

La nueva lex mercatoria

David García

Desde el nacimiento de las primeras relaciones internacionales, se utilizó un conjunto de normas que, sin estar sistematizadas, cumplían una función de organización de estas relaciones.

En todas las épocas de la historia encontramos formas de regulación del mercado: En Grecia, por ejemplo Isócrates nos habla de ciertas técnicas bancarias sobre el préstamo y de algunas operaciones relacionadas con la exportación del trigo. En la antigua Roma, el *jus gentium* tenía una cierta orientación comercial. En la edad media se inician las grandes aventuras comerciales y se organizan las primeras ferias internacionales que dieron origen a un tipo de *jus mercatorum*, constituido por un conjunto de reglas comerciales que se aplicaban a los participantes de esta actividad económica. También los mercaderes de esa época se preocuparon por reglamentar sus relaciones económico-jurídicas en base a reglas consuetudinarias, que eran aceptadas por todos los participantes. Muchos factores influyeron en su conformación. Entre otros:

- 1) El efecto unificador del derecho de las ferias;
- 2) La universalidad del derecho del mar;
- 3) La existencia de tribunales especiales sobre comercio, compuestos tanto por comerciantes del lugar como por comerciantes extranjeros;
- 4) La actividad de los notarios públicos, que efectuaban un considerable trabajo jurídico en materia de comercio⁽¹⁾.

Resulta, pues, que estas instituciones fueron de gran importancia para la configuración y fundamento del actual derecho mercantil. Ello porque se da origen, entre otros, a la letra de cambio, el cheque, el reconocimiento de embarque, etc. De esta primera forma de derecho unificado (que es el gran promotor de los futuros intercambios internacionales), designado como *Lex mercatoria* o *Jus Mercatorum*, deviene la

fuerza fundamental, de las relaciones económicas, que curiosamente fue elaborada por comerciantes de los países europeos y no por juristas o autoridades estatales.

Los siglos posteriores a la edad media vieron el nacimiento de los estados nacionales y, por consecuencia, una gran parte del derecho empezó a ser codificado, incorporando el derecho comercial internacional dentro de los diferentes derechos de cada estado: con esto se inicia el desuso de la antigua *Lex Mercatoria*.

Sin embargo, en el siglo XIX los comerciantes del mercado internacional utilizan nuevamente las ventajas en los usos comerciales (*Lex Mercatoria*) y las costumbres comunes en la utilización de las ventas internacionales.

El Profesor B. Goldman dice: "El siglo XIX ha visto, no nacer, sino renacer los usos profesionales comunes de la venta internacional (en otra época, el comercio internacional había seguido sus propias normas. Si imaginamos las operaciones entre ciudadanos y peregrinos, encontraríamos probablemente su origen en los contratos de buena fe del derecho romano o *jus mercatorum*, y en el derecho de las ferias del fin de la edad media y principios de la época moderna"⁽²⁾.

Durante este mismo siglo el derecho inglés marcó una fuerte influencia. Los comerciantes de este país, que dominaban el espacio económico, imponían en sus transacciones de ultramar las reglas de sus contratos de compra y venta, cuya importancia llegó a tal grado que se utilizaron en un gran número de ramas del comercio. Estos "formularios" o "contratos tipos" facilitaban no solamente la conclusión de estos, sino permitían dar mayor precisión a las reglas de los mismos, señalando en determinadas circunstancias la ley aplicable.

Después de la segunda mitad del siglo XIX, surgen las primeras agrupaciones de un mismo género profesional en asociaciones nacionales o internacionales. La más célebre fue la *London Corn Trade Association*, asociación inglesa para el comercio de granos; también surgió la *Verein der Getreide a'ndier der Hamburger*, unión de cereales de Hamburgo; *La Brenner Brann Wöliborse*, en el campo del algodón y, en Estados Unidos, al *Silk Association of America*, entre otras.

