

# ***Lex mercatoria y unificación del Derecho privado en Europa***

Francisco Javier Andrés Santos  
Universidad de Valladolid<sup>1</sup>

1. En los últimos años –sobre todo a raíz de la adopción del Tratado de la Unión Europea en 1992– se ha venido produciendo una ampliación de la esfera de competencias de las Comunidades Europeas a través de la implementación de una nueva gama de políticas que desbordan el campo de los objetivos originales recogidos en el Tratado de Roma de 1957<sup>2</sup>, afectando así a vastos dominios del Derecho privado que hasta este momento no se habían visto concernidos por la actuación de las instituciones comunitarias; tal es el caso, por ejemplo, del Derecho de obligaciones y contratos en general, hasta hace poco objeto de desarrollo por parte de la legislación y la jurisprudencia de carácter exclusivamente nacional. Progresivamente ha ido imponiéndose la idea de que, para el logro del objetivo comunitario de constituir un mercado interior plenamente integrado y sin trabas a los intercambios intracomunitarios, con perfecta libertad de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales (art. 3.1.c) TCE), se hace imprescindible la construcción de un verdadero Derecho privado unificado de alcance europeo, un nuevo *ius commune*, superador de la fragmentación jurídica de Europa y las compartimentaciones nacionales impuestas, al menos, desde las Codificaciones de inicios del siglo XIX. El objetivo sería, pues, disponer de un

- 
- 1 El presente texto se inscribe en el proyecto de Investigación HUM2005-03992/FISO, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia y el FEDER.
  - 2 En especial en el ámbito de la protección de los intereses de los consumidores, pero también en otras muchas áreas, como el medio ambiente, la investigación, el desarrollo tecnológico, la moneda, la educación y la formación profesional, la sanidad pública, la industria, etc., que han venido a juntarse a las políticas tradicionales diseñadas en el Tratado originario para sectores bien precisos (agricultura, competencia, transportes y comercio exterior).

IX CONGRESO INTERNACIONAL XII IBEROAMERICANO DE DERECHO ROMANO  
EL DERECHO COMERCIAL, DE ROMA AL DERECHO MODERNO

---

cuerpo de Derecho privado material de carácter unitario, más allá de la imprescindible tarea de aproximación de legislaciones en la medida necesaria para lograr el correcto funcionamiento de los mercados, obligada por los Tratados fundacionales (art. 3.1.h) TCE), ya que una pluralidad de ordenamientos supone en cualquier caso un obstáculo en sí mismo para el libre desenvolvimiento de los agentes económicos<sup>3</sup>. Sin embargo, a la vista de la evidente insuficiencia de la legislación comunitaria a estos efectos (la cual ha producido, en gran medida, una mayor oscuridad, complejidad y desarmonía de la que existía anteriormente<sup>4</sup>) y, asimismo, de las resistencias de las legislaciones y jurisprudencias nacionales a incorporar adecuadamente las medidas armonizadoras dictadas desde Bruselas<sup>5</sup>, han ido apareciendo otras propuestas metodológicas de armonización y, eventualmente, unificación del Derecho privado europeo alternativas a la de la imposición de piezas legislativas dispersas, inarticuladas y, a veces, contradictorias<sup>6</sup>, emanadas de las instituciones comunitarias. Una de estas propuestas es, precisamente, la de la *lex mercatoria*.

**2.** La teoría de la moderna *lex mercatoria* es una doctrina que viene gestándose en los ámbitos académicos (sobre todo anglosajones, pero también en círculos francófonos y holandeses) desde finales de los años 50 y primeros 60 del siglo XX<sup>7</sup>, y que ha ido ganando aceptación en la práctica, básicamente en el ámbito

---

3 No se trata sólo de propuestas de sectores académicos, sino que también han sido formuladas por instituciones comunitarias: vid., v. gr., las Resoluciones del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 (DOCE núm. C. 158, de 28 de junio de 1989, p. 400), de 6 de mayo de 1994 (DOCE núm. C 205, de 25 de julio de 1994, p. 518), de 16 de marzo de 2000 (DOCE núm. C 377, de 29 de diciembre, p. 326) y de 15 de noviembre de 2001 (Com [2001] 398 – C 5 – 0471/2001 – 2001/2187 [COS]) y los documentos de la Comisión Europea en relación con la unificación del Derecho de contratos de 11 de julio de 2001 (DOCE núm. C 255, de 13 de septiembre de 2001, p. 1) y de 12 de febrero de 2003 (DOCE núm. C 63, de 15 de marzo de 2003, p. 1).

4 Müller-Graff (1998) 80 ss.; Zimmermann (2000) 28 s.

5 Vid. el ejemplo francés en Leveneur (2004) 933-944

6 Vid. detalles en Müller-Graff (1994); Smits (2002) 35 ss., y, ampliamente, en el monográfico sobre la cuestión en *RabelsZ* 56 (1992) 215 ss. (“Alternativen zur legislatorischen Rechtsvereinheitlichung”).

7 Especialmente, Schmitthoff (1961) y Goldmann (1964); cf. más referencias en De Ly (1992) 7-55; Osman (1992) 9 ss.; Vicente Blanco (2001) I, 413-440.

del arbitraje comercial internacional. Esta teoría parte de la idea de que es posible establecer un sistema de ordenación jurídica de las relaciones comerciales internacionales armonioso, supranacional e independiente de las regulaciones nacionales, creado por la libre voluntad de los operadores mercantiles y superador del obsoleto mecanismo de las leyes de conflicto estatales, que se ha revelado como excepcionalmente ineficaz en el ámbito del comercio internacional, ya que no permite determinar siempre cuál es la ley aplicable a una determinada transacción internacional y, además, resulta inadecuado para regular las constantes relaciones jurídicas internacionales generadas por agentes económicos que operan exclusivamente en un mercado globalizado. Y esta creencia en el funcionamiento eficiente de tal sistema de Derecho mercantil internacional se funda en el simple hecho de que tal sistema ya existió y funcionó óptimamente en el pasado, a través de la llamada *lex mercatoria* o *ius mercatorum* medieval y de la primera modernidad europea, hasta que, a partir de mediados del siglo XVII, la intervención de los Estados mercantilistas europeos supuso la nacionalización de las normas mercantiles y la remisión de la resolución de los conflictos comerciales transfronterizos a la aplicación de leyes nacionales al efecto<sup>8</sup>. Por lo tanto, esta nueva *lex mercatoria* no sería otra cosa, pues, que un *revival* de una tradición europea premoderna, que incluso hunde sus raíces en el viejo *ius gentium* romano.

