, en la mesura que sigui possible, amb les incerteses que genera la regulació vuitcentista del sistema de normes de conflicte en què es basa el dret internacional privat, per substituir-les per una regulació més homogènia i funcional. En definitiva, el que l'economia neoliberal imperant exigeix en l'àmbit del comerç internacional és una eliminació de controls sobre els béns i els capitals i més seguretat jurídica de les transaccions internacionals. Els mecanismes emprats per dotar el mercat internacional de seguretat jurídica són:

1. El reforç del caràcter imperatiu del dret internacional, amb la cessió estatal de sobirania a favor d'institucions supranacionals, com l'Organització Mundial del Comerç, creada amb l'objectiu d'eliminar obstacles aranzelaris.
2. La creació de grans regions econòmiques les normes estatals de les quals s'harmonitzin i unifiquin, seguint directrius d'òrgans supranacionals als quals s'ha cedit part de la sobirania estatal per mitjà de tractats internacionals, com ara el de la Unió Europea, NAFTA (North America Free 'Trade' Agreement), MERCOSUR, el Pacto Andino, CEI o ASEAN (Association of Southeast Asian Nations).
3. L'aparició, normalment gràcies a processos de concentració empresarial (fusions i adquisicions), de grans corporacions de caràcter transnacional que dominen tots els sectors del comerç internacional (algunes de les quals amb poders superiors als d'alguns estats), amb una estructura interna totalitària, irresponsabilitat dels seus dirigents, una estructura jerarquizada i rígida i amb tendència a monopolitzar els mercats. El creixement d'aquest tipus d'estructures pot atemptar contra el mecanisme del mercat, i més si no hi ha controls que garanteixin l'existència d'una vertadera competència.
4. La unificació internacional del sistema de normes de conflicte, per mitjà de la ratificació d'instruments internacionals d'àmbit mundial, com ara la



Convenció de l'Haia sobre la Llei aplicable als contractes de compravenda internacional de mercaderies de 1955 i de 1986, o d'àmbit regional, com el Conveni de Roma sobre la Llei aplicable a les obligacions contractuals, de 1980, aplicable a la Unió Europea.

5. La nova *lex mercatoria*, que neix al segle xx per respondre a les necessitats dels operadors del comerç internacional amb ànsies de dret autònom i uniforme mundialment. La justificació de la seva existència es troba també en els drets estatals i es basa en tres pilars:
 - a. El principi d'autonomia de la voluntat de les parts, reconegut en tots els estats, tant en els ordenaments interns, amb més o menys limitacions, i sobretot en l'àmbit internacional.
 - b. El reconeixement en tots els ordenaments del món del principi de *pacta sunt servanda*.
 - c. L'ocupació de sistemes de resolució de disputes alternatius als judicials, com ara la mediació, la conciliació o l'arbitratge.

Aquesta nova *lex mercatoria* beu normativament de dues fonts: els usos i costums internacionals i la «legislació internacional», composta per lleis model formulades per agències internacionals i convencions internacionals de contingut substantiu fruit de conferències internacionals i a les quals els estats s'adhereixen o les ratifiquen.

La CISG (acrònim anglès de la Convenció de Viena sobre compravenda internacional de mercaderies) és un dels primers i més importants esforços d'unificació del règim jurídic per via de convenció del contracte més important i paradigmàtic del comerç internacional: la compravenda de mercaderies. Es tracta d'un vertader fruit des del moment que s'ha convertit en una normativa vigent en un gran nombre de països i, com a tal, l'estan aplicant els tribunals, fet que dóna lloc a una més que incipient jurisprudència, que manifesta la seva vitalitat.



2. Origen i evolució de la distinció entre els contractes mercantils i els contractes civils

2.1. El concepte ampli de dret mercantil

En aquesta part exposem succintament l'evolució històrica de les relacions comercials internacionals i les seves connexions polítiques i socials. Analitzem el substrat del fet generador d'una societat de mercaders que, al llarg de la història, ha estat més o menys conscient de la seva existència i de la necessitat d'unes regles més o menys específiques que s'adaptin a la seva activitat, alhora que a la realitat social circumdant.

Precisament aquest context econòmic, polític i social és un factor essencial per entendre el contingut, la natura i l'abast del dret mercantil internacional.

Una exposició tan general deixa una infinitat de caps per lligar i la divisió en èpoques no deixa de ser artificial i discutible, atès que els elements preponderants en cadascuna han vist el seu germen en èpoques anteriors. Utilitzem aquesta classificació pel fet que resulta útil per explicar el context en què neix la *lex mercatoria* i la seva evolució fins a l'actual globalització dels mercats. Una globalització que ha alterat el comerç internacional, fent necessària una nova regulació jurídica que inclogui tant disposicions de dret positiu, com normes d'autoregulació assumides voluntàriament pels membres de la *societas mercatorum*.

Aquesta breu exposició històrica ens porta a la conclusió que la nova *lex mercatoria* és la conseqüència de l'evolució d'ordenaments que, pertanyent a cultures jurídiques distintes (en especial, l'europea continental i l'anglosaxona), beuen de les mateixes fonts en matèria de dret mercantil. Aquesta és, de ben segur, la clau que explica la menor dificultat per a l'harmonització i la unificació normativa en la dita àrea jurídica.

Per concloure, analitzarem la nova *lex mercatoria* i les formes que empra per crear una normativa internacional.

2.2. La *societas mercatorum* i la *lex mercatoria* a l'edat mitjana

Situar el naixement de la *lex mercatoria* en aquesta època no implica que prèviament no existís comerç internacional. Ja a l'època antiga, van existir lleis amb referències al dret del comerç internacional terrestre i marítim, com les lleis de Rodes. A l'imperi Romà, els fluxos econòmics entre Roma i les seves províncies van adquirir grans dimensions, encara que també van ser importants les rutes comercials amb l'Índia, fins i tot s'arribaren a crear institucions jurídiques referides al comerç, tot i que sense arribar a constituir-se com a sistema orgànic similar al dret mercantil actual. El motiu el trobem en la flexibilitat del dret romà pretori, que permetia adaptar el seu contingut a les necessitats dels comerciants.

A l'alta edat mitjana, els grans fluxos econòmics mundials eren aliens a l'Europa occidental. Les grans rutes comercials eren controlades per l'imperi Bizantí i l'imperi Persa, els mercaders dels quals monopolitzaven la ruta de la mar Negra i la ruta terrestre de la seda cap a l'Extrem Orient. Les rutes



marítimes cap a l'Índia a través de la mar Roja i del golf Pèrsic eren en mans dels abissinis i dels àrabs himyarites del Iemen. Aquests darrers van desenvolupar per via consuetudinària contractes mercantils (d'intercanvi, d'associació i de finançament), usats en una xarxa de mercats interlocals o basars regulats també pel costum. Amb l'adveniment de l'islam es va mantenir aquesta autoregulació dels comerciants àrabs, sense perjudici de la imposició de determinats preceptes alcorànics per al benefici de la comunitat (com la prohibició dels interessos), encara que ni l'Alcorà ni la sunna van sistematitzar aquest dret dels mercaders com a dret d'un grup diferenciats. L'apogeu de l'islam dels omeies va estendre aquests costums per tot l'oceà Índic a l'est i al llarg de tot el Mediterrani per l'oest i influí, sens dubte, en els usos que posteriorment donarien lloc a la *lex mercatoria* pròpia dels comerciants cristians.

A l'Extrem Orient es va codificar el dret penal, administratiu i de família durant la dinastia Tang. Una codificació que va perdurar en la seva essència fins al segle XIX, sense referències als mercaders com a classe social diferenciada. En el sistema feudal d'inspiració confucianista, peculiar de l'imperi xinès, eren els mandarins (jerarquitzats en vuit escalafons) i, en darrera instància, l'emperador, els qui controlaven el comerç segons la seva conveniència i sense seguir unes regles específiques. Tot això explica que ni a la Xina ni a la seva àrea d'influència (Corea, Japó, Indoxina) es pugui parlar de dret mercantil fins a la recepció del dret europeu a partir del segle XIX.

A la baixa edat mitjana, el context polític marcat per les croades i la Reconquesta va alterar el predomini comercial bizantí-musulmà. Europa despertava a una revolució comercial gràcies a la seguretat creixent del comerç tant marítim com terrestre. Al Mediterrani les repúbliques italianes i, posteriorment, la Corona d'Aragó, van substituir els mercaders bizantins. A Itàlia, Flandes, Anglaterra i les ciutats hanseàtiques, la concentració de l'artesanat en els burgs va permetre un creixement de la producció. La venda dels excedents va reactivar el comerç al llarg de la costa atlàntica o del Bàltic i a les fires (com les desenvolupades a l'empara del comte de Xampanya), gràcies als comerciants itinerants (*pièds podreux*).

Aquest creixement del comerç a Europa va crear una comunitat organitzada de mercaders que va mantenir una convivència estable i duradora, generadora d'usos, tant morals com intel·lectuals, sentimentals o jurídics diferents dels de la societat feudal dominant. Aquests mercaders van adquirir consciència de grup enfront dels senyors feudals que els imposaven taxes al comerç i traves en els seus desplaçaments, i enfront de l'Església, atesa la prohibició escolàstica del cobrament d'interessos, que el dret canònic considerava usura, i que dificultava la seva principal font de finançament comercial. En conseqüència, els mercaders van crear les seves pròpies institucions: les corporacions, en les quals es matriculaven, a les quals van dotar dels seus propis estatuts i d'una jurisdicció especial, que jutjaven amb criteris d'equitat i de conformitat amb les normes pròpies del comerç, diferents de les del dret local o de les del *ius commune* (dret romà canònic).