El rol que jugaron estas asociaciones en las relaciones comerciales fue de fundamental importancia para el desarrollo de un nuevo concepto de normas que rigieran sus intercambios, al grado de que en la actualidad se siguen aplicando ciertos usos propuestos por dichas asociaciones. Por ejemplo, el Profesor Goldman, nos indica los usos aplicados por la *London Corn Trade Association* aún son vigentes: "la uniformidad en principios de justicia y equidad, y esto en particular en los contratos tipos, cartas de compromiso, conocimientos y seguros; establecer y fomentar la difusión y adopción de fórmulas tipo para los contratos y otros documentos y, en general, todos aquellos instrumentos que fomentaron la utilización de los usos comerciales en el ramo los de cereales"⁽³⁾.

Estos contratos tipos se generalizaron y su utilización fue extendida a una gran cantidad de ramas del comercio internacional: se encuentran fundamentalmente en el comercio de productos agrícolas, forestales, mineros, petroleros, siderúrgicos, textiles etc., etc., y aún son utilizados en la actualidad.

Hablar de la Teoría de la *lex mercatoria* implica una gran cantidad de preguntas, las cuales han tratado de ser contestadas por diferentes teóricos. Una de ellas sería ¿existe en realidad una sociedad particular de mercaderes, regido por un orden jurídico específico? Una segunda, basada en fundamentos políticos y valorativos ¿si es cierto que existe un orden jurídico, éste debe ser aceptado y en qué condiciones por los otros órdenes jurídicos, es decir, por los constituidos por los estados en el plano interno e internacional?

La primera pregunta ha sido objeto de una doble demostración empírica y teórica dentro de las aportaciones del Profesor Kahn. El trata de demostrar cómo los usos mercantiles conforman un sistema jurídico formal y específico, y dice: "Está formado por las empresas que dominan los intercambios internacionales; mismas que, perteneciendo al sector industrial, controlan las unidades de producción por los bancos que dirigen los flujos monetarios y financieros"⁽⁴⁾.

Sin embargo, la acción de estas empresas hay que agregar la aportación de los organismos profesionales, como en particular la obra normativa de la C.C.I. (Cámara de Comercio Internacional), la cual no se reduce a una simple codificación de los usos, sino a la

creación de normas.

El profesor Jean Stoufflet nos dice: "Una conclusión es importante en cuanto a la autoridad de las normas definidas por la C.C.I. Estas no se confunden con los usos, pero no se separan completamente, de ellos ni con los mecanismos del contrato tipo ni condiciones tipo. Ellas provienen de otra categoría de fuentes del derecho original. Se está en presencia de normas profesionales cuya obligatoriedad no se fundamenta en el consentimiento de los miembros de esta profesión sino en el reconocimiento a un organismo profesional que traduce las necesidades del comercio y la racionalidad de una operación. Este tipo de normas es, en cierta manera, por el proceso de su formación, lo opuesto a los usos. Esto es como la ley, la obra de una institución, en tanto que el uso es creado espontáneamente"⁽⁵⁾.

A todo esto debe sumarse la acción de los tribunales de arbitraje, crisol esencial donde se constata, se elabora, se proclama la *Lex Mercatoria*. Más adelante retomaré este tema.

En cuanto a la pregunta sobre la existencia de un derecho que no está fundamentado en el estado, debemos preguntarnos si es posible un tercer orden normativo. La respuesta rebasa en mucho las intenciones de este trabajo. Al respecto sólo recomiendo la opinión del Profesor M. Michel Virally, el que cuestiona la noción misma de orden jurídico. Para él no es necesario identificarlo con el Estado, por la única razón de las sanciones que impone. Pero ¿las relaciones económicas transnacionales constituyen un orden jurídico?, creo que para demostrarlo no es necesario solamente descubrir las reglas que las rigen, sino es necesario que estas reglas no esten aisladas, fraccionadas: como dice el Profesor Virally: "...que constituyan un sistema de normas apoyadas en un sistema autónomo de fuentes y disponiendo de mecanismos apropiados para el control de su aplicación..."⁽⁶⁾.

La discusión será larga y candente. Sin embargo, no deja de ser punto algado de la *Lex Mercatoria* sus críticas y distintas opiniones. Como la del Profesor Lagarde, quien califica a la Teoría de la *Lex Mercatoria* como "el desafío más grande que el derecho internacional privado haya tenido".

Otro punto importante en el análisis de esta *Lex Mercatoria* es el rol que tienen los usos comerciales. O sea, cómo se ha concebido su formación, su naturaleza y contenido entendiendo a estos como la fuente fundamental del derecho mercantil internacional. Por otra parte, cómo el arbitraje es el instrumento privilegiado de su aplicación y reproducción.

