Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP)
Avenida Perú 1044
Telefax.: (595.21) 201.137
E-mail: info@cedep.org.py
URL: http://www.cedep.org.py/
Asunción, Paraguay

Copyright 2010 by LA LEY S.A.
Mariano Roque Alonso 961 c/ Testanova – Asunción
Tel. y Fax Dpto. Ventas: 426 222
Tel. Gerencia y Administración: 426 180 / 423 452
E-mail: atcliente@laley.com.py / redaccion@laley.com.py

Printed in Paraguay

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del Editor.

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmited in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the publisher

ISBN:

Registro Nacional de la Propiedad Intelectual N° 01.2023.03

Biblioteca de derecho de la globalización

Directores

Diego P. Fernández Arroyo – José Antonio Moreno Rodríguez

Comité científico

Jean-Michel Arrighi (Washington)
Bernard Audit (París)
Jürgen Basedow (Hamburgo)
Geneviève Bastid-Burdeau (París)
George A. Bermann (Nueva York)
Michael Joachim Bonell (Roma)
Andrea Bonomi (Lausana)
Nuria Bouza Vidal (Barcelona)
Antônio Cançado Trindade (Brasilia / La Haya)
Yves Daudet (París / La Haya)
Yves Derains (París)
Franco Ferrari (Verona / Nueva York)
Cecilia Fresnedo de Aguirre (Montevideo)
Henry S. Gabriel (Nueva Orleans)
Emmanuel Gaillard (París)
Alejandro M. Garro (Nueva York)
H. Patrick Glenn (Montreal)
Roy Goode (Oxford)
Horacio Grigera Naón (Washington)
Ronald Herbert (Montevideo)
Eugenio Hernández-Bretón (Caracas)
Jean-Michel Jacquet (Ginebra)
Erik Jayme (Heidelberg)
Gabrielle Kaufmann-Kohler (Ginebra)
Herbert Kronke (Heidelberg)
Claudia Lima Marques (Porto Alegre)
Hans van Loon (La Haya)
Ricardo Lorenzetti (Buenos Aires)
Djamshid Momtaz (Teherán)
Rui Moura Ramos (Coimbra)
Horatia Muir Watt (París)
Yuko Nishitani (Nara / Colonia)
María Blanca Noodt Taquela (Buenos Aires)
Didier Opertti Badán (Montevideo)
Arturo Oropeza García (México)
Pilar Perales Viscasillas (Madrid)
Leonel Pereznieto Castro (México)
Luiz Otávio Pimentel (Florianópolis)
Mónica Pinto (Buenos Aires)
Luca Radicati di Brozolo (Milán)
Julio C. Rivera (Buenos Aires)
Roberto Ruiz Díaz Labrano (Asunción)
Jorge Sánchez Cordero (México)
Symeon Symeonides (Salem)

Responsables de edición

Paula M. All
Caroline Kleiner
Adriana Sanchez Mussi
Milena Sljivich
Juan Manuel Velázquez Gardeta

¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?

Presentación
Jürgen Basedow / Diego P. Fernández Arroyo / José A. Moreno Rodríguez 1

Reflexiones generales

El derecho privado estatal y la economía – El derecho comercial como una amalgama de legislación pública y privada
Jürgen Basedow 5

El derecho contractual general y su (limitada) aptitud para ser armonizado
Guiditta Cordero Moss 29

La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial
Diego P. Fernández Arroyo 51

Regla, práctica y pragmatismo en el derecho comercial transnacional
Roy Goode 75

La codificación y la normatividad del *soft law* en el arbitraje internacional
Gabrielle Kaufmann-Kohler 107

El equilibrio económico en los acuerdos de elección de foro
Horatia Muir Watt 129

El impacto del derecho internacional del comercio en el derecho de las obligaciones
Aníbal SIERRALTA RÍOS 151

Reflexiones en torno a experiencias particulares

La codificación del derecho internacional en un sistema federal: el *Restatement* norteamericano sobre arbitraje comercial internacional
George A. BERMANN 181

El Reglamento CE 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales («Roma I») – Es decir, una ocasión perdida
Michael Joachim BONELL 209

La formación del derecho privado europeo
Bénédicte FAUVERQUE COSSON 219

El papel de la unificación regional en la unificación del derecho de compraventa
Franco FERRARI 227

Los contratos y La Haya: ¿ancla al pasado o puente al futuro?
José Antonio MORENO RODRÍGUEZ 245

Elección de la ley aplicable a los contratos de comercio internacional: ¿Principios de La Haya?
OFICINA PERMANENTE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 341

La codificación del derecho mercantil internacional y la experiencia de la CNUDMI/UNCITRAL
Manuel OLIVENCIA RUIZ 365

El derecho comercial internacional en el Proyecto de Ley general de derecho internacional privado del Uruguay – Una primera aproximación
Didier OPERTTI BADÁN / Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE 385

Los principios generales del derecho comercial internacional y la *lex mercatoria* en la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales
Jürgen SAMTLEBEN 413

Documentos 427

Bibliografía 443

Presentación

El tema de la codificación es recurrente en la literatura jurídica y acompaña inseparablemente al derecho desde siempre. Una y otra vez los discursos clásicos, tales como los referidos al riesgo de petrificación del derecho o a la distinción entre compilación, sistematización y creación normativa, vuelven a plantearse en los más variados contextos[1]. Incluso los discursos, más modernos, de la «descodificación» y la «recodificación» del derecho pueden ser vistos como formas distintas de volver sobre aquellos tópicos. Aunque todas estas construcciones se gestaron en el marco de la codificación estatal, sus postulados siempre han encontrado acomodo –a veces con un poco de esfuerzo– en ámbitos internacionales y supranacionales de producción normativa. No debe sorprender, por lo tanto, que la célebre disputa entre Savigny y Thibaut en torno a la codificación haya recobrado vigencia en la última década del siglo pasado a raíz de los primeros trabajos en pos de un código civil europeo. Sin embargo, aunque las discusiones tradicionales mantienen, en cierta medida algo de vigencia, el debate que realmente tiene interés, teórico y práctico, pasa hoy en día por otros parámetros.

Obviamente, como todo o casi todo en el derecho, estos parámetros que ahora resultan claves también hunden sus raíces en concepciones y realizaciones de otras épocas. Pero las respuestas de hoy, como no podía ser de otro modo, se elaboran frente a una realidad radicalmente diferente a la de un tiempo atrás. Es esta realidad la que provoca que, desde una perspectiva política, la codificación actual no pueda permanecer ajena a la situación de las relaciones entre lo público y lo privado, ecuación directamente emparentada con la redefinición del rol del Estado en la regulación de las actividades económicas. Del mismo modo, desde un punto de vista eminentemente jurídico con marcados ribetes iusfilosóficos, el punto central parece consistir en el notorio

[1] Ver, por ejemplo, las contribuciones al Simposio *The Challenge of Recodification Worlwide*, en *Tul. L. Rev.*, vol. 83, nº 4, 2009.

crecimiento de las esferas de normas de *soft law* y de derecho no estatal, así como en la definición de las relaciones entre ellas y el derecho estatal. Si hemos querido volver sobre este tema, aparentemente ya demasiado manido, es porque nunca como en la hora actual las preguntas que giran en torno a la codificación del derecho comercial deambulan desorientadas a la búsqueda desesperada de respuestas.

Todo ello alcanza una singular relevancia en la codificación internacional del derecho comercial; derecho que, dicho sea de paso, ha llegado a un grado de internacionalización tal que pensarlo en clave nacional se hace cada vez más complicado. Es visible en este sentido que de todas las acepciones posibles de este ámbito jurídico, las contribuciones del presente libro se orientan hacia una concepción centrada en las relaciones de carácter privado (en la línea de lo que se ha dado en llamar «derecho de los negocios internacionales»), lo que no significa que los actores, las normas y, particularmente, los intereses implicados tengan exclusivamente ese carácter. Precisamente, varios de los trabajos reunidos en el este volumen indican claramente la existencia de las tensiones entre lo público y lo privado y brindan elementos de sumo interés y actualidad para analizar las mismas. Los artículos aquí reunidos dejan entrever también que referirse al derecho comercial «internacional» resulta al mismo tiempo una redundancia y un equívoco. Lo primero debido al proceso de internacionalización antes referido; lo segundo porque la idea de derecho internacional se vincula tradicionalmente a una producción jurídica de carácter público, interestatal y nuestros autores se refieren abundantemente a una realidad normativa que aparece desvinculada del poder de legislar de los Estados, mencionada como derecho transnacional[2].