Al igual que su precedente medieval, esta nueva *lex mercatoria* estaría formada por un conjunto heterogéneo de elementos de carácter principalmente convencional y consuetudinario, aceptados por los operadores económicos para la autorregulación libre y espontánea de sus relaciones de intercambio de ámbito supranacional y para la resolución de los posibles conflictos surgidos entre ellos, y aplicados por tribunales arbitrales internacionales escogidos por esos mismos operadores, de modo que resulte posible eludir la aplicación de las reglas jurídicas restrictivas impuestas por los Estados-nación a nivel global.

Sistematizando un poco sus fuentes de creación reconocidas, esta nueva *lex mercatoria* estaría compuesta por una serie de elementos normativos con varios sectores integrados en distintos niveles que, *mutatis mutandis*, reproducen a grandes rasgos el sistema de fuentes de cualquier ordenamiento estatal, lo que pone de manifiesto su carácter de auténtico “ordenamiento jurídico” con capacidad para obligar:

---

8 Vid. buenas síntesis en Galgano (1993) 29-83 y Meyer (1994) 48-82.

- 1) Condiciones generales de los contratos y términos jurídicos estandarizados<sup>9</sup>.- Hay una serie de conceptos y tipos contractuales desarrollados en la práctica comercial que han adquirido un uso uniforme a nivel mundial y que dominan el escenario jurídico-mercantil de nuestro tiempo: así, por ej., *franchising, netting, leasing, performance bond, sale and leaseback*, etc., son términos comunes en la doctrina mercantilista internacional, e incluso muchos de ellos han sido adoptados por las legislaciones nacionales – lo que supone, por otra parte, la pérdida de su carácter jurídico autónomo, pero también el reconocimiento de su éxito como elemento unificador a escala internacional. Este bloque constituiría algo semejante al aparato institucional de la nueva *lex mercatoria*.
- 2) Costumbres, usos y prácticas comerciales internacionales<sup>10</sup>.- Se considera que tienen valor normativo las formas de comportamiento espontáneo de los agentes económicos en sus relaciones comerciales suficientemente repetidas y asentadas en la práctica comercial internacional. Es el elemento consuetudinario de la *lex mercatoria* y, como es natural, presenta una serie de dificultades: por un lado, su índole muchas veces local y sectorial, lo que acentúa su carácter disperso y hace dudosa su consideración como norma generalizable; por otro, su propia imprecisión y vaguedad, que implica un desplazamiento del problema hacia las vías y modos de concreción de esas prácticas en las distintas áreas económicas. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que tales normas consuetudinarias sólo son de aplicación en la medida en que las partes no hayan pactado algo diferente en sus contratos, lo cual no es raro en el campo del comercio internacional, ya que los agentes económicos suelen regular sus relaciones particulares con gran precisión y lo más extensamente posible (sobre todo en el círculo anglosajón); no obstante, siempre pueden quedar lagunas y cláusulas oscuras en las propias regulaciones contractuales que permiten la intervención de estas normas consuetudinarias como integradoras de la voluntad de los contratantes dependiendo del lugar o del sector en que estén operando. Con todo, en el mismo ámbito de los operadores comerciales privados se han generado algunas vías de concreción de esas reglas de Derecho consuetudinario, como son las que vamos a ver a continuación.

---

9 Vid. al respecto De Ly (1992) 133 s.; Osman (1992) 267 ss.

10 Con detalle, De Ly (1992) 134 ss.; Osman (1992) 262 ss.

3) Regulaciones estandarizadas por parte de organizaciones profesionales<sup>11</sup>.- Especialmente la Cámara de Comercio Internacional (ICC) ha codificado numerosas reglas autorregulatorias desarrolladas consuetudinariamente en diversos sectores comerciales a nivel transnacional. Así, por ej., hay una codificación de términos comerciales internacionales (*Incoterms*)<sup>12</sup> iniciada por la ICC desde 1936 y revisada varias veces. En ella se proponen una serie de cláusulas –como la *fob* (free on board) o la *cif* (cost, insurance, freight)– que las partes pueden insertar libremente en sus contratos. Existen también otras codificaciones similares<sup>13</sup>.

En esta categoría se incluirían también los estándares y códigos de conducta de carácter técnico, profesional o deontológico adoptados por organizaciones internacionales para regular determinadas ramas de la actividad comercial, que, aunque no son propiamente normas de Derecho, pueden tener una significación jurídica en orden a la interpretación de las reglas consuetudinarias y los usos comerciales en esos sectores concretos<sup>14</sup>.

4) Principios generales del Derecho<sup>15</sup>.- Se trata del elemento supralegal de la *lex mercatoria*. Como en todo ordenamiento de carácter internacional<sup>16</sup>, los principios jurídicos universalmente reconocidos tienen también cierta

11 De Ly (1992) 171 ss.; Osman (1992) 276 ss.

12 Disponibles en <http://www.iccwbo.org>.

13 V. gr. las *ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* (URU), de 1993, formulada por primera vez en 1933 y revisada posteriormente: <http://www.jus.uio.no/lm/pdf/icc.ucp500.1993.pdf> [27.01.06]; las *ICC Uniform Rules on Collection*, de 1978, pero formuladas en numerosas ocasiones desde 1956; o las *ICC Uniform Rules for Contract Guarantees*, de 1978. Aparte de la ICC, también otras organizaciones, como la ECE (Economic Commission for Europe), la GAFTA (Grain and Feed Trade Association), la *Federation of Oil Seeds and Fats Association* o la *Factors Chain Association* han generado sus propias reglas estandarizadas y contratos-tipo en beneficio de sus miembros. Vid. más detalles al respecto en <http://www.jus.uio.no/lm> [27.01.06]

14 Osman (1992) 283 ss.

15 De Ly (1992) 193 ss.; Osman (1992) 18 ss., 322 ss.

16 Como ya se reconoció en el art. 38. c) del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional (1920) y se admite generalmente en la doctrina internacionalista. En el ámbito europeo, cf. arts. 288. 2 TCE y 41.3 Carta de Derechos Fundamentales y una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: vid. referencias en Papadopoulou (1996).