El debate sería largo y vasto para ser enunciado aquí. El objeto de este trabajo, como ya dijimos, es más limitado. Es una simple reflexión que motive estudios más profundos.

Desgraciadamente, en México no se ha utilizado

el arbitraje como medio de solución de conflictos entre los agentes del comercio internacional. Por lo mismo, hacer un análisis de la utilización de los usos resultaría un poco falto de fundamentos. Sin embargo, los ejemplos son suficientes si se observan algunas decisiones rendidas últimamente en Francia, ya sea en los litigios internos o internacionales. Uno u otro mostrarán el recibimiento que dan los jueces y árbitros franceses, en sus sentencias arbitrales a los usos mercantiles.

Los usos son reglas nacidas de una práctica repetida en un medio determinado y que son aplicables, a los intercambios internacionales, salvo disposición contraria de las partes. Esta fórmula corresponde a la citada en los artículos 2 y 9 de la Convención de Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías, Viena (1980)⁽⁷⁾. Esta Convención exige, entre otros requisitos: que el uso sea obligatorio, ampliamente conocido y regularmente observado por los participantes en los contratos internacionales de una misma rama mercantil.

De las disposiciones mencionadas, se desprende el problema de la distinción entre costumbre y uso mercantil. Al respecto sólo me limitaré a mencionar que en materia internacional esta distinción ha desaparecido. Y que la legislación mexicana tiene este mismo sentido: "En la legislación mexicana la mayoría de las veces que se emplea la expresión uso es en el sentido normativo, no hay una declaración general de aplicación de los usos sino remisiones concretas, con excepción de la Ley de Títulos y operaciones de crédito, que los invoca directamente como fuentes. La aplicación de la costumbre o usos normativos mientras no sea contra la ley, no contradice el texto expreso del artículo I del Código Civil, ni disposición constitucional alguna"⁽⁸⁾.

"La costumbre propiamente dicha ha perdido casi toda su consistencia en derecho internacional privado, y es el término de uso que es empleado, para designar el conjunto de fenómenos consuetudinarios, tanto en el código civil como en las cortes de casación"⁽⁹⁾.

Ahora bien, estos usos mercantiles, de los cuales la Lex Mercatoria fundamenta su existencia, pueden ser encontrados en diversas manifestaciones, en la utilización generalizada de los contratos tipo, los cuales contienen además cláusulas de uso generalizado (Hardship, Compromisoria), y sobre todo la inclusión en los contratos de venta internacional de los *Inco-terms* (términos del Comercio Internacional) de la Cámara de Comercio Internacional.

Internacionales o no, los intercambios económicos encuentran su principal fuente o molde contractual en la venta, los cuales son complementadas con las operaciones de crédito y realizados materialmente por el transporte, siendo personas morales las que en

su mayor parte efectúan esta última actividad.

Es con estas operaciones y operadores que podemos verificar, en primer lugar, un ordenamiento autónomo a estas, en tanto que son internacionales. En un segundo plano, veremos la importancia y generalización del arbitraje internacional, enfatizando en la utilización de reglas comunes o usos mercantiles en la solución de los litigios.

De acuerdo con el Derecho internacional privado; todo contrato debe sujetarse a la ley de un estado determinado. Pero en la actualidad esto sucede de otra forma, ya que los compradores y vendedores internacionales buscan escapar al dominio de una determinada ley para regular o sujetar sus relaciones comerciales, sometiéndose a normas de otro origen, sean profesionales o usos generalizados.

Lo anterior no resulta extraño debido a la falta de adaptación de las legislaciones nacionales en relación con la dinámica del comercio internacional.

En este sentido, la *lex mercatoria* se presenta como una alternativa para evadir la sujeción a determinados órdenes jurídicos obsoletos o bien arcaicos, específicamente es en la compraventa internacional en donde es más marcada esta tendencia.

Por lo tanto, nos encontramos frente a una variedad de instrumentos, que permiten esta autonomía, expresados en contratos tipos o cláusulas específicas, y que son aceptados y utilizados en la mayor parte de los países en sus relaciones de intercambios de mercancías. Estos contratos establecen la no sujeción a una ley determinada, o bien la sujeción a una Convención Internacional.