La *lex mercatoria* va néixer com un dret consuetudinari interlocal que cobria les noves necessitats nascudes del comerç, iguals en tota la comunitat de comerciants, que necessitaven la seguretat jurídica que la diversitat de drets locals no els oferia. Consistia principalment en els usos i costums més freqüents, aplicats als contractes entre comerciants, que no estaven escrits en cap lloc i que, en el seu inici, es feien constar en els contractes o es transmetien oralment i eren acceptats implícitament pels comerciants de tot Europa en els intercanvis diaris. En una fase posterior, els contractes els van redactar els notaris, que, preocupats pel reconeixement judicial de les seves minutes, van anar adaptant les figures comercials a conceptes jurídics del dret romà. Aquests incloïen les peculiaritats mercantils com a clàusules d'estil en els nous contractes, que prenen com a model un contracte tipus, que copiaven o adaptaven en la transacció. Sens dubte, el principal factor que va contribuir a la creació d'una llei dels mercaders uniforme a Europa va ser l'activitat de les corts mercantils (consolats) adscrites a les corporacions i les més estrictes corts de les fires. Ambdues jutjaven amb rapidesa, seguint i concretant els usos d'acord amb criteris d'equitat (*aequitas scripta* en el seu sentit ampli). De vegades, tant els costums com les decisions dels tribunals de comerciants eren recopilades i posades al dia, com en dret marítim (*Llibre del consolat de mar*, *Rooles d'Oloron*, *Visby sjörätt*) i es van anar reproduint mimèticament dins els estatuts que regulaven les corporacions, que van assumir aquestes recopilacions com a dret propi.

2.3. L'estatització de la *lex mercatoria* a l'edat moderna

A l'edat moderna, Europa va iniciar una sèrie de canvis polítics, religiosos, culturals, socials, tècnics i econòmics que la van portar a l'hegemonia en el món. Aquests canvis van afectar d'una manera decisiva el comerç i, per tant, la *societas mercatorum* i la seva *lex mercatoria*, fins llavors desenvolupada com a llei pròpia dels mercaders dotada d'una uniformitat que, en aquest període, va perdre com a conseqüència de la regulació del comerç mitjançant normes estatals.

En l'aspecte polític, es va iniciar l'enfonsament del sistema feudal amb el sotmetiment de la noblesa a la monarquia. La monarquia va triomfar gràcies al poder de l'exèrcit, mercenari, que s'havia de finançar amb impostos que es cobraven als comerciants, ja que tant el clero com la noblesa van mantenir la seva exempció impositiva. La religió va continuar jugant un paper important en la política, però va passar de ser un factor aglutinant a ser un element d'enfrontament bèl·lic, no sols entre els musulmans de l'imperi turc i els cristians, sinó, sobretot, dins el món cristià, com a conseqüència de la Reforma protestant. Els canvis religiosos van afectar l'economia: el flux econòmic generat per les guerres de religió va distribuir l'or i l'argent de l'Amèrica espanyola per tot Europa; i la moral calvinista, que exaltava la riquesa com a senyal diví de bon cristià, va propiciar que, a Holanda primer i a l'Anglaterra puritana després, es desenvolupés el capitalisme.

Altres factors van determinar una nova manera de concebre els intercanvis internacionals: el comerç marítim europeu es va desenvolupar de manera



espectacular gràcies al tràfic comercial amb l'Extrem Orient, que va arrabassar el monopoli dels àrabs a l'Índic, i la colonització d'Amèrica.

Aquest comerç internacional era controlat pels estats moderns, que es van inspirar en la doctrina econòmica del mercantilisme, consistent en un dirigisme i proteccionisme econòmic per part de la monarquia. Es restringien les importacions i es fomentaven les exportacions, enfocant l'activitat comercial a l'enfortiment de l'estat. De vegades, la recaptació i altres funcions, com l'encunyació de moneda o l'explotació de tallers i d'indústries, es concedia a monopolis de burgesos, que gairebé es convertien en funcionaris, atesa la rígida reglamentació econòmica a la qual se subjectava el comerç. Es va realçar la figura del comerciant, abans mal vista, que es va convertir en una font de riquesa per al país en satisfer els impostos que permetien el manteniment d'exèrcits. Alhora, els exèrcits s'encarregaven de protegir les rutes comercials, en especial les que comunicaven amb les colònies. Les colònies només podien exportar les seves primeres matèries a la metròpoli, no se'ls permetia crear indústries i només podien importar productes procedents de la metròpoli. Les companyies d'Índies, gràcies a privilegis reals, monopolitzaven el comerç transoceànic. El flux d'aquest comerç marítim va fer créixer l'àmbit del mercantil. El comerç va deixar de ser la preocupació d'uns professionals que actuaven al marge de la societat, ja que generava una gran quantitat d'activitats complementàries. Gran part de la població s'hi trobava, directament o indirectament, immersa: els comerciants, els banquers, els mariners, els asseguradors i, a través d'inversions en companyies, persones ordinàries que mai abandonaven el seu país. No obstant això, aquesta ampliació de la societat mercantil no es va traduir en una *lex mercatoria* més universal. El proteccionisme mercantilista, possible gràcies a l'ampliació del mercat intern que van suposar les colònies, va fer que el comerç entre els estats perdés pes, amb la qual cosa la *societas mercatorum* universal es va escindir en múltiples societats de comerciants nacionals, sotmeses i protegides pels seus monarques respectius.

La nova estructura política i econòmica de l'estat modern implicava una nova manera de concebre el dret, en especial el dret mercantil. La monarquia autoritària va utilitzar la llei per aconseguir la unificació jurídica nacional i acabar amb la disgregació jurídica que suposaven la infinitat de drets locals i consuetudinaris. Sobretot, la llei va ser l'instrument jurídic d'afirmació del poder normatiu estatal sobre la noblesa, el clero i la burgesia comerciant. Per això, les lleis dictades pels sobirans van passar a regular l'activitat comercial, les quals, tot i que incorporaven continguts de la *lex mercatoria*, van perdre la seva uniformitat internacional.

En els estats europeus continentals, on imperaven les monarquies absolutes, la incorporació del dret mercantil al dret nacional es va fer per llei. A França, l'*Ordonnance sur le commerce* de Lluís XIV el 1673 i l'*Ordonnance de la marine* de 1681 de COLBERT, i a Espanya, les *Ordenanzas de Bilbao*, van recopilar el dret del comerç terrestre i marítim i van influir en les codificacions posteriors. En aquests països la jurisdicció mercantil la van continuar exercint els tribunals consulars, per bé que aquests van perdre la seva independència en adscriure's a la jurisdicció del rei, en el nom del qual impartien justícia. A més, es va



ampliar la seva competència, en comprendre les activitats comercials que nobles i clero desenvolupaven *de facto* i jutjar sobre les relacions dels comerciants amb els no-comerciants.

Unes complexes normes de conflicte de dret estatutari van passar a regular les relacions entre els comerciants de diferents països, per esdevenir el dret internacional privat. Amb tot, la *lex mercatoria* com a tal no va desaparèixer, ja que es van conservar com a font els usos de comerç, encara que la seva importància es tornà secundària en convertir-se la llei en font de primer grau i prohibir-se qualsevol ús *contra legem*.

2.4. L'escissió de les famílies jurídiques: la desaparició de la distinció entre els contractes mercantils i els civils en el *common law*

És en aquesta època quan es produeix la divisió del dret privat europeu en dues famílies jurídiques diferenciades: el dret continental i el dret anglosaxó, que s'estengueren posteriorment a les colònies dels països respectius. El dret continental, compilador primer i codificador després, va ser diferenciador del mercantil respecte del civil. El dret anglosaxó va impulsar la integració total del mercantil en el dret comú. No obstant això, l'origen històric comú va fer que les diferències en els aspectes mercantils entre el dret continental i el dret anglosaxó fossin menors que en altres branques jurídiques privades.

A Anglaterra, els estuard van fracassar en l'intent d'implantar l'absolutisme. L'aristocràcia terratinent i la burgesia, representades al Parlament i enriquides gràcies a la revolució agrícola i al comerç, es van aixecar davant els abusos de la corona, primer amb CROMWELL i després amb la revolució de 1688. Ambdós alçaments van suposar el triomf del Parlament sobre la monarquia i l'accés de la *societas mercatorum* anglesa als ressorts del poder.

Enfront del poder de l'aristocràcia terratinent i el gran capital burgès, es va erigir una opinió pública emparada en la llibertat de premsa i un poder judicial independent, que interpretava les disposicions parlamentàries de manera estricta i que se sotmetia a un sistema de precedents que es van poder conèixer amb facilitat gràcies a la recopilació impresa de la jurisprudència realitzada per BLACKSTONE. En l'àmbit mercantil es va reconèixer el caràcter judicial de les decisions dels tribunals arbitral a partir de 1468 i la base legal de l'arbitratge comercial es va recollir a l'*Arbitration Act* de 1698, on es va reconèixer que les decisions arbitral no necessitaven ratificació judicial per executar-se. D'altra banda, la publicació de la recopilació de Gerard MALYNES, *Consuetudo vel lex mercatoria* el 1670, va permetre als àrbitres el coneixement dels precedents en l'àmbit mercantil.

La vertadera revolució jurídica anglesa va ser la incorporació posterior del *merchant law* al *common law*, realitzada gràcies als jutges sir John HOLT i, sobretot, lord MANSFIELD, quan el 1756 va incloure comerciants de la ciutat de Londres a la Cambra dels Lords d'Anglaterra com a jurisdicció especial, amb la qual cosa els costums comercials ja no havien de ser provats en tot cas. Amb el reconeixement del dret mercantil aquest va deixar de ser un dret de classe a Anglaterra. Amb això, el dret civil anglès es va modernitzar en incorporar-hi les novetats del *merchant law*, mentre que el dret mercantil es va



alentir, tant per la lentitud inherent als processos civils, com per la recepció de conceptes jurídics civils com ara la *consideration*. Aquest alentiment va fer que els comerciants cerquessin solucions més ràpides en els tribunals d'arbitratge, que jutjaven de conformitat amb l'*equity*.

