

“El papel de la *societas mercatorum* en la creación normativa: la *lex mercatoria*”^o

Francisco López Ruiz
Dpto Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante

Fecha de presentación: 13/04/2010 | De aceptación: 08/06/2010 | De publicación: 30/06/2010

Resumen

En este trabajo se estudia el fenómeno de la creación privada del Derecho ligada al proceso de globalización económica; concretamente, el papel de la *societas mercatorum* o *business community* en la producción del Derecho. ¿Se puede considerar como Derecho el conjunto de reglas – la *lex mercatoria* – elaboradas por asociaciones profesionales internacionales, grandes firmas de abogados y empresas transnacionales? La tesis que mantendré es que la *lex mercatoria* es, ciertamente, un conjunto de reglas jurídicas altamente eficaces en el ámbito de los negocios internacionales. Sin embargo, tal eficacia no puede servir como criterio de legitimidad de la *lex mercatoria*.

Abstract

In this work, the phenomenon of the private creation of Law bound to the process of economic globalization is studied. More precisely, the role of the *societas mercatorum* or *business community* in the production of Law. It can be considered as Law a body of rules – the *lex mercatoria* – drawn up by international professional associations, major law firms and transnational companies. The thesis held in the present work, is that the *lex mercatoria* is indeed, a body of legal rules which are highly efficient within the scope of international business. However, such efficiency cannot be used as criteria for the legitimacy of the *lex mercatoria*.

^o Una síntesis de este trabajo fue leída en la I JORNADA DEL SEMINARIO INTERNACIONAL PERMANENTE del Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho: Fuentes del Derecho y Sociedad Civil, de la Universidad Carlos III de Madrid, el 25 de febrero de 2010.

SUMARIO: Introducción. 1. La nueva *societas mercatorum*: 1.1 Empresas, Sociedades y Comercio Internacional. 1.2 Los mercados financieros. 1.3 La configuración de la nueva *lex mercatoria*. 2. Las comprensiones de la *lex mercatoria*. 3. ¿Y esto que tiene que ver con la Teoría del Derecho? Conclusiones.

INTRODUCCION

Tradicionalmente, la potestad legislativa se ha considerado como atributo esencial de la soberanía estatal. La ley responde, de un lado, al principio de legitimación democrática y, de otro, la ley está subordinada a la Constitución en un doble plano: el formal-racional (autoritativo) y el racional-material o valorativo (justificatorio) derivado de la supremacía Constitución. Sin embargo, la complejidad e interdependencia de las sociedades políticas modernas afectan directamente al monopolio de la creación del Derecho por el Estado. La ley, expresión de la soberanía interna, ha de convivir con un conjunto heterogéneo de reglas y sistemas jurídicos provenientes de instancias supranacionales públicas y privadas. En este proceso de globalización, la Constitución se ve afectada a través de las cesiones de soberanía a organismos internacionales.

Las leyes de cada Estado, por más potentes que éstos sean, hacen pensar en el rugido del ratón; son leyes que actúan sólo sobre un minúsculo fragmento del mercado que tiene dimensiones planetarias y sobre el cual no pueden incidir eficazmente.

La fragilidad de la ley, en cuanto instrumento de innovación jurídica, deriva de dos caracteres de la economía contemporánea; en primer lugar, la economía de nuestro presente

histórico es una economía transnacional en oposición al carácter nacional de los sistemas legislativos; en segundo lugar, es una economía en continua transformación que reclama instrumentos flexibles de adecuación del derecho a los cambios de la realidad social. En este sentido la rigidez de las leyes es la antítesis de la flexibilidad de los contratos.

Que los agentes del tráfico jurídico privado internacional puedan elegir normas o sistemas jurídicos introduciendo la competencia entre ordenamientos jurídicos, no es un hecho novedoso. En consecuencia, resultarán beneficiarios de este nuevo mercado de sistemas jurídicos aquellos ordenamientos que logren ofrecer menores costes de transacción. Al actor del tráfico jurídico global lo que le interesa de las normas jurídicas bajo las que prefiere cobijarse, es simplemente, que sean eficaces y eficientes. No cuestiona su legitimidad (Laporta 2005:183-184).

Hace ya un tiempo, García Pelayo, siguiendo la terminología acuñada por R.Aron, en el ámbito sociológico, y por Jessup en el jurídico, distinguió entre sociedad nacional, sociedad internacional y sociedad transnacional

“La sociedad transnacional tiene como supuesto la distinción entre Estado y sociedad, y puede definirse como el conjunto social resultante de las interacciones directas entre actores pertenecientes a sociedades de distintos Estados. Entre tales interacciones pueden contarse los tráficos o flujos monetarios y financieros, de mercancías, de personas, de modelos tecnológicos, etc.; sus actores son los individuos o entidades cuyas acciones trascienden las fronteras de sus Estados. [...]. Así pues la sociedad transnacional es distinta de la sociedad nacional [...] y es también distinta de la sociedad internacional, es decir, interestatal”. (García Pelayo 1991, vol II; 1587ss)

Cuando hablamos de “sociedad global”¹ nos referimos a dos realidades conceptualmente distintas pero difíciles de delimitar en la práctica. La primera, la sociedad internacional, denota el conjunto formado por los Estados (en otro nivel dentro del mismo sistema incluiríamos a las Organizaciones Internacionales –OI-, de los que aquellos constituyen sus partes) y las relaciones existentes entre las diferentes unidades estatales actuando a escala mundial en tanto titulares de poderes públicos. La sociedad internacional tiene, por tanto, una base estatocéntrica. La segunda, la sociedad transnacional, tiene como referencia las relaciones e interacciones directas entre actores (personas físicas y jurídicas) pertenecientes a sociedades de distintos Estados, ocupando un papel especialmente significativo las empresas multinacionales. La sociedad transnacional no tiene como base a los Estados sino que descansa en los individuos, grupos sociales u otras entidades dotadas de personalidad jurídica normalmente privada. Sin embargo, aunque su modo de operar es transfronterizo, su existencia sigue vinculada necesariamente a la existencia de Estados y en gran medida a las OI.

La *lex mercatoria* es el nombre usado para identificar a un conjunto normativo disperso, con carácter supranacional, que goza de un alto grado de autonomía respecto a los ordenamientos jurídicos estatales, y que constituye un grupo de reglas adecuadas para la regulación de las relaciones económico-privadas internacionales, especialmente, de los contratos internacionales a los que se puede aplicar directamente en lugar de las disposiciones de los ordenamientos nacionales. En ese sentido, por nueva *lex mercatoria* hoy se entiende un derecho creado por las grandes empresas transnacionales, las *law firms* y ciertas

agencias privadas internacionales sin la mediación expresa del poder legislativo de los Estados, y formado por reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, más allá de la unidad política de los Estados, las relaciones comerciales y financieras que se establecen dentro de la unidad económica que constituye el mercado global. Por esta razón *considero incluido dentro del ámbito de la lex mercatoria* no sólo las clásicas materias del derecho del comercio internacional *sino también una parte nada desdeñable de las operaciones realizadas en los mercados financieros internacionales, oficiales y no oficiales.*

1. LA NUEVA SOCIETAS MERCATORUM: EMPRESAS, SOCIEDADES Y COMERCIO INTERNACIONAL. LOS MERCADOS FINANCIEROS. LA CONFIGURACIÓN DE LA NUEVA LEX MERCATORIA.

Me ocuparé seguidamente, sin ánimo de ser exhaustivo, de los tres elementos configuradores de la *societas mercatorum*

1.1. Empresas, Sociedades y Comercio Internacional.

El comercio internacional ha tenido en las dos últimas décadas un espectacular crecimiento triplicándose el volumen de las mercancías intercambiadas y multiplicándose por cuatro el de servicios, hasta llegar en el año 2005 a casi siete billones de euros en el primer caso y a más de uno y medio en el segundo (García de la Cruz, Durán Romero 2005:26). Este crecimiento está ligado inexorablemente a la internacionalización de las empresas y, en particular, al enorme peso en la economía mundial de las grandes corporaciones multinacionales (ETN, empresas transnacionales en terminología de la UNCTAD).

Una empresa es transnacional (ETN)² cuando sus activos están dispersos por el mundo,

¹ Attina, por ejemplo, diferencia entre los conceptos de sistema, comunidad y sociedad en las relaciones internacionales, sin embargo, concluye “El sistema internacional y global es hoy en día, tanto un sistema como una comunidad y una sociedad. Los tres términos pueden ser utilizados en forma intercambiable, excepto si se prefiere uno antes que el otro con la intención de resaltar el carácter sistémico o el carácter comunitario o social que el grupo del que nos ocupamos posee” (Attina 2001:103-104)

² “Son empresas multinacionales que bajo una unidad mundial de gestión, tienen intereses y actúan en una pluralidad de países, acomodándose a las condiciones económicas, sociales y legales de cada uno de ellos con el fin de conseguir la maximización de

sus ventas se reparten a lo ancho y largo del planeta o al menos en los principales mercados mundiales, e incluso, la base de su capital puede estar repartido entre inversores de distintas nacionalidades. El medio más importante a través del cual las ETN llevan a cabo sus estrategias de multinacionalización es la inversión extranjera directa (IED) que conlleva la asunción autónoma o compartida de las correspondientes funciones de dirección y control. Considerando que la IED es una inversión que implica una relación a largo plazo y un control por parte de una empresa residente en un país A (empresa matriz o inversor extranjero) de empresas ubicadas en países distintos B, C, D, etc. (filiales); ese control puede instrumentarse de diversas maneras: compra directa, compra a través de un *holding*, creación de filiales de venta o de filiales de producción, etc. Esta es una cuestión fundamental relativa al Derecho de sociedades afectando especialmente a las sociedades cotizadas en los principales mercados financieros mundiales.

Es, por esto, que las relaciones entre las empresas matrices y sus filiales en el extranjero generan las dos terceras partes de todo el comercio mundial a través de las transacciones intrafirma, lo que deja sólo un tercio de todo el comercio internacional bajo el régimen de libre mercado.

En las ETN las funciones de dirección estratégica y financiera se separan de las funciones operativas. A su vez las funciones operativas se diversifican entre sí, dando lugar a una pluralidad de sociedades operativas bajo el control de un *holding*. Como manifiesta Galgano “La descomposición de la empresa en una pluralidad de sociedades alcanza límites extremos cuando se separan, convirtiéndose en objeto de sociedades separadas las dos funciones empresariales fundamentales: la actividad de dirección, por un lado, y la actividad de producción o de intercambio, por el otro. Surge así una sociedad cabeza de grupo definida como *holding* ‘puro’, que no practica ni ejerce actividad alguna de producción o intercambio y que se limita a administrar las

propias participaciones accionariales” (Galgano 2005:184).

Los *fondos de capital riesgo*, ubicados fundamentalmente en los Estados Unidos y Reino Unido, gestionaban en 2007 alrededor de un billón de dólares. La finalidad del *capital riesgo* es tanto la financiación de nuevos proyectos empresariales como la adquisición de empresas en sus ciclos maduros para posteriormente proceder a la desinversión. La operativa de los *fondos de capital riesgo* es compleja. La financiación para la adquisición de una empresa implica un *apalancamiento*. Es lo que técnicamente se denomina compra LBO y que consiste en financiar una parte del importe del precio de la adquisición de la empresa mediante deuda. Ésta se asegura en parte por la capacidad crediticia del comprador, pero también y de forma muy importante, por los activos de la empresa que se adquiere y de los flujos de caja esperados.