Había muchas formas de plantear y organizar estas reflexiones. Para escoger la que aquí presentamos, hicieron falta largas discusiones. Lo que realmente nos interesaba era hacer un libro útil, que pudiera erigirse al mismo tiempo en referencia básica para cualquier trabajo de fondo sobre el tema, en opinión autorizada para codificadores, así como en material de choque para despertar mentes perezosas. Ese triple propósito nos condujo a la definición del perfil de los autores y de los temas particulares. De tan evidente, casi resulta superfluo señalar, que descartamos hacer simplemente un inventario de lo que existe. Libros sobre los Principios de UNIDROIT, sobre cada una de las múltiples realizaciones de UNCITRAL o sobre los textos comerciales de alcance regional, ya existen en cantidades y calidades considerables y, aunque siempre se pueden

[2] Que tiene en sí mismo diversas manifestaciones. Ver R. GOODE / H. KRONKE / E. MCKENDRICK, *Transnational Commercial Law. Texts, Cases and Materials*, Oxford, OUP, 2007, §§ 1.37 ss.; P. LALIVE, «L'ordre publique transnational et l'arbitre international», *Liber Fausto Pocar*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 599-611; E. GAILLARD, *Aspectos filosóficos del derecho del arbitraje internacional* (trad.), Asunción, CEDEP, 2010 (en prensa).

intentar y lograr mejores resultados, nos parece que ese campo está satisfactoriamente cubierto. Echábamos en falta, en cambio, la existencia de reflexiones de calado sobre la razón de ser y la utilidad de esa copiosa producción normativa, sobre los intereses y las políticas legislativas que la impulsan y sobre las definiciones de técnica jurídica con las cuales se implementa. Y queríamos reunir un espectro tan amplio de opiniones como fuera posible sobre cada uno de estos puntos. No por casualidad, todos los autores son verdaderos especialistas en la codificación del derecho comercial internacional y la mayoría de ellos tiene una gran experiencia práctica como codificadores. Si alcanzamos o no nuestros objetivos, deberán juzgarlo quienes lean este libro. Por nuestra parte, nos limitamos a confesar nuestra profunda satisfacción por el resultado que ahora estamos ofreciendo.

Dicha satisfacción se acrecienta por el hecho de que este libro constituye el primer mojón de lo que esperamos sea un largo y fructífero camino de obras jurídicas de calidad reunidas en una colección denominada *Biblioteca de derecho de la globalización* a publicarse por el Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP) de Asunción. De hecho, ya hay otros tres títulos en preparación que verán la luz durante 2010: *Aspectos filosóficos del derecho del arbitraje internacional*, de Emmanuel Gaillard, *Consumer Protection in International Private Relationships*, coordinada por Diego P. Fernández Arroyo, y *Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*. El Comité Científico de la nueva colección, como puede apreciarse fácilmente, reúne a juristas de altísimo nivel, quienes además de la calidad comparten su interés y preocupación por la evolución actual del derecho. No menos importante es la labor que realizan los excelentes Responsables de Edición que hacen posible esta y harán realidad las futuras publicaciones de la colección: Paula M. All, Caroline Kleiner, Adriana Sánchez Mussi, Milena Sljivich y Juan M. Velázquez Gardeta. Como coordinadores de este primer volumen les agradecemos a los primeros su confianza y a los segundos su desinteresado compromiso. Ojalá hayamos estado a la altura de ambas cosas.

Hamburgo / Madrid / Asunción, 28 de febrero de 2010

Jürgen BASEDOW
Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO
José A. MORENO RODRÍGUEZ

La multifacética privatización de la codificación internacional del derecho comercial

Diego P. Fernández Arroyo*

Sumario: I. Introducción.- II. El carácter expansivo de la codificación puramente privada: 1. La elaboración de reglas privadas; 2. La «homologación» de la codificación privada.- III. El carácter relativamente intergubernamental de la codificación desarrollada por los foros de vocación universal: 1. UNCITRAL; 2. UNIDROIT; 3. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.- IV. La creciente privatización de la codificación regional: 1. Américas/OEA; 2. África/OHADA; 3. Europa/UE.- V. Reflexiones finales.

I. Introducción

Es cuanto menos curioso que la palabra codificación, en español, admita dos comprensiones radicalmente opuestas. Por un lado, codificar alude a sistematizar, a elaborar un cuerpo metódico de reglas, lo que normalmente debería desembocar en una mejora en la accesibilidad general de dicho cuerpo. Por otro lado, a menudo codificar hace referencia a hacer inteligible algo solo para quienes tienen los medios o la sofisticación necesaria para acceder a determinada información. Más de uno, al observar los resultados de algunos procesos contemporáneos de codificación del derecho comercial internacional, habrá tenido la impresión de hallarse más frente a la segunda acepción que a la

* Profesor de la Universidad Complutense de Madrid y Honorario de la Universidad Nacional de Córdoba. Presidente de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado.

primera y de que nadie le ha facilitado las claves para descifrar los crípticos mensajes. La razón de ello radica un poco en la complejidad de buena parte de las materias comerciales y un mucho en la configuración de las mismas como un terreno solo apto para iniciados, cuando no para auténticos expertos.

No es ese el único equívoco que gira en torno a la codificación del derecho. Tradicionalmente, la codificación se tomaba como una actividad típica de las entidades públicas. La propia idea de codificación moderna nace con la afirmación de los Estados soberanos[1]. La codificación internacional, a su vez, desde los inicios de su andadura en el último tramo del siglo XIX, también adopta la forma de un trabajo puramente interestatal. De hecho, las organizaciones internacionales que se dedican exclusiva o parcialmente a la codificación internacional del derecho son típicamente interestatales (también llamadas, abusando de la traducción literal, intergubernamentales). Sin embargo, ya sea al margen o dentro mismo de dichas organizaciones, se ve desenvolverse un creciente protagonismo de actores privados, cuando no, pura y simplemente, una verdadera «codificación privada»[2].

Todo esto no debe llevar a la falsa representación de lo público y lo privado como realidades contrapuestas por definición. Las situaciones en las cuales existe de forma clara y definida tal contraposición son en realidad puntuales y acotadas a determinados contextos materiales, espaciales y/o temporales. En muchos otros casos, los intereses públicos y privados van de la mano y, en determinadas circunstancias, lo que más le interesa a un sector es el progreso y el éxito del otro, interés que a menudo es recíproco. Lo que pretendo con esta contribución es simplemente arrojar luz sobre algunas de las muchas manifestaciones –unas más evidentes que otras– del rol del sector privado en el establecimiento de las reglas del juego comercial internacional.

De una u otra manera, lo dicho hasta ahora podría predicarse de todos los sectores del derecho, pero lo que aquí me interesa analizar es lo que sucede con la codificación del derecho comercial internacional, ámbito donde los fenómenos mencionados han alcanzado su máxima expresión. Y al afirmar esto, no puedo escapar, muy a mi pesar, de unas breves disquisiciones previas de

[1] Ver C. Varga, *Codification as a Socio-Historical Phenomenon*, Budapest, Kiadó, 1991; pero también A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français, la règle du jeu dans la pais bourgeoise*, Paris, Pichon / Durand-Auzias, 1973.

[2] En dicho contexto, resulta particularmente significativo que en esta suerte de «redescubrimiento» del Estado que muchos están haciendo bajo el impacto de la monumental crisis financiera mundial no se haya incluido su rol dentro de las organizaciones intergubernamentales.

orden didáctico-jurídico. Esta contribución, al igual que el libro en el cual se inserta, habla desde su mismo título de derecho comercial internacional. Al hacerlo, se está refiriendo a la reglamentación de una categoría determinada de relaciones jurídicas, no a convencionalismos académicos.

Precisamente, cada vez me resulta menos convincente, por anacrónica y reduccionista, la idea que se esfuerza en distinguir y separar tajantemente al derecho comercial internacional de carácter material, por un lado, y el derecho comercial internacional de carácter conflictual, por otro; idea que solo puede haber tenido alguna utilidad para contentar las siempre extremas sensibilidades y no pocas mezquindades que pululan por las facultades de derecho. Y a ciertos fines, tampoco me preocupa especialmente, pese a ser bastante más sólida, la celosa distinción entre derecho comercial internacional (que vendría a ser de carácter interestatal) y derecho comercial transnacional (desvinculado de los poderes públicos), como si la indudable existencia de este se produjera absolutamente desconectada de aquél[3]. En la vida real, fuera de los círculos académicos, es evidente que la reglamentación de los negocios internacionales y la resolución de las controversias que generan, presentan en el estadio actual de la evolución del derecho, ingredientes materiales y conflictuales, sustanciales y procesales, interestatales y transnacionales[4]. Las proporciones de cada uno de ellos pueden variar según la materia específica de que se trate, según los países vinculados en cada caso concreto y según el ambiente del momento. Es por eso que el estudio del derecho comercial internacional no encaja enteramente en ninguna de las áreas jurídicas tradicionales. No por casualidad, los autores de este libro provienen de distintos ámbitos y, sin embargo, todos se ocupan, desde la teoría, la práctica y/o la elaboración normativa, del mismo sector de la realidad.

II. El carácter expansivo de la codificación puramente privada

1. La elaboración de reglas privadas

Se ha insistido con justeza que en lo que concierne a la elaboración del derecho comercial los particulares precedieron a los Estados[5]. Situados en el momento

[3] R. Michaels, «The True Lex Mercatoria: Law beyond the State», *Indiana Journal of Global Studies*, vol. 14, 2007, pp. 447 ss.

[4] J.R. Albornoz, «Los INCOTERMS en el derecho internacional privado», *DeCITA*, vol. 9, 2008, pp. 150 ss.