2.5. La codificació dels drets mercantils nacionals

2.5.1. Dret mercantil, liberalisme i Revolució Industrial

La pau de Westfàlia i la revolució puritana anglesa van suposar la confirmació de l'escissió de l'Església en consolidar la Reforma protestant. L'Església va deixar de ser el referent organitzador de la societat, la qual cosa va repercutir en l'abandó de la teocràcia absolutista «per la gràcia de Déu». Les teories contractualistes de HOBBS, LOCKE i ROUSSEAU troben en la raó humana i el dret natural un referent universal que justifica noves formes de govern (el despotisme il·lustrat francès o espanyol, la monarquia parlamentària anglesa o la república nord-americana) per concloure en la revolució burgesa de França el 1789, que estableix un nou ordre social que s'anà implantant a Europa i Amèrica al llarg del segle XIX.

És el moment en què apareixen conceptes nous, com ara la propietat privada, la llibertat de contractació, l'individualisme o la igualtat formal, que van ser modelats en benefici d'una *societas mercatorum* més poderosa.

La propietat privada es va considerar com un dret natural absolut d'acord amb els interessos dels terratinents, que van adquirir un domini ple, i es derogaren els drets feudals sobre la terra, fet que els va permetre obtenir tota la seva producció, sobretot l'explotació dels seus recursos miners (especialment el carbó), eludir els monopolis reals i posar les bases de la primera Revolució Industrial (la de la màquina de vapor, la indústria tèxtil del cotó, l'acer i el ferrocarril) i el naixement del capitalisme industrial i financer.

Els industrials i els financers, juntament amb els comerciants, es van convertir en motor del nou sistema econòmic. Els productors industrials, tant en el dret anglosaxó com en el dret continental, es van considerar des d'una òptica antiga: com a comerciants, que compren i revenen béns, encara que sigui després d'haver-los transformat. Això va significar que el creixement de l'economia industrial, és a dir, la creació de nova riquesa, es desenvolupés en un espai buit de dret. El capitalisme industrial s'alimentava del progrés tecnològic, que necessitava una important inversió de capitals, que aportaven els financers. Tant els industrials com els financers es van trobar còmodes en un context d'escassa regulació jurídica, pròpia del liberalisme econòmic, partidari del *laissez faire*, de l'autoregulació del mercat.

La doctrina del liberalisme econòmic, proposada el 1776 per Adam SMITH, en el seu *Inquiry into de Nature and Causis of the Wealth of Nations*, partia de l'individualisme, de l'egoista *homo oeconomicus*, i propugnava un mínim intervencionisme estatal en l'economia, el *laissez faire*, la llibertat de propietat i d'empresa, emparades en lleis formals d'àmbit nacional, garants de la igualtat formal dels ciutadans, fossin o no aristòcrates, clergues o burgesos.



Aquestes lleis formals pretenien la consecució d'una seguretat jurídica mitjançant la codificació dels preceptes, és a dir, reunint-los en un sistema conceptual que substituís el complex de costums tradicionals que regien l'ordre social per normes senzilles, elementals, derivades de l'exercici de la raó humana i del dret natural. D'aquí que es concebessin els codis com un sistema lògic, autointegrat i definitiu de normes generals i abstractes, elaborat seguint els corrents jurídics racionalistes de la jurisprudència de conceptes. Amb això la codificació va consagrar la unitat en l'àmbit nacional, però va augmentar la diversitat en l'internacional, que no es corresponia amb els nous corrents econòmics, que començaven a exigir una seguretat jurídica internacional.

El fracàs de les doctrines mercantilistes i l'apogeu del liberalisme econòmic van permetre un comerç a gran escala que va passar a ser veritablement internacional: en política econòmica, els mercats es van obrir; en l'àmbit tècnic, es van millorar les comunicacions (canals, millores navals, ferrocarril), la qual cosa va permetre un increment del comerç amb les colònies i amb altres països, molts dels quals eren de recent creació, com els Estats Units i l'emancipada Amèrica espanyola, o es van incorporar als mercats internacionals com a conseqüència de la pressió europea, com l'Extrem Orient. La ampliació contínua de l'àmbit mercantil a escala internacional no es va correspondre en el segle XIX amb l'aparició d'una nova *lex mercatoria* codificada universalment. Es va mantenir el complex sistema de normes de conflicte, compensat, d'una banda, gràcies a la progressiva ampliació dels imperis, com el Britànic, que va mantenir a les seves colònies el *common law* metropolità i, d'una altra, gràcies a la influència que els codis francès i alemany tingueren en les codificacions de la resta del món.

2.5.2. Codificació en el dret continental

Al continent europeu, la Revolució Francesa va interrompre la revisió de les Ordenances que havia començat el 1787. La dita revisió obeïa a una necessària adaptació de les normes de la *lex mercatoria*, recopilades a les Ordenances, a les noves necessitats del comerç, així com a la voluntat de configurar un cos jurídic racional. Per aquest motiu, molts d'autors veuen en les Ordenances de 1787 el moment inicial de la codificació. Partint d'aquestes, es va redactar el *Code de commerce* de 1807, en l'elaboració del qual es va donar per fet que el comerç havia de configurar un dret excepcional respecte del dret comú. S'objectivà el criteri d'aplicabilitat: el dret mercantil va deixar de ser el dret dels comerciants per passar a ser el dret aplicable als «actes de comerç», amb la qual cosa formalment la professió de comerciant es va fer accessible a qualsevol ciutadà. Amb els codis napoleònics es va consolidar, en el dret continental, la distinció entre el dret civil i el dret mercantil, mantenint com a jurisdicció especial la mercantil, que va conservar els seus privilegis. Amb això, es va garantir que els comerciants acudissin als tribunals arbitralis i a l'*aequitas mercatoria* per resoldre àgilment i adequadament les seves disputes, a diferència del que va ocórrer en el dret anglosaxó. La recepció dels codis napoleònics i el manteniment de jurisdiccions especials a la resta de l'Europa continental, i en els nous estats llatinoamericans, permeten identificar la



societat de comerciants, d'àmbit Europeu continental, regida per lleis codificades similars, contraposades al casuístic dret anglosaxó.

A la segona meitat del segle XIX, la segona Revolució Industrial i financera (la del petroli i de la creació dels grans monopolis comercials, industrials i financers) va deixar obsolets els codis de comerç elaborats en un context econòmic diferent. Això va acabar amb l'intent totalitzador dels codis i va obrir una època de solucions legislatives pràctiques i d'emergència en grans sectors del dret mercantil, que es van regular fora dels codis, en lleis especials.

Mereix una menció especial el Codi de comerç alemany de 1897, que va consolidar la distinció entre el dret civil i el dret mercantil, abandonant el concepte abstracte d'«actes de comerç» per adoptar de bell nou un criteri subjectiu: el dret mercantil va passar a ser el dret dels que pel seu tarannà o volum requerien una organització pròpia de comerciants que, a més, s'havien d'inscriure en un registre, amb un criteri més coincident amb la realitat econòmica i que influiria en codificacions com la japonesa.

2.5.3. Lleis especials britàniques

El mètode codificador d'elaboració de principis abstractes d'aplicació general va atreure l'interès d'Anglaterra. Allí els tribunals havien desenvolupat un cos de jurisprudència mercantil que havia refinat el dret comercial fins a una complicació i una sofisticació inacceptable per a la comunitat de comerciants. A més, les resolucions de què partia el sistema del *case law* eren sovint contradictòries i depenien de tecnicismes legals. Per aquestes raons pràctiques, es va considerar convenient regular seccions considerables del dret mercantil anglès per mitjà de lleis especials. Aquestes lleis van ser redactades amb un ordre lògic i un llenguatge clàssic i simple, com ara la *Sale of Goods Act* de 1893, la *Companies Act* de 1862, que s'aplicaven no sols a Anglaterra, sinó també en els *dominions* de Canadà, Austràlia i Nova Zelanda, o la més general *Indian Contract Act* de 1872, que es va aplicar a una gran part de l'imperi Britànic.

En alguns estats dels Estats Units, com Califòrnia, sí que es va codificar el dret civil. No obstant això, els tribunals interpreten els codis, encara avui, d'acord amb els precedents judicials que codificaven, moltes vegades en contra de la lletra del codi interpretat, adduint que la intenció del Codi no era fossilitzar el dret.

Seguint la ràpida expansió del comerç internacional, els comerciants augmentaven la seva disconformitat amb les resolucions dels tribunals ordinaris, per la qual cosa es va constituir la Commercial Court per jutjar una sèrie de matèries comercials. D'altra banda, la integració de l'arbitratge en el sistema del *common law*, per mitjà del control legal del contracte d'arbitratge i del raonament del laude, no va alentir els procediments arbitrals. Els àrbitres van eludir la integració gràcies al fet que no reflectien els seus raonaments en el laude, sinó en un document confidencial separat, que no es trobava subjecte al control judicial.



2.5.4. Codificacions a l'Extrem Orient

A l'Extrem Orient, la pressió mercantil i militar de les potències occidentals a partir de la guerra de l'Opi (1840-1842) va generar tensions internes a la Xina i posteriorment al Japó, que van provocar un gir en les formes de govern i van despertar l'economia cap a un capitalisme estatal, que va crear una tardana primera Revolució Industrial a la fi del segle XIX. En l'àmbit jurídic, es va iniciar una època codificadora, també tardana, que va acabar amb el principi d'extraterritorialitat que afavoria les potències occidentals. Unes potències que, gràcies a uns tractats de comerç signats en condicions desfavorables per als interessos locals, tenien jurisdiccions consulars pròpies i es regulaven pel seu dret personal.

El moviment codificador de l'Extrem Orient es va iniciar al Japó de l'època Meiji (1868-1912). El 1898 es va promulgar el Codi civil japonès, que va abandonar la concepció xinesa del dret per adoptar les formes del dret europeu. En un afany de pragmatisme, la codificació va ser fruit d'una important tasca de dret comparat, amb influència del dret anglosaxó, del francès i, especialment, de l'alemany.