Los problemas surgen cuando el comprador pretende amortizar la deuda con cargo a los recursos patrimoniales y flujos de caja esperados de la sociedad objeto de adquisición, sociedad target (Álvarez Arjona 2006:573 ss), pues la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones o participaciones puede tener incidencia en el ámbito de las adquisiciones apalancadas. Con la finalidad de burlar la ley se suelen constituir sociedades pantalla, puramente instrumentales, que acaban fusionándose con la sociedad objeto de adquisición.

Entre los agentes del comercio internacional, destacan los *grupos de sociedades*, que no son una creación legislativa sino fruto de la estrategia empresarial. En éstos existe un divorcio entre la realidad económica, específicamente unitaria, y la realidad jurídica, claramente plural. De esta manera, en los grupos multinacionales, cada empresa integrada en el grupo posee una distinta nacionalidad, y por lo tanto, una diferente ley aplicable. Como advierte Palao Moreno, el *grupo de sociedades* “constituye una realidad de difícil tratamiento legal desde una perspectiva supraestatal, debido a la disparidad de intereses en juego, tanto empresariales, como estatales y regionales. Ello se plasma en el hecho de que, en la

sus beneficios y la mejor defensa de sus potencialidades de nivel mundial” (Barbe 1995: 191)

actualidad, no contemos con un marco normativo de origen internacional que discipline sus actividades transfronterizas"[...] "de manera que gran parte de su regulación internacional pertenezca al llamado *Soft Law*, no siendo, en principio vinculante para los Estados" (Esplugues Mota, 2006-128).

La técnica jurídica y la ingeniería financiera se fusionan de manera que es prácticamente imposible deslindarlas y se ponen de esta forma al servicio de las corporaciones transnacionales. Una sociedad puede adquirir en el mercado las acciones de otra sociedad, por procedimientos diferentes, hasta conseguir un control mayoritario o relevante, o bien puede constituir otras sociedades suscribiendo la mayoría o la totalidad de las acciones. La sociedad, que ha adquirido o suscrito acciones de otras sociedades en una cantidad relevante, puede ejercer un poder de dominio sobre otras sociedades que garantiza, habitualmente, la dirección unitaria, elemento esencial para definir lo que es un *grupo de sociedades*. Una de las finalidades de los *grupos de sociedades*, aunque no la única, puede ser abaratar los costes de transacción y obtener ventajas competitivas, además de la diversificación del riesgo, pues cada una de ellas es responsable de sus deudas no siéndolo por las deudas de las sociedades del grupo.

Otras instituciones financieras altamente complejas son los *conglomerados financieros*, cuyos miembros son exclusivamente inversores institucionales. Se trata de entidades financieras integradas por instituciones de crédito, empresas de servicios de inversión y compañías de seguros. *Conglomerados* en el que no sólo son relevantes las relaciones entre la matriz y sus filiales sino también las existentes con sus participadas. Este tipo de entidades, por su volumen y diversificación de negocios, son capaces de producir un riesgo sistémico en el sistema financiero, "la actividad de estos grupos desborda las fronteras nacionales y dificulta su supervisión, lo cual podía a afectar a la estabilidad del sistema financiero" (Zunzunegui, 2005:310-311). De ahí el énfasis puesto en su supervisión, tanto por el volumen de riesgo que pueden llegar a asumir como por los eventuales

conflictos de intereses que podrían darse entre las diferentes empresas integrantes o participadas por los conglomerados financieros.

1.2. Los mercados financieros.

La crisis del sistema monetario internacional, con la decisión de la administración Nixon (1971) de poner punto y final a la convertibilidad dólar-oro, rompió la premisa básica en la que se sustentaba el sistema monetario internacional desde los acuerdos de Bretón Woods. En consecuencia, aparecerán las tasas de cambio flotante, de suerte que las monedas carecerán de vinculación directa con el oro o con otro numerario de referencia, por lo que ningún gobierno tendrá la obligación previa de garantizar la paridad fija de su moneda nacional.

El primer rasgo que se aprecia en la evolución de los mercados financieros internacionales es la colosal dimensión de sus cifras "más de un billón - con b - y medio de euros giran las veinticuatro horas del día alrededor del globo, a la velocidad que la tecnología de hoy permite, procurando la inversión más rentable. Y lo que resulta más llamativo, la mayoría de esos millones carecen de respaldo físico: son simples anotaciones contables en las pantallas de los ordenadores que conectan los distintos centros financieros mundiales"³. Especialmente, en las tres últimas décadas, las transacciones financieras internacionales han crecido a un ritmo muy superior al del crecimiento internacional del comercio de bienes y servicios como consecuencia de la desregulación de los mercados financieros⁴

³. "Hasta no hace mucho los contratos servían sólo para hacer circular las cosas; hoy sirven también para hacerlas, para crear productos financieros". (Morán García 2000:33). "Es pertinente observar que la riqueza para internacionalizarse ha tenido que desmaterializarse. Si el mercado es la mano invisible que rige la vida económica, la riqueza desmaterializada representa su expresión más sublime" (Galgano 2005:23).

⁴ Sobre las formas de internacionalización del mercado financiero, Cfr. Faria 2001: 54.

El mercado de divisas es el mercado financiero más grande del mundo. A diferencia de las bolsas de valores nacionales, no está limitado por fronteras ni horarios comerciales o por las capitalizaciones del mercado de empresas o acciones que figuran en una determinada bolsa de valores. Siempre que un centro financiero – donde se negocian divisas – se cierra en algún punto del planeta, otro se abre; de este modo, se garantiza una liquidez constante y una negociación continua. El volumen de ventas (es decir, la cantidad de moneda cambiante) de este mercado global se estima superior a los 3 trillones de dólares USA *por día*. En comparación, el volumen de ventas diario en la bolsa de valores más grande del mundo, la bolsa de Nueva York (NYSE), sólo alcanza los 68 billones de dólares USA. El mercado de moneda extranjera *Forex* (Foreign Exchange Currency Market) permite comprar y vender divisas para así obtener ganancias con las diferencias entre los tipos de cambio a través de operaciones de *arbitraje*⁵. Los mercados de divisas pueden ser: a) al contado; b) de futuros; y c) de opciones. Dentro de este último destaca el mercado paralelo *Over The Counter* (OTC) donde los contratos de opciones se hacen a medida del cliente.

Los mercados de divisas, los euromercados y los mercados de valores integran, genéricamente, los mercados financieros internacionales contraponiéndose, de forma cada día más difusa, a los mercados domésticos. Pero es el mercado de divisas el que constituye el epicentro de los mercados financieros internacionales puesto que en él se establece el valor de cambio de las monedas en que se van a realizar los flujos

⁵ El *arbitraje* es una operación consistente en la compra y venta simultánea de instrumentos financieros en los diferentes mercados para obtener ventajas de los diferentes precios existentes entre ellos. El arbitraje de divisas (*Foreign-exchange arbitrage*), se aplica a las operaciones simultáneas de compra venta realizadas sobre un mismo producto financiero denominado en divisas en diferentes mercados al contado o plazos, con la finalidad de obtener beneficios por las eventuales diferencias entre sus correspondientes valores de mercado. (Morchón y Aparicio 1998).

monetarios internacionales (Morán García 2002:49).

Los euromercados son mercados crediticios que operan en países distintos a aquellos a los que pertenece la moneda en cuya divisa realizan sus transacciones, es decir, la intermediación se efectúa en moneda distinta de la del país en que radica el intermediario. Por ejemplo un depósito en dólares en un banco de Luxemburgo es un depósito en eurodólares. Igualmente son parte de los euromercados el mercado de eurobonos y el de euroacciones.

Los euromercados posibilitan la elusión de las regulaciones de los gobiernos de los países implicados, puesto que se localiza el mercado de una moneda concreta fuera del país al que la moneda pertenece. Por ello, el euromercado es el ejemplo paradigmático de mercado *off shore* no sometido a autoridad estatal o internacional alguna. Se trata, por tanto, de un espacio financiero transnacional, de creación auténticamente privada, que se rige por normas prudenciales de origen profesional, integrado por usos y costumbres generados por la práctica uniforme y consolidada de los mercados financieros internacionales⁶. Se puede considerar como una estructura comercial privada que, por ejemplo, fija sus tipos de interés con independencia de cualquier autoridad monetaria doméstica o internacional. Este sector se constituye, por tanto, como uno de las expresiones más evidentes de producción del Derecho por asociaciones u organizaciones privadas.

Finalmente, las propias instituciones bursátiles forman *holdings* que se convierten en objeto de compra por otros *holdings* bursátiles. Así, la Bolsa de Nueva York (NYSE Group) ha comprado recientemente *Euronext*; el *Nasdaq Stock Market* norteamericano ha adquirido junto con Borse Dubai el *holding* de las bolsas nórdicas OMX. En nuestro país, Bolsa y Mercados Españoles (BME),

⁶ Las prácticas de los euromercados se presentan con frecuencia como una de las manifestaciones más relevantes de la “lex mercatoria” (Aïdan 2001:287). Instrumentos financieros de los euromercados son: eurodepósitos, créditos sindicados, eurobonos: bonos objeto de colocación simultánea en los mercados de al menos dos países en una moneda que no es necesariamente la de cualquiera de ellos.

holding que integra a todos los mercados de valores y sistemas financieros en España, ha estado en el punto de mira de la *Deutsche Börse*. Tales casos ejemplifican claramente el proceso de concentración del sistema financiero internacional y con ello la creación de un espacio financiero transnacional.

1.3 La configuración de la nueva *lex mercatoria*.

Después de la Segunda Guerra Mundial, pero fundamentalmente en las décadas de los sesenta y setenta, los usos comerciales van a adquirir una importancia mucho mayor debido, fundamentalmente, al enorme desarrollo del comercio internacional, al creciente aumento de las inversiones extranjeras y al aumento de los préstamos internacionales en divisas. Estos factores económicos conducen a la utilización de nuevas formas jurídicas que provocan de alguna manera los siguientes fenómenos: a) el renacimiento de los usos del comercio internacional, contribuyendo a la configuración de *códigos privados* independientes de los derechos nacionales; b) la práctica comercial internacional, consistente en regular las partes por sí mismas - *autonomía conflictual* y *autonomía material* - y sus relaciones contractuales estableciendo para los mismos tipos de contratos cláusulas semejantes o muy similares, determinará la institucionalización de los *contratos-tipo* autonormativos.

Los mercados financieros internacionales no son ajenos a este proceso; desde la década de los ochenta, la ingeniería financiera pone en el mercado, a velocidades vertiginosas, nuevos productos financieros de difícil encaje en el derecho mercantil tradicional. Se trata de productos diseñados *ad hoc* para operar en diferentes mercados financieros simultáneamente, con distintas divisas, y cuyos gestores, son sociedades de inversión constituidas en un país y cuya sede se encuentra en otro.

Ejemplos paradigmáticos lo constituyen los diversos formatos de *Instituciones de Inversión*

Colectiva como los *hegde funds*⁷ y otros tipos de fondos de inversión e, igualmente, los contratos financieros sobre *derivados* o los diferentes tipos de contratos de swaps.