IX CONGRESO INTERNACIONAL XII IBEROAMERICANO DE DERECHO ROMANO  
EL DERECHO COMERCIAL, DE ROMA AL DERECHO MODERNO

---

relevancia como fuente supletoria de las normas convencionales y las consuetudinarias en el marco de este nuevo orden de las relaciones comerciales transfronterizas. Se da ahí especial importancia a la aplicación estricta del principio '*pacta sunt servanda*' como pieza básica de la ordenación del comercio internacional. Su mayor problema es la falta de concreción y las graves dificultades para describir su contenido, por lo que también en este ámbito se ha procedido a recoger por escrito algunas de sus expresiones más claras. Los famosos Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (desarrollados por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado de Roma desde 1971 y puestos por escrito por primera vez en 1994, con modificaciones posteriores hasta la última edición de 2004<sup>17</sup>) se presentan justamente como una forma de codificación de este sector de la *lex mercatoria*. Otra manifestación en esta línea, a un nivel más limitado, pero también abierto a la aplicación universal, la constituyen los "Principios del Derecho Europeo de Contratos" (PECL), elaborados por la *Commission on European Contract Law*, más conocida como "Comisión Lando" por el nombre de su presidente, y culminados en 2002<sup>18</sup>, que suponen hasta cierto punto un triunfo y una vía de penetración de la teoría de la *lex mercatoria* en el dominio del nuevo Derecho privado europeo.

- 5) Laudos arbitrales internacionales<sup>19</sup>.- Forman una suerte de Derecho jurisprudencial o *case-law* en el seno de la *lex mercatoria*. Los laudos dictados anteriormente por tribunales arbitrales de comercio internacional pueden funcionar como precedentes para resolver casos futuros y servir, por tanto, como fuente de Derecho, pero no tanto en razón de su *potestas* (puesto que no existe una jerarquía de tribunales arbitrales internacionales) sino de su *auctoritas*, esto es, en virtud de la propia fuerza de convicción de las *rationes*

---

17 Pueden consultarse en <http://www.unidroit.org> (con referencias a la jurisprudencia y literatura al respecto). Sobre su última versión, vid. Zimmermann (2005).

18 Vid. Lando/Beale (1999) y Lando/Clive/Prüm/Zimmermann (2003). Una traducción española parcial, con comentarios, se encuentra en Díez-Picazo/Roca Trías/Morales (2002) y en Barrés Benloch/Embíd Irujo/Martínez Sanz (2003); una buena síntesis del proceso de elaboración y la filosofía del proyecto puede verse en Smits (2002) 37 ss. y en Martínez Sanz (2003). Más indicaciones al respecto en la página web oficial de la *Commission*: [http://front-page.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law](http://front-page.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law).

19 De Ly (1992) 202 s.; Osman (1992) 309 ss.

*decidendi* utilizadas. De ahí, pues, que, en todo caso, el valor de estos laudos en el cuadro de las fuentes de formación de la nueva *lex mercatoria* resulte muy discutido, si bien es indudable su carácter de elemento inspirador de muchas de las soluciones recogidas en las reglamentaciones privadas y en las codificaciones de costumbres y reglas autoorganizativas y constituyen, además, un medio privilegiado para la concreción de los principios generales de este Derecho del comercio internacional mediante la formación de un cuerpo de *regulae iuris* que los operadores económicos se ven inducidos a observar<sup>20</sup>.

- 6) Tratados internacionales<sup>21</sup>.- Acuerdos interestatales referidos a cuestiones de comercio transfronterizo, incluyendo convenciones sobre conflictos de leyes o sobre organización del arbitraje internacional. Constituirían algo así como la parte “legislativa” de la nueva *lex mercatoria*. Sin embargo, su inclusión entre sus fuentes es problemática, ya que no tienen un alcance general (sino sólo particular entre las Altas Partes que los suscriban), no resultan de aplicación inmediata a los agentes económicos (sino que necesitan una implementación a través de los sistemas jurídicos estatales, salvo pacto privado respecto a su aplicación voluntaria) y, sobre todo, porque entran en contradicción con la idea fundamental de la *lex mercatoria*, como es que los operadores comerciales son capaces de autorregular libre y espontáneamente sus intereses con independencia de la intervención estatal; con todo, algunos autores los cuentan como tales fuentes por razones pragmáticas. El más importante de estos tratados internacionales que afectan al comercio internacional y son susceptibles, por tanto, de integrarse entre las fuentes de la *lex mercatoria* es, sin duda, el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (1980)<sup>22</sup>, elaborado por la UNCITRAL, que proporciona reglas uniformes para la formación de contratos internacionales de venta de bienes muebles y remedios para los supuestos de incumplimiento. No está claro, sin embargo, en qué medida sus normas se vinculan realmente a la *lex mercatoria*, dado que su aplicación se hace depender de que los operadores

---

20 Galgano (1993) 220.

21 De Ly (1992) 203 ss.

22 Vid. al respecto, entre otros, Díez-Picazo (1998); Martínez Cañellas (2004); Di Matteo (2005). Más indicaciones, en [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/csale\\_goods.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/csale_goods.html) [27.01.06]

IX CONGRESO INTERNACIONAL XII IBEROAMERICANO DE DERECHO ROMANO  
EL DERECHO COMERCIAL, DE ROMA AL DERECHO MODERNO

---

comerciales tengan su establecimiento en un Estado firmante o, según las normas del Derecho internacional privado, deba aplicarse el Derecho de un Estado firmante (art. 1) y, además, en caso de laguna legal en el Convenio, tras los principios generales recogidos en el propio Tratado, deben aplicarse las reglas derivadas de las normas del Derecho internacional privado, esto es, las normas del conflicto de leyes (art. 7.2). En cualquier caso, constituye una regulación-modelo a disposición de los operadores económicos que quieran ajustarse a él en la articulación de sus relaciones comerciales internacionales, como de hecho ocurre frecuentemente, aunque no resulta claro hasta qué punto las partes pueden sustraerse a su aplicación<sup>23</sup>.

