

El derecho no estatal en los contratos mercantiles internacionales. Alcances e interacciones

Jenner Alonso Tobar Torres*

Resumen

El presente artículo plantea unas reflexiones generales sobre los escenarios de producción normativa en la contratación internacional, haciendo énfasis en aquellas normas generadas desde escenarios extra-estatales. De este modo, el artículo expone cómo el derecho no estatal incursiona en la contratación internacional y se ha convertido en la actualidad en un importante elemento dinamizador del comercio internacional y protagonista en la resolución de disputas comerciales.

Palabras clave: Autorregulación- derecho no estatal- contratos internacionales – arbitraje internacional

Abstract

This paper presents some general reflections about the scenarios of normative production in international contracting, emphasizing those rules generated from extra-state actors. In this way, the article exposes how non-state law enters in contact with international contracting and has now become an important element to dynamize international trade and protagonist in the resolution of trade disputes.

Key words: Self-regulation–non-state law–international contracts–international arbitration

1. El contexto: la autorregulación de los particulares en el comercio internacional

La distinción entre las esferas pública y privada, como elemento central del pensamiento liberal, ha sido punto común de encuentro de los Estados contemporáneos, en donde en términos generales lo público corresponde al Estado, y lo privado corresponde al individuo y sus relaciones íntimas (Figueroa Rubio, 2011, pág 68). De este modo, la dicotomía público/ privado presupone una distinción entre “*una esfera pública, a das responsabilidades e competências públicas* (“*poder público, “state action”*), e *una esfera privada, a das atividades privadas, de desenvol-*

* Abogado, Magister en derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Doctor en derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Docente Universidad Libre de Colombia.

vimento dos direitos dos cidadãos e dos poderes privados” (Costa Gonçalves, 2005, pág 236).

Bajo el liberalismo clásico existió una clara identificación de roles entre el Estado y la Sociedad; por una parte se encontraban las nociones de Estado, regulación, policía y Derecho Administrativo, y por otra parte los conceptos de sociedad, autorregulación, mercado y Derecho privado (Darnaculleta Gardella, 2003, pág 26). Sin embargo, la otrora incuestionable separación entre lo público y lo privado ha sido replanteada desde diversos escenarios, encontrándose críticas y nuevos enfoques desde la sociología jurídica, la filosofía política, la doctrina jurídica, entre otros campos.

En una lectura sencilla del fenómeno, la regulación podría ser considerada como la facultad del Estado para crear normas tendientes a intervenir y disciplinar el ejercicio de ciertas actividades comerciales o un modo especial de acceso a ciertos bienes, siendo el concepto de regulación el opuesto de la noción de mano invisible del mercado (Saldanha Sanches, 2000, pág 5). Por su parte la autorregulación sería entendida como la actividad de los particulares a través de las cuales estos se proveen a sí mismos reglas de conducta para gobernar sus actuaciones en sus respectivos sectores.

La producción del derecho ha sido particularmente uno de los baluartes de soberanía que el Estado tradicionalmente ha reclamado para sí. En efecto, con el surgimiento del intervencionismo estatal moderno, el sistema político asume la tarea de corregir las deficiencias del mercado, la política económica global y las políticas sociales compensatorias. El derecho comienza entonces a desarrollar una racionalidad material caracterizada por el particularismo y la orientación hacia los resultados. La orientación del derecho material gira de la autonomía hacia la regulación de colectiva de las actividades sociales y económicas, de tal forma que el derecho se convierte en la herramienta usual de intervención política (Teubner, 2000).

No obstante, bajo este programa de intervencionismo estatal se comienza a desarrollar lo que Habermas denomina una crisis de racionalidad (Habermas, 1989). La alta complejidad y densidad de los procesos socioeconómicos obstaculiza la adecuada consideración de los mismos al interior de los mecanismos intervencionistas, por lo cual las estructuras burocráticas y legales no pueden incorporar modelos de realidad social que sean lo suficientemente ricos para permitirles administrar eficazmente esta realidad social y económica (Teubner, 2000, pág 125).

