

## El contrato en las relaciones transnacionales \*

FRANCESCO GALGANO

### RESUMEN

*En la presente ponencia, se reflexiona sobre la uniformidad del derecho en Europa recordando que no es ésta la única vía para lograr la creación de un mercado único o la constitución de una identidad jurídica europea. La fórmula para lograr una verdadera unidad es, por un lado, hacer posible la competencia económica de los agentes que intervienen en el mercado en el marco de la normativa común y, por otro, la lex shopping, esto es, conseguir la competencia jurídica entre los distintos sistemas europeos.*

*En cualquier caso, globalizar el derecho no significa suprimir los sistemas nacionales, ni imponer el mismo conjunto de reglas en todo el planeta, ni eliminar la identidad cultural o jurídica de cada uno de los derechos nacionales. Muy al contrario, la nueva lex mercatoria constituye la expresión de una mayor madurez jurídica en la regulación de las relaciones comerciales transnacionales.*

En este Congreso hablamos de contratos que se instauran en mercados transnacionales, más allá de los confines de los Estados. Hablamos, por tanto, de contratos que con buena razón podemos definir como transnacionales, destinados a buscar una disciplina propia fuera del derecho de un mismo Estado nacional.

Cuando el mercado transnacional está gobernado por autoridades supranacionales, como es el caso de la Unión Europea, un camino parece trazado y es, en alguna medida, un camino ya emprendido. Me refiero a las directivas comunitarias de armonización del derecho de los Estados miembros, que han modificado hasta ahora los contratos de masas, así como los contratos estipula-

---

\* Ponencia que el autor impartió en el «I Congreso de Derecho contractual europeo y Principios UNIDROIT», celebrado en la Universidad de las Islas Baleares, los días 26 y 27 de abril de 2007.

dos con consumidores. No se puede tener por cierto que un general derecho europeo de contratos, hoy auspiciado desde más sectores, sea el único camino transitable, ni que sea el camino preferible.

Los espacios de los mercados transnacionales se extienden ya por todos los continentes; y no está lejos el día en el cual los intercambios comerciales entre empresas europeas y empresas del extremo Oriente resulten más intensos que los realizados en el interior de la Unión europea. La experiencia de estas últimas décadas ha mostrado qué vías pueden ser tomadas provechosamente para proporcionar una disciplina a los contratos transnacionales.

Más allá de los confines de los Estados está en curso la formación de un derecho uniforme espontáneo, administrado por tribunales arbitrales internacionales, al que se le dio el nombre de Nueva *lex mercatoria*, destinado a regular las relaciones contractuales dentro del mercado global.

Quien se rebela contra la idea de un derecho no estatal y demuestra no poder concebir otro derecho, que no sea el dictado por la ley del Estado o por convención entre Estados, olvida que el derecho es una realidad mucho más antigua que el Estado nación, y que nuestra civilización jurídica ha prosperado sin el Estado durante diecisiete de los diecinueve siglos de su existencia, desde el segundo siglo después de Cristo, que fue el siglo de Ulpiano el siglo de la primera elaboración sistemática del derecho, hasta la víspera de las codificaciones modernas (e incluso hasta el siglo XIX en Alemania, donde el derecho romano permaneció en vigor, como derecho de la razón, hasta 1899). Pero hay más: no faltan autores, como Harold Berman, que en la exasperación estatista y nacionalista propia del siglo XX descubren una crisis tan profunda en la tradición jurídica occidental, asaz más grave que todas las precedentes, para «conducirla virtualmente al colapso». El estatismo y el nacionalismo del derecho no son factores de progreso, sino de crisis del derecho.

*Lex mercatoria* es una expresión que tiene origen culto. Quiere aludir al renacimiento, en la época moderna, de un derecho universal, tan universal como lo fue el derecho de los mercaderes en el Medioevo.

La antigua *lex mercatoria* había precedido al advenimiento de los Estados modernos. Su función consistía en derogar, para las relaciones comerciales, el derecho civil de entonces, es decir el derecho romano, ahora revelado como no más adaptable a las exigencias del tráfico. La nueva *lex mercatoria* actúa, en cambio, dentro de una realidad caracterizada por la división política de los mercados en una pluralidad de Estados. Su función es superar la

discontinuidad jurídica por éstos provocada. Dentro de esta nueva *lex mercatoria* se disuelven tanto los particularismos jurídicos de las codificaciones como, fenómeno todavía más significativo, también las diferencias entre el *civil law* y el *common law*.