[5] Ver, en general, F.K. Juenger, «The Lex Mercatoria and Private International Law», *Unif. L. Rev.*, 2000-1, pp. 171 ss. y, en este volumen, la contribución de J. Basedow, pp. 5 ss. En el ámbito estricto del DIPr,

actual y, conociendo la ingente labor de más de dos siglos a plena codificación estatal, la pregunta de a quién corresponde la reglamentación de las concretas relaciones que se producen en el tráfico comercial internacional cobra renovado interés. Y es para comenzar a pergeñar una respuesta que se hace preciso mencionar cómo se viene desarrollando un marcado proceso de «privatización» del poder regulador, fenómeno que puede analizarse en tres niveles: 1) el referido al margen que tienen los particulares (personas físicas o jurídicas) en una relación jurídica para establecer su marco concreto de derechos y obligaciones recíprocas; 2) el vinculado con la actividad normativa y decisoria de alcance general elaborada fuera de los círculos oficiales; y 3) el que se produce dentro del marco institucional internacional (sin salir de los «círculos oficiales») y que consiste en el protagonismo de los intereses privados defendidos –a veces en persona– por los más genuinos representantes de esos intereses[6].

Respecto del primer nivel (el de la autonomía de la voluntad en el caso concreto), puede comprobarse cómo las normas nacionales, convencionales e institucionales de las más variadas regiones y países del mundo, no solo han reafirmado en las últimas décadas el poder de los particulares para autorregularse dentro del ámbito más tradicional, el de los contratos, sino cómo, además, ese poder se va extendiendo hacia áreas antes vedadas al despliegue de la autonomía, tanto dentro del marco comercial como fuera del mismo, en particular respecto de las que que tienen que ver con el llamado «estatuto personal» (personas, familias y sucesiones). Cualquiera sea el ámbito material en cuestión, la autonomía de la voluntad no se restringe a la potestad para determinar el juez competente y el derecho aplicable (lo que ya es mucho decir), sino que va experimentando un despliegue material que va mucho más allá, operando sobre la concepción misma de las relaciones jurídicas.

El segundo nivel aludido se da sobre todo, pero no exclusivamente, en el ámbito contractual, en la medida en que el concepto antes restringido de arbitrabilidad se va ensanchando progresivamente. En efecto, en estas áreas

una de las definiciones esenciales que la doctrina ha ido asumiendo desde hace bastante tiempo es la que resalta el carácter «privado» del objeto del DIPr. Esto que podía parecer una afirmación tautológica, en realidad no lo era tanto, ya que las concepciones tradicionales del DIPr habían sido claramente «publicistas», razón por la cual la insistencia sobre el carácter eminentemente privado de las relaciones que le interesan a esta rama del derecho tenía mucho de autoafirmación. En esta contribución, sin embargo el carácter «privado» al que se alude no tiene tanto que ver con la definición del objeto y la consecuente concreción del contenido del DIPr (los cuales, paradójicamente, vuelven a aparecer mezclados con elementos públicos) sino con los mecanismos de elaboración y de puesta en práctica de las reglas que disciplinan el derecho comercial internacional.

[6] Ver *infra*, puntos III y IV.

las partes no solo pueden moverse en el marco institucional (público), eligiendo entre las jurisdicciones y los ordenamientos jurídicos que les ofrecen los Estados, sino que pueden llevar su poder de regulación más allá, saliéndose de esa oferta «pública» para utilizar normas elaboradas por organismos privados (la llamada *lex mercatoria*) o normas elaboradas por organismos públicos pero desprovistas de carácter vinculante, y plantear sus controversias ante otros particulares (árbitro o tribunal arbitral). Lo llamativo del asunto es que los Estados y las organizaciones internacionales de carácter público van reconociendo cada vez más espacio a estas manifestaciones normativas y decisorias provenientes del ámbito privado, admitiendo la validez de unas y los efectos de las otras. Todo lo señalado no implica en ningún caso que la autonomía sea ilimitada. Es verdad que los Estados, individualmente o en conjunto, van dejando cada vez más espacio a la autorregulación de los particulares en los dos niveles mencionados; pero también es verdad que siguen reservándose una parcela intocable en términos de orden público o de normas de policía.

Con todo, la labor de las más variadas organizaciones privadas, consistente en generar reglas *ex novo* o codificar usos y prácticas comerciales, se ha intensificado en los últimos años. Incluso, esas propias organizaciones se han multiplicado. Hasta las cámaras de comercio, las cortes de arbitraje y las asociaciones profesionales más ignotas elaboran reglas y crean mecanismos de resolución de controversias, con la evidente –y en muchos casos fundada– esperanza de que adquieran de hecho o de derecho una aplicabilidad generalizada dentro del ámbito al que van destinadas.

2. La «homologación» de la codificación privada

Las reglas de derecho comercial internacional de origen netamente privado (y lo mismo se aplica a los usos) podrían, independientemente de su grado de codificación y sofisticación, mantenerse exclusivamente en ese ámbito, disponibles para la reglamentación «blanda» de las relaciones entre particulares y como soporte «blando» para la solución de controversias privadas. Su función sería ya de gran utilidad, más allá de las discusiones filosóficas (adjetivo mucho más elegante, aunque tal vez menos apropiado, que «bizantinas») acerca de la juridicidad de esas reglas[7]. Sin embargo, además de esa amplia aplicación más o menos espontánea, tanto los particulares como los poderes públicos se

[7] Ver por todos B. Oppetit, *Droit et modernité*, Paris, Puf, pp. 53 ss.

encargan, por diversas vías y con diferente alcance, de inyectarle a las reglas privadas dosis considerables –y en muchos casos concluyentes– de carácter vinculante, lo cual viene a mitigar aún más el interés de aquellas discusiones. En efecto, con alcance particular, la inclusión de tales reglas en los contratos, así como la autorización de las partes a los árbitros para utilizarlas, las convierte –siguiendo la fórmula tradicional– en algo tan obligatorio como la misma ley[8]. Pero cuando los que las tienen en cuenta son los Estados o las organizaciones internacionales y supranacionales se abre la puerta, además, a la aplicabilidad general de las reglas privadas.

Esta última operación puede considerarse, entonces, como un cierto proceso de «homologación» pública de las reglas originalmente privadas, proceso que tiene lugar cada vez que estas son bien «endosadas» por una organización internacional o bien utilizadas como base, tenidas en cuenta o directamente reproducidas por una reglamentación de carácter público, cualquiera sea su tenor. Un ejemplo de la primera vía se encuentra en la recomendación de la UNCITRAL para la utilización de la versión 2007 de las Reglas y los usos uniformes relativas a los créditos documentarios de la CCI[9]. El ejemplo más reciente y evidente de la segunda vía es el de las Reglas de Rotterdam[10]. Otras veces, lo que hace la reglamentación pública es servir de cauce a la toma en consideración de las reglas y prácticas privadas. Los ejemplos cubren los ámbitos materiales y espaciales más variados y algunos son realmente muy conocidos. Así es posible citar, sin tener que esforzarse demasiado, uno en el ámbito del derecho internacional, otro en el del derecho supranacional regional y otro en el del derecho nacional. El primero, referido a la reglamentación material de determinada categoría contractual, consistiría en la presunción de conocimiento de los usos comerciales que hace la Convención de Viena de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías en su art. 9[11]. El segundo, relativo a la determinación del juez competente por la voluntad de las partes, podría ser el del art. 23 del Reglamento

[8] Art. 1134 código civil francés.
[9] RUU 600, la recomendación explícita de cuyo uso aparece en el Informe del 42º período de sesiones de la UNCITRAL (2009), doc. A/64/17, p. 76.
[10] Nombre abreviado con el que ya se conoce al Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, adoptado por la Asamblea General el 11 de diciembre de 2008 y que, aunque no está aún en vigor, ya ha sido firmado por veintiún Estados de muy diverso desarrollo económico.
[11] Ver, entre otras, la decisión de la Corte Federal de Distrito de Nueva York de 21 de agosto de 2002, en el caso *Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc.*, disponible en: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020821u1.html

44/2001 de la UE relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, que permite la elección del juez competente «en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado»[12]. Y el tercer ejemplo, sobre las obligaciones convencionales en general, bien podría ser el del art. 31 de la Ley venezolana de DIPr (1998), el cual indica que «[Además de lo dispuesto en los artículos anteriores,] se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto»[13].

También existe una «homologación» de la codificación privada a través de la práctica arbitral[14]. Este movimiento es mucho más intenso y de mayor calado que el anterior, lo que se debe especialmente a la progresiva privatización de la resolución de los litigios comerciales, basada a su vez en la enorme potencialidad del arbitraje y otros mecanismos no estatales para contribuir a una optimización de la resolución de tales controversias. La alta especialización que en general detentan los árbitros, acompañada en su caso por la infraestructura desarrollada por algunas instituciones arbitrales, ofrece en principio un marco ideal para que las disputas se resuelvan de forma razonable y equitativa en cuanto al fondo, el tiempo y la forma. Si nos atenemos a los datos objetivos que muestran la continua elaboración de legislaciones estatales pro arbitraje[15] así como la aceptación masiva de los textos internacionales que disciplinan distintos aspectos del mismo, es difícil no colegir que los Estados en general, con

[12] La decisión TJCE de 16 de marzo de 1999, as. C-159/97, *Transporti Castelletti c/ Hugo Trumpy*, sirve para mostrar el alcance de la disposición. En ella el Tribunal declaró válida la cláusula de sometimiento a un tribunal de Londres incluida en inglés y en letra pequeña (aunque legible) en el reverso de varios conocimientos de embarque, en un litigio entre dos empresas italianas que no presentaba ninguna vinculación con el Reino Unido, considerando que se trataba de una forma de sumisión expresa «conforme a los usos». Ver también la sentencia TJCE de 10 de febrero de 1997, as. C-106/95, *MSG c/ Les Gravières Rhénanes*.
[13] Comparar con lo dispuesto en el art. 10 de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. Ver J. Ochoa Muñoz, «Artículo 31. Aplicación de la *lex mercatoria*», en: VV.AA., *Ley de derecho internacional privado comentada*, t. II, Caracas, UCV, 2005, pp. 805 ss.
[14] Ver en este volumen, la contribución de G. Kaufmann-Kohler, pp. 107 ss.
[15] Algunas de esas legislaciones, como la española de 2003 o la peruana de 2008, reconocen sin complejos que su objetivo es atraer arbitrajes hacia los respectivos países.

independencia de su poderío económico o su nivel de desarrollo, participan de esa idea.