En este contexto, en el campo económico internacional se comienza

adesarrollar una progresiva pérdida del formalismo jurídico, expuesta en la permisión del derecho comercial internacional a abrir sus puertas a nuevos actores y a nuevas dinámicas de producción del derecho que rompen con la idea clásica de producción jurídica estatal, para dar campo a una apertura normativa producto de la autorregulación privada (Fernández Rozas, 2003).

Se produce entonces una descentralización de la producción normativa donde el Estado ya no detenta el monopolio de las fuentes del Derecho, jugando en tal proceso un papel importante los particulares y colectivos privados quienes, a partir de su creciente protagonismo en el funcionamiento e integración de los diversos subsistemas, logran modificar el modelo clásico de representación política y de toma de decisiones legislativas y jurisdiccionales del Estado de Derecho para fortalecer su autonomía normativa en la gestión de sus asuntos frente a las regulaciones uniformes que puedan ofrecer el Estado (Marcilla Córdoba, 2005, pág 244).

Esto ha sido especialmente notorio en el escenario internacional donde las redes de autorregulación creadas por privados o por confluencias público-privadas suelen ser muchas más comunes en número y producción. Así las cosas, la producción de normas se

ha desconcentrado hacia la producción de reglas ductiles o *soft law* mientras que en los espacios nacionales aún existe predominio de la regulación pública a través de normas de *hard law* (Mattli, 2009, pág 3).

El resultado normativo de la autorregulación ha sido comúnmente calificado como *soft law* (Fernández Rozas, 2003). Tradicionalmente, este llamado *soft law* se estudia como antípoda de lo que se conoce como *hard law*, entendiendo este último como aquel conjunto de normas e instrumentos jurídicos que son exigibles a través de las vías institucionales de solución de conflictos y que en consecuencia su aplicación puede derivar en condenas de responsabilidad para los actores (Del Toro, 2006). En consecuencia, el *soft law*, puede ser entendido como aquel conjunto de normas que no pueden ser impuestas coercitivamente recurriendo a la fuerza pública pero que pueden resultar vinculantes por la aceptación voluntaria de los sujetos pasivos, quienes por diferentes razones aceptan tales reglas, las cuales pueden emanar tanto del Estado como de actores no estatales (Kaufmann-Kholer, 2010, pág 7).

No obstante, las dinámicas de integración y competencia entre los productos del *soft law* y el *hard law* provocan que, en ocasiones, las fronteras entre uno y otro no sean claras pues, eventualmente por los compromisos

y sincronías entre actores públicos y privados, el *soft law* puede convertirse en *hard law* y viceversa (Voguel, 2009, Pág 155). Tratándose de normas de *soft law* tanto su adopción como su cumplimiento es voluntario, lo que da lugar al surjimimiento de relaciones de complementariedad entre el derecho en sus versiones de *hard law* y *soft law*, de esta forma el *soft law* puede ser usado como alternativa o complemento a la regulación privada, a través de relaciones de cooperación o competencia, horizontales o verticales, formales o informales (Cafaggi, 2014).

Ejemplos de lo anterior es lo que sucede al interior de algunos foros de codificación internacional donde reglas de *soft law* son convertidas en *hard law* mediante su aborción por parte del foro o su recomendación, directa o indirecta¹, o por el contrario, cuando normas de *hard law* como las de tratados internacionales contienen provisiones tan amplias o indeterminadas que se convierten en la práctica en reglas de *soft law*; así mismo, es relativamente usual que normas de *soft law* sean utilizadas para la complementación o interpretación del *hard law*. Todas estas dinámicas de interrelación generan, entonces, que los límites entre uno y otro no siempre resulten claros (De Carolis, 2010).

2. El escenario: el contrato internacional como herramienta de autorregulación

Dentro del contexto de continuas imbricaciones entre la regulación pública y la autorregulación privada que hemos venido desarrollando, el contrato como instrumento a través del cual los particulares logran materializar el principio de autonomía, ha sido considerado como una herramienta de autorregulación de los particulares.

En efecto, a partir de las comentadas dinámicas de mutación en las relaciones privadas contractuales en donde los diversos subsistemas están generando sus propios mecanismos de autoconducta, el contrato es utilizado no solamente como instrumento para llevar a cambio la negociación de bienes y servicios, sino que es en sí mismo utilizado como una herramienta de discrecionalidad y autorregulación de los particulares, para generar una alternativa o un complemento a la regulación estatal (Black, 1996).