Los factores que han producido estas reglas internacionalmente uniformes residen, fundamentalmente, en las costumbres del comercio internacional, es decir en la repetida y uniforme observancia de particulares prácticas por parte de los operadores de determinados sectores empresariales, con la convicción de observar un precepto jurídico.

En los laudos arbitrales se aduce que la controversia debe resolverse con la aplicación «de las reglas que los operadores del comercio internacional consideran conformes a sus intereses y expectativas». La *opinio iuris atque necessitatis*, es decir, la obligatoriedad de los usos, no es la obediencia a una autoridad superior, que no existe, sino el respeto por parte de cada operador económico, de lo que los demás operadores económicos se consideran legitimados a esperar de él, aun si se trata de deberes no impuestos por el contrato.

De este modo los usos del comercio internacional son asumidos como verdaderos usos normativos, verdaderas fuentes de derecho objetivo, pero de un derecho objetivo no estatal, sino transnacional, fuentes de un derecho objetivo de la *business community*, de la comunidad internacional de los operadores económicos. Para la Casación italiana este ordenamiento transnacional es un ordenamiento originario, que tiene en sí la propia legitimación, y no la recibe del Estado. Sin embargo es un ordenamiento que no tiene órganos propios de coerción. Para estos efectos, se vale de los órganos jurisdiccionales de los Estados en su momento territorialmente competentes, que se transforman en su propio brazo secular. Ellos no aplican el propio derecho nacional, ni el derecho nacional de cualquier otro Estado, sino el derecho de una sociedad distinta de las comunidades estatales.

Unidroit elaboró de la *lex mercatoria* una recopilación orgánica. Ésta tiene el título de «Principios de los contratos comerciales internacionales», divulgados en los principales idiomas de nuestro tiempo. UNIDROIT no tiene, bien entendido, la pretensión de legislar. No tiene la autoridad por esto. Son los laudos arbitrales que hacen referencia a los Principios UNIDROIT como «fuente atendida del derecho comercial internacional».

Aprecio cierta tendencia de la literatura contemporánea consistente en poner en el mismo plano, como si se tratase de otras tantas propuestas de nueva legislación, los Principios UNIDROIT de un

lado y proyectos de codificación europea de otro, como el proyecto Lando y otros proyectos análogos. Debe quedar bien claro que los Principios UNIDROIT son derecho vigente, como tal aplicado por los laudos arbitrales, mientras el resto de proyectos señalados son solamente propuestas, entre otras cosas privadas de toda oficialidad. Los primeros son la reconocida fuente de cognición de la *lex mercatoria*, cuya fuente de producción es la costumbre.

Las reglas de derecho que integran la *lex mercatoria* son, en algunos aspectos, el fruto de la generalización de principios vigentes en algunos sistemas estatales, de conformidad con los usos del comercio internacional.

Otras veces la regla elegida es totalmente original, desprovista de correspondencia en los sistemas nacionales anteriores.

Resultan, como nunca antes, originales las figuras de la *Gross disparity* (art. 3.10) y del *Hardship* (arts. 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3), que llevan a consecuencias extremas, anteriormente desconocidas a todos los derechos nacionales (desconocidas, por lo menos, al momento de la primera aparición de los Principios Unidroit), a aquel criterio de equidad contractual que la Nueva *lex mercatoria* heredó de su antecesora.

Hay *Gross disparity* cuando el contrato o una cláusula atribuye a una parte una ventaja excesiva sobre la otra, cualquiera sea el factor que lo ha provocado.

Bajo este aspecto la figura de la *Gross disparity* se aleja ya del modelo originario y se muestra carente de correspondencia en los sistemas jurídicos nacionales fundamentales. Está presente sólo en el derecho holandés y en los derechos escandinavos, que prevén la ineficacia del contrato «contrario a la equidad». En el *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos que igualmente conoce la *unconscionability*, o sea la irracionalidad del contrato (sec. 2.302), como también en el *Restatement of contracts*, que se expresa en términos de *Gross disparity*, de hecho sólo se aplican en el supuesto de que se demuestre que el contratante fuerte haya abusado de la propia posición dominante en perjuicio de la contraparte.