Este amplio abanico de fuentes que acabamos de ver indica que esta nueva *lex mercatoria* debe entenderse como un conjunto complejo de normas que implica una interacción entre leyes nacionales, convenios internacionales y reglas autorregulatorias, que puede ser asumido por los agentes económicos a un nivel transnacional para la articulación normativa de sus transacciones comerciales y aplicado por los medios del arbitraje mercantil internacional. Se trata, por tanto, de un modelo de *soft law* de contornos imprecisos y aplicación difusa, pero de indudable eficacia normativa. No obstante, debe tenerse en cuenta que no todas estas formas de creación jurídica tienen idéntica fuerza vinculante. Mientras que las partes pueden excluir ampliamente la aplicación de usos y costumbres mediante la autorregulación de sus relaciones por vía contractual, ello resulta mucho más difícil cuando se mueven en un ámbito fuertemente intervenido por reglas de actuación codificadas o muy estandarizadas sectorialmente que dejan poco margen a la autonomía privada en un contexto de competencia internacional, y del todo imposible en el caso de los principios generales del Derecho, que suponen el marco de referencia jurídico en que se mueven los propios operadores económicos.

3. Esta nueva *lex mercatoria*, configurada en los términos que hemos señalado, ha sido comparada ventajosamente por algunos como instrumento de unificación jurídica europea respecto al llamado “Derecho privado comunitario”<sup>24</sup> de base

---

23 Smits (2002) 59.

24 Sobre este concepto (*Gemeinschaftsprivatrecht*), formulado por el profesor Peter-Christian Müller-Graff (Heidelberg) y desarrollado sobre todo en el círculo jurídico germánico, vid. Heiderhoff (2005), con referencias en p. 247.

legislativa, emanado de los Tratados fundacionales de la Unión Europea y de los actos normativos de las instituciones comunitarias, así como de los tratados internacionales suscritos por los Estados miembros y los instrumentos de cooperación entre ellos que se integran en el tercer pilar de la construcción europea. Al menos por lo que se refiere al dominio de aplicación de la *lex mercatoria* –i. e. los actos de comercio transfronterizo–, se han destacado, así, una serie de signos distintivos que privilegian esa vía no-estatal o anacional, convencional y descentralizada de creación del Derecho frente a una regulación rígida, centralista e insuficiente generada desde Bruselas. Tales elementos distintivos son, entre otros, lo siguientes<sup>25</sup>:

- 1) Se dice que el Derecho privado comunitario está limitado en su expansión por el ámbito de competencias de la Unión Europea y el principio de subsidiariedad, consagrado por los Tratados fundacionales (art. 5. 2 TCE), de modo que siempre estará supeditado a la existencia de legislaciones nacionales a menudo divergentes en amplios sectores del Derecho privado. La *lex mercatoria*, en cambio, no presenta una limitación así y tiene vocación de regular toda clase de situaciones relacionadas con el tráfico comercial transfronterizo de un modo integral y uniforme, sin delimitaciones materiales ni vinculaciones a determinadas políticas sectoriales marcadas por los poderes públicos.
- 2) Se sostiene que el Derecho privado comunitario se ha ceñido a ámbitos en los cuales el funcionamiento del mercado interior ha exigido una intensa regulación (v. gr. Derecho de sociedades, propiedad intelectual e industrial, contratos-tipo con consumidores, reglas concursales, etc.), pero ha descuidado todo el dominio del Derecho privado regido por la autonomía de la voluntad (v. gr. el Derecho de obligaciones y contratos en general). Aunque los PECL y otros proyectos<sup>26</sup> vienen intentado en los últimos años cubrir ese déficit, el resultado es mediocre y, en gran medida se solapa con el funcionamiento de la *lex mercatoria* (como sucede con los EPCL). Esta, por el contrario, se ha dotado de un conjunto de instituciones que facilitan el juego de la autonomía privada y el libre desenvolvimiento de las fuerzas del mercado, lo que conduce a un mejor cumplimiento de los propios objetivos de

---

25 Al respecto, De Ly (1998) 43 ss.

26 Vid. referencias en Riedl (2004).

IX CONGRESO INTERNACIONAL XII IBEROAMERICANO DE DERECHO ROMANO  
EL DERECHO COMERCIAL, DE ROMA AL DERECHO MODERNO

---

la Unión, como es la consecución de un mercado interior con perfecta circulación de los factores de producción (art. 3.1 c) TCE).