Esto tiene especial relevancia en el derecho comercial, en donde a través del contrato, las partes, en uso de su libertad de contratación, buscan hacer frente a las deficiencias del derecho contractual estatal, previendo problemas de jurisdicciones, derecho aplicable, costos y tiempos de transacción, métodos alternativos de solución

¹ Al respecto cfr. Fernández Arroyo, 2010; De Ly, 1997.

de conflictos (especialmente arbitraje), entre otros (De Ly, 2000). Así pues, una de las características principales del contrato es su carácter reflexivo a través del cual son las propias partes quienes tienen la oportunidad de negociar las reglas concretas que regularán sus transacciones de acuerdo a sus necesidades concretas, el contrato se consolida entonces como un instrumento de autorregulación.

El punto clave acá es que mediante el set de reglas provistas por la autorregulación de las partes se establecen un marco de derechos y obligaciones que guiaran la relación comercial que el subsistema económico presentó al subsistema jurídico, y en tanto este marco de referencia guía la conducta de las partes, se habrá reducido complejidad. La formación del acuerdo contenido en el contrato crea un nuevo sistema de comunicación entre las partes diferente de la comunicación existente al interior de la mera relación comercial (Collins, 1999).

De hecho, la fuerza vinculante-autorregulatoria del contrato no radica únicamente en el respaldo institucional que a través de las sanciones legales se le pueda dar a su cumplimiento. En la construcción de mercados las sanciones legales suelen jugar un papel marginal en el desarrollo de confianza entre las partes y es a través de sanciones informales —como el daño a la reputación— que dicha confianza se levanta (Collins, 1999, pág 174). La sim-

ple existencia de un marco contractual juega un rol esencial en la modificación y guía del comportamiento de las partes, con independencia de si posteriormente se acude al derecho para hacer cumplir el contrato. Ante un incumplimiento, y por diversas razones (costos, riesgo de pérdida, daño a la reputación, afectación del mercado, etc), las partes no siempre acuden a mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos, y en estos escenarios el contrato se convierte en un punto de referencia durante las negociaciones hacia el arreglo de la disputa (Collins, 1999, pág 137).

Un ejemplo ilustrativo de esto se puede observar en el mercado de diamantes de Amberes en Bélgica y otras partes del mundo, en donde los contratos entre los comerciantes suelen estar basados en el consenso y confianza mutua de las partes. El incumplimiento de estos contratos informales, resultaría en la suspensión del comerciante incumplido en el gremio y su vedaje en futuros contratos. Esto proporciona un fuerte incentivo para que las partes cumplan con sus obligaciones contractuales (Peter Berger, 2010, pág 140).

De este modo, si consideramos viable que actores no estatales generen normas vinculantes para sí mismos, es claro que el derecho contractual estará compuesto no solo por la regulación estatal creada, sino que los contratos, y particularmente los términos con-

tractuales, pueden funcionar como mecanismo de adaptación a las necesidades del caso específico.

De hecho, la actividad contractual tiene un gran impacto en los procesos de armonización y unificación del derecho mercantil transnacional. Entre los instrumentos reguladores de este sector se suelen incluir: las reglas de conflicto, los contratos y las cláusulas estandar, los contratos modelo, los denominados *tailor-made contracts* (contratos a medida), las condiciones generales de la contratación, los términos estandar, los códigos de conducta, los usos y prácticas mercantiles los *restatements*, las cláusulas arbitrales, entre otros. Todos estos elementos tienen en común el ámbito contractual en que se desenvuelven, propiciados desde el Estado, mediante la actividad particular, o con participación mixta (De Ly, 2012).

No se afirma que los actores del comercio internacional estén interesados en utilizar el contrato como un instrumento totalmente desconectado de los derechos nacionales, sino que más bien a través del contrato como herramienta de autorregulación, se puede hacer uso las regímenes privados autorregulatorios y en general de los contenidos de *soft law*, para que las partes desarrollen mecanismos de regulación de sus propios intereses que no estén sujetos, en principio, a la ley

aplicable y que funcionen con independencia de fronteras nacionales².