Así, legislaciones estatales y, lógicamente, reglamentos de arbitraje han ido abriendo paso a la aplicación de reglas no estatales. En el marco del arbitraje, su aplicabilidad no plantea ya grandes discusiones cuando las partes voluntariamente la introducen en sus contratos, mientras que su aplicación «espontánea» por parte de los árbitros –no mediando la voluntad de las partes– de momento sigue recibiendo distintas repuestas. Sin embargo, la tendencia a la configuración de un orden jurídico arbitral, que reconoce como elemento esencial la existencia de un orden público transnacional, es advertida por autores de dilatada experiencia en la materia[16]. Fuera del marco arbitral, sin embargo, pese a los ejemplos de «homologación pública» que hemos señalado, es notorio que ni siquiera el libre acuerdo de las partes contratantes acerca de la aplicación de reglas no estatales resulta eficaz en la generalidad de los casos. Puede gustar o no, pero es difícil discutir que el Reglamento de Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales ha mantenido la línea de su predecesora Convención de Roma de 1980 y solo ha querido admitir la elección de una ley estatal[17], y que, aun cuando se permita el recurso a reglas no estatales por la vía de la autonomía material, su aplicabilidad estaría supeditada a la no contradicción con las normas materiales imperativas de la *lex fori* y de terceros Estados, en su caso.

III. El carácter relativamente intergubernamental de la codificación desarrollada por los foros de vocación universal

Además de abocarse a la elaboración de reglas de derecho comercial internacional y de extender extraordinariamente el ámbito de la solución privada de las controversias, los agentes privados desempeñan un papel cada vez más importante en la codificación que se lleva a cabo en los foros codificadores «universales». Desde hace varios años la doctrina del derecho internacional público se ha venido ocupando de este tema y, aunque existe una amplia variedad de opiniones, la mayoría de los autores parecen inclinarse por subrayar

[16] Ver E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 152 ss.; P. Lalive, «L'ordre public transnational et l'arbitre international», *Liber Fausto Pocar*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 599 ss.
[17] Ver en este mismo volumen, M.J. Bonell, pp. 209 ss.

la permanencia del carácter central –si bien no único– del papel de los Estados en esta tarea[18]. A mi modesto entender, esto puede ser verdad para cuestiones «puramente» públicas, si es que tal cosa existe. Fuera de esa zona ideal, sin embargo, tal posición solo conserva todo su sentido desde un punto de vista más bien general y formalista. En el ámbito de la codificación internacional del derecho comercial, el rol que juegan los actores privados es demasiado obvio para no verlo[19]. Tanto es así que el éxito o el fracaso de los intentos de reglamentación de determinadas materias puede achacarse, en buena medida y sin exagerar, al impacto de las influencias de diferentes grupos de presión, como veremos más abajo al comentar algunas realizaciones y frustraciones de los diferentes foros codificadores.

Los cauces para la expresión de los intereses de los actores privados son diversos, como diverso es el grado de legitimidad de dichos intereses. Muy esquemáticamente, podría decirse que existen manifestaciones directas, bien visibles y abiertas, de las posiciones y pretensiones de auténticos grupos de interés privados, pero que también existen vías indirectas, menos perceptibles, que son utilizadas para influir en la conformación de la voluntad del «legislador» internacional. No se trata, por cierto, de algo demasiado sorprendente ni que no exista en el ámbito doméstico[20]. Lo que cambia es el marco en el que se opera, con todo lo que acarrea el paso de lo interno a la internacional, donde, paradójicamente, el rol de los actores privados es al mismo tiempo más decisivo y menos perceptible para la opinión pública. Los medios de información suelen retratar muy bien a los sectores que impulsan las reformas legales de ámbito estatal y a los que se oponen a ellas. Lo que sucede en el marco internacional, sin embargo, a pesar de tener una trascendencia global y un impacto (mediato

[18] Ver V. Gowland-Debbas, «Law-Making in a Globalized World», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 2004/2005, pp. 505 ss.; W.M. Reisman, «The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differentiation of Their Application», en: R. Wolfrum / V. Röben (dirs.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin y otras, Springer, 2005, pp. 22-24; ver, sin embargo, L. Boisson de Chazournes, «Gouvernance et regulation au 21ème siècle: quelques propos iconoclasts», en: L. Boisson de Chazournes / R. Mehdi (dirs.), *Une société internationale en mutation: quels acteurs pour une nouvelle gouvernance?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 24-29.
[19] R. Michaels, «Welche Globalisierung für das Recht?Welches Recht für die Globalisierung?», *RabelsZ*, vol. 69, 2005, pp. 525 ss. Ver también E. Loquin / L. Ravillon, «La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé», en: E. Loquin / C. Kessedjian (dirs.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, pp. 91 ss.
[20] Ver J. Lapousterle, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes*, Paris, Dalloz, 2009, quien analiza en detalle la buena y la mala influencia del sector privado en la codificación del derecho, basándose particularmente en la esfera de los derechos de autor.

o inmediato, directo o indirecto, total o parcial) sobre los ordenamientos nacionales, rara vez merece siquiera una mínima reseña fuera de los círculos especializados o directamente concernidos.

La relevancia creciente y generalizada que el rol de los actores privados ha alcanzado en la codificación internacional en estos tiempos de globalización se ha visto potenciada por el auge de la codificación vía *soft law*[21]. En efecto, si bien en principio el método de codificación utilizado no tendría por qué provocar diferencias al respecto, pareciera que el celo que los Estados exteriorizan a la hora de determinar el contenido de un tratado se relaja un poco cuando se elabora un instrumento no vinculante como una ley modelo, una guía legislativa o un catálogo de principios. Detrás de esta actitud estaría presumiblemente el convencimiento –en varios aspectos errado– de que la adquisición de carácter vinculante por parte de esos instrumentos está sometida de algún modo al control de los Estados. Unos pocos comentarios sobre la actividad de los foros de codificación de vocación universal pueden acercar elementos de análisis sobre esta y otras manifestaciones del fenómeno de la privatización en la codificación internacional del derecho comercial, así como sobre el alcance del mismo.

1. UNCITRAL

UNCITRAL constituye la principal usina generadora de derecho comercial internacional y, al mismo tiempo, la que mejor refleja el peso del sector privado en la elaboración de sus instrumentos, tanto de *hard law* como de *soft law*. Sin dudas, la metodología de trabajo de esta Comisión de las Naciones Unidas fomenta esa seña distintiva. Tal metodología se concreta en la existencia de seis grupos de trabajo establecidos por categorías de materias[22], en el seno de los cuales los textos jurídicos son discutidos conjuntamente por delegados de los Estados (tanto de los sesenta que son miembros –temporalmente– de la Comisión como de los demás Estados miembros de la ONU que quieran

[21] H.D. Gabriel, «Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference», *Brook. J. Int'l L.*, vol. 34, 2008/2009, pp. 655 ss. Sobre el *soft law* como manifestación de la postmodernidad en el DIPr, tanto en la dimensión convencional como en la legislación estatal, ver E. Jayme, «Internationales Privatrecht und posmoderne Kulture», *Wiener Vorträge*, Wien, Manz, 2001, p. 214.

[22] Los grupos actualmente en funcionamiento están dedicados, respectivamente, a: contratación pública, arbitraje y conciliación, régimen del transporte, comercio electrónico, régimen de la insolvencia y garantías reales.

participar como observadores en cada oportunidad) y por representantes de las más variadas entidades, que van desde organizaciones internacionales universales y regionales de carácter interestatal o supranacional, hasta instituciones académicas más o menos representativas, pasando por una amplia gama de corporaciones privadas (cámaras de comercio –empezando por la CCI–, cortes de arbitraje, asociaciones de abogados, clubes de árbitros, asociaciones de bancos, etc.). Dependiendo de la materia, del texto concreto discutido en cada oportunidad y del prestigio personal o institucional, algunos de los observadores privados adquieren un rol ciertamente protagónico. Dicho protagonismo se acrecienta por el hecho de que las decisiones se adoptan por consenso y no por votación, extremo este que daría preeminencia a los Estados miembros, que serían los únicos que podrían votar.