En este orden de cosas, la *lex mercatoria* supone la existencia de un espacio transnacional en el que ubicar las operaciones antes citadas. Tal ámbito, como resulta evidente, no se puede circunscribir a un territorio delimitado por las fronteras estatales. El espacio transnacional es el espacio globalizado exento de límites fronterizos configurado por una especie de *soberano privado supraestatal difuso*⁸(Capella 1997:260 ss). Sin embargo, como es obvio, el espacio transnacional presupone la necesaria existencia del espacio nacional que es trascendido o desbordado por el primero. Análogamente a lo que sucede con el espacio transnacional, ocurre con la "población transnacional". En este último caso, el paisaje está poblado de personas jurídicas, esto es, de empresas transnacionales. Tal población, designada con el nombre de *societas mercatorum* o *business community*, no pudiendo prescindir de los Estados, reclama si no la autodeterminación, sí la autonomía normativa que se expresa a través de un *Derecho transnacional* cuyo exponente más relevante es la *lex mercatoria* con sus correspondientes órganos de adjudicación que son los tribunales arbitrales. Quizá, el punto, donde comience el disenso, está en el polémico origen no estatal ni internacional de sus reglas, es decir, en que la *lex mercatoria*, cuya fuente es privada, sea o no un conjunto de reglas no vinculadas, en principio, a la ninguna soberanía estatal. Este dato unido a la relevancia económica de las materias que está llamada a regular, comercio y las finanzas internacionales, hacen que

⁷ Rico Arévalo, B.: *Régimen jurídico y económico de los "Hegde Funds"*. Pamplona. Aranzadi, 2008.

⁸ Éste poseería las siguientes características: i) el origen y naturaleza del titular de ese poder que ejerce es privado; ii) el poder es difuso: no está concentrado en unas solas manos o en una sede determinada; iii) su estructura le impide hacer suyos los sistemas legitimatorios adoptados por los Estados, en concreto no puede recurrir a sistemas de legitimación de tipo comunitario ya que es excluyente de las poblaciones como tales iv) la pretensión de legitimidad de ese soberano privado supraestatal se funda sobre la eficacia. (Capella 1997:260 y ss).

la *lex mercatoria* sea uno de los exponentes más significativos de cómo la globalización económica tiene una inmediata traducción jurídica. A partir de aquí encontramos una abundante y prolija discusión sobre su contenido, funciones y estructura.

“El desenvolvimiento de esta nueva *lex mercatoria* de proyección universal constituye uno de los aspectos estructurales más importantes en las mutaciones que experimenta el Derecho privado de la Economía, como vía de superar las insuficiencias del ‘método clínico’ de los conflictos de leyes y de los modestos resultados alcanzados por el ‘método preventivo’ de la elaboración de un Derecho mercantil uniforme, tiene base consuetudinaria y su aplicación se apoya en el frecuente recurso al arbitraje” [...]. Por eso, esta nueva *lex mercatoria* se configura como un Derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países. Esto es, liberarse de la rigidez y falta de sensibilidad para el tráfico mercantil internacional de las legislaciones internas a través de un culto hacia el principio de la autonomía de la voluntad y de la autoregulación en este sector” (Fernández Rozas 2004:79).

Desde una perspectiva sociológica, la nueva *lex mercatoria* ha ido surgiendo de las prácticas reiteradas de las corporaciones transnacionales con la cooperación imprescindible y necesaria de las grandes *law firms*, de los más variopintos sectores de la actividad económica, pertenecientes a distintos Estados que divergen en sus sistemas legales e incluso en cuanto a su sistema económico (p.e. China)⁹. Se trata de la *societas mercatorum* o *business community* no sólo independientes en buena medida de los Estados, sino también capaz

de condicionarlos. No puede soslayarse, por tanto, la capacidad ni la necesidad de los agentes económicos operantes en el tráfico mercantil internacional en la creación progresiva de un marco jurídico-institucional propio que dé respuestas a sus necesidades, ofreciendo soluciones jurídicas coherentes y adecuadas al comercio internacional.

Al jurista actual “no se le pide sólo que interprete la ley, se le pide como en la época preindustrial, que utilice la técnica jurídica para satisfacer las necesidades cambiantes del mercado produciendo el diseño jurídico de nuevas operaciones económicas” (Galvano 2005:64). Se crea, de esta manera, una red de vínculos entre las corporaciones transnacionales, las grandes *law firms*¹⁰ internacionales e instituciones privadas internacionales como, por ejemplo la GAFTA (*Grain and Feed Trade Association*) con sede en Londres que agrupa a más de 700 empresas distribuidoras en 75 países. Los miembros de esta asociación participan en el comercio de granos, subproductos y legumbres en todas las fases de la cadena de comercialización, de producción y hasta el consumo final, el ISMA estadounidense (Asociación Internacional de Mercado de Bonos), el ISDA (Asociación Internacional de Swaps y Derivados) igualmente norteamericana, o la , no menos importante, *International Accounting Standards Board* (IASB) con sede en Londres, que elabora las normas internacionales de información financiera. Las operaciones bancarias, bursátiles y de seguros cada vez son más complejas en su contenido. Si en otros ámbitos de la vida económica el Derecho modifica comportamientos, en el mercado financiero se limita a reconocer y dar forma a las operaciones practicadas en el tráfico. Los organismos internacionales y las asociaciones profesionales de bancos de inversión, con la valiosa asesoría de las firmas globales de abogados, han desarrollado un compendio de reglas y códigos

⁹“La *lex mercatoria* actúa 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 y como fenómeno todavía más significativo, también las diferencias entre el *civil law* y el *common law*”. (Galvano, 2005: 65)

¹⁰ Las grandes *law firms* se organizan como empresas guiadas por el principio económico de competencia en el mercado jurídico. Las *law firms* globales han pasado a actuar de hecho como verdaderos reguladores de los mercados financieros internacionales (Ferrarese 2005:169).

aplicables a las operaciones que tienen lugar en el mercado financiero en las que priman las soluciones técnicas propias de la industria.

La perfección de los contratos, sus sistemas de garantías y la ejecución de los mismos tienen lugar a través de sistemas centralizados y encadenados, cuyo encaje en la tipología jurídica contractual está todavía por determinar.

Los usos comerciales, los contratos tipo, las condiciones generales de los contratos internacionales, los principios generales del comercio internacional elaborados por las asociaciones profesionales y organismos internacionales, constituyen las típicas fuentes de expresión de este Derecho de producción autónoma. Junto a las anteriormente citadas, uno de los ejemplos más representativos y relevantes de estas instituciones creadoras de reglas jurídicas es la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con más de 7000 miembros de 130 países, donde conviven empresas y juristas altamente cualificados en las diversas ramas del comercio internacional. Como señala Fernández Rozas, “la CCI es un medio idóneo para canalizar propuestas del sector privado ante los gobiernos, e incidir en las decisiones que éstos adoptan en las rondas de negociaciones de la OMC [...] para incrementar la influencia de la comunidad empresarial en la toma de decisiones de las Naciones Unidas y en otros organismos internacionales” (Fernández Rozas 2004:99)

2. LAS COMPRESIONES DE LA NUEVA LEX MERCATORIA.

Existe un profundo debate que enfrenta a los múltiples autores que se han ocupado y se ocupan de la *lex mercatoria*, principalmente internacionalprivatistas, como ya he indicado anteriormente. En lo que sigue trataré de esbozar, en líneas gruesas, un mapa extremadamente simple de las concepciones en presencia.

B. Goldman, uno de sus más fervorosos defensores y cuya concepción de la *lex mercatoria* fue elaborada progresivamente, se refiere a ella como un conjunto de principios generales y reglas

consuetudinarias, espontáneamente elaboradas, sin referencia a un concreto sistema jurídico nacional; reglas provenientes de diversas fuentes que nutren constantemente las estructuras legales y la actividad específica de la colectividad de quienes operan en el comercio internacional (Goldman 1979:487). Colocará en el elenco de fuentes de la *lex mercatoria* en primer lugar, a los usos y reglas consuetudinarias, las cláusulas contractuales generales y los contratos tipo. En una posición secundaria, aparecen la jurisprudencia arbitral y los principios generales entendidos como fuente subsidiaria cuya función es integrar las lagunas dejadas por las anteriores fuentes. Posteriormente, modificará este esquema de fuentes de manera que los *principios generales del derecho relativos a las relaciones comerciales internacionales* y los *principios comunes* a los sistemas jurídicos nacionales más la *jurisprudencia arbitral* serán las fuentes prioritarias de la *lex mercatoria*. Será el *arbitraje* comercial internacional el que concrete los *principios generales del derecho del comercio internacional* y los *principios comunes* a los sistemas nacionales en presencia. Los tribunales arbitrales cumplirían una doble función: a) dirimir los litigios derivados de las relaciones contractuales inherentes al comercio internacional atendiendo a las reglas y principios del derecho transnacional, en el que se incluye la *lex mercatoria*; b) contribuir a la manifestación y desarrollo de tales reglas y principios a través de sus decisiones, que se convierten así en fuentes de la *lex mercatoria*.

La idea de una *lex mercatoria* como un orden jurídico se fundará en la existencia, *de facto*, de una *societas mercatorum* de carácter internacional capaz de producir su propio derecho regulador de las transacciones internacionales. Si cada institución produce derecho, inversamente, sería derecho el conjunto de reglas que rigen una sociedad existente *de facto*. En consecuencia, la existencia de una *societas mercatorum* conduce a aceptar la juridicidad de las reglas de la *lex mercatoria* cuyo fundamento último no es otro que el *principio de efectividad* (Goldman 1979:499; 1993: 247).

Sin embargo, Goldman se verá obligado a matizar su concepto de orden jurídico admitiendo que si bien la *lex mercatoria* no es un ordenamiento jurídico sí cumple la *función* de un orden jurídico (Goldman 1979:498-499; 1983, nº 4:407). Existen órdenes jurídicos en proceso de formación que, en ciertas fases de su desarrollo, son incompletos pero que *funcionalmente* son ordenamientos jurídicos, de manera que la *lex mercatoria* puede regular, en tanto que es derecho aplicable, relaciones jurídicas contractuales surgidas en el ámbito del comercio internacional¹¹.

Para C. Schmitthoff se trata de principios comunes de las leyes relacionados con los negocios comerciales internacionales, o reglas uniformes aceptadas por todos los países. Su concepción de la *lex mercatoria* le hace concebir a ésta como una especie de derecho material especial y autónomo del comercio internacional, dotado de un amplio grado de uniformidad internacional lo que le permitiría obviar las reglas de conflictos estatales que constituyen un obstáculo para el comercio internacional. La *lex mercatoria* será creada deliberadamente, bien por convenciones internacionales, como las leyes modelo, bien por organizaciones privadas internacionales como la CCI. Ahora bien, a diferencia de Goldman, Schmitthoff entiende que este derecho transnacional se funda en el reconocimiento directo o indirecto de los Estados, pero destacando su especificidad dentro de los ordenamientos nacionales. Éstos no pueden oponerse a que en el ámbito de la libertad contractual las partes usen y apliquen un Derecho autónomo del comercio internacional mientras éste respete los límites del orden público estatal.