- 3) Desde un punto de vista metodológico, se afirma que el Derecho privado comunitario utiliza un método de unificación del Derecho “monista”, es decir, basado en la adopción de medidas legislativas reguladoras de las transacciones comerciales internas de los Estados miembros y de las externas intracomunitarias, pero que exigen la colaboración de las legislaciones nacionales de dichos Estados para cambiar sus ordenamientos internos y adaptarlos a ese Derecho armonizado marcado desde el centro de la Unión, lo que ocasiona necesariamente conflictos y contradicciones entre las normas comunitarias armonizadoras y las normas nacionales armonizadas, y de estas entre sí. Por el contrario, la *lex mercatoria* presenta una metodología “dualista” de unificación del Derecho, en cuanto que aparece como un sistema autónomo, desnacionalizado, no-estatal o transnacional y desligado de los ordenamientos nacionales, pero sin suprimirlos ni modificarlos en su forma: abre así a los operadores económicos una doble vía de regulación de sus intereses, a saber, la nacional/estatal y la transnacional/no-estatal; pero, en la medida en que la vía transnacional no está sujeta a una diversidad de interpretaciones por parte de las legislaciones y las jurisprudencias nacionales (a las que se añade la internacional del Tribunal Europeo de Justicia), resultará mucho más congruente y tenderá a ser escogida mayoritariamente por los operadores comerciales transnacionales, por lo que, en última instancia, esta metodología “dualista” acabará siendo más unificadora que la vía “monista” antes citada.
- 4) El Derecho privado comunitario constituye, al parecer, un modelo de procedimiento de unificación jurídica oficial, mientras que la *lex mercatoria* es la expresión de un tipo de unificación no oficial, basada en la autorregulación de la comunidad comercial internacional (*business community*) y no impulsada a través de instrumentos coactivos, sino mediante reglas adoptadas espontáneamente por los operadores mercantiles y garantizadas por un sistema de arbitraje comercial internacional de fácil acceso y solución rápida de los conflictos que resulta mucho más eficiente en el mundo de los negocios en un mercado global que el complejo sistema judicial de las Comunidades Europeas. De ahí que la generalización de métodos de composición y estándares de resolución de conflictos desarrollados en el curso de los procedimientos

de arbitraje comercial internacional sobre la base de la *lex mercatoria* pueda tener a la postre un potencial unificador mayor que la legislación comunitaria al respecto, en la medida en que se fundan en la adhesión voluntaria de los propios actores de la comunidad jurídica internacional que operan en los mercados globales (en los que no dejan de integrarse plenamente también los europeos).

5) Finalmente, se dice que el Derecho privado comunitario posee un instrumental de interpretación y aplicación uniforme de las normas unificadoras del Derecho privado mucho más sofisticado que el aceptado en el marco de la *lex mercatoria*, ya que en ésta, precisamente por su carácter de ordenamiento anacional, no oficial, disperso y autorregulatorio, resulta más difícil encontrar modelos de interpretación uniforme de las reglas admitidas. Sin embargo, ello no se ha visto como un verdadero problema, ya que en su concepción prima un enfoque mucho más casuístico, orientado más a la solución de problemas prácticos concretos que a la formulación de reglas uniformes, lo que no significa que estas no existan, puesto que las organizaciones sectoriales del comercio internacional o los tribunales arbitrales reconocidos en determinados ámbitos suelen proporcionar informaciones útiles para la formación de estándares de aplicación uniforme de las reglas correspondientes. En última instancia, se considera que ello puede permitir un modelo de unificación jurídica mucho más apegada a la auténtica realidad del mundo de los negocios y no petrificada en normas abstractas de compleja concreción jurisprudencial.

Frente a todas estas consideraciones, los oponentes de la *lex mercatoria* y defensores de una vía legislativa comunitaria de unificación jurídica europea han contrapuesto que esta visión de la *lex mercatoria* está aquejada de una irremisible falta de certeza en cuanto a sus elementos integrantes y a su fuerza obligatoria, lo que debe conducir sin duda a la inseguridad jurídica, y, por otra parte, argumentan que esta es una vía unificadora falsa, ya que exige en cualquier caso la persistencia de unas legislaciones nacionales que, al menos, califiquen jurídicamente la relación establecida entre las partes, de modo que, en la práctica, no existe un ordenamiento comercial uniforme, transacional y de carácter verdaderamente autónomo como el que se pretende promocionar<sup>27</sup>.

---

27 Cf. Smits (2002) 57.

4. Llegados a este punto, debemos hacernos la pregunta fundamental en esta sede: ¿qué es lo que puede aportar la Historia del Derecho en todo este debate?

*A priori*, parece que no mucho, dado que la partida se juega en el terreno de las nuevas tendencias del Derecho del comercio internacional y del Derecho comunitario europeo, en los que el argumento histórico tiene un escaso peso. Sin embargo, en la medida en que muchos estudiosos entienden que las fuentes del Derecho mercantil internacional no resultan comprensibles sin una mirada a sus precedentes históricos y que los propios formuladores de la doctrina de la nueva *lex mercatoria* ponen como base legitimadora de su propuesta la previa existencia de una fórmula similar en tiempos pretéritos<sup>28</sup>, parece claro que la contribución de la Historia del Derecho en el marco de esta polémica puede no ser baladí. Sin ánimo de entrar en el fondo de esta cuestión –lo que nos llevaría muy lejos y superaría con mucho el espacio concedido a una comunicación en este lugar–, se me ocurren al menos dos tareas que puede emprender con eficacia la investigación histórico-jurídica en el ámbito de problemas que estamos tratando y que son, en realidad, dos caras de una misma moneda.

1) En primer lugar, denunciar el carácter mítico<sup>29</sup> de la base legitimadora de esta teoría, es decir, la existencia de un orden jurídico-comercial internacional y autónomo de los poderes políticos en el pasado. Esa visión de la *lex mercatoria* o *ius mercatorum* medieval carece por completo de consistencia argumentativa y se basa en un uso superficial de las fuentes históricas, por lo que ha sido calificada en ocasiones de visión “romántica” (en el sentido de novelesca) de los orígenes del moderno Derecho mercantil<sup>30</sup>. De hecho, no existen evidencias históricas que prueben que un ordenamiento así configurado llegase a funcionar nunca en la Europa premoderna. La *lex mercatoria* medieval ni fue una *lex* –entendiendo por tal un ordenamiento verdaderamente jurídico, unitario y uniformizador– ni fue internacional –en el sentido de liberado de toda dependencia de los poderes públicos de la época y de los ordenamientos territoriales. En realidad, no puede hablarse de una sola *lex mercatoria* o un solo *ius mercatorum*, sino más bien de diversos *iura mercatorum*, de una pluralidad de ordenamientos confluyentes que sólo coinciden en