A la Xina, el dret occidental es va rebre en part directament, però sobretot, a través de la influència de la codificació japonesa, que va ser imitada en el Codi civil i en el de comerç de 1908.

La influència del dret japonès (i a través d'aquest, del dret alemany) es va apreciar també en el segle XX en els drets civils i mercantils d'altres països de la zona.

2.5.5. Codificacions en el món islàmic

Fins al segle XIX el dret islàmic s'havia enfrontat al sectarisme generat per les seves escoles i a dues èpoques d'hel·lenisme, però el segle XIX va suposar una vertadera revolució en el pensament jurídic musulmà. Les millores tècniques i de producció de la Revolució Industrial d'occident van permetre que aquest s'imposés econòmicament i militarment sobre els països musulmans. Aquests van veure com a la influència econòmica i militar li va seguir la influència política, amb la creació d'estats musulmans secularitzats, i jurídica, amb la codificació dels seus drets respectius, bé per imposició dels imperis occidentals sobre els protectorats, o bé com a mitjà de defensa davant l'empenta de les noves institucions jurídiques occidentals. La influència del dret europeu, el francès i l'anglès es va deixar sentir en les codificacions dels països, de les colònies i dels protectorats musulmans, que van abandonar l'aplicació de la llei islàmica, encara que mantinguessin normes que s'hi inspiraven. Aquesta influència es va deixar sentir especialment en les codificacions del dret mercantil i de les obligacions. Els exemples en són nombrosos: el *Majella*, codificació del dret islàmic realitzada per l'escola hanefita de l'imperi Otomà, substituïda posteriorment pel Codi d'obligacions i contractes d'inspiració suïssa de la Turquia d'Atatürk; el Codi de comerç d'Egipte, o el d'obligacions i contractes del Líban, ambdós d'inspiració francesa; la *Indian Contract Act*, que codificava el dret contractual anglosaxó i que es va aplicar directament a l'actual Pakistan i als principats i emirats del golf Pèrsic (Kuwait, Bahrain, Qatar,



Oman, Abu Dhabi i d'altres) des de la seva conversió en protectorats britànics o el Codi d'obligacions del protectorat espanyol del Marroc.



3. El germen de la nova *lex mercatoria*

La nova *lex mercatoria* es concep al principi del segle xx, quan s'observa la insuficiència del sistema de normes de dret internacional privat per resoldre els conflictes sorgits entre els operadors del creixent comerç internacional. És llavors quan es concreten dues tendències característiques del naixent dret de la nova *societas mercatorum*: la tendència unificadora dels ordenaments jurídics interns dels països duta a terme des dels poders estatals en institucions internacionals i l'aparició de l'autoregulació dels mateixos operadors internacionals gràcies al reconeixement universal del principi de llibertat de contractació.

En el segle XIX, la societat dels mercaders s'havia dividit en l'àmbit jurídic entre els països i dominis subjectes al *common law* (de gran influència gràcies a la seva vigència a l'imperi Britànic) i els països la normativa dels quals es va codificar sota el model francès o alemany, encara que amb continguts diversos. Malgrat aquesta diversitat, aquest període va ser positiu amb vista a la futura consecució d'un dret mercantil universal. L'exemple codificador seguit pels països de l'Extrem i del Mitjà Orient i l'assimilació dels drets de les metròpolis per part de les colònies van estendre el dret mercantil europeu per tot el món. Aquesta extensió va mantenir el dret mercantil dividit en dues grans famílies jurídiques, la continental i l'anglosaxona, la diversitat de la qual provenia de la influència en la regulació mercantil dels drets civils interns respectius, però que, en definitiva, compartien un mateix origen.

La unitat de l'origen va facilitar la creació d'un dret mercantil internacional uniforme, de contingut substantiu. El procés unificador es va donar tant a escala regional com mundial en matèries com el dret del transport i per mitjà de tractats internacionals. Alguns intents d'unificació regional finalitzarien amb èxit (Llei escandinava sobre compravenda, *Uniform Commercial Code* nord-americà), mentre que les traves d'un gran nombre d'estats a cedir part de la seva sobirania legislativa van impedir momentàniament l'èxit de la unificació mundial. Com a solució a aquests problemes, UNIDROIT va utilitzar amb èxit la tècnica de les lleis model, que van donar fruits com el Conveni de Ginebra de 1930 i el de 1931, creadors de les lleis model sobre lletra de canvi i xec, amb pretensions d'aplicació al comerç intern i internacional, que no atemptaven contra la sobirania estatal, en requerir una norma interna de transposició per entrar en vigor.

D'altra banda, des de final del segle XIX, el comerç internacional va passar a estar dominat per grans societats multinacionals nord-americanes i europees que cercaven la creació de grans monopolis protegits per les potències imperials corresponents. Els imperis competien per nous mercats colonials, essencials per superar la crisi del capitalisme pur.

Així doncs, en el segle XX, davant la diversitat d'ordenaments jurídics, aquestes totpoderoses societats van començar a generar el seu propi dret, emparades pel reconeixement general de la llibertat contractual en tots els ordenaments jurídics. Van crear un dret corporatiu anacional, format per un conjunt d'usos nascuts directament de l'activitat normativa pràctica, amb vocació d'aplicació



universal i amb la pretensió de constituir-se com a dret autònom desconnectat dels ordenaments jurídics nacionals.

Aquest dret anacional no es va veure alterat, sinó reforçat, amb l'aparició dels grans monopolis estatals d'importació i d'exportació dels països d'economia planificada, com ara la Unió Soviètica, ja que aquests operaven en condicions similars a les companyies privades dels estats capitalistes quan feien contractes en el comerç internacional.

3.1. La unificació legal escandinava, les condicions generals de la COMECON i la codificació nord-americana

Tres antecedents a la tendència unificadora del dret mercantil internacional mereixen ser esmentats per la seva transcendència en la normativa futura del dret mercantil uniforme: la unificació legal escandinava, les Condicions generals per a l'entrega de mercaderies de la CMEA (COMECON) i el Codi de comerç uniforme dels Estats Units.

La primera és fruit d'un esforç d'unificació de la regulació dels països escandinaus (Dinamarca, Suècia, Noruega, Islàndia i Finlàndia), que compartien una mateixa cultura jurídica diferent del dret anglosaxó i del dret continental. El moviment unificador es va iniciar el 1872 i va donar els seus fruits el 1880, amb la Llei escandinava sobre instruments negociables, el 1891, amb la unificació del dret marítim escandinau i amb les lleis escandinaves sobre compravenda de mercaderies de 1905-1907 i la Llei sobre contractes de 1915-1918. Aquesta unificació normativa va ser un dels fruits més importants de la metodologia del dret comparat, tant dels sistemes continentals com anglosaxons i van donar lloc a lleis clares, simples i breus, que van justificar la reserva que aquests països van fer de la part segona de la CISG, en seu de formació del contracte de compravenda internacional.

Els països socialistes, d'economia planificada (COMECON), van elaborar el 1958 les Condicions generals per a l'entrega de mercaderies. Un instrument no tan ambiciós com l'*Uniform Commercial Code (UCC)*, però superior als *Incoterms* de la Cambra de Comerç Internacional, ja que conté una regulació completa del dret de la compravenda internacional, elaborada per experts en negociacions internacionals, amb termes comercials més que jurídics, clars i precisos, idèntics als usats en el comerç entre els països d'economia de mercat. D'aquesta manera s'explica la fàcil assumpció de lleis uniformes en matèria de compravenda internacional per part dels països socialistes, així com la participació activa dels seus representants tant en l'elaboració de les lleis uniformes de l'Haia sobre compravenda internacional, com en la conferència en què es va aprovar la CISG.

Mentre que en el dret continental triomfava el positivisme jurídic kelsenianà, als Estats Units va renéixer la jurisprudència d'interessos vista des del punt de vista del realisme americà, amb Oliver Wendell HOLMES. És en aquest moment quan per raons d'utilitat es posa en pràctica el major esforç codificador en el si del dret anglosaxó. El Codi de comerç uniforme dels Estats Units és fruit d'una nova concepció del moviment per unificar el dret mercantil. Una visió pragmàtica i empírica, que posa èmfasi en la realitat comercial més que en



qualsevol intent de sistematització. En aquest, el món acadèmic i el professional van realitzar un esforç codificador el primer fruit del qual va ser la primera redacció oficial de l'UCC, coordinada per Karl L. LLEWELLYN el 1951, que posteriorment va ser adoptada com a llei per tots i cadascun dels estats dels Estats Units, excepte Louisiana.

Aquesta visió pragmàtica del realisme nord-americà va influir en els primers intents d'unificació normativa d'UNIDROIT en el si de la Societat de Nacions i, sobretot, en els intents posteriors a la Segona Guerra Mundial, quan la influència dels Estats Units en tots els àmbits era inqüestionable i l'èxit intern de l'*Uniform Commercial Code* era un fet. FARNSWORTH assenyala quatre vies en què l'UCC va resultar útil en la unificació del comerç internacional: per reduir la tradicional resistència del *common law* a la codificació, per presentar els principis del *common law* en forma de llei formal escrita, per formular solucions noves a molts de problemes irresolts en el comerç internacional i per servir d'exemple d'unificació reeixida de lleis de diferents jurisdiccions.



4. El nou dret mercantil internacional

4.1. Introducció

Des de 1950 el comerç internacional ha crescut gradualment. Les recessions econòmiques només van disminuir els percentatges d'augment de l'intercanvi, però aquest no ha parat de créixer. Aquest creixement es va accentuar a la dècada dels noranta, quan l'aparició de noves tècniques de telecomunicació com Internet i la millora dels mitjans de transport de mercaderies i de logística varen fet realitat l'accés de les petites i mitjanes empreses al mercat internacional. El món s'ha globalitzat, s'ha fet més petit a conseqüència del progrés de la ciència i la tecnologia, que han estat fruit de l'acumulació de capital creada pel capitalisme i la doctrina liberal. El neoliberalisme ha permès que els mercats s'especialitzin i estenguin la producció en massa de serveis i de béns, tant de primeres matèries com de manufactures, així com l'accés dels productes a tot el món.