Filali, es otro de los autores que ha mantenido una posición más favorable a la comprensión de la *lex mercatoria* como un orden jurídico autónomo. En efecto, partiendo de la concepción del ordenamiento jurídico de Santi Romano, sostendrá que la existencia de una comunidad institucionalizada, como es la *societas mercatorum*, se expresará y exteriorizará a través

de la *lex mercatoria* entendida como derecho originario, es decir, cuyo fundamento de validez no se encuentra ni en el Derecho estatal ni en el Derecho internacional, constituyendo un sistema independiente de ambos (Filali 1992:407 ss). Más allá de la diversidad real de los diferentes usuarios de la *lex mercatoria*, centros de arbitraje, asociaciones profesionales, empresas, existe una única institución que es la *societas mercatorum*. Su unidad proviene por el hecho de que todos sus actores aspiran a un mismo fin, el ideal del mercado único basado en las diferentes necesidades. Son, por tanto, las necesidades del comercio internacional las que dotan de unidad institucional a la *lex mercatoria*. “No hay duda que son los diferentes actores los elementos que conforman la *institución*. De la misma forma que un matemático distingue los elementos que componen el conjunto del conjunto mismo, el jurista debe separar la *institución* de sus componentes. La institución ‘mercatoria’ a pesar de la diversidad de sus componentes, forma un ser único, un cuerpo social dotado de coherencia, permanencia y estabilidad” del que la *lex mercatoria* constituye su exteriorización¹².

Berman y Daser consideran que la nueva *lex mercatoria* es un derecho de raíz consuetudinaria, como lo era la vieja *lex mercatoria* de los comerciantes medievales. Las semejanzas entre la antigua y la nueva *lex mercatoria* se manifiestan en que ambas están formadas por usos y costumbres que constituyen un derecho espontáneo, uniforme, y en cierta medida universal: que son usos propios de los comerciantes tendentes a evitar el conflicto de leyes cuando se trata de determinar el derecho aplicable a una relación jurídica. Pero también existen diferencias relevantes. Así la nueva *lex mercatoria* presenta características y fuentes particulares. Además de los contratos y los usos del comercio internacional se pueden encontrar manifestaciones normativas específicas de la nueva

¹¹ Goldman, 1979, vol 106:487. En contra de este planteamiento ver Lagarde, 1982

¹² “En la medida en que la regla *anacional* es una manifestación posterior del orden jurídico *anacional* su realidad es un indicio de la existencia anterior de la *institución*: la *societas mercatorum*” (Filali 1992:410).

lex mercatoria como los principios generales de la contratación, las *standards forms*, los *restatements of law*, las leyes modelo y los laudos arbitrales (Berman y Dasser 1990:53-70).

Calvo Caravaca y Carrascosa González, distinguen entre una acepción tradicional o moderada de la nueva *lex mercatoria* y una acepción avanzada de la misma. En el primer supuesto, la *lex mercatoria* se concibe como un conjunto de usos, contratos-tipo, reglas de asociaciones privadas, etc., que regulan algunos aspectos de la contratación internacional. La nueva *lex mercatoria* no es un orden jurídico independiente de los ordenamientos nacionales, pues debe su existencia precisamente a ellos. Los Derechos nacionales no se opondrían a que los contratantes incorporen a sus contratos reglas más flexibles creadas por los mismos comerciantes. En el segundo supuesto, la *lex mercatoria* es un conjunto de prácticas creadas por los comerciantes internacionales siendo un verdadero orden jurídico que compite con los Derechos nacionales, pudiendo regular un contrato internacional de modo autónomo sin el concurso del Derecho estatal. (Calvo Caravaca y Carrascosa González 2006:62-63).

Es C. Scmitthoff quién anunció el nacimiento de la nueva *lex mercatoria* en 1957, con vistas a las Conferencias que tendrían lugar entre 1958 y 1964 organizadas por la *International Association of Legal Science*¹³, de cuyas fuentes formales sólo puedo dar una breve y superficial referencia, son las siguientes:

1) Formularios estandarizados y contratos tipo¹⁴. Constituyen verdaderas condiciones generales de la contratación y pueden ser parte del contrato o constituir la práctica totalidad del mismo. Este es un instrumento básico para la unificación *de facto* de la *lex mercatoria*, “lo normal es que la

armonización contractual se produzca a través de contratos elaborados por asociaciones de operadores internacionales en determinadas ramas o productos” (materias primas, productos agrícolas, etc.) (Martínez Cañellas, 2004:28). Tales contratos no suelen ser neutrales, y suelen favorecer sin ningún pudor a los miembros de la asociación que los ha elaborado cuando se trata de explotar recursos naturales en países en vías de desarrollo. Para las empresas transnacionales, la uniformidad internacional de los contratos constituye una prioridad ya que reduce los costes de transacción. La jurisprudencia juega aquí un papel esencial en la medida en que va a ser difícil que considere inválido, conforme a su Derecho interno, un modelo de contrato que ha sido reconocido como válido en un gran número de países (Martínez Cañellas, 2004:32). Aquí, se le exige al juez que utilice la racionalidad jurídica junto con racionalidad económica¹⁵.

2) La costumbre y los usos del comercio internacional. Supone un hábito reiterado más la *opinio iuris* de los miembros de la *societas mercatorum*, se convierten en exigibles cuando se generaliza su aceptación. Indicaba J. Garrigues¹⁶: “Cuando la ley civil no se adapta a las exigencias del tráfico mercantil, los comerciantes no esperan pasivamente la ordenanza legal adecuada, sino que se separan de la ley mediante usos *extra legem* que son más adecuados a las exigencias del comercio”, para el mercantilista español “el derecho mercantil no nace legislativamente sino por la fuerza del uso”. No obstante su mayor inseguridad y sus dificultades de prueba se han reducido merced a la recopilación por parte de las agencias

¹⁵ Paz Ares 1995, Vol III, 2843-2900). Sin embargo como indica Capella “El discurso de la eficacia trata de presentar la política económica adecuada a la máxima expansión de las grandes empresas multinacionales y a la mayor ganancia del capital especulador como la única lógica posible[...] Presenta al mercado como independiente de sus condiciones políticas de existencia” y a la concurrencia como la única legalidad posible a pesar de que la competencia esté llena de acuerdos oligopolistas en todos y cada uno de los segmentos relevantes del mercado. (1997: 266).

¹⁶ Garrigues, J.: *Temas de derecho vivo*, Madrid. Civitas, 1978

¹³ Citado por Martínez Cañellas 2004:27.

¹⁴ “El contrato es un elemento constitutivo principal de la *lex mercatoria*”[...] “la centralidad del contrato se explica, no sólo porque tiene una instrumentalidad plenamente coherente con las características del mercado, sino también con las exigencias jurídicas de la globalización dada su característica de apoliticidad (Ferrarese 2005 :161). En parecido sentido se pronuncian (Loquin y Ravillon 2000: 91 y ss).

internacionales que tratan de superar su diversidad buscando el sustrato común (Kassis 1984:159-220)

3) Los contratos autonormativos que bajo el amparo de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual reconocida en todos los ordenamientos jurídicos, “pretenden que la transacción internacional regulada por el contrato quede fuera del influjo de todo ordenamiento nacional” (Martínez Cañellas 2004:31).

4) Los contratos atípicos. Sus creadores no son los legisladores nacionales sino las *law firms* o los consultores de las más diversas asociaciones internacionales de las distintas actividades empresariales. “En la escena actual del derecho, nada es más uniforme internacionalmente que el contrato atípico” “Con la recepción jurisprudencial de los contratos atípicos internacionalmente uniformes se logra paulatinamente la uniformidad internacional del Derecho privado” (Galvano 2005:106).

5) Los principios generales. Es, quizá, la fuente más mencionada y también donde reina más confusión entre los estudiosos de la *lex mercatoria*. En unos casos, son considerados como procedimiento de heterointegración, con lo cual se está presuponiendo la unidad sistemática de la *lex mercatoria*; en otros, se identifican los principios con una serie de reglas codificadas por organismos semipúblicos como es el caso de los *Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*¹⁷. En el preámbulo, párrafo tercero de éstos, se dice: “Estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los ‘principios generales del derecho’, la ‘lex mercatoria’ o expresiones semejantes”. Igualmente, la *Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales* incluye una referencia, sin denominarla así expresamente, a la *lex mercatoria* en sus artículos 3, 9 y 10. Los principios de UNIDROIT han servido en cierto modo para paliar las críticas al carácter

fragmentario, heterogéneo e incompleto de la *lex mercatoria* puesto que se presenta como alternativa material a los Derechos nacionales y al Derecho internacional privado y, de esta forma, se pueden aplicar a cualquier contrato internacional al margen de los Estados. Por tanto, los Principios de UNIDROIT pueden funcionar como auténtica *lex contractus* a través de un pacto de *lege utenda* e incluso ser aplicados en defecto de pacto (Castellanos Ruiz, 2005: 459 y ss).

6) La jurisprudencia arbitral. Es, sin duda, la principal vía de desarrollo de la *lex mercatoria*. El arbitraje tiene un elemento contractual, pues no existe arbitraje sin acuerdo escrito de las partes, así como una serie de requisitos procesales establecidos en la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras y en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. En nuestro ordenamiento interno cobra especial relevancia el artículo 34.2 de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje, que contempla el arbitraje internacional: “Cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado, se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes”. [...] “Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas”. Un gran número de empresas y corporaciones transnacionales, que operan en el comercio internacional, suelen acudir al arbitraje como medio de solventar las controversias derivadas de un contrato internacional en el que suelen incluir una cláusula de elección del Derecho aplicable. En el análisis de la jurisprudencia arbitral se han producido innumerables discusiones a propósito de la aplicabilidad de la *lex mercatoria* a los contratos internacionales. La tesis más generalizada ha sido presa fácil del *monismo jurídico*, que todo contrato se halla conectado con una ley estatal y, en consecuencia, es de aplicación la ley estatal elegida por las partes. Sin embargo en la jurisprudencia

¹⁷ Unos comentarios a los mismos han sido publicados por la editorial Aranzadi. Cfr. VV.AA. *Comentarios a los Principios de Unidroit para los Contratos del Comercio Internacional*. Aranzadi, Pamplona, 2ª ed, 2003.

francesa (caso *Valenciana de Cementos*), por sentencia de la *Corte de Apelación de París de 13 de julio de 1989*, ratificada en Casación en 1991, ha admitido que en los casos en que las partes no designan Derecho aplicable a su relación contractual y los árbitros apliquen la *lex mercatoria*, el juez nacional no tiene competencia para revisar la aplicación que los árbitros hacen cuando deciden aplicar la *lex mercatoria*. Los casos *Fougerolle* y *Norsolor*, constituyen antecedentes de esta jurisprudencia. Igualmente en Italia, como señala Galgano la Corte de Casación se ha hecho eco de esta doctrina (Galgano 2005:69-70).

Así se distingue entre una aplicación *autónoma* de la *lex mercatoria* porque las partes así lo han establecido por diversas formas y, una aplicación *heterónoma* cuando el árbitro entiende que procede su aplicación al margen de la voluntad de las partes (Pamboukis 2005:619).

3. ¿Y ESTO QUE TIENE QUE VER CON LA TEORÍA DEL DERECHO?

De lo expuesto en las anteriores líneas, fácilmente, se puede concluir que en torno a *lex mercatoria* se abren a la reflexión un amplio abanico de problemas: la juridicidad de la *lex mercatoria*, su autonomía respecto a los derechos estatal e internacional y, en consecuencia, cuál es su sistema de fuentes, etc. Estas cuestiones y otras, no se pueden responder desde la propia *lex mercatoria*, ni desde el derecho internacional privado ni desde el derecho mercantil, pues desbordan ambas categorías jurídicas, de manera que cuando el mercantilista o el internacionalprivatista se plantean tales problemas no están haciendo derecho internacional o derecho mercantil, sino que están reflexionando sobre el propio Derecho, o dicho con mayor precisión, **están trabajando sobre la propia idea de Derecho. Por cuanto lo que en el fondo se debate a propósito de la *lex mercatoria* no es ni más ni menos que la propia idea de derecho o si se prefiere la de los límites de la juridicidad.**

Esto supuesto, procederé a continuación a examinar, con la brevedad impuesta por los límites de este trabajo, la problemática de la *lex mercatoria* desde diferentes concepciones del Derecho.