En efecto, el contrato en su doble naturaleza — como herramienta de autorregulación y como objeto de regulación— no puede reclamar plena autonomía en su faceta de herramienta autorregulatoria en tanto la institución contractual, en si misma regulada y limitada por conceptos como el orden público o las normas de policía, impone límites a la actividad autorregulatoria de los privados. Por todo lo anterior el contrato es reclamado actualmente como una auténtica fuente de derecho, una fuente autorregulatoria cuyo funcionamiento se integra al rol regulatorio del Estado. El contrato así visto es un ejemplo mas de recomposición de las relaciones publico-privadas a través de la autorregulación.

3. La cuestión: el derecho no nacional en los contratos internacionales

3.1. Posibilidad que las partes utilicen reglas anacionales para regular sus transacciones en el arbitraje

Es indiscutible que el escenario donde mayor receptividad ha tenido el uso de reglas anacionales es el arbitraje

² Al respecto cfr. Goode, Kronke, Mckendrick, 2007; Peter Berger, 2010.

internacional. Esto se debe en gran parte a que este es actualmente el principal método de resolución de controversias entre Estados, individuos y corporaciones, tanto en el ámbito del comercio internacional como en el espacio de inversiones.

Una de las principales ventajas del arbitraje internacional para el tráfico mercantil es que mediante este mecanismo las partes pueden elegir el derecho aplicable a sus controversias, teniendo la oportunidad de elegir, un derecho neutral. En este contexto, se ha discutido ampliamente por una parte si los árbitros y las partes deben necesariamente estar o no atados a un derecho estatal. En términos generales se considera que los tribunales arbitrales no se ven constreñidos por la elección y aplicación de un derecho nacional, si las partes no lo eligen expresamente (Bonell, 2008).

En virtud del rápido avance de las relaciones mercantiles, consideramos que hoy en día en lo que se entiende por autonomía conflictual se puede designar como ley del contrato un ordenamiento no estatal, sin perjuicio que exista un derecho estatal de transfondo a la controversia. De hecho, en la actualidad los reglamentos arbitrales suelen ser muy receptivos a la posibilidad de que las partes o el tribunal utilicen reglas no nacionales como derecho que regule el fondo del

conflicto. Es el caso del reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que permite a las partes acordar las “normas jurídicas” que estimen convenientes, como también sucede en el art. 28 del reglamento de la American Arbitration Association International Arbitration Rules, en el art. 33 de las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio de Suiza, y el art 21 de las Reglas de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid. Igualmente sucede con varios reglamentos de arbitraje de cámaras de comercio latinoamericanas como la de Santiago, Bogotá, Lima, entre varios otros (Moreno Rodríguez, 2013, pág 391).

Esta tendencia también fue asimilada en la Ley modelo de arbitraje de UNICITRAL que han inspirado numerosas legislaciones nacionales³ e incluso en otras legislaciones arbitrales que no se basan en la ley modelo o que son más

³ Es el caso de la actual legislación colombiana, específicamente la Ley 1563 de 2012, la cual, inspirada en esta Ley modelo Ley 1563 de 2012, cuyo artículo 101 recoge la solución de la Ley Modelo. En la misma tendencia de permitir la aplicación de derecho no estatal Moreno resalta que: “En las leyes latinoamericanas se faculta a las partes a elegir “normas de derecho”, mandando a su vez a considerar los usos mercantiles. Así lo hacen los arts. 54 y 73 de la Ley 1770 sobre Arbitraje y Conciliación de Bolivia; el art 22 del Decreto Ley 7.727 de 1997 que crea Ley sobre Resolución alterna de Conflictos y Promoción para la Paz Social de Costa Rica; el art. 28.4, Ley 19.971 de 2004 sobre Arbitraje Comercial Internacional de Chile; el art. 36.3 del Decreto-Ley 67-95 que crea la Ley de Arbitraje de Guatemala; el art. 54

antiguas entre las que se encuentran la Arbitration Act de 1996 de Inglaterra, el Code Judiciaire de Bélgica, la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado, el Código Procesal Civil de los Países Bajos DE 1986, el Código Procesal civil de Italia de 2006, entre otros (Moreno Rodríguez, 2013, pág 388).