La intensificació del comerç internacional i la recerca d'una reducció dels costos de transacció jurídics ha portat les grans empreses multinacionals a preferir, com a forma d'actuació en els mercats exteriors, la creació en el país de destí d'una organització de filials, d'agents i de distribuïdors. No obstant això, una gran part del comerç internacional el realitzen empreses en què el comerç exterior és secundari enfront del nacional, o no és prou intens com per garantir una representació permanent al país de destí. Situacions ambdues en previsible creixement gràcies a l'accés de les petites i mitjanes empreses al mercat internacional gràcies a Internet i altres mitjans de comunicació telemàtics. En aquests casos és necessari un ordenament jurídic comú per als operadors del mercat internacional que doni seguretat a les transaccions, especialment complexes. Els intercanvis internacionals comporten un o més contractes de compravenda, de transport, d'assegurances, d'agències, de contractes bancaris especials, de relacions amb les administracions... La seguretat jurídica s'ha cercat en diversos àmbits (per sectors econòmics, per regions econòmiques o a escala mundial) i mitjançant dos mètodes: la creació del dret uniforme (o legislació internacional) i l'aparició de l'autoregulació per part de la mateixa comunitat de comerciants internacionals, que com a dret anacional s'ha catalogat com a nova *lex mercatoria*.

4.2. El dret mercantil internacional anacional (la nova *lex mercatoria*)

El creixement de les multinacionals (nord-americanes, europees i japoneses) desenvolupat a la segona meitat del segle xx ha fet que moltes d'aquestes tinguin un poder més gran que el de molts d'estats. Aquestes empreses transnacionals dominen els mercats en què operen, creen les seves pròpies xarxes econòmiques superposades a les dels estats sobirans i es regulen per les seves pròpies normes, reconegudes com a vinculants en el seu mercat, les quals s'imposen a les normes dispositives estatals en virtut del principi d'autonomia de la voluntat de les parts. A aquests operadors se'ls uneixen les organitzacions o agències internacionals independents, que pretenen millorar la seguretat jurídica, la uniformitat i la justícia de les pràctiques de comerç



internacional, així com dirimir disputes entre els operadors del comerç internacional, a través dels seus òrgans d'arbitratge, que actuen com a vertaders òrgans «jurisdiccionals» d'aquest dret anacional.

SCHMITTHOFF anuncia amb entusiasme el naixement d'aquesta nova *lex mercatoria* com un ordenament jurídic corporatiu, produït i aplicat privadament, al marge de qualsevol ordenament estatal, les fonts formals principals del qual veurem tot seguit.

4.2.1. Formularis estandarditzats i contractes tipus

Els formularis estandarditzats de contractació internacional són vertaderes condicions generals de contractació a les quals, en principi, no s'apliquen les normes imperatives correctores d'abusos derivats del desequilibri en el poder negociador de les parts. Els ordenaments nacionals apliquen aquestes normes correctores exclusivament en l'àmbit intern, distingint el règim juridicoprivat de la compravenda interna del de la compravenda internacional. Aquests formularis poden afectar part del contracte o constituir-ne la pràctica totalitat.

La unificació a través d'unes condicions generals es pot produir *de facto* mitjançant contractes d'adhesió: la multinacional que domini el mercat d'un o més productes transmet a les seves societats filials d'altres països les condicions generals preestablertes per als contractes que es conclouen. Aquesta transmissió sol anar acompanyada d'una recomanació: que els textos dels contractes se sotmetin a una traducció lingüística pura i simple, sense cap adaptació especial, ni tan sols conceptual, als drets nacionals dels estats individuals, ja que això podria comprometre la seva uniformitat internacional.

No obstant això, els contractes d'adhesió no constitueixen la pràctica més habitual en la contractació internacional. El més habitual és que l'harmonització contractual es produeixi a través de contractes model o tipus, elaborats per associacions d'operadors internacionals de determinades branques o productes, en especial en el camp dels productes agrícoles i el de les primeres matèries, o creats per empreses o grups d'empreses, una pràctica habitual en el sector dels productes industrials. Aquests contractes no solen ser neutrals, ja que tendeixen a afavorir els interessos dels membres de l'associació que els ha elaborat i solen ser acceptats per la contrapart econòmicament feble.

4.2.2. Costum i usos del comerç internacional

El costum internacional, entès en el seu sentit clàssic de *longaeva consuetudo* dotat d'*opinio iuris seu necessitatis*, es nodreix dels hàbits reiterats dels operadors de comerç internacional, la *societas mercatorum*, i es converteixen en exigibles quan se'n generalitza l'acceptació. En l'actualitat, la dificultat de la prova d'aquestes pràctiques i les seves múltiples especialitats locals s'ha reduït gràcies a la recopilació dels usos internacionals per part de les agències internacionals.

Els usos de la pràctica internacional, que formulen les agències internacionals, són vertaderes condicions generals que les parts del contracte poden incorporar d'acord mutu. Qualificats per SCHMITTHOFF com l'actual costum internacional, neixen com a usos interpretatius que, quan assoleixen un alt grau



de complexitat i de difusió universal, són formulats per les agències internacionals. Llavors deixen de ser usos, entesos com a pràctiques socials espontànies, ja que aquestes agències no es limiten a compilar pràctiques semblants però diverses segons els països, sinó que pretenen superar la diversitat per reduir-los al que tenen en comú. Amb això eviten conflictes entre usos dispars o la submissió a un ús local desconegut. Però la seva tasca arriba més lluny, ja que les agències corregeixen aquestes pràctiques cercant en els usos compilats l'equilibri de les parts, de vegades en sentit contrari als interessos dels mateixos professionals, la qual cosa els dota de neutralitat. La compilació es fa periòdicament, de tal forma que s'aconsegueix que s'adeqüin a les noves tècniques comercials. En realitat, les mateixes agències internacionals no pretenen que siguin simples usos de comerç, aplicables a l'ordenament nacional en defecte d'una llei. Pretenen crear clàusules d'estil que les parts incorporin als contractes, amb la qual cosa s'imposarien sobre qualsevol llei nacional dispositiva, en partir directament de la voluntat de les parts. Així, es pretén l'aplicació directa d'aquests usos amb preferència a la norma dispositiva corresponent, sense perjudici de la seva possible aplicació com a costum un cop hagin adquirit l'*opinio iuris* generalitzada en el seu àmbit respectiu de comerç internacional. En aquest cas, serien aplicables fins i tot sense pacte contractual, bé com a ús *praeter legem*, bé com a ús *secundum legem*. De vegades, la reelaboració dels usos per part de les agències és tan completa que permet preredactar de manera pràcticament íntegra el contracte. Tal circumstància succeeix amb les condicions generals de venda i els contractes tipus elaborats per les agències internacionals, com les de la Comissió Econòmica per a Europa. Aquestes condicions generals es regulen normalment per tipus de producte.

4.2.3. Contractes autonormatius

Els contractes tipus autonormatius o *self regulatory contracts* són els que, emparant-se en la llibertat contractual reconeguda en els tots els ordenaments jurídics, pretenen que la transacció internacional regulada pel contracte quedi fora de l'influx de qualsevol ordenament nacional. En sentit kelsenianà tots els contractes han de tenir un ordenament jurídic de referència si volen obtenir un reconeixement estatal que els permetin aprofitar la força coactiva d'aquest estat per obligar a complir-los. No obstant això, en els contractes autonormatius s'aconsegueix de fet aquesta independència gràcies a la seva exhaustivitat, combinada amb un compromís d'arbitratge d'equitat o de composició amigable, partint de la base que les parts actuen de bona fe. Amb això, es converteixen en font material de la nova *lex mercatoria* no sols els àrbitres, que dirimeixen tals conflictes, sinó també els advocats, essencials en el comerç internacional tant en la fase de litigi com també en la fase de negociació i redacció d'aquests complexos contractes, dotats de continguts similars. Les noves estructures dels bufets internacionals redueixen el nombre dels qui intervenen en la, ben sovint, costosa, complexa i llarga elaboració d'aquests contractes de transaccions internacionals. Aquest assessorament, repetit pels despatxos professionals d'avocats, i inclòs en contractes tipus, és un altre element determinant de la formació de clàusules d'estil contractuals, de la mateixa manera que ho feien



els notaris amb la *lex mercatoria* medieval, i que, amb el temps, donaran lloc a usos de comerç.

4.2.4. Contractes atípics

Els contractes que el món dels negocis produeix contínuament tenen la particularitat de ser, respecte del dret dels estats considerats individualment, contractes atípics. La atipicitat legal no impedeix que aquests contractes segueixin models contractuals internacionalment uniformes: són contractes globalitzats. La uniformitat internacional dels models contractuals és, per a les empreses que els utilitzen, un valor molt gran (ja que els estalvia costos de transacció). Encara que els estats siguin poc inclinats a la integració internacional del dret, els jutges sí que es converteixen, en aquest cas, en òrgans d'una societat civil integrada internacionalment i, per tant, en font material de la nova *lex mercatoria*. Quan jutgen la validesa d'un contracte atípic de gran difusió internacional, el judici d'adequació a dret dels interessos perseguits requerit pel dret intern es troba influenciat per la uniformitat internacional del model contractual. És difícil que un jutge consideri invàlid un model contractual conforme al seu dret intern si el model ha estat reconegut com a vàlid a tot el món. A més a més, el jutge és conscient de l'aïllament econòmic en què situaria el seu propi país en el context dels mercats internacionals si adoptés una postura contrària a l'acceptació dels dits contractes.