---

28 De Ly (1992) 8 s. (con lit.); von Bar (1997); Pennitz (1997).

29 La expresión es de Foster (2005).

30 W. A. Bewes, *The Romance of the Law Merchant*, London 1923 (cit. en Foster [2005] § 44).

el hecho de tener a grupos de comerciantes o miembros de la burguesía de las ciudades como sujetos privilegiados y contar con unas vías procedimentales especiales –más rápidas e informales y más racionales en el aspecto probatorio– para hacerlas valer. Desde el punto de vista del Derecho sustantivo, los historiadores distinguen al menos tres ramas u ordenamientos muy distintos entre sí englobados bajo la fórmula común de la *lex mercatoria* premoderna<sup>31</sup>:

- a) El Derecho comercial general, referido sobre todo a la compraventa transfronteriza de mercaderías y el régimen de las sociedades de mercaderes ubicados en los núcleos urbanos desde la Baja Edad Media y que operaban en ferias y mercados de toda Europa. Aquí se juntaron, según una opinión cada vez más extendida, un conjunto de usos y costumbres heterogéneas y de contornos imprecisos, con algunos principios comunes pero con considerables variaciones locales: así, por ej., mientras en los gremios mercantiles de las ciudades del Norte de Italia se admitía en gran medida el juego de las instituciones derivadas del Derecho romano con ciertas peculiaridades (pronto desarrolladas por los juristas cultos de las Universidades) para la regulación sus intereses negociales, en cambio, los comerciantes de Flandes o de la Liga Hanseática eran más proclives a la práctica de costumbres particulares desligadas de los precedentes romanos; igualmente, mientras en las ciudades italianas existía una amplia y precisa regulación pública de las actividades mercantiles y tribunales especiales al efecto, en otros lugares –como, p. ej., Inglaterra– esas actividades estuvieron mucho menos reglamentadas y sus controversias quedaron sometidas frecuentemente a la jurisdicción de los tribunales ordinarios, con ciertas peculiaridades procedimentales.
- b) El Derecho marítimo, referido a las reglas sobre transporte marítimo y comercio ultramarino. Sus orígenes y naturaleza son muy diferentes del caso anterior y tuvo siempre un carácter más homogéneo. En él se observa una mayor pervivencia de figuras jurídicas tomadas del Derecho romano antiguo, como la *actio exercitoria* para responsabilizar al armador de un barco por los negocios realizados por el patrón del mismo; o el *fœnus nauticum* como instrumento de creación de una modalidad de seguro

31 Foster (2005) §§ 32-33. Vid. una síntesis correcta en Robinson/Fergus/Gordon (2000) 91 ss.

IX CONGRESO INTERNACIONAL XII IBEROAMERICANO DE DERECHO ROMANO  
EL DERECHO COMERCIAL, DE ROMA AL DERECHO MODERNO

marítimo, confluente con la institución consuetudinaria del préstamo a la gruesa; o el *receptum nautarum*, por el cual el transportista marítimo se hacía responsable en todo caso de la entrega de las mercancías en el lugar de destino, salvo que estas se perdieran por circunstancias que fueran más allá de su control, como el naufragio o el ataque de piratas, lo que constituía una especialidad del contrato de fletamento, el cual seguía en términos generales la disciplina de la *locatio conductio*; o el *edictum nautarum*, que regía la responsabilidad del patrón de una embarcación por la pérdida, daño o robo de las mercancías allí depositadas, ocasionados por la actuación de los marineros; o, finalmente, la *lex Rhodia de iactu*, en la que se enmarcaban las situaciones de avería de la embarcación y pérdida de las mercancías, formando una suerte de comunidad de riesgos entre el dueño del barco y el de las mercancías con un reparto de las pérdidas entre ellos: sus normas estuvieron en la base de la regulación de la “avería gruesa” medieval y moderna y sirvieron de inspiración para las legislaciones específicas sobre averías pequeñas<sup>32</sup>. Esta vasta pervivencia de instituciones romanas en el ámbito del Derecho marítimo (muy superior a la que se dio en las otras ramas del *ius mercatorum* premoderno) ha hecho pensar en la existencia de cierta continuidad en ese sector específico entre la Antigüedad y el mundo medieval (a diferencia de lo que sucedió en otros sectores del Derecho privado), sobre todo si se tiene en cuenta que las relaciones comerciales por vía marítima entre la Península Itálica y el Imperio Bizantino nunca se interrumpieron del todo tras el colapso del Imperio romano occidental<sup>33</sup>.

Asimismo, este dominio del Derecho marítimo fue el primero en el que hubo una amplia y temprana codificación de la costumbre mercantil y de la actividad jurisdiccional especial en muchos lugares de Europa, a diferencia de lo acontecido en otras ramas de la *lex mercatoria*: tal es el caso de los *Statuta et Ordinamenta super navibus* de Venecia (1255), el *Breve curiae maris* de Pisa (1305), el *Libro del Consulado del Mar* de Barcelona (s. XIV)

32 Sobre el juego de estas figuras en el Derecho marítimo anterior a las codificaciones, vid. Coing (1996) 689 ss.

33 Robinson/Fergus/Gordon (2000) 92.

o los *Rôles d'Oléron* (f. s. XIII – s. XIV), que codifican la costumbre gascona y de la costa atlántica europea, entre otras muchas regulaciones locales.

En definitiva, el Derecho marítimo constituía una auténtica rama independiente del orden jurídico medieval y de la primera modernidad, mucho más desarrollado y uniforme que otras áreas de la llamada *lex mercatoria*, como correspondía a su carácter más universal y menos determinado por las discontinuidades territoriales.