La otra figura, el *Hardship*, se refiere al desequilibrio sobreviniente entre las prestaciones contractuales, provocado por hechos posteriores a su estipulación, cuyo riesgo no ha sido asumido por la parte en desventaja. Aquí también se generaliza una solución que, en los sistemas nacionales, sólo está admitida en presencia de situaciones fuertemente tipificadas. Este es el caso de la excesiva onerosidad sobreviniente provocada por sucesos extraordinarios e imprevisibles como los del artículo 1467 del Código Civil italiano. El *Hardship* autoriza a la parte perjudicada a pedir a la contraparte la

renegociación del contrato. Hasta aquí, no se va más allá de lo que, en los derechos nacionales, se suele deducir del canon de la buena fe en la ejecución del contrato; como tampoco se va más allá de la norma que prevé la resolución del contrato si el contratante aventajado rehúsa renegociar [art. 6.2.3, inc. 4.º, letra a)]. Hasta ese punto se puede llegar en el derecho nacional con la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de ejecución según la buena fe. Lo que ningún derecho nacional había alcanzado, y menos en Occidente, es el ulterior remedio que consiste en el poder del juez de «modificar el contrato a fin de restaurar el equilibrio originario» [art. 6.2.3, inc. 4.º, letra b)].

De este modo, la equidad correctiva se transforma en regla general, aplicable tanto para corregir el desequilibrio originario del contrato, como para restaurar el equilibrio sucesivamente alterado. La libertad contractual permanece como un valor fundamental, expresado en el artículo 1.1. Sin embargo es una libertad que, para la *lex mercatoria*, encuentra límite en otros valores, como la buena fe y la corrección en el comercio internacional, ante cuya violación la *lex mercatoria* reacciona con la sustitución obligatoria del contrato justo al contrato querido por las partes.

Es un verdadero escándalo, para el juez europeo, que un laudo arbitral dictado en aplicación de la *lex mercatoria* proteja a la parte débil más intensamente que una sentencia emanada en aplicación de un derecho nacional. Es el comentario irónico expresado por Gunther Teubner a propósito de un laudo arbitral que se había dictado en la controversia entre una grande multinacional y una pequeña empresa del tercer mundo, que había dado la razón a la segunda en perjuicio de la primera.

Todo esto puede no gustar a quien ha sido educado por el positivismo en la idea del derecho estatal, del weberiano monopolio estatal del gobierno de la economía, de la ecuación derecho igual a ley. Podrá gustarle todavía menos a quien confía en la formación democrática del derecho, elaborado por asambleas electivas. Pero el Gran Derecho (aquel con mayúscula) no ha sido producido por asambleas electivas, ni siquiera el de las codificaciones modernas. ¿Y qué asambleas electivas podrían ser llamadas a promover una «democrática» *lex mercatoria*? Un derecho regulador de los intercambios transnacionales no puede ser más que un derecho de producción difusa, creado por fuerza de las costumbres, tal como surge de la jurisprudencia arbitral internacional y de ese trabajo de reconocimiento y de sistematización que está atendiendo Unidroit. El Gran Derecho del pasado fue (así había sido definido el BGB alemán) un «derecho de los profesores», o un «derecho de los juris-

tas», cuya fuerza de penetración residía en su «cientificidad». Las fórmulas actuales que se prestan a describir los Principios de los contratos comerciales internacionales fueron obra, en su primera edición, de diecisiete profesores de derecho, cinco de los cuales fueron sustituidos para la segunda edición.

La mediación política de los intereses en juego, propia del derecho legislativamente creado por los Estados (o del derecho uniforme creado por convenciones entre Estados), es sustituida, como en los tiempos de la antigua *lex mercatoria* (los tiempos de Bartolo, de Baldo, de Casaregis, de Salgado de Somoza), por la mediación cultural de los juristas.

Es cierto que la nueva *lex mercatoria* puede, por esto, merecer el juicio de derecho no democrático, sino más bien tecnocrático, y por ello, despótico.