4.2.5. Normes de qualitat i codis de conducta

Des de la dècada dels noranta s'ha desenvolupat el dret indicatiu (*soft law*) o l'autoregulació dels operadors del comerç internacional, que pretén l'autoordenació del mercat internacional per part dels seus operadors. Aquests creen associacions internacionals, on s'integren, assumint aquestes regles, de contingut tècnic, com a normes de qualitat dels productes i serveis que posen en el mercat, o de contingut jurídic o ètic, com els codis de conducta. De vegades, aquestes normes concreten requisits tècnics de béns o serveis, que els fan intercanviables en el mercat internacional, de manera que promouen la uniformitat tècnica industrial creant òrgans d'acreditació que emeten els certificats de qualitat del producte o servei. En altres casos, censuren els abusos de posicions dominants en els mercats i creen òrgans diriments de les disputes entre els associats, prohibint que els plets entre els associats es resolguin per via judicial o arbitral. En cas d'incompliment d'aquestes normes, preveuen sancions, que han d'aplicar els òrgans associatius, com ara l'expulsió de l'incumplidor de l'associació o la denegació de certificats de qualitat dels béns o serveis produïts.

4.2.6. Principis generals de la nova *lex mercatoria*

Els principis internacionals són les principals fonts de solució de conflictes i llacunes legals i contractuals de caràcter internacional. GOLDSTEJN n'assenyala els dos principals, la llibertat de contractació i el *pacta sunt servanda*, com a justificants de l'existència de la *lex mercatoria*. Fins fa poc la tendència era la de considerar invàlides les clàusules contractuals que fessin



referència a una *lex mercatoria* anacional, actualment les admeten tant els jutges nacionals com els àrbitres internacionals. Aquesta admissió troba certa explicació en l'existència de treballs i recopilacions doctrinals que permeten accedir fàcilment a aquests principis, sobretot a partir de la seva plasmació a l'obra elaborada per UNIDROIT: els Principis sobre contractes comercials internacionals de 1994 d'UNIDROIT. Altres recopilacions interessants, encara que el seu enfocament sigui regional, són: en l'àmbit nord-americà, l'*American Restatement of Law of Contracts*, de la qual hi ha dues redaccions; en l'àmbit de l'Europa oriental, els Principis sobre contractes internacionals de la COMECON; i en l'àmbit de la Unió Europea els Principis de dret de contractació europea i els projectes de Codi civil europeu desenvolupats per la Comissió LANDO i pel *groupe d'étude pour le droit européen commun* (Acquis Group). És nombrosa la jurisprudència arbitral que es refereix als Principis d'UNIDROIT i, en menor mesura, als Principis de dret contractual europeu, com les codificacions més recents dels usos de comerç rellevants, però els usos no s'exhaureixen en els continguts en aquests textos.

4.2.7. La doctrina

La doctrina no es pot considerar una font formal però sí de coneixement, ja que és útil en aquest procés harmonitzador, sempre que utilitzi una metodologia transnacional d'estudi del dret o bé un enfocament de dret comparat. Aquest estudi permet assenyalar els problemes realment essencials en el comerç internacional, analitzar les diverses solucions donades en distints ordenaments interns i proposar solucions pràctiques i acceptables per la jurisprudència de tots els països.

És especialment interessant la doctrina de dret comparat. El que és important no és la nacionalitat del que proposa la solució sinó si aquesta és adequada. En cas de solucions distintes convé confrontar-les, però encara que la solució sigui comuna, recollida en una llei uniforme, això no ha de limitar la doctrina a interpretar la solució legislada, sinó que s'ha de mantenir la discussió perquè la solució positivitzada no duri més del que toca. El risc de la divergència de les solucions dels tribunals només es pot solucionar amb l'estudi transnacional dels problemes. Un dels exemples de la importància d'aquest estudi doctrinal transnacional és precisament la unificació de la compravenda mercantil internacional, que té el seu germen en l'estudi de dret comparat desenvolupat per Ernst RABELL des de 1928 a l'institut Kaiser-Wilhelm de dret privat Internacional.

4.2.8. Jurisprudència arbitral

La jurisprudència internacional és desenvolupada pels àrbitres internacionals, siguin designats *ad hoc*, en el si d'associacions vinculades a sectors productius, o bé adscrits a agències internacionals.

L'arbitratge es tracta del procediment més formal i últim de la resolució extrajudicial de conflictes entre les parts del contracte. Els altres mètodes són la renegociació del contracte i la conciliació.



La renegociació és una pràctica habitual en el comerç internacional, entre empreses amb relacions contractuals a llarg termini (25 anys o més). La renegociació (*consultative process*) és freqüent en contractes de subministrament de gas, petroli i minerals i s'instrumenta mitjançant la inclusió de clàusules contractuals d'ajust automàtic de preus amb referència a determinats índexs i previsions per a supòsits de força major (*hardship clauses*). Aquestes clàusules preveuen un procés renegociador de dues fases: en la primera, les parts es comprometen a consultar-se les noves circumstàncies que poden afectar el compliment del contracte i a arribar a un acord de novació en un termini determinat; en la segona, les parts acorden que el conflicte es resolgui per un procediment extrajudicial. La renegociació s'està convertint en una fase prèvia obligatòria a tot arbitratge internacional o a tot procés judicial internacional, ja que s'interpreta que aquesta pràctica és una manifestació del principi de bona fe.

La conciliació o mediació implica un acord amistós de les disputes entre els contractants, amb la intervenció activa d'una tercera persona, el conciliador, que recomana una solució a les parts, que s'hi adhereixen voluntàriament.

En cas que no existeixi un clima de resolució amistosa, és més convenient l'arbitratge, on l'àrbitre imposa la seva decisió a les parts.

Tant en les regles d'arbitratge de la CNUDMI com en les de la CCI s'estableix que el conciliador no pot ser designat àrbitre en el cas que la conciliació no obtingui resultats. Una qüestió lògica per evitar que els possibles ressentiments creats durant la fase de conciliació puguin afectar la seva tasca arbitral, encara que pot donar lloc a retards innecessaris en la resolució del conflicte.

Ara bé, en els darrers anys, i per economia processal, s'està admetent que les parts, en assumir aquestes regles en els seus contractes, excloguin aquesta prohibició de manera expressa, o fins i tot tàcita, i estableixin un sistema de MedArb (mediació seguida d'arbitratge, realitzat per la mateixa institució en ambdós casos, i fins i tot per la mateixa persona). Així, la Cambra de Comerç Internacional va declarar, en el laude n. 9759, d'agost de 1999, que la clàusula «submitted to the International Chamber of Commerce for settlement under their rules and regulations 'in' Paris», aplicable en cas de conflicte que les parts no poguessin resoldre d'acord mutu, no implicava un rebuig tàcit del procés de MedArb. El fet que les regles de la Cambra de Comerç Internacional preveïessin dos sistemes alternatius de resolució de conflictes, la conciliació i l'arbitratge, no implica necessàriament que no es puguin donar ambdós en un mateix procés. S'ha d'interpretar la clàusula tenint en compte la voluntat real de les parts i de manera que es procuri l'eficàcia de tots els termes del contracte. I, en aquest cas, el tribunal va considerar que l'àrbitre podia exercir funcions de conciliació parcial, per exemple, la de posar d'acord les parts perquè acceptin l'aplicació dels Principis d'UNIDROIT com a norma reguladora del contracte objecte del litigi, en el cas que existeixi una contradicció entre els diversos drets que les parts van declarar aplicables al contracte.

Tots aquests sistemes són preferits als processos jurisdiccionals ordinaris per les empreses que operen en el comerç internacional, no sols per la major especialització dels àrbitres en la resolució de conflictes en aquest tipus de



comerç, sinó també per la major rapidesa dels procediments, exempts del costós i llarg procés d'apel·lacions en els tribunals nacionals, i per la confidencialitat de les decisions, enfront de la publicitat de les resolucions judicials nacionals.

Quan la renegociació i la conciliació no han resultat satisfactòries, és procedent l'arbitratge. L'arbitratge internacional es basa en dos principis mundialment reconeguts: el contractual, pel qual no hi ha arbitratge sense l'acord escrit de les parts i pel qual el laude és nul si el tribunal arbitral no s'ha constituït de conformitat amb la clàusula d'arbitratge, o si l'àrbitre s'excedeix en les facultats decisòries que les parts li han conferit contractualment; així com pel principi judicial, d'acord amb el qual els àrbitres han de ser imparcials, seguir criteris de justícia natural, com el caràcter contradictori del procés, la immunitat de què ha de gaudir l'àrbitre i l'execució necessària del laude de la mateixa manera que una decisió judicial.

Les característiques dels laudes arbitrals internacionals són:

- Han de ser motivats (encara que les parts els poden dispensar del raonament). Allò més habitual és que el raonament no sigui excessivament extens ni detallat. La decisió pot ser en dret o en equitat. La decisió conforme a dret admet que les parts escullin les regles jurídiques aplicables, ja siguin les d'un país determinat o les elaborades per un organisme o agència internacional, encara que no estiguin incorporades a cap ordenament jurídic nacional. Davant la falta de claredat del significat del terme d'equitat, la doctrina internacional interpreta que aquest implica l'aplicació del dret de manera ni estricta ni literal, sinó amb l'esperit de bona fe, donant al dret una interpretació liberal, justa i de sentit comú. En ambdós casos, la decisió ha de tenir en compte les estipulacions del contracte i els usos mercantils aplicables al cas.
- Són confidencials. No obstant això, els laudes dictats en el si dels grans centres d'arbitratge poden ser publicats, però de manera selectiva i anònima.
- La revisió judicial dels laudes. Els tribunals poden controlar tant el conveni arbitral, com la imparcialitat i la contradictorietat del procés, com si en el laude l'àrbitre s'ha excedit a la jurisdicció concedida per les parts o si ha incorregut en un error de dret en la seva decisió. Aquest control judicial és necessari per a l'execució forçosa del laude en cas d'incompliment, tot i que podria eliminar la rapidesa en la decisió de la disputa, en el cas que aquest fos al seu torn apel·lable. Per això, i perquè la possibilitat d'error de l'àrbitre havia estat admesa per les parts quan van consentir l'arbitratge en el contracte, les disposicions que regulen l'arbitratge internacional limiten el control judicial del contingut jurídic del laude, permetent com a únic recurs contra el laude l'acció de la seva nul·litat. El caràcter executable del laude arbitral internacional, en els termes ara esmentats, ha estat reconegut per la pràctica totalitat dels països del món, que s'han adherit, o l'han ratificat, al Conveni de Nova York sobre el reconeixement de laudes arbitrals internacionals de 1958.