- c) El Derecho bancario, relativo no sólo a los instrumentos jurídicos de realización de negocios financieros, sino también a la organización de las sociedades mercantiles dedicadas a ese tipo de negocios. En ese sentido, hay fuertes diferencias entre unas regiones y otras porque, por ejemplo, los bancos italianos (los llamados “Monti”) tuvieron desde su origen una fuerte regulación pública, en la medida en que constituyan sociedades para la suscripción de préstamos estatales, por lo cual se les transferían determinados derechos soberanos, v. gr. para el cobro de impuestos (al modo de las *societas publicanorum* romanas), algo no tan usual en otros lugares de Europa<sup>34</sup>. Asimismo, los bancos de depósito fueron relativamente comunes en las ciudades del Norte de Italia y en Francia, pero no tanto fuera de ahí en la Edad Media. El Derecho bancario sí fue internacional, en cambio, en cuanto a las prácticas seguidas por la comunidad financiera por toda Europa, generando una serie de instrumentos de transferencia de capital y medios de pago nuevos, como la letra de cambio, los pagarés o los créditos documentados, surgidos justamente para vencer las dificultades creadas por la extraordinaria fragmentación política y dispersión normativa e inseguridad personal del mundo del Medievo, pero difundidos y estandarizados por razones pragmáticas, no por la creencia en la esencialidad de un ordenamiento común. Precisamente el fenómeno real pudo ser el contrario, esto es, que la extensión de prácticas relacionadas con los pagos transfronterizos pudo acabar llevando a una cierta similitud en el modo en que diferentes ordenamientos jurídicos trataron estas mismas cuestiones.

34 Coing (1996) 661.

De todo esto se concluye que, en definitiva, el *ius mercatorum* estuvo lejos de ser un sistema jurídico simple, uniforme y esencialmente privado, como se ha pretendido, sino que constituyó más bien un conjunto complejo de *iura mercatorum*, integrado por “un haz de privilegios públicos y prácticas privadas, estatutos públicos y costumbres particulares cubiertos bajo el paraguas del concepto de *lex mercatoria* por su asociación con una clase peculiar de comercio supralocal y los sujetos que lo llevaban a cabo. Algunas de estas normas consuetudinarias fueron similares en amplias áreas, pero otras muchas fueron locales o regionales o incluso específicas de determinados grupos mercantiles. Además, no era un régimen puramente consuetudinario independiente de las legislaciones territoriales o los tribunales locales, sino una creación híbrida, dependiente de un armazón legislativo e íntimamente vinculada al Derecho municipal, territorial y gremial”<sup>35</sup>.

Asimismo, su potencial unificador era escaso, en la medida en que constituía esencialmente un Derecho particular de clase<sup>36</sup>, ligado a la autonomía de las corporaciones mercantiles e intrínsecamente unido al entorno fragmentado y muy jerarquizado del orden medieval, lo que explica también sus dificultades de encaje en las estructuras del *ius commune* europeo, a pesar de los esfuerzos de los autores universitarios del *mos Italicus*<sup>37</sup>.

- 2) La segunda cuestión que correspondería dilucidar a la investigación histórica en este terreno está estrechamente enlazada con la anterior, y consiste en desenmascarar los intereses a los que sirve en realidad esta teoría de la nueva *lex mercatoria*. Esta doctrina, como su falsa base legitimadora de tipo histórico, ha sido muy bien recibida en amplios círculos jurídicos e intelectuales porque responde ideológicamente al lenguaje socio-político y económico de nuestros días, ensalzador de las bondades del libre comercio y debelador de toda clase de intervenciones públicas y regulaciones estatales del mercado. Si se considera que el libre comercio es una buena nueva de la civilización occidental

---

35 E. Kadens, “Order within Law, Variety within Custom: The Character of the Medieval Merchant Law”, en *Chicago Journal of International Law* 5 (2004) 39 ss., 63 (cit. en Foster [2005] nota 51).

36 Galgano (1993) 35 ss.

37 Coing (1996) 654 ss.; más detalles en Scherner (1973).

y su extensión un símbolo del progreso universal, una doctrina que defiende la idea de la prevalencia de un sistema jurídico autónomo, desarrollado con independencia de los poderes estatales, ha de ser vista forzosamente como una buena teoría. Sin embargo, esta visión se desentiende absolutamente de los factores socioeconómicos que rodean a este fenómeno del comercio internacional a gran escala sin intervenciones ni reglamentaciones de carácter internacional público o estatal, dejado a la sola actuación de los operadores económicos transnacionales, y no entra a valorar quién gana y quién pierde en ese proceso. Probablemente esta teoría, más que ser una consecuencia de los fenómenos de globalización económica y financiera y una respuesta a los desafíos que ésta comporta a nivel mundial, constituye un instrumento de apoyo a esos fenómenos y les sirve de vía de expansión y de justificación ideológica, en tanto que medio de deslegitimación del Estado como instancia reguladora.

Con todo, dejando aparte estas consideraciones, y volviendo al problema que nos ocupaba en un principio, lo cierto es que su verdadero carácter de elemento unificador del Derecho europeo resulta más bien discutible. Al igual que su supuesto precedente medieval, la nueva *lex mercatoria* es un producto de la fragmentación del espacio político y la consiguiente discontinuidad normativa provocadas por la inexistencia de un auténtico orden jurídico internacional –ni siquiera a nivel europeo– que sea capaz de disciplinar a los mercados. La expansión de esa nueva *lex mercatoria* basada en la autodisciplina de estos (lo que quiere decir basada en las determinaciones de aquellos grupos capaces de imponerse sobre el resto) puede producir cierta *ilusión* de unificación jurídica, en la medida en que la pluralidad de legislaciones nacionales queda arrinconada en favor de unas prácticas jurídicas uniformes (de modo que el Derecho estatal acabe haciéndose irrelevante), pero, de hecho, igual que en la época premoderna, no deja de ser un Derecho de *clase*, en el sentido de constituir un ordenamiento creado por y para los grandes negocios, aunque acabe por obligar a todos los intervenientes en el juego del mercado. Por otra parte, aunque ese factor unificador –en el sentido de uniformizador de conductas jurídicas– no deje de estar presente, sin embargo, ello es sólo a costa del apartamiento o eliminación de las singularidades territoriales. Eso significa que, en el ámbito europeo, en caso de producirse una armonización jurídica por la vía de la *lex mercatoria*, esta podrá ser ciertamente

*unificación*, pero desde luego no será *europea*, en cuanto que tal uniformización en nada distinguiría un Derecho del comercio transfronterizo a nivel intracomunitario de uno extracomunitario, ya que todo ello quedaría subsumido bajo un mismo Derecho globalizado de los negocios de impronta netamente anglosajona. En consecuencia, si no se tiene la consecución de un mercado interior europeo libre de trabas como un objetivo en sí mismo, sino que éste se considera como un medio para buscar el acercamiento entre los ciudadanos y los Estados europeos y la generación de un espacio político común fundado en los valores compartidos de dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos –tal como establece el proyecto de Tratado constitucional para Europa (arts. 1 y 2)–, y si se pretende conservar las señas de identidad jurídica europea y su modelo de sociedad, entonces parece que sería una mala decisión sustituir una vía de unificación del Derecho privado como la planteada por el Derecho privado comunitario –con todas sus imperfecciones que sin duda es preciso subsanar– por otra como la auspiciada por la teoría de la *lex mercatoria*. Eso sí que supondría –a mi modo de ver– la adquisición de una *mercancía averiada* y, en definitiva, un *mal negocio* para el conjunto de Europa.