Pero la influencia privada en la concreción de los textos no se acaba en tal rol estelar. Además, una proporción significativa de los delegados estatales también proviene del sector privado. En algunos casos, ellos comparten representación con delegados propiamente estatales y/o con académicos. De hecho, las delegaciones más sofisticadas suelen estar compuestas por personas provenientes de cada uno de esos ámbitos, lo que permite forjar las posiciones a mantener en las discusiones y en los documentos a partir de opiniones provenientes de todas las perspectivas posibles de análisis. Si esas delegaciones, además, no son espontáneas o accidentales, sino que responden a una política estatal estable y esmerada, que se preocupa de realizar un seguimiento de la labor de los foros codificadores con el apoyo de asesores externos, elaborando las posiciones y fijando las directrices previamente, la participación de ese país en el proceso de codificación está en condiciones de alcanzar su grado óptimo, lo que puede redundar en beneficio del país y facilitar las labores del foro codificador. Muchas veces, sin embargo, las delegaciones estatales no son conformadas con tanto esmero. Del lado gubernamental, la tarea suele recaer en un funcionario sin formación especializada en la materia a tratar que, en el mejor de los casos, si proviene de la carrera diplomática, sabe cómo comportarse en un foro internacional. Otras veces, las delegaciones no cuentan con ningún funcionario estatal, sino solo con particulares que llegan hasta ahí por diversas vías y razones; en algunos casos por su prestigio profesional y en otros por sus contactos. La participación de particulares vinculados al sector privado en las delegaciones estatales provoca a veces situaciones curiosas, como la del delegado de un Estado que apoya entusiastamente la opinión vertida en el debate sobre la adopción de cierto instrumento por el delegado de otro Estado, que es además, su jefe o su socio en un estudio jurídico. No está de más considerar, por otro lado, que los expertos privados, provengan de delegaciones

estatales o no, son invitados muchas veces a participar en reuniones de trabajo preparatorias de carácter restringido, en las cuales se trazan las líneas maestras de las discusiones posteriores.

Ahora bien, la participación de actores no estatales en los trabajos de la Comisión no siempre implica un apoyo para los intereses del sector privado. Entre los observadores no estatales también suelen aparecer algunas ONGs que se dedican a la protección y promoción de determinados intereses generales. Un ejemplo interesante es el de algunas organizaciones ambientalistas que han mantenido una considerable actividad en el seno del Grupo de trabajo II, dedicado al arbitraje y la conciliación, desde que este grupo comenzó a tratar la modernización del Reglamento de arbitraje de 1976 (tarea hoy casi terminada), el cual es aplicado en muchas controversias sobre inversiones que, en algunos casos, están vinculadas con la protección del medio ambiente[23].

Lo que aquí se acaba de comentar en relación con la UNCITRAL no ha llamado la atención únicamente a este humilde comentarista. Bien al contrario, ha sido el objeto de iniciativas y debates, no siempre pacíficos. Cabe destacar, en este sentido, las preocupaciones manifestadas por Francia en 2007 acerca de la metodología de trabajo en el seno de la Comisión y en particular sobre la participación de ONGs (en sentido amplio)[24] que generaron toda una serie de reacciones y un replanteo general de la cuestión[25], al que todavía habrá que darle unas cuantas vueltas de tuerca. De aquel documento francés, que se reproduce en su totalidad en el epígrafe «Documentos» de este volumen, me limitaré a reproducir un párrafo bastante representativo a los fines tratados en esta contribución:

> En el reglamento de la Asamblea General de las Naciones Unidas no hay ninguna disposición sobre la forma de elaborar instrumentos normativos, que es la actividad propia de la CNUDMI.
>
> Para esta actividad «legislativa» se ha ido estableciendo una práctica en cuya aplicación cumplen una función importante las asociaciones profesionales privadas a las que se considera organizaciones no gubernamentales, por los conocimientos especializados que poseen sobre las cuestiones abordadas. Las consideraciones financieras también son importantes: la CNUDMI no tiene financiación para los gastos de viaje y alojamiento de los expertos que las integran. Por ello, los expertos que con la mayor frecuencia se hallan presentes junto a los delegados de los Estados que pueden enviarlos son los representantes de dichas asociaciones privadas.

[23] Es previsible que tal actividad se intensifique a partir del 53º período de sesiones del Grupo II, señalado para octubre de 2010, cuando se comenzará a tratar precisamente el tema de la transparencia en la solución de controversias entre Estados e inversores.

[24] Doc. A/CN.9/635, de 24 de mayo de 2007. El propio documento aclara que «el término 'organización no gubernamental' es genérico y comprende, además de las entidades voluntarias, a todas las organizaciones que no son gubernamentales ni intergubernamentales, y por ello abarca a las de carácter profesional y privado como las que participan en los grupos de trabajo de la CNUDMI».

[25] Ver doc. A/CN.9/676, de 31 de marzo de 2009, y el Informe del 42º período de sesiones de la Comisión (2009), doc. A/64/17, pp. 84 ss.

2. UNIDROIT

Una mirada a la agenda del UNIDROIT indica a las claras que el «derecho privado» al que se refiere el nombre de esta institución tiene en muchos casos un marcado carácter comercial. Sin ir más lejos, los dos textos más singulares y exitosos de la historia de esta organización son sin dudas, del lado *hard*, el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil y su Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico (2001)[26] y, del lado *soft*, los Principios sobre los contratos comerciales internacionales (1994/2004)[27]. Sendos textos sirven para ejemplificar diversos aspectos del proceso de privatización al que se alude en este trabajo.

Del Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo aeronáutico me interesa destacar la manifestación de la privatización en cuanto la toma de consideración, como punto de partida, de los intereses de las empresas vinculadas en dicho ámbito del tráfico comercial. No me refiero exclusivamente a las demandas exteriorizadas en su día por los grandes productores de aviones, sino al objetivo «de mercado», tan abiertamente perseguido por estos instrumentos como bien recibido por Estados de todos los niveles de desarrollo y casi todos los rincones del mundo. En efecto, el objetivo básico perseguido por esta reglamentación es

[26] Producto de la cooperación entre el UNIDROIT y la Organización de la Aviación Civil Internacional, estos textos han cosechado en un tiempo record treinta y cuatro y treinta partes contratantes, respectivamente. «Partes» y no «Estados», porque una de ellas es la Unión Europea (ver arts. 48.2 del Convenio y XXVII del Protocolo).

[27] Respecto de la versión original, la de 2004 agrega cinco capítulos y dos artículos en el Capítulo 1 (Reglas generales), modifica el Preámbulo (entre otras cosas, agrega la siguiente frase: «Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato») y adapta los Principios a la contratación electrónica. Una tercera versión de los Principios es actualmente en elaboración.

el de facilitar una financiación eficiente en el sector aeronáutico, lo que implica que la misma está planteada como un medio para lograr mejorar las condiciones de acceso al crédito –o, con mayor claridad, para que existan más créditos disponibles y que estos sean más baratos–, lo que tendría también efectos beneficiosos de alcance más general sobre el conjunto de las actividades productivas y comerciales implicadas directa e indirectamente con el mercado aeronáutico. Así, uno de los objetivos del Convenio del UNIDROIT sería el de brindar a los potenciales acreedores mayor confianza en la decisión de otorgar créditos, bajando por lo tanto el tipo de interés de los mismos y reduciendo en consecuencia el coste de las operaciones para beneficio de todas las partes interesadas[28].

Sobre los Principios contractuales, en cambio, lo que quiero subrayar muy especialmente tiene que ver con la opción elegida para su elaboración. Es conocido que estos Principios –al igual que los Principios sobre el proceso civil transnacional (2004) elaborados conjuntamente por el UNIDROIT y el *American Law Institut* (ALI)– constituyen ejemplos de *restatements*. Entre las varias posibilidades que existen para lograr algún grado de aproximación o síntesis entre distintos ordenamientos jurídicos[29], puede caracterizarse a los *restatements* como la recopilación de las soluciones habituales comúnmente dadas en diferentes sistemas jurídicos a una materia o serie de materias. Sin duda, lo primero que viene a la cabeza cuando se utiliza dicha terminología es el resultado de la labor (parte de ella, en realidad) de una conocida institución de los Estados Unidos de América, el *American Law Institute*, que reúne a hasta un límite de 3000 miembros pertenecientes a todas las profesiones y a todas las disciplinas jurídicas, y que ha elaborado en su larga vida un considerable número de estos textos sobre las más variadas materias[30].

[28] Ver R. Goode, «The Cape Town Convention on International Interest in Mobile Equipment: a Driving Force for International Asset-Based Financing», *Unif. L. Rev.*, 2002-1, p. 4; H. Kronke, «Operaciones garantizadas: un punto de atención de la legislación comercial de nuestro tiempo», *DeCITA*, vol. 7/8, 2007, pp. 16-18. Coincidentemente, el último párrafo del Preámbulo de la Convención de la CNUDMI sobre cesión de créditos expresa esta idea con suma claridad: «la adopción de un régimen uniforme para la cesión de créditos propiciará la oferta de capital y crédito a tipos de interés menos onerosos y, de esa manera, facilitará el desarrollo del comercio internacional».

[29] A. Rosett, «Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law», *AJCL*, 1992, pp. 683 ss.

[30] Ver, en este volumen, la contribución de G.A. Bermann, pp. 181 ss. (cabe apuntar que Bermann es el relator de dicho proyecto). El ALI ha elaborado, junto con la *Uniform Law Commission*, el célebre *Uniform Commercial Code*, que va siendo actualizado periódicamente.

Fuera de los Estados Unidos la palabra *restatement* ha pasado a ser de uso corriente en las dos últimas décadas, en referencia al esfuerzo más destacado de armonización jurídica en materia contractual, el encarnado por los Principios de UNIDROIT[31], y a los varios trabajos paralelos que se han venido produciendo en el ámbito de la Unión Europea[32]. Probablemente, la «popularización» del término viene de su utilización en la presentación en sociedad de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, por parte de su principal impulsor (y también protagonista del trabajo europeo y, ahora, de la Conferencia de La Haya), el eminente comparatista italiano Michael Joachim Bonell[33].