I. El *positivismo kelseniano*. Resulta evidente, a poco que se conozcan los fundamentos de la *Teoría pura del Derecho*, que sus planteamientos respecto de la identidad entre el Estado y el Derecho llevan inexorablemente a la identificación de la norma jurídica con la norma jurídica estatal. “El Estado, como comunidad jurídica, no es algo separado de su orden jurídico, así como la persona colectiva no es algo diverso del orden que la constituye. Un cierto número de individuos forma una comunidad únicamente en cuanto un orden normativo regula su conducta recíproca. El término ‘comunidad’ sólo designa el hecho de que la conducta recíproca de ciertos individuos se halla regulada por un orden normativo” [...] “Como no hay ninguna razón para suponer la existencia de dos diferentes órdenes, el ‘Estado’ y su orden legal, tenemos que admitir que la comunidad a la que damos ese nombre, es ‘su’ orden legal. El derecho francés puede ser distinguido del suizo o del mexicano sin recurrir a la hipótesis de que hay un Estado francés, un Estado suizo y otro mexicano como realidades independientes entre sí” (Kelsen 1979:217) A esto, añádase la doctrina del monismo jurídico a propósito de las relaciones entre Derecho interno y Derecho internacional: “Si el orden jurídico nacional es considerado sin referencia al derecho internacional, entonces su última razón de validez es la norma hipotética que cualifica a los ‘padres de la constitución’ como autoridad creadora del derecho. Pero si tomamos en cuenta el derecho internacional, encontraremos que esta norma hipotética puede derivarse de una norma positiva de tal orden jurídico: el principio de efectividad” [...] “Es en este último sentido en el que el derecho internacional constituye la base del orden jurídico nacional. Al estipular que un individuo o un grupo de individuos, capaces de obtener una obediencia permanente en relación con el orden coercitivo establecido por ellos, tienen que ser considerados como autoridad jurídica y legítima, el derecho internacional hace una ‘delegación’ en los ordenes

jurídicos nacionales, cuyos ámbitos de validez determina de este modo” (Kelsen 1979:437-438). De la unión de ambas premisas: identidad entre Derecho y Estado, más la derivada del monismo jurídico, la conclusión parece obvia: no hay lugar en el pensamiento kelseniano para otros sistemas jurídicos que no sean el estatal y el internacional, vinculados ambos a través de la *unión hipostática* con la *grundnorm*. La *lex mercatoria*, desde la perspectiva de la metafísica kelseniana, resulta contradictoria; pues no es posible, desde su planteamiento, un Derecho no estatal; o es Derecho internacional o es Derecho estatal, *tertium non datur*. Al no poder ser enclavada en esa dicotomía, la *lex mercatoria* sería una ficción, un mito¹⁸, un fenómeno a-jurídico.

II. El *positivismo analítico hartiano*. En el capítulo V del *Concepto de Derecho* (Hart 1990:99-123), Hart propone entender el Derecho como “unión de reglas primarias y secundarias”. Imagina una sociedad primitiva en la que sólo rigen *reglas primarias* que son las que prescriben a los individuos realizar ciertos actos, imponen deberes. En esta sociedad primitiva surgirán una serie de problemas de certeza al tratar de delimitar el alcance de tales reglas. La solución a esta cuestión viene dada a través de la *regla de reconocimiento* que sirve para identificar qué normas forman parte de un sistema jurídico y, por tanto, para eliminar esa falta de certeza. Igualmente, en esta sociedad primitiva las reglas tienen un carácter estático, pues no se podrán adaptar éstas de forma deliberada a los cambios sociales. La solución hartiana a la estaticidad de estos sistemas son las *reglas de cambio*, que atribuyen competencias para la creación, modificación o extinción de las reglas existentes. Por último, en estas sociedades simples o primitivas, detecta Hart otro importante defecto, a saber, una ineficiencia e insuficiencia de la presión social difusa para hacer cumplir las reglas, pues siempre habrá duda sobre si una regla ha sido

violada o no en un caso particular. La respuesta a esta falta de seguridad está, en opinión de Hart, en la existencia de otro tipo de reglas, las *reglas de adjudicación*, que facultan a una persona u órgano revestido de autoridad para determinar si en un caso particular se ha transgredido o no una regla primaria; tales reglas constituyen la base de un sistema judicial en la medida en que identifican a las personas que pueden juzgar.

La estructura resultante de la unión de las *reglas primarias*, de obligación, con las *reglas secundarias* (*reconocimiento, cambio y adjudicación*), cuyo objeto son las normas primarias, constituyen el sistema jurídico. Es decir, la tesis genuinamente hartiana es que un ordenamiento jurídico está constituido por la unión de *reglas primarias* y *reglas secundarias*.

Proyectando las categorías hartianas sobre la *lex mercatoria*, la cuestión reside en determinar si en esta última se da tal conjunción de *reglas primarias* y *secundarias*. En un primer análisis la respuesta es, sin duda, negativa. La cuestión central en este punto, desde la perspectiva del positivismo analítico, es el relativo a la *regla de reconocimiento*. Resulta extremadamente complicado, por no decir imposible, hablar de la *rule of recognition* de la *lex mercatoria* y con ello de los criterios de identidad y pertenencia de las reglas al sistema. Sin embargo, no resulta arriesgado hablar de la posibilidad de que las *reglas de adjudicación* de un ordenamiento estatal reconozcan la *lex mercatoria* como derecho aplicable por los tribunales sin que esto signifique que aquélla pertenezca al sistema jurídico al que *regla de reconocimiento* dota de identidad. ¿Supone esto que la *societas mercatorum* se encuentra en una fase *prejurídica*, utilizando la terminología hartiana? De admitir que, en el seno de la *lex mercatoria*, existen, además de reglas primarias, reglas secundarias de adjudicación dirigidas a los tribunales arbitrales, y reglas de cambio, se habría dado el paso desde el *mundo prejurídico* al mundo jurídico.

¹⁸ Calvo Caravaca y Carrascosa González, parecen asumir implícitamente tal metafísica monista al hablar de “la nueva *lex mercatoria*” (Calvo Caravaca y Carrascosa González 2006:55 ss).

III. *El pluralismo institucional de Santi Romano*¹⁹.

Es la concepción de este autor, la que sirve, mayoritariamente en la doctrina, de base para la construcción teórica de la *lex mercatoria* por cuanto implica una construcción sociológica y pluralista del concepto de Derecho. En efecto, para Romano la idea de Derecho debe contener los siguientes elementos esenciales: a) “Antes que nada el derecho debe ponerse en relación con el concepto de sociedad. Y esto en dos sentidos con significación complementaria entre sí: lo que no trasciende de la esfera estrictamente individual no es derecho, inversamente, no existe sociedad en el sentido propio del término, sin que en ella se manifieste el fenómeno jurídico; b) el concepto de Derecho “debe contener, en segundo lugar, la idea de orden social, excluyendo así cualquier elemento que pueda relacionarse con la arbitrariedad o con la fuerza material, esto es, con la fuerza no ordenada”; c) la idea de organización en el sentido de ordenamiento jurídico considerado compleja y unitariamente; mediante este tercer elemento el grupo social pasaría de una fase inorgánica a una fase orgánica, por eso el derecho sería un orden social organizado o una morfología de las relaciones sociales.” Esto significa que el Derecho antes que ser norma, antes de implicar una simple relación o una serie de relaciones sociales, es, sobre todo, organización, estructura y posición de la sociedad misma en que se desarrolla”. Por eso, “el concepto que nos parece necesario y suficiente para expresar en términos exactos el concepto de Derecho como ordenamiento jurídico considerado global y unitariamente, es el concepto de

institución” (Romano 1963:111-113). La institución es expresión de la naturaleza social del hombre, y por ello, la institución es también organización²⁰, especialmente, si se tiene presente que el fin característico del Derecho es la organización social (Romano 1963:130-131). Institución y Derecho son dos momentos de una misma realidad y se encuentran entre ellos en mutua interacción, constituyen las dos caras de la moneda. Metafóricamente, uno constituye el cuerpo; otro, el alma. Para Romano, el Derecho no es tanto producto de la sociedad sino que es la estructura de las fuerzas sociales susceptibles de tener una organización duradera. El Derecho es organización y la organización se presenta como la esencia de la institución y como criterio de juridicidad. Romano introduce el concepto de orden social en el concepto de ordenamiento jurídico a través de la idea de institución. La institución deriva de la necesidad de organizar²¹ una serie de expectativas sociales de forma autónoma, de manera que, existirán tantos ordenamientos jurídicos cuantas exigencias o expectativas sociales cristalicen en instituciones y las instituciones son, como ya sabemos, iguales a ordenamientos jurídicos, es decir, a Derecho(s) (Romano 1963:158).

Estos presupuestos teóricos conducen necesariamente a una visión pluralista del Derecho y, en consecuencia, a negar el monopolio del Estado en la creación del Derecho. El Derecho estatal es uno más entre una pluralidad de ordenamientos jurídicos. A partir del concepto de *relevancia jurídica* (Romano 1963:248 ss), Romano establece una teoría de las relaciones entre ordenamientos jurídicos que supone la culminación de su concepción pluralista del Derecho. Como ya hemos señalado, desde la concepción institucional del Derecho, la explicación y la justificación de la *lex*

¹⁹ A.Tarantino sintetiza la teoría de Romano en las siguientes tesis: a) en el campo extrajurídico las instituciones se nos presentan como entes sociales caracterizados por tener autonomía y organización propia; b) existen entes infraestatales que ofrecen dificultad para cualificarlas como personas jurídicas; c) es preciso crear un concepto jurídico más amplio que el de personas jurídicas que de cuenta de los entes jurídicos autónomos; d) lleva a cabo la transferencia del concepto extrajurídico de institución al ámbito jurídico afirmando que todo ente jurídico autónomo es una institución; e) considera al derecho como organización y la organización como forma interna de la institución, sosteniendo la equivalencia de institución y ordenamiento jurídico (Tarantino 1980:57-58 y 1977:687-691).

²⁰ Sobre la relación entre norma y ordenamiento (Romano 1963:139-142).

²¹ La idea de organización es central en el pensamiento de S. Romano hasta el punto que sólo en el seno de los grupos sociales organizados existe Derecho. Bobbio es uno de los autores que más enfatiza la ambigüedad del término institución en S.Romano. Cfr. Bobbio, 1990:153 y ss.

mercatoria como ordenamiento jurídico autónomo encuentra un sólido acomodo.

IV. G. Teubner: *el pluralismo jurídico y la lex mercatoria*.

El Derecho se define como un sistema social autopoietico, esto es, como una red de operaciones elementales que, recursivamente, reproducen operaciones elementales. El derecho no se vincularía necesariamente con un centro de producción con una estructura o una función determinadas ni mucho menos con una estructura jerárquica.

En opinión de Teubner, las prácticas jurídicas, representadas principalmente por la *lex mercatoria*, han mostrado que se puede hablar en términos jurídicos sin necesidad de tener como punto de referencia el derecho de un Estado.