La importància de l'arbitratge internacional ha fet que aquest arribi a constituir-se en una classe «quasi» professional, especialitzada en la resolució de conflictes mercantils internacionals, en llocs on hi ha centres permanents d'arbitratge internacional com Londres (London Court of International Arbitration), París (Cambra de Comerç Internacional), Nova York (American Arbitration Association), Washington (International Centre for Settlement and Investment Disputis), Estocolm (Skiljedomsinstitut Stockholms Handelskammars), Beijing (CIETAC), Hamburg (Handelskammer Hamburg Schiedsgericht), Moscou (MKAS), El Caire (The Caire Regional Centre For International Commercial Arbitration), Viena (Internationales Schiedsgericht der Wirtschaftskammer Österreich), Milà (Camera Arbitrale di Milano), Madrid (Corte Española de Arbitraje Económico de Derecho y Equidad)...

D'acord amb allò que s'ha exposat, s'observa que la nova *lex mercatoria* té unes fonts de producció originàries, alienes al poder normatiu de la comunitat internacional, de la mateixa manera que la *lex mercatoria* medieval, l'eficàcia i la validesa de la qual no depenen d'altres sistemes jurídics. No es tracta d'un ordenament jurídic en sentit kelnesià sinó a la manera de SANTI ROMANO. En aquest sistema jurídic anacional, el principal mecanisme de solució de conflictes és l'arbitratge i no les sentències dels tribunals. Es tracta de decisions menys estrictes en l'aplicació del dret, més receptives als usos del comerç internacional i que es basen principalment en el principi de la bona fe en el comerç internacional.

En aquest context, la funció de l'àrbitre quan resol conflictes en matèries de comerç internacional adquireix una nova dimensió. Ja no és només una persona a qui les parts li han encomanat la resolució d'una disputa. Es converteix en una «font de dret», en ser l'interpret de normes jurídiques i principis de dret que, en virtut de la seva autoritat moral i la qualitat dels seus raonaments, pot arribar a crear jurisprudència, resolent qüestions jurídiques que el dret uniforme o la nova *lex mercatoria* no ha previst per a casos concrets.

Aquests laudes els executa l'autoritat estatal competent, atès que d'acord amb les lleis estatals i en el marc de la Convenció de Nova York, se'n reconeix la validesa. A més, alguns autors afirmen que el compliment d'aquests laudes es garanteix per l'existència d'un altre tipus de sancions que no requereixen del recurs a les autoritats estatals, com és l'exclusió de l'àmbit de les relacions comercials de l'empresa que es negui a acceptar el laude en qüestió. Aquest tipus de sancions s'han de situar sempre en el marc d'una legislació interna que les permeti i no les prohibeixi, per exemple, per ser actuacions restrictives de la competència o que es puguin considerar com d'abús de posició dominant.

4.3. El dret uniforme (legislació internacional)

Seguint el model de l'*Uniform Commercial Code* i d'UNIDROIT, entre els anys cinquanta i seixanta, diversos juristes de països amb estructures econòmiques diferents i en fases de desenvolupament també diferents van dur a terme unes conferències diplomàtiques en què es va descobrir que les tècniques legals emprades en el comerç internacional eren les mateixes independentment de



l'orientació política, ideològica o econòmica dels països en qüestió. Respecte de les transaccions internacionals, el sistema de normes de conflicte propi del dret internacional privat es va observar com una barrera artificial a la conducta dels comerciants, per la qual cosa es van cercar solucions als problemes d'una manera pràctica: creant convenis regionals o internacionals que contenen unes regles uniformes acceptables per al nombre més gran de països. En aquest aspecte, el dret mercantil internacional es diferencia de la *lex mercatoria* medieval pel fet que ha de respectar el concepte de sobirania nacional, que és font i origen de tota llei, i pel fet que es tracta d'un dret no sols basat en els usos o planejat deliberadament per agències internacionals, sinó que també neix de la legislació internacional, composta per:

4.3.1. Convencions internacionals

Es tracta de la manera d'unificar el dret mercantil internacional més respectuosa amb la sobirania nacional dels estats, ja que són aquests els que les aproven mitjançant els seus representants en les conferències internacionals corresponents que les fan néixer. En aquests casos l'actuació dels països és precedida per treballs preparatoris, no sols durant la conferència, sinó també en comissions o agències internacionals de caràcter oficial com la CNUDMI o UNIDROIT.

Hi ha múltiples convencions d'àmbit mundial. Aquestes ofereixen l'avantatge d'introduir les mateixes disposicions en els ordenaments jurídics interns dels països que les ratifiquen, hi accedeixen o s'hi adhereixen, així com la possibilitat d'introduir normes de dret imperatiu (encara que aquest no és el cas de la CISG, de contingut substantiu plenament dispositiu). Un altre avantatge pràctic consisteix en el fet que, en estar plasmades en un text escrit, doten els operadors jurídics internacionals d'un cos normatiu al més neutral i consensuat possible que redueixi de manera notable els costos de negociació que suposa la redacció, de vegades excessivament prolixa, d'un contracte de compravenda internacional, la qual cosa alleuja la càrrega dels advocats en la seva redacció.

El fet que no siguin vigents en algun país no impedeix que les dites convencions siguin aplicables als contractes quan s'hi manifesti expressament la voluntat de les parts contractants de subjectar-s'hi, en aquest cas formarien part del que hem denominat nova *lex mercatoria*. En altres ocasions, l'aplicació directa es dona encara que les parts no l'hagin previst expressament, en virtut de la interpretació que l'àrbitre o el tribunal realitzi de la voluntat d'aquestes manifestada en el contracte. Altres vegades s'exclou la fonamentació de la decisió en una convenció no aplicable al cas, ni tan sols com a part de la *lex mercatoria*, afirmant que els principis continguts en aquesta no són acceptats internacionalment. En altres supòsits, davant la falta de determinació de la norma aplicable al contracte, o davant la determinació d'algunes normes aplicables contradictòries, és l'àrbitre qui en la fase de conciliació prèvia a l'arbitratge aconseguix que les parts acordin l'aplicació d'una convenció que, en qualsevol altre cas, no seria aplicable. Finalment, cada cop més sovint es donen casos en què l'àrbitre o el jutge decideixen fer referència a articles o principis extrets de convencions internacionals per recolzar un raonament basat en el dret intern o en els principis generals de dret mercantil internacional.



4.3.2. Lleis model

Les lleis model elaborades per les agències internacionals se solen redactar sense la representació formal dels òrgans competents dels estats nacionals. Ofereixen un notable avantatge en l'elaboració, però han de ser després incorporades al dret intern mitjançant una llei formal, o bé incloses en els contractes com a norma reguladora en virtut de l'autonomia de la voluntat de les parts.

En aquest sentit, són normes que permeten un grau més elevat de flexibilitat a l'hora que els estats les adoptin, ja que operen per persuasió i permeten unes modificacions del seu contingut en la transposició als drets interns molt més generoses que les que ofereixen les reserves en les convencions internacionals, fet que va en detriment del seu efecte unificador; són, més aviat, instruments d'harmonització jurídica. Aquesta flexibilitat permet als estats completar les llacunes que pugui tenir la llei model objecte de la transposició, així com modificar les expressions legals per adaptar-les a les usades en el mateix dret nacional.

4.3.3. Interpretació jurídica i arbitral del dret mercantil internacional uniforme

La clau de l'èxit d'aquests mètodes, ja siguin convencions internacionals o lleis model, rau en la interpretació uniforme dels textos idèntics o similars per part dels tribunals i dels àrbitres. El problema es planteja a l'hora de cercar els mitjans per aconseguir aquesta finalitat.

En l'àmbit regional el problema s'ha resolt a la Unió Europea a través de la creació del Tribunal de Justícia. Però aquesta solució és difícil en l'àmbit mundial. És clar que és necessari el coneixement de les decisions dels tribunals d'altres països si es vol aconseguir un mínim d'harmonització i evitar que els jutges segueixin les seves pròpies tradicions jurídiques o adoptin decisions en contradicció directa amb la d'altres països.

Per això, la CNUDMI ha creat un servei d'informació de resums de les decisions judicials i arbitrals referents als seus tractats, *Case Law On UNCITRAL Texts (CLOUT)*, que publica en els sis idiomes oficials de l'ONU. Es tracta d'una solució parcial al problema, que permet una localització ràpida de sentències de tot el món referents a temes d'aquestes convencions i lleis model. Però només en són resums, la qual cosa pot induir a conclusions errònies a qui no s'interessi pel contingut íntegre de la decisió, de manera que no garanteixen l'harmonització de les motivacions de les sentències o els laudes. Per facilitar encara més la consulta, la CNUDMI està elaborant compendis (digests) de comentaris jurisprudencials sobre l'articulat de cada instrument.