Son varios los argumentos que justifican la introducción del vocablo. En primer lugar, siendo obvio que no se trata de un convenio internacional (aprobado en una conferencia diplomática y sujeto a ratificación), los Principios fueron concebidos desde el comienzo a partir de una idea que encajaba perfectamente en la caracterización antes mencionada: la idea fuerza es la de buscar en general las soluciones habituales existentes para los aspectos contractuales abarcados, más que plantear la introducción de soluciones nuevas (como es habitual en las Leyes Modelo)[34]. En segundo lugar, tal como hacen los

[31] M.J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 3ª ed., Ardsley, Transnational Publishers, 2005.

[32] Además de los trabajos «oficiales», como los Principios europeos de derecho de los contratos o el más reciente Marco común de referencia, han existido otros como el de la Academia Europea de Derecho Privado de Pavía o el realizado por CENTRAL, instituto con sede en Münster, respecto de la *lex mercatoria*. Otros trabajos pioneros europeos se citan en H. Beale, «The Principles of European Contract Law and Harmonisation of the Laws of Contract», en: *Festskrift til Ole Lando*, Copenhague, GadJura, 1997, p. 22.

[33] Ver *supra* (nota 31) y ya antes: «A 'Restatement' of Principles for International Commercial Contracts: An Academic Exercise or a Practical Need?», *RDAI*, 1988, pp. 873 as.

[34] Esta caracterización no es aplicable, en cambio, a los Principios europeos desarrollados por la Comisión Lando, no sólo por la toma en consideración de otras fuentes que estos hacen, además de las de los sistemas estatales europeos, sino por la adopción de reglas no preexistentes en ninguno de estos, como se reconoce en O. Lando / H. Beale (dirs.), *Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-performance and Remedies*, Deventer y otras, Nijhoff, 1995, pp. XX y XXI. Ver también, sobre el impacto de esta discusión una década atrás, M.J. Bonell, «Verso un codice europeo dei contratti?», *Europa e diritto privato*, 1998, pp. 181 ss.; J. Basedow, «Codification of Private Law in the European Union; the Making of a Hybrid», *ERPL*, 2001, pp. 39 ss.; R. Michaels, «Privatautonomie und Privatkodifikation. Zu Anwendbarkeit ung Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipen», *RabelsZ*, 1998, pp. 584 ss. Para C. Castronovo, «Il diritto europeo delle obligazioni e dei contratti. Codice o restatement?», *Europa e diritto privato*, 1998, p. 1023, es precisamente allí donde radica una diferencia esencial entre la obra europea y los *restatements*, ya que mientras estos toman los datos que ya existen, aquella ha estado animada desde un principio por «una prospectiva de futuro, no una prospectiva de pretérito». Ver también, C. Castronovo, «Savigny i moderni e la codificazione europea», *Europa e diritto privato*, 2001-3, pp. 231 ss.

restatements norteamericanos, cada una de las reglas es seguida por un comentario explicativo en letra más pequeña, aunque no se incluye, como en aquellos, notas con referencias a las fuentes y al estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia de los diversos sistemas jurídicos[35]. Por último –y esto es lo que más interesante en el contexto de esta contribución– los Principios son de carácter eminentemente privado, entendiendo por tal el que proviene del dato de que quienes han intervenido lo han hecho a título particular y no como representantes estatales, siendo, en su inmensa mayoría, profesores. Esto no implica para nada desconocer el marco intergubernamental en el que se han desarrollado; ni siquiera las dudas deslizadas por algún autor acerca de la utilización del foro intergubernamental de Roma para una tarea privada dirigida a los operadores del comercio internacional «quienes poseen sus propias organizaciones profesionales particularmente bien pertrechadas para ocuparse de su comunidad»[36].

Al igual que sucede con sus parientes estadounidenses, el carácter privado, académico, de los Principios les confiere una gran perfección técnica, pero no les asegura de entrada un grado aceptable de repercusión práctica. Esa repercusión depende de los resultados de una especie de *test* de utilidad que los operadores del comercio internacional van realizando frente a los casos concretos. Parece evidente que los Principios han superado airosos dicho *test*[37],

[35] Algunos autores han lamentado la falta de estas notas comparativas en los Principios UNIDROIT, señalando que estas les hubieran conferido mayor autoridad (K.P. Berger, «Die UNIDROIT-Prinzipien für Internationale Handelsverträge», *ZfVergR*, 1995, p. 218), además de facilitar su comprensión y permitir la matización de su alcance (C. Kessedjian, «Un exercise de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: les Principes proposés par l'UNIDROIT», *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 646). Para M.J. Bonell, no obstante, la inclusión de las notas en un trabajo de esta magnitud podía llegar a ser hasta contraproducente, dada la diferente influencia alcanzada por las normas de los distintos países, agregando que en el caso de los Principios europeos, que sí incluyen tales notas, «a pesar de su base jurídica mucho más restringida y homogénea (...) sus notas no siempre aportan un respaldo adecuado para las soluciones adoptadas» («The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: A Comparison, Making Common Law», en: *Essays in Honor of Roy Goode*, Oxford, Clarendon, 1997, p. 94 y n. 10).

[36] Ambos extremos han sido puestos de manifiesto por C. Kessedjian (nota precedente), pp. 667 y 648-650, respectivamente. El desarrollo posterior ha demostrado que ninguno de los dos era apto para menoscabar la utilidad de los Principios.

[37] F. Vischer, «The Relevance of the UNIDROIT Principles for Judges and Arbitrors in Disputes Arising out of International Contracts», *Eur. Journ. L. Ref.*, 1999, pp. 206 ss.; A. Mourre / E. Jolivet, «La réception des Principes d'UNIDROIT dans les contrats modèles de la Chambre de Commerce Internationale», *Rev. dr. unif.*, 2004, p. 275; M.J. Bonell (dir.), *The UNIDROIT Principles in Practice*, 2ª ed., Ardsley, Transnational Publishers, 2006; L. Gama Jr., «Os Pincípios do UNIDROIT na prática arbitral: Uma análise de casos (1994-2007)», *DeCITA*, vol. 9, 2008, pp. 119 ss.; para más datos concretos, la consulta de www.unilex.info resulta indispensable. Es desde esa utilidad práctica que pueden

no obstante algunas opiniones pesimistas[38] y a pesar de ciertas reticencias legislativas[39]. Tales reticencias, de otra parte, no son universales ni inmutables, como puede observarse en algunas normas vigentes o en preparación[40]. En particular, es digno de resaltar que las sospechas, justificadas o no[41], que sigue despertando el valor regulador de la *lex mercartoria*, pierden su asidero cuando la reglamentación de una determinada relación contractual es confiada a los Principios. Sus conceptos abiertos y su flexibilidad constituyen una opción por la equidad, frente a la legalidad, y son representantes de un talante dialógico, tendente muchas veces a establecer condiciones de diálogo y crear un «léxico común», sobre unos presupuestos muy diferentes al afán de sistematización completa y a las tendencias tradicionales de codificación.

3. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

De vez en cuando se percibe la impresión de que el derecho comercial internacional no interesa a la Conferencia de La Haya. Tal impresión es evidentemente errónea. La existencia de la misma solo puede basarse en una concepción muy estrecha o muy esquemática de lo que es la reglamentación del derecho comercial. En efecto, la Conferencia, no solo se ha ocupado directamente, desde una perspectiva conflictual, de temas tales como la intermediación de valores, los contratos de compraventa y de agencia, o el trust, sino que ahora mismo está trabajando en la ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales con el propósito declarado de promover la autonomía de la

concebirse funciones ulteriores de los Principios como la desarrollada en R. Michaels, «Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien – Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrechts», *RabelsZ*, 2009, pp. 866 ss.

[38] Que, en algunos casos, desde el clasicismo conflictualista, se empeñan en negar la evidencia. Ver A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Madrid, Comares, 2009/2010, p. 472.

[39] Ver *supra* nota 17.

[40] Por ejemplo, en Panamá, el Decreto Ley nº 5 de 1999, que establece la reglamentación del arbitraje, la conciliación y la mediación; el art. 27 los declara expresamente aplicables; en Uruguay, el Proyecto de Ley general de DIPr, en su art. 13, se refiere a ellos bajo la fórmula «los principios generales del derecho comercial internacional reconocidos por los organismos internacionales de los que Uruguay forma parte». Existe también un Anteproyecto de Acta Uniforme OHADA sobre derecho de los contratos, fruto de la cooperación entre la OHADA y el UNIDROIT, redactado por Marcel Fontaine sobre la base de los Principios (http://www.unidroit.org/french/legalcooperation/OHADA%20act-f.pdf).

[41] Especialmente justificadas en el campo de los contratos con partes débiles. Ver S.C. Symeonides, «Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex Mercatoria That Isn't», en: *Essays in honour of Konstantinos D. Kerameus*, Athens, Sakkoulas, 2009, pp. 1397 ss.

voluntad[42]. Pero además, es preciso subrayar que buena parte de los instrumentos adoptados en La Haya son de especial aplicación en transacciones comerciales, aunque aparezcan catalogados como relativos a otras materias. El caso de la Convención de 2005 sobre los acuerdos de elección de foro es muy obvio, aunque no puede conocerse todavía el alcance de su aplicación práctica. En cambio, algunas de las convenciones de cooperación procesal tienen tras de sí un largo historial de utilización efectiva, tanto en casos civiles como comerciales.