La comprensión del fenómeno del pluralismo jurídico implica romper con la premisa tradicional de que el sistema jurídico en sentido estricto sólo puede darse a nivel de Estado-nación. "El Derecho como consecuencia de la diferenciación funcional es un sistema social unitario de carácter mundial cuya unidad se fundamenta procedimentalmente en el modo en el que las operaciones jurídicas se vinculan entre sí"[...] "En el Derecho mundial la unidad jurídica pasa de la consistencia normativa a la interlegalidad operativa" (Teubner 2005a:119)

El Derecho moderno ha pasado de la diferenciación territorial a la diferenciación sectorial y esto porque la sociedad transnacional genera una demanda de normas reguladoras que no pueden ser satisfechas por las instituciones estatales ni por las internacionales; por esta razón, diversas instituciones privadas están creando un Derecho autónomo con pretensiones de validez global "que provienen de la autojuridificación de fragmentos sociales altamente diversos" (Teubner 2005a:121)

La proliferación de conjuntos autónomos de normas no estatales produce la ruptura de la jerarquía normativa, su lugar lo ocupa la división centro/periferia propia del derecho global. Mientras los tribunales ocupan el centro del derecho, la periferia está habitada por diversos

regímenes jurídicos autónomos. Dichos regímenes se establecen a sí mismos en las fronteras del derecho.

De ahí, la relevancia que adquieren en la obra de Teubner el derecho global y el pluralismo jurídico. Pues este último, no es, entonces, definido como un conjunto de normas sociales en conflicto dentro de un campo social determinado, sino como una multiplicidad de procesos comunicativos diversos que observan la acción social bajo el código binario derecho/no derecho.

Un Derecho que surge desde las zonas de contacto con otras esferas sociales es un Derecho que emerge desde la periferia del sistema jurídico. En este sentido una teoría pluralista del Derecho comprendería el derecho económico global como un proceso extremadamente asimétrico de autoreproducción jurídica. El derecho económico global es una forma de derecho con un centro subdesarrollado, pero al mismo tiempo, con una periferia altamente desarrollada. Pero precisamente es una forma jurídica cuyo "centro" fue creado por las periferias y permanece dependiente de las mismas.

La *lex mercatoria* representa en esa perspectiva aquella parte del derecho económico global que opera en la periferia del sistema jurídico en 'acoplamiento estructural' directo con las empresas y las transacciones económicas globales²².

La *lex mercatoria* estaría llamada a distinguir, dentro de un sin número de comunicaciones de la sociedad mundial, aquéllas que utilizan el código binario derecho/no derecho. Los contratos son la categoría jurídica por excelencia sobre la que descansa la nueva *lex mercatoria*. Ante un derecho, la *lex mercatoria* sin

²² Teubner.: "Global Bukowin' Legal Pluralism in the World Society", Global law Without a State. Dartmouth, Alderhot, 1997, pp 3-28. Cito por la edición en portugués: "A Bukowina Global sobre a emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional". Trad de P. Naumann. Impulso. Revista de Ciências Sociais e Humanas. Universidade de Piracicaba. Vol 14, Nº33, pag 18. 2003. Argumentación complementaria con la citada en el artículo anterior, Teubner, G.: *La Cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergence delle costituzioni civili*. Armando Editore, Roma, 2005, pp 17-37.

fundamentación en un ordenamiento jurídico estatal, la pregunta es inevitable: ¿En qué consisten, cuáles son los presupuestos no contractuales de los contratos globales? (TEUBNER, 2003:21) La respuesta puede ser la autofundamentación del propio contrato. Ahora bien, la autovalidación de un contrato conduce automáticamente a una paradoja, su variante positiva (“estamos de acuerdo en que nuestro acuerdo es válido”) equivale a una tautología, su variante negativa, (“acordamos que nuestro acuerdo no tiene validez”) nos sitúa ante la paradoja autoreferencial que conduce a un sin fin de oscilaciones (valido-invalido-valido...) y al bloqueo. El resultado es la imposibilidad de tomar una decisión. En virtud de esta paradoja subyacente, los juristas declaran inconcebibles los contratos que se autovalidan realizando así una *reducción al absurdo* de la *lex mercatoria*.

¿Cuál es entonces el fundamento de los contratos anacionales? Esta fundamentación se obtiene a través de la temporalización, la externalización y la jerarquización que se apoyan recíprocamente y permiten al derecho global de la periferia construir su propio centro, sin invocar el apoyo del Estado (TEUBNER, 2003:22). La temporalización implica que la autovalidación contractual es un proceso continuo de actos jurídicos, una secuencia recurrente y recíproca de actos jurídicos y estructuras jurídicas. Cada contrato posee un componente retrospectivo y otro prospectivo en la medida en que remite a un conjunto de reglas ya existentes, y, prospectivo en cuanto a la solución de conflictos futuros (TEUBNER, 2003:22).

La decisión acerca de la validez contractual se externaliza cuando se transfiere a un tribunal arbitral. Se produce así un *closed circuit arbitration* que crea un orden jurídico autónomo privado con pretensión de validez universal. La externalización se lleva a cabo a través de instituciones no estatales como son los tribunales de arbitraje, a los cuáles compete el enjuiciamiento de la validez de los contratos, a pesar de que su propia legitimación se asienta justamente en los mismos contratos cuya validez ellos deben enjuiciar.

Existe una jerarquización interna de las reglas contractuales, los contratos contienen reglas primarias destinadas a regular la conducta de las partes pero cuentan también con reglas especiales mediante las cuales se asegura el procedimiento de identificación de las reglas primarias y la identificación, interpretación y solución de conflictos. Las metareglas son independientes de las reglas aunque ambas tienen un mismo origen contractual.

Señala Teubner, que en la *lex mercatoria*, se da una relación circular cerrada entre sus dos polos institucionales, el contrato y el arbitraje, en la medida en que, además, de las reglas sustantivas, estos contratos contienen también prescripciones que remiten la solución de conflictos a un tribunal arbitral, con lo cual se introduce la interacción entre un orden jurídico “legal” y otro “no legal” característico de los modernos sistemas jurídicos (TEUBNER, 2003:22).

El fundamento de la *lex mercatoria* es el contrato cuya validez, en caso de ser problematizada, se dirimirá por un tribunal arbitral, con lo que se *externaliza* la disputa sobre la validez del mismo. Ésta es pactada en el propio contrato, lo que introduce la paradoja que la validez de la decisión acerca de la validez del contrato se solventa por el mismo contrato cuya validez se disputa. Para eliminar esta paradoja hay que introducir una nueva, a saber: el árbitro puede decidir sobre su propia competencia, esto es, puede decidir si decide decidir o no decidir. Si se inclina por la última opción, tal decisión implica que el caso puede pasar a la jurisdicción estatal. Si opta por la primera, decide decidir, la paradoja se mantiene. Para solventar esta situación, la *lex mercatoria* consagra la autonomía de la cláusula arbitral respecto de la validez del contrato que la contiene, es decir, la validez sobre la decisión sobre la validez del contrato descansa en el mismo contrato. Si el árbitro estima que el contrato es válido, esa validez no deriva de una validez externa al contrato, sino de la decisión del árbitro que lo valida y cuya legitimidad está en la cláusula arbitral del contrato. Si el árbitro estima que el contrato es inválido, la validez de su decisión tendrá su origen en el mismo contrato que

consideró inválido. De ahí que el contrato, concebido desde estas coordenadas, tenga un carácter autoreferencial. El Derecho se autovalida por medio de la decisión sobre su propia validez.

La *lex mercatoria* es un derecho cuya validez no surge en el marco del Estado, sino que se forma, pragmáticamente, fundándose en los acuerdos y diferencias de los agentes globales ligados a lógicas funcionales supraterritoriales. El positivismo jurídico actual no alcanza a comprender, que, entre el sistema jurídico y su ambiente social, estén teniendo lugar continuos cambios. Fenómenos como la *lex mercatoria* así como otras formas jurídicas de la sociedad postmoderna, muestran precisamente que los confines del Derecho no son impermeables.

V. Francisco Laporta, como es propio en él, ha realizado un fino análisis de la *lex mercatoria* donde sostiene que ésta afecta sólo a los *ingredientes formales y de interpretación de los contratos* internacionales, por tanto la *lex mercatoria* no se referiría al contenido de los contratos. En consecuencia, puede afirmarse que todos los que toman parte en las actividades del comercio internacional tienen un interés compartido en la existencia y eficacia de las cláusulas contractuales homogéneas, puramente formales, pues ello facilita genéricamente el comercio. Se trataría, pues, de un interés común y compartido por los agentes económicos que haría surgir un tejido institucional destinado a satisfacer ese interés. En términos económicos, podría afirmarse que la información compartida y generalizada sobre las formas de los contratos haría posible que para todos disminuyeran los costes de transacción, y ello configuraría un escenario de coincidencia de intereses (Laporta 2007:256-257).

“De esta forma la *lex mercatoria* supondría una especie de ‘convención’ para la solución de un problema de coordinación. Su carácter convencional, consuetudinario, se explicaría precisamente por la naturaleza del problema que trata de resolver, que es un problema en el que la coincidencia de intereses entre los agentes se

superpone a los aspectos conflictivos del tráfico mercantil” de tal manera que *los laudos arbitrales serían más bien una declaración del derecho aceptado por todos que una solución a un conflicto* (Laporta 2007:258). “Por esta razón cuando se abandona el ámbito de la identidad de intereses y se penetra en el ámbito de los conflictos, la *lex mercatoria* ya no sirve para ordenar las conductas y por tanto para hacer justicia”.

Este planteamiento parece sugerir la inexistencia de conflictos entre los usuarios de la *lex mercatoria* y esto por dos razones: primera, el contenido de la *lex mercatoria* es algo así como el conjunto de elementos formales inherentes a los contratos internacionales al margen del contenido de los mismos, los Incoterms 2000 de la CCI quizá constituyan un buen ejemplo de lo sostenido por Laporta, por tanto, el éxito y funcionalidad de la *lex mercatoria* descansa en la estandarización de las formas en el tráfico jurídico internacional ya que esto supone un abaratamiento de los costes de transacción; segunda, la *lex mercatoria* consistiría en convenciones que sirven para resolver problemas contingentes de coordinación social. Lo característico de aquéllas es que no generan problemas de motivación para el cumplimiento por sus destinatarios, las convenciones expresarían estrategias óptimas de cooperación y no estrategias sub-óptimas. Las reglas, por el contrario, se explicarían ante la necesidad de asegurar una motivación estable para su cumplimiento.

La objeción más importante que se puede plantear al argumento es la, que denominaremos, “hipostatización de la forma” de la *lex mercatoria*. No parece muy razonable mantener la idea de una *lex mercatoria* puramente formal, es decir, que ésta consista exclusivamente en la estandarización de las formas en el tráfico jurídico internacional, lo que es parcialmente cierto, pero no deja de ser un reduccionismo propio del enfoque analítico. Son, precisamente, las formas normativas, bien sean *ad probationem* o *ad substantia*, las que exteriorizan el contenido de los negocios jurídicos y, la diferencia entre la forma y el contenido, lo que nos permite hablar de los diferentes tipos de vicios del contrato y, por tanto, de eventuales conflictos entre las partes. ¿Acaso un crédito sindicado nominado en

euromonedas y celebrado en el euromercado, ejemplo de institución al menos parcialmente sujeta a la *lex mercatoria*, no puede generar conflictos entre las partes, pool de los acreditantes y el acreditado o incluso pool de los bancos acreditantes, en particular, cuando hay variaciones en el precio de la divisa pactada para el pago o en el de las acciones del acreditado? Tal hipótesis parece verosímil. Entonces, en ese caso, ¿es descartable el arbitraje para hacer justicia a los mercaderes como sugiere Laporta?