Algo semejante también se encuentra el Acuerdo Sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile de 1998.

Como se observa, en estos textos no se habla de “ley” sino de “Derecho” o “normas de derecho”, lo cual permite a las partes acudir a ordenamientos no estatales, y así elegir corpus normativos extraestatales como derecho aplicable al fondo de la controversia.

3.2. Posibilidad que las partes utilicen reglas anacionales para regular sus transacciones en escenarios nacionales

En los escenarios nacionales, tanto judiciales como legislativos, las

de la Ley 540 de 2005 “De Mediación y Arbitraje” de Nicaragua; el art. 57.4 del Decreto Legislativo 1071 de 2008 que establece la “Ley de Arbitraje” de Perú; el art. 33.4 de la Ley 489-08 sobre Arbitraje Comercial de República Dominicana y el art. 32 de la Ley 1879 de 2002 se “Arbitraje y Mediación” del Paraguay” (Moreno Rodríguez, 2013, pág 389).

reglas extraestatales también ha tenido una relativa aceptación, aunque con menor intensidad que en el arbitraje. En el caso de los escenarios judiciales, se pueden encontrar decisiones donde los jueces aceptan la validez a tales normas, aunque la mayor parte de estas decisiones se ha dado en procedimientos de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras.

Una de las principales decisiones que abrió el camino para el reconocimiento del carácter normativo de reglas anacionales fue el caso – Compañía Valenciana de Cementos Portland vs Societé Primary Coal Inc- de 1989, en el cual la Corte de Apelaciones de París llegó a atribuir carácter normativo al derecho transnacional expresado en los principios y usos del comercio denominados *lex mercatoria*, reconociendo la autonomía de los árbitros para determinar el derecho aplicable a las controversias contractuales (Leon Robayo, 2015, pág 234).

Esta decisión, junto con los procedimientos judiciales que el caso *Norsolor* atravesó, han sido dos de los precedentes mayormente comentados por la doctrina y la jurisprudencia para ilustrar la tendencia de los tribunales nacionales de reconocer la reglas anacionales como derecho válido en los procedimientos arbitrales, tendencia que ha encontrado receptividad

en diferentes decisiones de cortes nacionales⁴.

Por referenciar algunos ejemplos recientes, en 2006 la Corte de Casación Francesa, dentro del caso *ules Verne et al. V. American Bureau of Shipping*, reconoció expresamente validez al derecho anacional, algo que fue acentuado por el mismo tribunal cuando en 2007, caso *Putrabali Adyamulia v. Rena Holding*, se confirmó la existencia de un orden jurídico arbitral distinto de los sistemas normativos nacionales y se caracterizó el laudo arbitral como una decisión judicial internacional (Moreno Rodríguez, 2013, pág 397).

⁴ Al respecto señala Leon Robayo (2015, pág 234): "Se pueden citar algunos casos en los cuales los tribunales de justicia han aceptado que la nueva Lex Mercatoria constituye derecho aplicable:
Estados Unidos: *The Bremen v. Zapata Offshore Co*; *Mitsubishi Motor Corp. V. Soles Chrysler Plymouth Inc.*
Francia: *Norsolor v. Pabalk Ticaret, Sociéte Fougere v. Banque du Proche Orient, Compañía Valenciana de Cementos Portland v. Sociéte Primary Coal Inc., Dalico Contractors v. Comité de la Municipalité de Khoms El Mergeb, PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding, Jules Verne et al. V. American Bureau of Shipping.*
Inglaterra: *Eagle Star v. Yval, Deutsche Schaubau- und Tiefbohrges-sellschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co. and Shell International Petroleum Co. Ltd.*
Italia: *Sociéte Arabe des Engrais Phosphates et Azotes (Saepa) y Sociéte Industrielle d' Acide Phosphorique et D "Engrais (Siapa) (Túnez) v. Gemanco srl (Italia).*
Suecia: *Götaverken Arendal AB v. Libyam General Maritime Transport Co."* LEON ROBAYO, Edgar Ivan, ob.cit., p. 235.