Enfront d'aquesta solució, se n'erigeix una altra de més adequada: la d'un sistema de consulta de continguts de sentències. Un sistema que ha funcionat en l'àmbit regional és el dels *Nordic Maritime Cases*, que des de 1900 ha publicat *in toto* els casos sobre dret marítim resolts pels òrgans jurisdiccionals dels països nòrdics. Així doncs, aquest sistema s'està desenvolupant amb èxit



a Internet, on s'ha creat una xarxa de llocs web vinculats entre si, centralitzats. Així mateix, la Convenció de Viena sobre compravenda internacional de mercaderies té una xarxa de consulta de jurisprudència centralitzada a la universitat de Pace Law (Nova York) i subseus en universitats de tot el món (Brasil, Espanya, Mèxic, Canadà, Estats Units, França, Alemanya, Suïssa, Itàlia, Grècia, Àustria, Bèlgica, Holanda, Dinamarca, Finlàndia, Rússia, Japó, Austràlia, Nova Zelanda, Egipte i d'altres).

4.3.4. Guies legals

Les guies legals són textos redactats per les agències internacionals preparatoris de futurs textos sobre usos, o preparatoris de normes de dret intern nacionals. Aquestes guies recopilen llistats de clàusules incloses en els contractes internacionals, per la qual cosa són indicatius de les pràctiques comercials internacionals, o recopilen diverses formes de regular una mateixa matèria en distints països i en recomanen algunes sobre d'altres. A diferència dels usos formulats o dels textos legals, les guies no ofereixen un articulat ni regles precises, sinó que detecten els problemes que es poden plantejar i les matèries que convé tenir en compte en l'elaboració dels contractes corresponents. Ofereixen una o diverses solucions per a cada cas, cercant l'equilibri entre els contractants i recomanant la inclusió de determinades clàusules als contractes o a les lleis, que han de ser discutides per les parts o pels parlaments i assumides, o no, de manera expressa en el contracte o la norma.

4.4. Els Principis d'UNIDROIT com a instrument mixt de nova *lex mercatoria* i el dret uniforme

Els Principis d'UNIDROIT sobre contractes mercantils internacionals són textos que recopilen i sistematitzen les regles reconegudes com universals en matèria de contractació mercantil internacional, tant en la nova *lex mercatoria* com en els textos de dret uniforme. Aquests principis són elaborats per una comissió d'experts d'UNIDROIT de manera periòdica.

Segons el seu preàmbul, les funcions dels Principis d'UNIDROIT són:

- Establir unes regles generals aplicables als contractes mercantils internacionals que s'han d'aplicar quan les parts hagin acordat, expressament o tàcitament, que el seu contracte s'hi regeixi, en virtut de la seva autonomia contractual, ja sigui perquè així ho han determinat expressament a les seves clàusules, o bé perquè hagin acordat que el seu contracte es regeixi per principis generals del dret, la *lex mercatoria* o expressions semblants.
- Aplicar-se quan les parts no han escollit el dret aplicable al contracte. En aquest sentit, quan els àrbitres tinguin la facultat de determinar la llei aplicable, poden prendre decisions en funció d'aquests principis.
- Ser utilitzats per interpretar o complementar instruments internacionals de dret uniforme, com la Convenció de Viena sobre la compravenda internacional de mercaderies.



- Ser utilitzats per interpretar o complementar el dret nacional o servir com a model per als legisladors nacionals i internacionals.

En el comerç internacional, és cada vegada més freqüent que s'hi apliquin aquests principis com a normes supletòries que completen les llacunes dels textos de dret uniforme per remissió expressa o tàcita d'aquests, o s'hi apliquen preferentment com a llei del contracte en virtut de la voluntat de les parts manifestada, ja sigui en una clàusula contractual expressa, en un acord de conciliació, en iniciar-se el procés arbitral, durant el procés, per interpretació de la voluntat implícita de les parts realitzada normalment pels àrbitres internacionals o per decisió de l'àrbitre per considerar-los més adequats que l'aplicació d'un dret nacional o bé davant el desacord de les parts, encara que mai en contra de la voluntat d'aquestes.

En aquest sentit, la «jurisprudència» internacional, sigui arbitral o no, ha arribat a acceptar l'aplicació dels Principis d'UNIDROIT no sols en el comerç internacional, sinó també com a suport a decisions fonamentades en drets interns i, sobretot, com la principal manifestació de la *lex mercatoria*: «dels principis generals de dret i els principis generals d'equitat comunament acceptats pels sistemes jurídics de la majoria de països». Aquesta tendència creix progressivament a partir de l'any 2000.

L'èxit d'aquesta nova concepció de la *lex mercatoria* rau, en primer lloc, en el fet que uns principis que apareixien com a «eteris» i, per tant, de difícil aplicació en els tribunals, passen a tenir un suport físic que en permet la utilització pels pràctics del dret (jutges, àrbitres i, sobretot, els grans despatxos d'advocats). En segon lloc, en la seva prevista adaptació i millora periòdica, que corregeix les excepcions posades de manifest en els comentaris doctrinals. Així, la redacció dels Principis d'UNIDROIT de 1994 ha estat revisada i ampliada el 2004 i el 2010.

Amb tot, el dret contingut en els Principis d'UNIDROIT no pot ser considerat com un dret complet aplicable com a dret supranacional substitutiu del dret nacional en la seva totalitat. Es tracta d'un ordenament jurídic incomplet, que necessita continuar creixent.

La jurisprudència arbitral ha reconegut que aquests principis no són complets: laudes com el n. 9875, de gener de 1999, o el n. 7110, d'abril de 1998, ambdós de la Cambra de Comerç Internacional, van ser els primers que van reconèixer que els Principis d'UNIDROIT són una de les diverses fonts de la *lex mercatoria*, encara que no l'exhaureixen.



EXERCICIS

Elaboreu una llista amb els contractes sobre els quals hi ha un instrument internacional mercantil uniforme, consultant els llocs web de CNUDMI (<www.uncitral.org>) i d'UNIDROIT (<www.unidroit.org>).



RECURSOS

Bibliografía

ALCOVER GARAU, Guillermo. *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil: Derecho español e internacional*. Madrid: Civitas, 1991.

ATIYAH, P. S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford: Oxford University Press, 1979.

BONELL, Michael Joachim. *I principi UNIDROIT nella pratica. Casistica e bibliografia riguardanti i Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*. Milà: Giuffrè, 2002.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. *Incoterms 1990*. París: International Chamber of Commerce Publishing S.A., 1990, n. 460. També COMITÉ ESPAÑOL DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. *Incoterms 2000*. Barcelona, 2000, n. 560.

CHIA-JUI CHENG (ed.). *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International trade Law*. Dordrecht, Boston: M. Nijhoff; Londres: Graham and Trotman, 1988.

CHOMSKY, Noah. *El Nuevo Orden Mundial (y el Viejo)*. Trad. Carme Castells. Barcelona: Crítica, 2002.

COASE, Ronald. *La empresa, el mercado y la ley*. Trad. Guillermo Concome y Borel. Madrid: Alianza, 1994.

COLON, Germà; GARCÍA, Arcadi. *Llibre del Consolat de Mar. Edició del text de la Real de Mallorca amb les variants de tots els manuscrits coneguts*. Barcelona: Fundació Noguera, 2001.

DOMINGO, Rafael; HAYASHI, Nobuo. «Estudio preliminar del Código Civil japonés». A: *Código Civil Japonés*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2000.

ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación. Génesis y Efectos*. Navarra: Aranzadi, 2002.

GALGANO, Francesco. «Lex mercatoria, shopping del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales». *Revista de Derecho Mercantil*, n. 247, 2003.

GIRÓN TENA, J. *Tendencias actuales y reforma del Derecho mercantil (Estudios)*. Madrid: Civitas, 1986.

GONDRA, J. M. *Derecho Mercantil. Tomo I. Introducción (Concepto. Sistema. Fuentes)*. Madrid: Universidad Complutense, 1992.

GORDLEY, James. «Comparative Legal Research: Its Function in the Development of Harmonized Law». *The American Journal of Comparative Law*, vol. XLIII, 1995, n. 4.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael; PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Madrid: Centro de Estudios. Ramón Areces S.A., Universidad Carlos III, 2003.



KUI HUA WANG. *Chinese Commercial Law*. Oxford: University Press, 2000.

MADRID PARRA, Agustín (coord.). *Derecho Uniforme del Transporte Internacional. Cuestiones de actualidad*. Madrid: McGrawHill, 1998.

MYRO SÁNCHEZ, Rafael. «Globalización económica, crecimiento y distribución». A: AA. VV. *Economía y Derecho ante el siglo XXI*. Valladolid: Lex Nova, 2001.

OSMAN, Filali. *Les principes généraux de la Lex Mercatoria*. París: LGDJ, 1992.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little Brown, 1986.

RAYNER, Susan E. *The Theory of Contracts in Islamic Law*. London, Dordrecht, Boston: Graham and Trotman, 1991.

SCHUMPETER, Joseph. *Historia del análisis económico*. 1a edició, 1956, trad. Manuel Sacristán. Barcelona: Ariel, 1995.

WEBER, Max. *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*. Nova York: Charles Scribner's Sons, 1958 (primera edició alemanya de 1901).

ZAPATERO, Virgilio (ed.). *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 2002.

Llocs web

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

<<http://www.uncitral.org>>

International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)

<<http://www.unidroit.org>>

ICC International Court of Arbitration

<http://www.iccwbo.org/index_court.asp>

Electronic Library on International Commercial Law and the CISG

<<http://cisgw3.law.pace.edu>>

LCIA Arbitration Rules

<<http://www.lcia-arbitration.com>>

Penn State Law. Alternative Dispute Resolution

<<http://www.adr.org/index2.1.jsp>>

International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

<<http://www.worldbank.org/icsid>>



The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC)
<<http://www.sccinstitute.com/uk/Home>>

China International Economic and Trade Arbitration Commission
<http://www.cietac.org.cn/english/E_index.htm>

Handelskammer Hamburg
<<http://www.hk24.de/HK24/HK24/produktmarken/index.jsp>>

The Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA)
<<http://www.crcica.org.eg>>

Vienna International Arbitral Centre
<<http://www.wk.or.at/arbitration>>

Camera Arbitrale di Milano
<<http://www.camera-arbitrale.it>>