La “hipostatización de la forma” tiene otro problema no menos desdeñable, el hecho de que las normas internacionales de información financiera, elaboradas por la *International Accounting Standards Board* (IASB) y adoptadas por la Unión Europea, establecen que en el sistema de información contable hay que “dar prioridad al fondo o sustancia económica sobre la forma legal” (*NIF A-1*). Ello es debido a que la forma legal de una operación puede tener una apariencia diferente al auténtico fondo económico de la misma y, en consecuencia, no reflejar adecuadamente su incidencia en la situación económico-financiera de una entidad. Por ende, las formalidades jurídicas deben analizarse en un contexto adecuado, a la luz de la sustancia económica, a fin de que no la tergiversen y con ello distorsionen el reconocimiento contable²³. Así, en los negocios celebrados en los mercados financieros, se puede dar una discordancia entre la sustancia económica del negocio y la forma jurídica del mismo. Este hiato es reconocido por las propias normas internacionales de información financiera y en plano interno en el PGC de 2007.

En este sentido, el *buen jurista*, sin conformarse con las meras apariencias, deberá indagar, por ejemplo, si detrás de una venta de un

²³ Un ejemplo, de la aplicación de este postulado, se tiene cuando una entidad vende un activo a un tercero, de tal manera que la documentación generada en la operación indica que la propiedad le ha sido transferida. Sin embargo, pueden existir simultáneamente acuerdos que aseguren a la entidad el continuar disfrutando de los beneficios económicos del activo en cuestión; en tales circunstancias, el hecho de presentar información sobre la existencia de una venta sólo con un enfoque jurídico, puede no representar adecuadamente la transacción efectuada.

bien tangible con *pacto de retro* no anida un depósito o un préstamo; o, si, detrás de la *contratación entre un inversor y un intermediario financiero* de un llamado *equity swap* sobre acciones de una sociedad cotizada, no se esconde lo que ya el Derecho Romano conocía como *fiducia cum amico*.

¿Acaso tiene sentido aquí hablar de convenciones o de convencionalismo simple o profundo o del resultado institucional de la simulación? ¿El análisis conceptual, propio de la iusfilosofía analítica, permite obtener algún resultado práctico, a parte de preguntarse, por ejemplo, si un contrato de cobertura (derivados financieros) forma parte, pongamos por caso, de la categoría de los contratos de seguro? Cuestión, por cierto, de gran interés. Sin duda, un enfoque causal de los negocios jurídicos unido a un enfoque funcional de la *lex mercatoria* son, en mi opinión, mucho más fértiles.

Este divorcio entre “sustancia económica y forma legal” pone de relieve cómo existen una cantidad significativa de operaciones financieras diseñadas “ad hoc”, por tanto, no estandarizadas. El funcionamiento del sector del capital-riesgo (*private equity*) o, especialmente el de los *hedge funds*, de diversas nacionalidades, (fondos de inversión alternativa, en nuestro ordenamiento) opera, a través de mercados oficiales, como en mercados carentes de regulación, realizando operaciones como las compras o ventas en descubierto, los préstamos de valores en mercados OTC²⁴ o la adquisición de CDS (credit default swap)

²⁴ Las ventas en corto son una apuesta de inversión a la baja, en la que se consiguen plusvalías cuando la acción cae. El inversor solicita un préstamo de valores, los enajena en el mercado y llegado el vencimiento de la operación, adquiere en el mercado los valores para devolverlos al prestamista. En caso de descenso en la cotización de los valores, ganará la diferencia entre el precio a la que las vendió, tomándolas prestadas, y el precio a las que las recompró. Las ventas en corto al descubierto siguen la misma operativa pero son mucho más peligrosas, ya que a diferencia de las anteriores, el especulador ni siquiera ha pedido prestadas las acciones, de forma que el riesgo es mayor dado que puede darse el caso de que no pueda entregar las acciones al comprador a la liquidación de la operación. Esta última modalidad ejerce una presión bajista mayor y provocan

en los mercados no organizados con una finalidad estrictamente especulativa. Son los *usos* de los mercados financieros los que han amparado esta operativa, es decir, la *lex mercatoria* (Zunzunegui 2005:843 ss).

CONCLUSIONES.

1ª. La *lex mercatoria* nos sitúa, una vez más, ante la cuestión de los problemas de identificación del Derecho. En ese sentido, los criterios habituales utilizados por el positivismo jurídico más refinado, como lo son los hartianos y los que posteriormente se desarrollan en discusión con el mismo, resultan inadecuados para resolver los problemas de identidad con respecto a la *lex mercatoria*. ¿Tal conclusión, implica, aceptar sin más, la idea de *ajuridicidad* de la *lex mercatoria*?

El profesor Pérez Luño ha mostrado la incapacidad de los esquemas formales tradicionales para explicar y encauzar la producción normativa en nuestros ordenamientos, aludiendo en este sentido al “desbordamiento de las fuentes del Derecho”. En presencia de un ordenamiento jurídico caracterizado por un importante grado de pluralismo, por una apertura jurisdiccional, Pérez Luño nos propone dejar de pensar en términos de pirámide kelseniana “...sustituir la imagen piramidal, es decir, jerarquizada del orden normativo, por un horizonte en el que la totalidad del sistema se

descensos bursátiles de mayor intensidad. En muchas ocasiones los *hedge funds* no sólo toman ventas en corto, sino que además utilizan un significativo apalancamiento. Por otra parte, los intermediarios financieros (Bancos en su mayoría), que prestan las acciones para que los *hedge funds* tomen posiciones, suelen ser las entidades depositarias de dichas acciones y, suele ser frecuente, que, los accionistas, propietarios de las acciones que se prestan, desconozcan que en sus contratos de depósito existe una cláusula por la que sus acciones pueden ser dadas en préstamo y, por la que autorizan a la entidad que actúa como depositaria a recibir la rentabilidad que los *hedge funds* pagan por el riesgo asumido al prestar sus acciones. Sin embargo, lo más controvertido de las ventas en corto, es el pernicioso efecto potencial a la baja sobre las cotizaciones, y en este contexto, la inestabilidad en los mercados financieros puede traer consecuencias muy negativas para los inversores y el conjunto de la economía.

obtendrá por la intersección de una pluralidad de estructuras normativas”. Si hasta el presente la teoría jurídica iuspositivista “había padecido un exceso de concentración en un punto de gravitación único y jerárquico a partir del presente deberá acomodar su óptica de enfoque hacia unos ordenamientos jurídicos policéntricos [...] de procedencia heterogénea y que hacinadas formarán un panorama del ordenamiento jurídico bastante parecido a una bóveda” (Pérez Luño 2006:650).

Esto supuesto, no parece que sea una extravagancia hablar de un pluralismo jurídico en el que *cohabitan* ordenamientos de naturaleza estatal con otros de diverso origen: infraestatal, paraestatal y/o supraestatal.

2ª. Las *Normas Internacionales de Información Financiera* (NIIF) han sido elaboradas por un organismo privado de carácter internacional - el *International Accounting Standards Board* (IASB) con sede en Londres-, los Incoterms, las RRU 2000 sobre el *crédito documentario* promulgadas por la CCI, el *Master Agreement* elaborado por la *International Swaps and Derivates Association* (ISDA), verdadero acuerdo marco multiproductos, que incluye los modelos de contratos en materia de swaps, operaciones de tipos de interés a plazo (FRA), operaciones de Opciones y Futuros en mercados no organizados, operaciones de compraventa de divisas (FX), al contado (SPOT) y a plazo (FORWARD), la *Internacional Securities Market Association* (ISMA) y la *Internacional Primary Market Association* (IPMA)²⁵ elaboran, respectivamente, para los euromercados primario y secundario, respuestas uniformes y reglas standards para los operadores de estos mercados, constituyéndose en organismos privados de producción de reglas jurídicas. Los citados anteriormente, son sólo algunos de los exponentes

²⁵ Asociación creada en 1984 por un grupo de miembros de la Association of International Bond Dealers cuya misión era defender los intereses de los suscriptores y gestores de emisiones de deuda pública y privada. En Julio de 2005 se fusiona con la International Securities Market Association creando la International Capital Market Association.

más relevantes económicamente de la producción privada de reglas que se pueden incluir en la *lex mercatoria* (Aïdan 200:271). Las controversias derivadas de los contratos celebrados al amparo de las reglas de estas asociaciones privadas internacionales son dirimidas, en la mayoría de los casos a través del arbitraje y, excepcionalmente, por las jurisdicciones estatales determinadas por las partes. La estandarización, de esta amplia gama de contratos financieros, por si misma no es condición suficiente para excluir eventuales conflictos entre las partes de del contrato.

3ª. Las polémicas, a propósito de si la *lex mercatoria* es *soft law* o *hard law*, son, en mi opinión, una cuestión secundaria; lo relevante es la eficacia, el uso efectivo que de ellos se hace en el comercio internacional y en los mercados financieros internacionales “donde hay más negocios que leyes”. La eficacia de la *lex mercatoria* genera su validez.

4ª. De otra parte, una concepción del Derecho, anclada en la identidad entre Derecho y Derecho estatal²⁶, es incapaz de captar la diferenciación funcional en que descansa la sociedad presente y, en consecuencia, le resulta prácticamente imposible dar cuenta del pluralismo jurídico. Una concepción del Derecho, fundada exclusivamente en el Estado, en la segmentación estatal del espacio jurídico, no puede analizar las correspondencias entre normas jurídicas y sistemas sociales autónomos cuya dinámica se despliega en un espacio transnacional. La consecuencia que se sigue de este planteamiento no puede ser otra que la negación de la juridicidad de la *lex mercatoria*.