En el campo legislativo la reglas extraestatales, o más bien la posibilidad de utilizar reglas anacionales, ha sido aceptada con regularidad en regulaciones de arbitramento internacional como se vio en líneas anteriores, pero por fuera de este campo su receptividad es mucho más limitada. Adicionalmente se pueden encontrar casos donde mediante Acuerdos y Convenciones internacionales se abre paso a la aplicación de instrumentos extraestatales.

Es el caso, por ejemplo, de la Resolución 1112 de 2007 de la Comunidad Andina de Naciones -CAN- en la cual se establece, en su artículo 3.080, que la factura deberá incluir el "*lugar y condiciones de entrega de la mercancía, según los términos Internacionales de Comercio -INCOTERMS-, establecidos por la Cámara de Comercio Internacional u otros acuerdos internacionales*". Por otra parte también se considera que la Convención de Viena sobre Compra-venta Internacional de Mercaderías de 1980 es un instrumento receptivo de reglas y prácticas extraestatales en tanto a través de su artículo 9 se vincula a las partes con los usos y prácticas que hayan convenido o de las que deberían haber tenido conocimiento (Rodríguez Fernández, 2012).

En materia de instrumentos internacionales es recurrentemente citada la Convención Interamericana sobre

la ley aplicable a los contratos internacionales de México de 17 de marzo de 1994, donde se han adoptado posiciones flexibles sobre el derecho aplicable al fondo, permitiendo la utilización de derecho no nacional, como desarrollaremos a continuación. Otro ejemplo a nivel latinoamericano puede ser el caso de la Ley de Derecho Internacional Privado Latinoamericana, cuyos artículos 29 a 31, permiten que las obligaciones contractuales se integren por las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, cuando exista conexión con varias jurisdicciones (Leon Robayo, 2015, pág 242).

3.3 Posibilidad de utilizar el derecho anacional ante la ausencia de elección del derecho aplicable por las partes

Es posible —y de hecho ocurre con alguna frecuencia— que en un contrato internacional las partes: i) no incluyan una cláusula de derecho aplicable a la relación negocial, ii) que incluyan una cláusula en la cual, sin elegir algún derecho en particular, expresamente acuerdan excluir cualquier legislación nacional para regir su contrato (algo poco usual), o iii) que las partes elijan múltiples ordenamientos jurídicos para regir un mismo contrato (dépeçage) (Scherer, 2009). En estos eventos, es posible que reglas extraestatales jue-

gen un rol importante como derecho aplicado al fondo del contrato.

En primer lugar, es necesario señalar que tal posibilidad es mucho mayor bajo la jurisdicción arbitral que en los tribunales nacionales, esto por cuanto la mayoría de casos las normas de derecho internacional privado exigen la utilización de derechos nacionales en tales eventos. Por ejemplo, en el ámbito europeo el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (conocido como Convenio de Roma) establece en su artículo 4 que cuando las partes no han elegido el derecho aplicable al contrato, este deberá ser regido por la “ley del país” con el que contrato presente los lazos más estrechos.

De forma semejante, el Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) señala en su artículo 4 las reglas para establecer el derecho aplicable a ciertos tipos de contrato a falta de elección expresa de las partes, disponiendo que en tal situación los contratos se regirán por leyes estatales, variando solo los criterios de selección de la ley según el tipo de contrato; por ejemplo, para el caso del contrato de compraventa de mercaderías señala la referida norma que este se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual. Vale la pena resaltar que cuando se habla de ley de un país, el propio Reglamento Roma I indica en su

artículo 20 que por tal se debe entender “*las normas jurídicas materiales en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado*”. Bajo este entendido es muy difícil que, ante la ausencia de elección del derecho aplicable por las partes, se considere aceptable la aplicación de reglas no nacionales.

De forma similar, las llamadas reglas de conflicto de las legislaciones nacionales suelen imponer la utilización de leyes estatales ante la ausencia de elección del derecho aplicable por las partes.

En el ámbito americano, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, plantea una situación muy particular en su artículo 9 donde se señala que ante la ausencia de elección de derecho por las partes regirá “el derecho de un Estado”, haciendo una clara alusión a un derecho estatal, pero el inciso segundo del citado artículo también expone que se tomarán en cuenta “*cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales*”. Esto ha llevado a múltiples interpretaciones alrededor de la posibilidad de que se utilicen instrumentos extraestatales bajo el citado artículo noveno de la Convención.