La última etapa de la Conferencia de La Haya de DIPr está repleta de ejemplos de interacción entre sectores privados, autoridades de la Conferencia y representantes de los Estados miembros de la misma, en lo que se refiere tanto a la toma en consideración de los intereses privados como a la elaboración en sí de los textos. Ejemplos muy claros al respecto se dieron en la discusión de la Convención de 2006 sobre ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario y del ambicioso Proyecto de «Convención mundial de exequátur» que desembocó en la mencionada Convención de 2005. Sobre la Convención de 2006 cabe apuntar que, pese a que al día de hoy sigue sin entrar en vigor y solo ha sido ratificado por Suiza y Mauricio, estuvo propulsado por una ofensiva bastante impresionante de los principales protagonistas del mercado de valores, que llevaron a la adopción de la Convención en un plazo inusualmente corto[43]. En un sentido diametralmente opuesto, tal vez no sea exagerado decir que el fracaso de las negociaciones en pos de la Convención de exequátur, que se prolongaron durante unos diez años, tuvo como una de las razones principales el activismo de grupos de variado tipo que se opusieron férreamente a algunas soluciones contenidas en los textos preparatorios[44].

Un último apunte, relativo a los trabajos –ya mencionados– actualmente en curso en materia de ley aplicable a los contratos internacionales, puede resultar de

[42] Ver, en este volumen, las contribuciones de la Oficina Permanente de la Conferencia, pp. 341 ss., y de José A. Moreno Rodríguez, pp. 245 ss.

[43] Ver C. Bernasconi / H. Sigman, «Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores tenidos en un intermediario (Convenio de La Haya sobre valores)», *DeCITA*, vol. 9, 2008, pp. 74-75, quienes destacan «la actitud adoptada por los grandes grupos que actúan en el mercado de valores al requerir [en enero de 2003] sin dilación alguna la ratificación inmediata y universal» de la Convención. El tiempo transcurrido desde esa exhortación parece indicar que no son tiempos para que dichos grupos vayan exigiendo nada. Sin embargo, mientras se espera a ver lo que pasa con el texto de La Haya, los mismos actores han empujado para la aprobación por UNIDROIT de la Convención de Ginebra 2009 que regula los aspectos sustanciales de la intermediación de valores.

[44] Tales grupos actuaron directamente o bien ejerciendo presión sobre algunos Estados. Dicha información puede colegirse de algunos documentos que se encuentran en el sitio de la Conferencia (www.hcch.net).

gran significación. El mismo tiene que ver tanto con la finalidad perseguida por el texto que se quiere elaborar, como con la metodología de trabajo y el tipo de instrumento a desarrollar. Concretamente, la Conferencia se ha decantado desde el inicio del tratamiento de esta materia por un instrumento no vinculante que no esté prioritariamente dirigido a los Estados, sino a los operadores del comercio internacional. Para ello, se ha constituido un grupo de expertos conformado por invitación, con miembros provenientes de la academia, de la práctica profesional y de cámaras de comercio, además de sendos representantes de la UNCITRAL y del UNIDROIT. El ejemplo de esta última organización parece que está cundiendo.

IV. La creciente privatización de la codificación regional

Las influencias, positivas y negativas de los grupos privados, por un lado, y la utilización de mecanismos de producción normativa que fomentan la participación privada, por otro, también se manifiestan, aunque con matices, a escala regional. Tal como hice en relación con la actividad de los foros (interestatales) de codificación de vocación universal, solo quiero destacar respecto de la codificación regional unos pocos ejemplos y notas distintivas relativas a su multifacética privatización.

1. Américas/OEA

En América Latina, la codificación del DIPr siempre incluyó la materia comercial. El extenso tratamiento de esta en los Tratados de Montevideo y en el Código Bustamante muestra, además, la importancia que siempre se le ha otorgado, importancia que, particularmente en el caso de los Tratados de Montevideo de 1940, se realza por el mantenimiento de su utilidad práctica, sobre todo en litigios relativos a insolvencia y a transporte. No es de extrañar entonces que esta aquilatada tradición se haya mantenido en el paso de la codificación de la esfera latinoamericana a la interamericana operado en 1975 –cuando el trabajo de codificación del DIPr se confió a una Conferencia especializada de la OEA, la CIDIP– y a lo largo de la actividad desarrollada desde entonces por la CIDIP. En las últimas ediciones y muy especialmente en la CIDIP VI (2002), las cuestiones comerciales han tomado el centro de la escena[45].

[45] Ver D.P. Fernández Arroyo / J. Kleinheisterkamp, «Die VI. Interamerikanische Spezialkonferenz für Internationales Privatrecht der Organisation Amerikanischer Staaten (CIDIP VI) – Eine neue

La decisiva «comercialización» de la agenda no vino sola, sino acompañada por la introducción de mecanismos de codificación de *soft law* y una cierta privatización del proceso codificador, lo que en conjunto significó un brusco golpe al paradigma dominante hasta entonces en dicho proceso[46]. Así, si se observa el trabajo de la CIDIP VI, puede verse que los documentos para los dos temas que se concretaron en dicha oportunidad[47], la centralización del trabajo previo, la organización de las reuniones preparatorias, etc., correspondieron casi totalmente a un centro privado, el *National Law Center for Inter-American Free Trade* (NLCIFT)[48], que contó para esa tarea con importante financiación[49]. Es verdad que el NLCIFT es un centro privado con ciertas características particulares, como lo ha demostrado la actuación de sus miembros dentro de la delegación norteamericana en la CIDIP V, en la CIDIP VI y en la CIDIP VII[50] y su fluido diálogo con el Departamento de Estado del Gobierno norteamericano; pero esto no significa ningún menoscabo en la trascendencia de la tendencia a la privatización.

El cambio de paradigma no pasó desapercibido ni para la OEA ni para un grupo de académicos latinoamericanos que propiciaron un documento en el cual, si bien se dio la bienvenida a un planteo modernizador de la codificación

Marschrute der interamerikanische rechtlichen Integration», *IPRax*, 2002-4, pp. 340 ss. (con versiones modificadas en castellano –*AADI*, vol. XI, 2002, pp. 107 ss.– y en inglés –*YBPIL*, vol. IV, 2002, pp. 237 ss.).

[46] D.P. Fernández Arroyo, «La CIDIP VI: ¿cambio de paradigma en la codificación interamericana de derecho internacional privado?», en *XXIX Curso de derecho internacional del CJI -2002-* (también en *Derecho internacional privado interamericano. Evolución y perspectivas*, 2ª ed., México, 2003, pp. 103-111). Ver también C.M. Vázquez, «Regionalism versus Globalism: A View from the Americas', *Unif. L. Rev.*, 2003-1/2, pp. 68-70; D.T. Vargas, «As CIDIPs em seu novo papel: um foro eclético de harmonização de direito conflitual e material», en: *XXXI Curso de derecho internacional del CJI*, Washington, OEA, 2005, p. 404; E. Hernández-Bretón, «Verdades, mitos y realidades del derecho internacional privado latinoamericano actual», *AEDIPr*, 2004, p. 87.

[47] La Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias y la Carta de porte para el transporte de mercaderías por carretera (documento uniforme con dos versiones).

[48] www.natlaw.com

[49] En la invitación para la Tercera Reunión de Expertos preparatoria de la CIDIP VI (Miami, noviembre de 2000), organizada conjuntamente por la OEA y el NLCIFT, se agradece a los siguientes auspiciantes: Astigarraga Davis Mullins & Grossman, Federal Express Corporation, Ford Motor Credit Company, Greemberg Traurig, Lucent Technologies, MasterCard International Incorporated, Microsoft Corporation, NIC Conquest, Oracle Corporation, the Summit of the Americas Center at Florida International University (Miami), y 3Com Corporation, además del Banco Interamericano de Desarrollo.

[50] La CIDIP VII tiene dos temas en su agenda, cuyo tratamiento se ha divido por primera vez. Así, ya se ha producido una Conferencia Diplomática en Washington (7-9 octubre de 2009) en la cual se ha aprobado el Reglamento Modelo para el registro electrónico de garantías, como complemento a la Ley Modelo aprobada por la CIDIP VI. Una segunda Conferencia Diplomática tendría que reunirse para tratar el otro tema, relativo a la protección de los consumidores.

interamericana, se expresó también la preocupación por la pérdida de ciertos equilibrios imprescindibles para seguir desarrollando dicha tarea en un foro como el de la OEA[51]. Al reconocer la presencia de diversas sensibilidades, dicho documento se muestra abierto; nunca exclusivo o excluyente. Y es lógico que así sea. La CIDIP no puede ser un fin en sí misma. La CIDIP ha sido a lo largo de más de tres décadas el instrumento para lograr la modernización del DIPr americano, que en la mayoría de los casos tuvo un sesgo predominantemente latinoamericano y que más recientemente ha mostrado la faceta de «foro de exportación unidireccional» de concepciones norteamericanas hacia América Latina. Teniendo en cuenta esto, creo que la CIDIP sigue siendo el foro lógico para llevar a cabo una codificación americana basada en el equilibrio antes aludido, esto es, para oficiar de fuente de producción jurídica de normas potencialmente útiles para todos los Estados de la OEA. Para los trabajos de reglamentación de relaciones privadas internacionales que no se ajusten a ese parámetro esencial, otros ámbitos de codificación están disponibles. No se trata de multiplicar alegremente los foros y los textos jurídicos, sino de reconocer que diferentes productos jurídicos pueden requerir distintas usinas generadoras. La prueba –tal vez definitiva– de estas tensiones se está jugando ahora en los ya muy largos trabajos relativos a la protección de los consumidores, tema en el cual las políticas públicas y los intereses privados exigen un esmerado balance que se está demostrando muy difícil de obtener en el foro interamericano[52].