Mirándolo bien, el concepto de despotismo está aquí fuera de lugar. Ni siquiera en el moderno debate sobre la legitimación de poder se asume el procedimiento democrático de asunción de decisiones como el único procedimiento idóneo para producir legitimidad. En el campo del derecho, produce legitimidad también la *opinio iuris atque necessitatis*, aquella forma de consenso difuso, o de *volonté générale*, que se traduce en fuente de derecho sin pasar a través de los procedimientos de la representación política. Es también verdad que, en la elaboración del concepto de Estado de derecho, como ha sido llevado a cabo en Europa continental, se ha afirmado la idea de que el derecho, para ser tal, debe emanar de asambleas legislativas electas por sufragio universal. Pero también es cierto que la otra mitad del mundo del derecho, es decir el *common law*, puede invocar el *rule of law* aun admitiendo que el derecho sea elaborado, prevalentemente, por fuentes no legislativas, como la costumbre y el *judge made law*.

No debe pensarse que estos principios de equidad y de justicia del contrato son propios de la jurisprudencia arbitral internacional y destinados a permanecer aislados en el ámbito de ésta. La tendencia de las jurisprudencias nacionales y de las legislaciones de los Estados es precisamente la opuesta. Las primeras dan siempre mayor realce a la cláusula general de la buena fe, de la cual se arrastran consecuencias que hace sólo pocos años habrían parecido impensables, como la interpretación correctiva del contrato: la segunda extrae nuevas reglas precisamente de los Principios UNIDROIT. El código civil reformado en Alemania en 2002 ha introducido el *Hardship* en el derecho alemán.

\* \* \*

La globalización de la economía provoca en el derecho un doble efecto. Conduce a la superación del principio de estatalidad del derecho: pero actúa, al mismo tiempo, sobre el principio de nacionalidad. El primero de estos efectos es la formación de un derecho no estatal, la *lex mercatoria*, destinada a reglar las relaciones económicas transestatales. El segundo es la ultranacionalidad del derecho estatal, es decir, su aplicación fuera de los confines nacionales del Estado que lo ha elaborado.

Desde hace tiempo el arbitraje internacional presenta una tendencia que se resume en la metáfora del *shopping* del derecho. Las partes adoptan, con la cláusula compromisoria, el derecho de un tercer Estado, que no tiene ningún punto de contacto con la nacionalidad de las partes. Es la elección de la así llamada «ley neutral». Los contratantes, a veces, efectúan el llamado *repêchage*, o sea hacen elecciones múltiples. Así, por ejemplo, la ley sustancial de un Estado y la ley procesal de otro Estado.

La analogía corre entre el derecho y el idioma. Así como cada idioma nacional tiene su capacidad expresiva propia e inigualable, cada derecho nacional ofrece oportunidades propias de regulación. Globalizar el derecho no significa necesariamente dar vida a un único derecho planetario. Sin embargo, los idiomas nacionales poseen una riqueza expresiva que nadie puede pensar en suprimir, como nadie puede pensar en suprimir los derechos nacionales. También esto es un modo de globalizar el derecho, no imponiendo a todos un mismo sistema planetario de reglas, sino permitiendo a todos alcanzar desde el planetario emporio de las creaciones jurídicas.

No se diga que con el *shopping* el derecho se degrada a técnica pura, que se lo abstrae de las civilizaciones que lo han generado. Dígase, más bien, que es él expresión de cosmopolitismo y, por ello, de una civilización más madura, no más limitada dentro de confines nacionales cerrados. En la exasperación del nacionalismo jurídico se debe más que nunca, entrever el ocaso de la civilización del derecho.

La alternativa de la *lex shopping*, o sea de la competencia entre sistemas nacionales, es también un modo de realizar la unidad del derecho europeo. Para realizarla deben sin duda intervenir, sobre puntos de importancia estratégica, las directivas de armonización y los reglamentos comunitarios, e intervenir según la metodología orgánica muchas veces solicitada: aludo al *Action Plan* del 12 de febrero de 2003 y a la comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo del 11 de octubre de 2004, con los cuales fueron trazados los lineamientos para la elaboración del marco

común de referencia de los principios fundamentales del derecho de los contratos, a utilizarse en la sede comunitaria para la redacción de las directivas y, en la sede nacional, para la redacción de las normas de recepción.

Sin embargo, nada quita a la unidad económica, social y política de los Estados Unidos el hecho de que el derecho privado esté diferenciado de Estado a Estado. Tampoco nada se perdió en el fracasado intento de unificarlo en el *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos. La idea que desde hace algún tiempo se desarrolla en Europa de un Código civil europeo parece anacrónica, juzgada por María Rosaria Ferrarese como retorno al «clima del siglo XIX», como idea neorromántica.