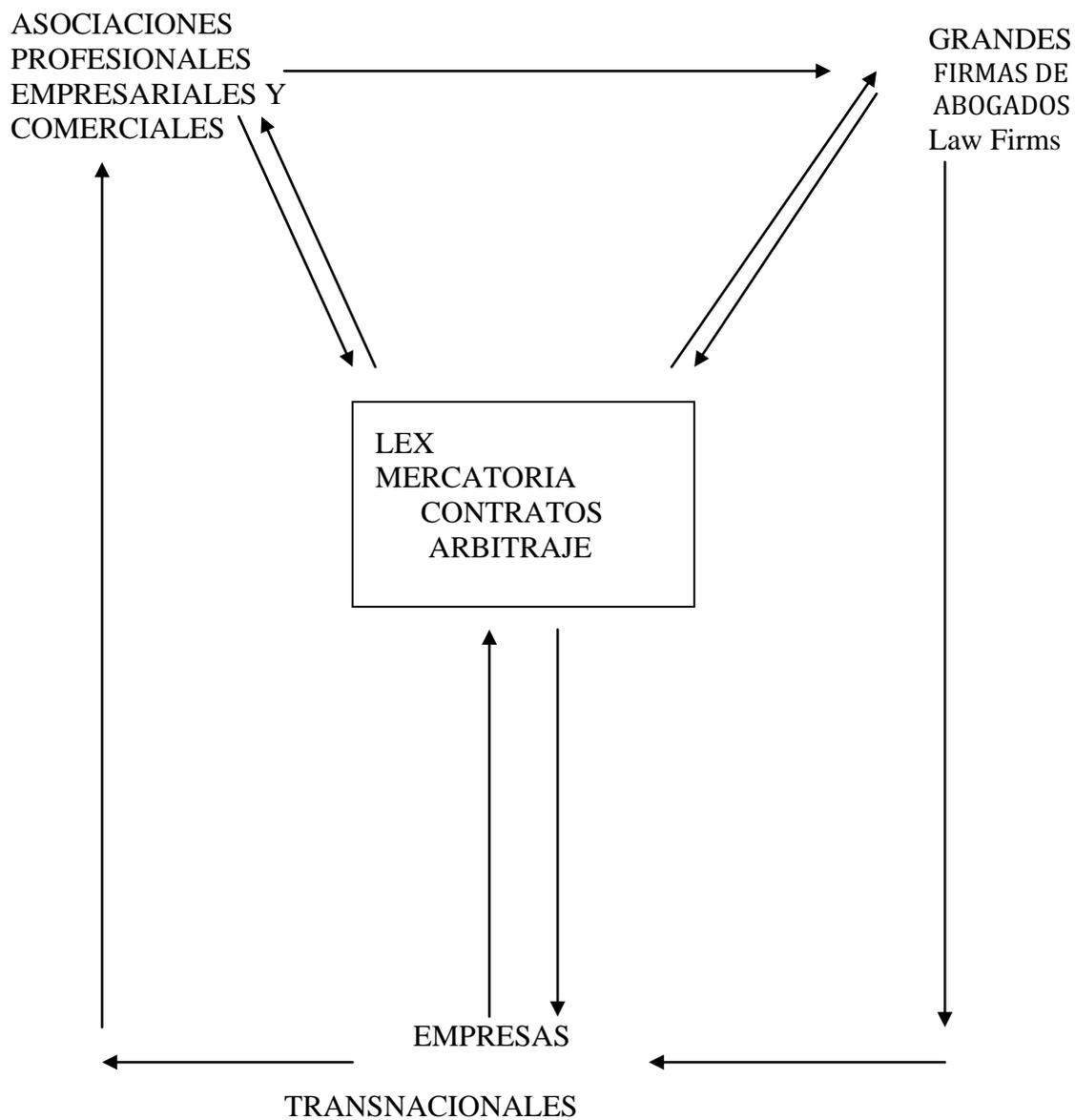
5ª. Las sociedades modernas son sociedades sin centro o, si se prefiere, *policéntricas*, en tanto que están constituidas por una pluralidad compleja de subsistemas que realizan funciones cruciales para

el conjunto, sin que ninguno tenga supremacía sobre los demás (*hetarquia*). En términos de Teubner, la sociedad moderna puede ser descrita como sociedad global, lo que supone una comprensión desterritorializada de lo social y, por tanto de lo jurídico, como comunicación que integra todos los posibles horizontes de mundo — sea de individuos o colectivos— como horizontes de un único sistema comunicativo universal en el que se incluyen todas las posibilidades de comunicación, incluidas las que utilicen el código derecho/no derecho (Teubner 2005 y Luhmann1998:184-186)

6ª. En mi opinión, el problema central de la *lex mercatoria* no afecta, tanto a su caracterización o no como ordenamiento jurídico conforme a los paradigmas del positivismo estatalista, sino a la ausencia de un orden democrático desde el que se pueda legitimar su producción normativa; es decir, el núcleo de la problematización de la *lex mercatoria* está en la ausencia de condiciones de legitimación democrática de este derecho.

La interconexión o interacción entre ETN, asociaciones privadas internacionales y las grandes *law firms* segregan la nueva *lex mercatoria*. Eso es lo que pretende reflejar el siguiente esquema.

²⁶ López Ruiz, F.: Notas sobre la relación de identidad entre Estado y Derecho en Kelsen. *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. Volumen II, Madrid, 2008. Dykinson



BIBLIOGRAFIA

- AÍDAN, P., *Droit des marchés financiers. Réflexions sur les sources*. París. Banque Éditeur, 2001.
- ÁLVAREZ ARJONA, M^a (dir), *Capital Riesgo (Private Equity). Aspectos Regulatorios, Mercantiles, Financieros, Fiscales y Laborales*. Pamplona, Aranzadi, 2006.
- ATTINA, F., *El sistema político global. Introducción a las relaciones Internacionales*. Barcelona, Paidós, 2001, Traducción de Trejo Álvarez, J.
- BARBÉ, E., *Relaciones internacionales*. Madrid Tecnos. 1995.
- BERGER, K.P., *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Boston, Kluber International Law, 1999.
- BERMAN, H Y DASSER, F., The 'New' Law Merchant and the 'Old': Sources, Content, and Legitimacy, *Lex Mercatoria and Arbitration* (E. Carbonneau, dir.), Dobb Ferry, New York, JurisPubl.-Kluwer, 1990.
- CADENA AFANADOR, W.R., *La nueva lex Mercatoria. La transnacionalización del Derecho*, Bogotá. Universidad Libre de Colombia. 2004.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Globalización y Derecho internacional privado*, Murcia, Edición del autor. 2002.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Los contratos internacionales y el mito de la 'nueva lex mercatoria'", en *Estudios sobre Contratación Internacional*. Colex Madrid, 2006.
- CAPELLA, J.R., *Fruta Prohibida*, Madrid, Trotta. 1997.
- DAVID, R., *Le Droit du Commerce international. Reflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*. Paris, Economica, 1987.
- DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M^a.L., *Derecho de Grupos de Sociedades*, Madrid, Thomson/Civitas, 2004.
- DEZALAY, Y., *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique internacional par les multinacionales du droit*. París, Fayard, 1992.
- DEUMIER, P., *Le droit spontané*. Paris, Economica, 2002.
- DRAETTA, U., *Il diritto dei contratti internazionali*, Vol III, Padova, Cedam, 1988.
- FARIA, J.E., *El Derecho en la economía globalizada*, Madrid. Trotta, 2001.
- EMBID IRUJO, J.M., 2003 *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*. Granada, Comares, 2001.
- ESPLUGES MOTA, C. (dir). PALAO MORENO, G., ESPINOSA CALABUIG, R., FERNÁNDEZ MASÍÁ, E., *Derecho del Comercio Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch. 2006.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA, L.A., *Derecho Mercantil Internacional*, Madrid, Tecnos, 1995.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ius mercatorum. Autoregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Colegios Notariales de España, 2003.
- FERRARESE, M^a.R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*. Bolonia, Il Mulino. 2000.
- _____ La lex mercatoria tra storia e attualità: da diritto dei mercanti a lex per tutti? *Sociologia del Diritto*, 2/3, 2005 Milan.

- FILALI, O., *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, 2000. Paris, LGDJ. 1992.
- GALGANO, F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, Il Mulino. 2005. Citado por la traducción española de Roitman, H. y De La Colina, M^a.: *La globalización en el espejo del Derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni. 2005.
- GARCÍA DE LA CRUZ, J.M. Y DURÁN ROMERO, G., (Coords) *Sistema Económico Mundial*, Madrid, Thomson, 2005.
- GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo. Obras Completas, Vol II*. Madrid, C.E.C, 1991.
- GOLDMAN, B., «Frontières du droit et lex mercatoria». *Archives du Philosophie du Droit*, T 9. 1964. .
- _____ « La lex mercatoria dans les contracts et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives ». *Journal de Droit International*, Vol 106. 1979.
- _____ *Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria. L'affaire Norsolor*. Revue de l'arbitrage, n^o4, 1983.
- _____ *Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria*, en *Études de droit international en l'honneur de P.Lalive*, Bâle, 1993.
- GONDRA ROMERO, J.M^a, "La moderna Lex Mercatoria y la unificación del Derecho del comercio internacional". *Revista de Derecho Mercantil*, n^o 127, 1973.
- HART, H., *El concepto de Derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 1990.Citado por la Traducción de G.Carrió.
- KASSIS, A., *Théorie Générale des usages du commerce*. Paris, LGDJ. 1984.
- KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*. Citado por la traducción. García Maynez, E., UNAM, México. 1979.
- LAGARDE, P., «Approche critique de la lex mercatoria: Le Droit des relations économiques internationales», en *Études offertes à Berthold Goldmand*. Paris Litec. 1982.
- LAPORTA, F.J., «Globalización e imperio de la ley.Algunas dudas westfalianas».Monográfico sobre Globalización y Derecho. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. 2005.
- _____ *El imperio de la ley una visión actual*. Madrid. Trotta, 2007
- LÓPEZ RUIZ, F., "Notas sobre la relación de identidad entre Estado y Derecho en Kelsen". *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. Volumen II, Madrid, 2008.
- LOQUIN, E.,«La creation d'un espace juridique mondial», en *La mondialisation du droit* Litec-CREDIMI, Dijon, 2000.
- LUHUMANN, N., *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*. Barcelona, Anthropos, 1998.
- MARELLA, F., «La nuova lex mercatoria»,en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia*. Galgano, F, (dir). Vol XXX. Padua, 2003.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980*. Granada, Comares. 2004.
- MORÁN GARCÍA, M.E., *Derecho de los Mercados Financieros Internacionales*. Valencia, Tirant lo blanch. 2002.
- OPPETIT, B., «Les principes généraux en droit international privé». En *Archives du philosophie du droit*. T 32. 1987.

- PAMBOUKIS, Ch., “La lex mercatoria reconsidéré. Le droit international privé: esprit et méthodes » *Melanges Paul Lagarde*, Dalloz, París, 2005.
- PÉREZ LUÑO. A.E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*. Sevilla, Real Academia Sevillana de Jurisprudencia y Legislación. 1993.
- _____ “La metamorfosis del sistema de los derechos fundamentales y la crisis del positivismo jurídico”, en Ramos Pascua, J. A., Rodilla Gonzalez, M. Á., (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, 2006.
- RICO ARÉVALO, B., *Régimen jurídico y económico de los “Hedge Funds”*. Pamplona, Aranzadi, 2008.
- RIGAUX, F., *Derecho Internacional Privado*. Madrid, Civitas, 1985, Traducción de Borrás Rodríguez, A.
- ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico*. Madrid, IEP. 1963. Citado por la traducción de S. Martín Retortillo. 1963.
- SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, J.L., *Curso de Bolsa y Mercados Financieros*. 4ª, Barcelona, Ariel, 2007.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. y JUENGER, F.K., “Conflictualismo y lex mercatoria en el Derecho internacional privado”. *Revista Española de Derecho Internacional* Vol LII, 2000
- SILVA, J.A. (Coord), *Estudios sobre lex Mercatoria*. México, UNAM. 2006.
- TARANTINO, A., *La teoria della necessità nell’ordinamento giuridico*, Milan, Giuffrè, 1980
- _____ Brevi riflessioni sui precedenti dottrinali dell’istituzionalismo di Santi Romano, “Rivista internazionale di Filosofia del Diritto”, 1977.
- TEUBNER, G., *Global Bukowina’ Legal Pluralism in the World Society*. Global law Without a State. Alderhot. Dartmouth, 1997. Cito por la traducción portuguesa de P. Naumann: “A Bukowina Global sobre a emergencia de um Pluralismo Jurídico Transnacional”, en *Impulso. Revista de Ciências Sociais e Humanas*. Volumen 14, Nº 33, 2003.
- _____ a) *El Derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia. 2005, Cito por la traducción de Gómez-Jara Díez,
- b) *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergence delle costituzioni civili*, Roma, Armando Editore, 2005.
- VIRGOS SORIANO, M., “Lex Mercatoria”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas. 1995.
- ZUNZUNEGUI, F., *Derecho del Mercado Financiero*. Madrid, Marcial Pons. 2005.