2. África/OHADA

Desde su constitución en 1993, la OHADA ha venido desarrollando un intenso esfuerzo para armonizar el derecho comercial internacional de sus (al día de hoy dieciséis) Estados miembros. Los instrumentos adoptados hasta ahora han abordado las materias comerciales tanto desde la reglamentación material como desde la solución de controversias, y la interpretación y aplicación uniformes de los mismos se han confiado a un tribunal superior, la Corte Común de Justicia y Arbitraje. En relación con la presente contribución, lo que primero me interesa poner de relieve del proceso africano es que desde su misma

[51] «Declaración de Córdoba», de 18 de diciembre de 2003, reproducida en D.P. Fernández Arroyo / F. Mastrangelo (orgs.), *El futuro de la codificación del derecho internacional privado en América*, Córdoba, Alveroni, 2005, pp. 21 ss. y en www.oas.org/dil/esp/propuesta_declaracioncordoba.pdf

[52] Ver los trabajos reunidos en D.P. Fernández Arroyo / J.A. Moreno Rodríguez (coords.), *Protección de los consumidores en América. Trabajos de la CIDIP VII (OEA)*, Asunción, CEDEP / La Ley, 2007.

constitución se ha manifestado abiertamente la preocupación por crear un ambiente propicio para el desarrollo de las actividades comerciales sin despreocuparse de los intereses generales. Pero para la elaboración de los instrumentos y, sobre todo, para el fortalecimiento institucional –es decir, para que tales instrumentos sean conocidos, se apliquen correctamente y puedan detectarse sus defectos y llevarse a cabo las reformas necesarias– la OHADA ha venido dependiendo ampliamente de la financiación de «socios técnicos y financieros»[53]. El funcionamiento de esa cooperación, que en muchos casos es más bien informal, no siempre ha estado a la altura de las expectativas ni de las necesidades. Por eso se está llevando a cabo una revisión de la misma. A las autoridades de los Estados miembros le cabe la mayor responsabilidad, tanto en el mantenimiento y optimización de la cooperación como en que esa dependencia no conduzca a la pérdida de vista de las auténticas exigencias locales.

En lo que se refiere a la elaboración de los textos normativos y a los esquemas institucionales, la OHADA ha dado muestras de una notable capacidad para la innovación a partir de modelos foráneos. Como ejemplo cabe mencionar, entre los textos en vigor, el Acta Uniforme relativa al derecho comercial general incluye una reglamentación del contrato de compraventa basado en la Convención de Viena de 1980[54]. Para la reglamentación de los contratos en general, la OHADA, lejos de comenzar una actividad desde cero, parece confiar en el instrumento más moderno disponible en la materia y consecuentemente ha golpeado las puertas del UNIDROIT, cooperación que ha dado como resultado el Anteproyecto de Acta Uniforme sobre derecho de los contratos antes mencionado[55]. Resultado de esta «tercerización», ahora se cuenta con un documento que ha logrado combinar admirablemente un texto internacionalmente contrastado con las particularidades locales.

3. Europa/UE

Cuando se habla de la codificación del derecho en la UE, es necesario percatarse de que ni siquiera en los casos que dicha tarea parece tener el perfil y los métodos de la codificación internacional se trata realmente de eso. Por el contrario, la

[53] Ver los documentos recogidos en: www.ohada.org/tables-rondes/documentation/listing.html
[54] Ver en este volumen la contribución de F. Ferrari, pp. 227 ss.
[55] Ver *supra* nota 40. Ver además www.unidroit.org/french/legalcooperation/ohada.htm y la *Rev. dr. unif.*, 2008-1/2, que recoge las Actas del coloquio de Ouagadougou de 2007 dedicado a este tema.

codificación en este ámbito se parece mucho más a la estatal, lo que se corresponde al carácter de «súper Estado» de hecho en que se ha ido convirtiendo la UE. En lo que se refiere al tema de esta contribución, dicho carácter se ha puesto totalmente en evidencia con la asunción de la competencia en materia de DIPr por parte de la UE[56]. Curiosamente, la clásica (y algo arbitraria) distinción entre lo que sería y lo que no sería parte del DIPr, hace que dicha competencia no se traslade en todos los casos a la reglamentación sustancial del derecho comercial internacional. Así, la Unión Europea ha devenido miembro de la Conferencia de La Haya (previa reforma del Estatuto de ésta) y es quien tiene el poder negociador y quien fija las posiciones que afectan a los Estados miembros, los cuales, por razones más políticas que jurídicas, continúan sin embargo siendo miembros (y algunos muy activos) de la Conferencia[57]. En cambio, la representación y las decisiones de fondo en el UNIDROIT y en la UNCITRAL siguen, al menos formalmente, siendo resortes de los Estados miembros.

Es llamativo que las delegaciones comunitarias que acuden como miembros o como observadores a los foros de codificación internacional del derecho, muchas veces no incorporen otros miembros además de los funcionarios de las instituciones europeas. Ese dato no parece condecirse con la preocupación «interna» por la adecuación de la reglamentación europea del derecho comercial a las necesidades de los actores privados, expresada en las consultas al Comité Económico y Social Europeo, en la apertura a las opiniones particulares sobre los documentos iniciales de cada reglamentación específica y en la realización de audiencias públicas. Claro que tal preocupación a veces no se refleja claramente en las decisiones concretas de política legislativa que se adoptan[58]. Para la elaboración de las reglas de *soft law* sobre derecho privado,

[56] Como se sabe, la competencia comunitaria en materia de DIPr fue establecida a partir de la modificación introducida en el ordenamiento fundamental comunitario por el Tratado de Ámsterdam y entró a regir el 1 de mayo de 1999. Para la confirmación del alcance amplio de esta competencia tanto *ad intra* como *ad extra* (sobre todo, para el convencimiento de los Estados miembros y de algunos profesores) fueron necesarios algunos actos importantes, entre los que se destaca el Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de febrero de 2006, sobre la competencia de la Comunidad (ahora la Unión) para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.
[57] En muchas situaciones la participación de los Estados miembros de la UE en el seno de la Conferencia es engorrosa y poco productiva, sin que ello obste a la buena calidad y a las buenas aportaciones técnicas de sus representantes. Sucede simplemente que la competencia exclusiva de la UE en la materia ha provocado que para los delegados de sus Estados miembros se configure una suerte de «dilema comunitario»: si sus posiciones coinciden con las de los delegados de la UE son redundantes; si discrepan, son inútiles.

en cambio, se ha confiado en el buen hacer de académicos prestigio, quienes han sentado las bases de una reglamentación que tendría que ser más que eso que algunos llaman el «vigésimo octavo sistema» comunitario[59].

V. Reflexiones finales

El avance de la privatización de la reglamentación del derecho comercial y de la resolución de litigios comerciales es un hecho constatable a simple vista, como también lo es la progresiva acogida que los legisladores estatales le han ido dispensando a este fenómeno. Dentro del mundo propiamente privado no hay mucho que opinar al respecto. En el marco de la actividad de las organizaciones internacionales, la tendencia en estudio, que se manifiesta de muy diversas formas, no tiene por qué merecer en general una valoración negativa, siempre que la misma se mantenga dentro de unos parámetros que permitan respetar los intereses genuinos representados por los Estados miembros, y siempre que dichos foros no terminen por hacer dejación de las funciones que les están encomendadas. Por un lado, respecto del tema de la financiación privada de sus actividades, no parece nada descabellado que quienes más interesados están en la aprobación de determinadas reglamentaciones colaboren efectivamente a ese fin, siempre que eso no signifique, obviamente, la adquisición de compromisos espurios. Por otro lado, en cuanto a la apertura a instituciones privadas y particulares para participar en la realización de los trabajos preparatorios de cualquier instrumento de derecho comercial, lejos de ser criticable, debería alentarse y extenderse, de modo tal que todas las instituciones, públicas y privadas (lo mismo que especialistas de reconocida solvencia), sean bienvenidas en caso de manifestar su intención de realizar estudios, proyectos y foros de discusión, que puedan contribuir al desarrollo y optimización del derecho que elabora la organización en cuestión. Eso permitiría conseguir una privatización más democrática y descentralizada, lo que suele hacer más eficiente cualquier proceso privatizador.

---

[58] Un ejemplo se ve la contribución de M.J. Bonell a este volumen (nota 17). Ver también el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Reglamento de Roma I, *DO* C 318, de 23 de diciembre de 2006, § 3.2.3 y n. 9.

[59] Ver en este volumen el trabajo de B. Fauvarque-Cosson, pp. 219 ss. Sobre las opciones de codificación del derecho privado en Europa, ver D.P. Fernández Arroyo, «Certezas, falsedades y horizontes del derecho privado europeo», en: *Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, t. I, Bogotá, Universidad del Externado, 2003, pp. 411 ss.; J. Basedow, «Transjurisdictional Codification», *Tul. L. Rev.*, vol. 83, 2009, pp. 993 ss.