Hay quienes consideran que bajo tal normativa reglas no nacionales pueden ser utilizados por los jueces estatales ante la ausencia de elección del de-

recho por las partes (Oviedo Albán, 2012), pero hay otros que creen que este artículo limita tal uso a un rol interpretativo de la ley estatal con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos.

En el área del arbitraje la receptividad de reglas no nacionales ante la ausencia de elección de derecho por las partes es mucho más amplia, pero tampoco puede considerarse como una tendencia generalizada. Comencemos por señalar que la propia Ley modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional señaló en su artículo 28 (2) que “*Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables*”.

Por regla general, los reglamentos de arbitraje suelen ser muy flexibles al momento de permitir a las partes la elección de “normas de derecho” no nacionales para regir el contrato y la controversia. Por eso no se puede considerar fortuito que en la Ley modelo se diga que, ante la ausencia de elección de derecho aplicable por las partes, el tribunal aplicará una “ley”, esto es un claro imperativo para que en tal situación se aplique una ley nacional, en contraposición a reglas de derecho que pueden ser no nacionales.

Esta regla contenida en la Ley modelo ha sido adoptada por varias

legislaciones arbitrales, como el caso de Inglaterra, Italia o Alemania, pero también se pueden encontrar varios casos donde la Ley modelo no fue acogida en su literalidad y la disposición en comento fue modificada. En estos últimos casos se modificó el término “ley” por el de “normas de derecho”, dando al árbitro un margen más amplio al permitirle seleccionar normas no nacionales ante la ausencia de elección del derecho aplicable por las partes, ejemplo son la legislación arbitral francesa, suiza, holandesa, o, por mencionar un caso cercano, la legislación arbitral colombiana (Ley 1563 de 2012) que, aunque inspirada en la Ley Modelo, señala en su artículo 101 que cuando en un arbitraje internacional las partes no indican la norma, el tribunal arbitral aplicará aquellas “normas de derecho” que estime pertinentes.

Además de la permisividad de varias regulaciones arbitrales para que, ante la ausencia de elección de derecho por las partes, los árbitros puedan acudir a reglas anacionales, la utilización de tales reglas en estos casos se ha justificado bajo dos frentes, un enfoque objetivo y uno subjetivo. Bajo un enfoque que podría ser llamado objetivo se aplica reglas extraestatales porque no tiene ninguna relación objetiva con algún derecho nacional y porque resulta imposible establecer una conexión cercana del contrato

con un derecho nacional en específico. Por el contrario, bajo un enfoque subjetivo las reglas anacionales se aplican porque los árbitros interpretan que ante su silencio las partes efectuaron una elección negativa de alguna ley nacional (Derains, 2005), siendo especialmente referente de este enfoque el laudo Laudo 7375 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de Junio 5 de 1996.

4. Conclusión

De lo aquí expuesto se puede concluir sumariamente que el derecho no estatal juega un papel importante en la dinamización del comercio internacional. Por tal motivo los contratos mercantiles internacionales se han convertido en escenarios propicios para el desarrollo y uso de reglas extraestatales, convirtiéndose en sí mismos en instrumentos de autorregulación. Este fenómeno se enfatiza cuando se acude al arbitraje internacional, escenario donde la generación y utilización de derechos no nacionales suele ser ampliamente aceptada.

Bibliografía

- Black, J. (1996). “Constitutionalising Self-Regulation”. *The Modern Law Review Limited*.
- Blackaby, N. Partasides, C. Redfern, A Hunter, M (2015). *Redfern and Hunter*