Encuentra ahora el reconocimiento también en Europa el modelo opuesto, el de la competencia, vivo y vital en América. Bien notorio es el caso del derecho societario de Delaware, donde van a constituirse más de la mitad de las sociedades americanas, que disfrutan del derecho de ese Estado, cualesquiera que sean los Estados donde después desarrollarán la actividad social.

Según la jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades europeas, el principio comunitario del derecho al establecimiento implica la libertad de elección entre los modelos societarios vigentes en los Estados miembros. Sucedió que algunos ciudadanos daneses, queriendo constituir una sociedad de responsabilidad limitada con capital inferior al mínimo requerido por el derecho danés, constituyeron su sociedad en Gran Bretaña, donde no se requiere ningún capital mínimo. Dotados de una sociedad de derecho inglés, habían puesto la administración en Dinamarca y allí iniciaron el desarrollo de la actividad social. La oficina del registro danés no tardó en deplorar la elusión de la norma que impone un capital social mínimo, norma imperativa en ese país. La cuestión terminó ante la Corte de Luxemburgo, que se pronunció en el sentido antes mencionado. La sentencia resulta significativa en cuanto no aplica una específica norma del derecho comunitario, sino que interpreta la línea de tendencia emergente de la fatigosa construcción jurídica de la unidad europea. El principio es que no abusa del derecho de establecimiento quien elige, entre los diversos derechos de los países miembros, el que de por sí es más ventajoso. Es el notorio caso Centros, decidido por la Sentencia del 9 de marzo de 1999. A éste han seguido otros casos, decididos por la Corte con las Sentencias del 5 de noviembre de 2002 y del 30 de septiembre de 2003.

El modelo de la competencia entre los sistemas jurídicos nacionales está presente en la política legislativa de la Unión europea. Las directivas comunitarias en materia de consumidores contienen habitualmente la cláusula «salvo que el derecho nacional no disponga de un modo más favorable para el consumidor». Esto significa que ellas imponen solamente una disciplina de mínimos, el estándar mínimo de tutela, salvo que la tutela ofrecida por el derecho nacional no sea más favorable al consumidor.

El diseño no es, bajo este aspecto, el de incorporar una legislación uniforme. La cláusula «salvo que el derecho nacional no ofrezca una mayor tutela» sirve para poner en evidencia la plena legitimidad de una legislación nacional discordante respecto de las directivas comunitarias, en el sentido de que es más favorable al consumidor.

A este respecto es significativa la transposición española de la directiva sobre garantías en la venta de bienes de consumo. Muchos Países de la Comunidad, entre ellos Italia, han atribuido al comprador final acción contractual contra el vendedor inmediato, el cual a su vez tiene atribuida acción contra el autor inmediato, hasta el productor. En España, por el contrario, se ha adoptado una regla distinta más favorable al consumidor: se ha atribuido acción directa contractual contra el productor. El derecho español parte del presupuesto de que la garantía del vendedor hubiera circulado junto al producto a lo largo de la cadena de distribución.

También bajo este aspecto hay competencia entre los sistemas europeos. Y esta libre opción, concedida a cada ciudadano europeo, sobre el derecho nacional a invocar, encuentra también una coherente correspondencia en el poder concedido a cada uno de los legisladores nacionales de competir con los demás en la tarea de proporcionar la mejor tutela al consumidor.

De la uniformidad del derecho en Europa no es necesario, por tanto, hacer un mito; ella no es el instrumento indispensable ni de la creación de un mercado único europeo, ni de la fundación de una misma identidad cultural y jurídica de Europa. Valga la experiencia americana: cuando una empresa californiana vende en Virginia ella no vende al extranjero, vende en el propio mercado; sin embargo el derecho californiano y el de Virginia son distintos, a excepción de las mínimas uniformidades impuestas por las leyes federales. Y si hay un país que tiene un sentido profundo de la identidad cultural este es verdaderamente, a pesar de la fragmentación del derecho privado de cada Estado, el país que se conoce bajo el nombre de los Estados Unidos de América.

La fórmula es, en Europa como en los Estados Unidos: competencia económica entre las empresas en el marco de reglas comunes, competencia jurídica entre los Estados miembros en el marco de comunes principios fundamentales.