## BIBLIOGRAFÍA

- Barrés Benlloch/Embíd Irujo/Martínez Sanz (2003): Barrés Benlloch, M. P./J. Embíd Irujo/F. Martínez Sanz (eds.), *Principios de Derecho contractual Europeo. Los trabajos de la Comisión Lando*, Madrid 2003.
- Coing, H. (1996): *Derecho privado europeo* (trad. esp.), vol. I, Madrid, 1996.
- De Ly, F. (1992): *International Business Law and Lex Mercatoria*, Amsterdam/London/New York/Tokyo 1992.
- De Ly, F. (1998): “*Lex Mercatoria* and Unification of Law in the European Union”, en Hartkamp, A./M. Hesselink/E. Hondius/C. Joustra/E. du Perron (eds.), *Towards a European Civil Code*, 2<sup>a</sup> ed., Nijmegen/The Hague/London/Boston 1998, pp. 41-53.
- Di Matteo (2005): Di Matteo, L. A. et al., *International Sales Law: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, Cambridge 2005.

- Díez-Picazo (1998): Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías: comentario de la Convención de Viena*, Madrid 1998.
- Díez-Picazo/Roca Trías/Morales (2002): Díez-Picazo. L./E. Roca Trías/A. M. Morales, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002.
- Foster, N. H. D. (2005): “Foundation Myth as legal formant: The Medieval Law Merchant and the New *Lex Mercatoria*”, en *Forum Historiae Iuris* (2005) (<http://www.forhistiur.de/zitat/0503foster.htm>) [27.01.05]
- Galgano, F. (1993): Lex mercatoria. *Storia del diritto commerciale*, Bologna 1993.
- Heiderhoff, B. (2005): *Gemeinschaftsprivatrecht*, München 2005.
- Goldmann. B. (1964): “Frontières du droit et *lex mercatoria*”, en *Archives de philosophie du droit* 9 (1964), pp. 177-192.
- Lando/Beale (1999): Lando, O./H. Beale (eds.), *The Principles of European Contract Law, Parts I and II, prepared by the Commission on European Contract Law*, The Hague (The Netherlands) 1999.
- Lando/Clive/Prüm/Zimmermann (2003): Lando, O./E. Clive/A. Prüm/R. Zimmermann (eds.) *Principles of European Contract Law, Part III*, The Hague/London/ Boston 2003.
- Leveneur, L. (2004): “Le Code civil et le droit communautaire”, en *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris 2004, pp. 929-951.
- Martínez Cañellas, A. (2004): *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980*, Granada 2004.
- Martínez Sanz, F. (2003): “Principios de Derecho Europeo de Contratos (Comisión Lando)”, en Cámara Lapuente, S. (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Madrid 2003, pp. 193-204.
- Meyer, R. (1994): *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, Göttingen 1994.
- Müller-Graff, P.-Chr. (1994): “Private Law Unification by Means other than of Codification”, en Hartkamp, A./M. Hesselink/E. Hondius/C.E. du Perron/J. B. M. Vranken (eds.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen/Dordrecht/Boston/London 1994, pp. 19-36.
- Müller-Graff, P.-Chr. (1998): “EC Directives as a Means of Private Law Unification”, en Hartkamp, A./M. Hesselink/E. Hondius/C. Joustra/E. du Perron (eds.), *Towards a European Civil Code*, 2<sup>a</sup> ed., Nijmegen/The Hague/London/Boston 1998, pp. 71-89.

IX CONGRESO INTERNACIONAL XII IBEROAMERICANO DE DERECHO ROMANO  
EL DERECHO COMERCIAL, DE ROMA AL DERECHO MODERNO

---

- Osman, F. (1992): *Les principes généraux de la Lex Mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris 1992.
- Papadopoulou, R.-E. (1996): *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, Athenes/Bruxelles 1996.
- Pennitz, M. (1997): recensión de Meyer (1994), en *ZSS. Rom. Abt.* 114 (1997), pp. 540-543.
- Riedl, K. (2004): *Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa: Wissenschaftliche Initiativen im Prozess der Privatrechtseuropäisierung*, Baden-Baden 2004.
- Robinson, O. F./T. D. Fergus/W. M. Gordon (2000): *European Legal History*, 3<sup>a</sup> ed., London/Edinburgh/Dublin 2000.
- Scherner, K. O. (1973): “Die Wissenschaft des Handelsrechts”, en Coing, H. (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte II/1*, München 1973, pp. 801 ss.
- Schmitthoff, C. (1961): “International business law: a new law merchant”, en *Current Law and Social Problems*, Ontario 1961, pp. 129-153.
- Smits, J. (2002): *The Making of European Private Law. Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Antwerp/Oxford/New York 2002.
- Vicente Blanco, D. J. (2001): *La protección de la inversión extranjera y la liberalización del comercio internacional* (tesis doctoral, 2 vols., Valladolid 2001).
- von Bar, Chr. (1997): recensión de Meyer (1994), en *ZNR* 16 (1997), 148-150.
- Zimmermann, R. (2000): *Estudios de Derecho privado europeo* (trad. esp.), Madrid 2000.
- Zimmermann, R. (2005): “Die Unidroit-Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2004”, en *ZEuP* 13 (2005), pp. 264-290.