- on international arbitration. Oxford University Press, Oxford.
- Bonell, M.J (2008). *The UNIDROIT Principles in Practice — The Experience of the First Two Years*, online en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pr-exper.html#bon*.
- Cafaggi, F. (2014/2015) *A Comparative Analysis of Transnational Private Regulation: Legitimacy, Quality, Effectiveness and Enforcement*. European University Institute Department of Law. EUI Working Paper Law 2014/15.
- Collins, H. (1999). *Regulating Contracts*. Oxford University Press. Nueva York.
- Costa Gonçalves, P. (2005). *Entidades privadas com poderes públicos*. Editorial Almedina. Coimbra.
- Darnacullela Gardella, M.M. (2003). *Derecho administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*. Tesis doctoral, Girona, Universitat de Girona, Departament de Dret Públic, Girona. Disponible online en <http://hdl.handle.net/10803/7681>.
- De Carolis, D. (2010). "Some Features of the Harmonisation of International Trade Law in the Third Millennium". *Uniform Law Review*. Volumen 15.
- DeLy, F. (1997). "Uniform commercial law and international self-regulation", en *Diritto del commercio internazionale*, numero 11.
- De Ly, F. (2000). "Commercial law as a refuge from contract law: a comparative and uniform law perspective". *Wayne Law Review*,. Volumen 45. Número 4.
- DeLy, F. (2012). "De facto harmonization by means of party autonomy and model contract clauses". FOGT, Morten, *Unification and harmonization of international commercial law*, Wolters Kluwer. Alphen aan den Rijn.
- Del Toro Huerta, M.I. (2006). "El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional". *Anuario mexicano de Derecho Internacional*, volumen VI.
- Derains, Y. (2001). "Transnational Law in ICC arbitration". PETER BERGER, Klaus, *The practice of transnational law*. Kluwer Law International. The Hague.
- Fernández Arroyo, D. (1997). "La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial". Basedow, J. Fernández Arroyo, D. Moreno Rodríguez, J.A. (coordinadores) *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*. Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política CEDEP. Asunción.
- Fernandez Rozas, J.C. (2003). *Ius mercatorum Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*. Colegios Notariales de España. Madrid.
- Figueroa Rubio, S. (2011) "¿Derechos sin liberalismo? la distinción público-privado, la propiedad privada

- y el mercado e actual sistema de derechos". *Artificium. Revista Iberoamericana de Estudios Culturales y Análisis Conceptual*. Año 1. Número 1.
- Goode, R. Kronke, H. Mckendrick, E. (2015). *Transnational commercial law*. Segunda edición. Oxford University Press, Oxford.
- Kaufmann-Kholer, G. (2010) "La codificación y la normatividad del *Soft Law* en el arbitraje internacional". Basedow, J. Fernandez Arroyo, D. Moreno Rodriguez, J.A. (coordinadores) *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*. Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política CEDEP. Asunción.
- Habermas, J. (1989). *Teoría de la Acción comunicativa*. Taurus. Buenos Aires.
- Leon Robayo, E.I. (2015). *Principios y Fuentes del Derecho Comercial Colombiano*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015.
- Marcilla Cordoba, G. (2005). "Desregulación, Estado social y proceso de Globalización". *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Número 28.
- Mattli, W. Woods, N. (2009). "In whose benefit? Explaining regulatory change in global politics. Mattli, W. Woods, N. (editores). *The politics of global regulation*. Princenton University Press. New Jersey.
- Moreno Rodriguez, J.A. (2013). *Derecho aplicable y arbitraje internacional*, CEDEP.
- Oviedo Albán, J. (2012). "La ley aplicable a los contratos internacionales". *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Número 21.
- Peter Berger, K. (2010). *The creeping codification of the new lex mercatoria*. Segunda edición. Wolter kluwers.
- Rodríguez Fernández, M. (2012). "Reconocimiento de la *lex mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional". *REVISTA e – Mercatoria*. Volumen 11. Número 2 julio – diciembre.
- Saldanha Sanches, J.L. (2000). "A regulação: historia breve de um conceito". *Revista da ordem dos advogados. Ordem dos advogados portugueses*. Año 60.
- Scherer, M. (2009). "Preamble II. The use of the PICC in arbitration". Vogenaue, S. Kleinheisterkamp, J. (editores), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Oxford, Nueva York.
- Teubner, G. (2000) "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno". Bordieu, P. Teubner, G. *La fuerza del derecho*. Siglo del Hombre Editores. Bogotá.
- Vogel, D. (2009). "The private regulation of global corporate conduct". Mattli, W. Woods, N. (editores). *The politics of global regulation*. Princenton University Press. New Jersey.