La libertad contractual juega un papel primordial en estos contratos, misma que emana de la legislación en donde se encuentran sus autores. Esto nos llevaría a pensar si efectivamente estamos frente a un orden específico, o bien si son creadores de normas individuales.



Desde un punto de vista descriptivo, no es posible considerar estas normas como individuales, ya que los contratos no tienen ni la intención ni el efecto de crear lazos jurídicos singulares; más bien de someter una operación particular y concreta a reglas generales y abstractas. Esto se hace más evidente en el uso e interpretación de los contratos mismos de los *INCOTERMS*, que en realidad constituyen un glosario relativo a la determinación del riesgo en la venta internacional y que apoyan al cuadro general de los contratos tipo.

Efectivamente, en la ventana internacional los contratos escapan en gran parte a las leyes estatales, sin prejuzgar aquí el carácter jurídico o no de las normas de conducta que las substituyen.

En las operaciones de crédito internacional, los usos bancarios nos permiten hacer la misma constatación, en particular cuando se habla de los créditos documentarios, los cuales han sido aceptados por la mayoría de los bancos internacionales y tienen su origen regulador en la Cámara de Comercio Internacional, la mayoría de las órdenes jurídicas nacionales no han insertado esta figura bancaria. Sin embargo, ante un problema concreto puede aplicarse una codificación internacional de normas generales seguidas en esta materia, elaboradas en 1933 y revisadas en 1980 y 1983 bajo los auspicios de la C.C.I., conocido como "Reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios", de origen puramente profesional⁽¹⁰⁾. Estos usos constituyen, en sí, normas reguladoras en las operaciones de crédito, y la cuestión sería si se puede considerarlas como normas jurídicas, ya que no constituyen parte, ni de leyes nacionales, ni de convenciones internacionales.

En cuanto a la materialización de esas transacciones internacionales, el transporte juega un papel primordial este se regula por normas de carácter privado ampliamente aplicado, baste mencionar lo relativo al transporte de bienes, p.e. el uso generalizado del conocimiento de embarque y las cartas tipo de la London Corn Trade A.; la determinación del riesgo en caso de daño de las mercancías, establecida en los INCOTERMS y, en general, el apego a las normas utilizadas generalmente por los transportistas ingleses.

El transporte aéreo internacional se efectúa casi en su totalidad bajo la égida de los contratos tipo de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA).

Otro ejemplo serían las sociedades internacionales, cuya estructura y funcionamiento son muy complejos y distantes de los derechos estatales internos e internacionales. Entre estas podríamos mencionar aquellas que fueron creadas y reguladas por una misma convención internacional, y que escapaban a la regulación de toda legislación nacional. (p. Ej. el Banco Europeo de Inversión), o bien aquellas que fueron constituidas por una convención internacional, que

también son regidas por sus estatutos y subsidiariamente por la ley del país en donde se encuentra su sede social (p. Ej. Eurofima). Otro ejemplo más característico son las sociedades creadas o no por una convención internacional que mencionan en sus estatutos el apego, en caso de conflicto, a los principios comunes de varias legislaciones (p. Ej. Air Africa y Líneas Aéreas Escandinavas).

Lo anteriormente dicho muestra cómo los usos comerciales han sido aceptados en la práctica actual, sin cuestionar los problemas doctrinales sobre su invalidez.

Haciendo un breve análisis de la *Lex Mercatoria*, es necesario hacer mención al Arbitraje Internacional, como, parte esencial de ésta y que se vincula al nombre del profesor Berthold Goldman.

El arbitraje Internacional ha dado pauta a múltiples obras, congresos, seminarios, tesis, etc. La importancia de esta institución salta a la vista cuando se revisan las opiniones de los jueces encargados de dar solución a los litigios de comercio internacional. Los jueces son de dos tipos: institucionales y *Ad Hoc*. Los primeros, son aquellos que se encuentran en los cuadros de los organismos internacionales de arbitraje, como la Cámara de Comercio Internacional, la *London Court of Arbitration*, la *American Arbitration Association*. Los segundos, aquellos que son elegidos libremente por las partes contractuales. Ambos aplican en sus decisiones las normas establecidas en los contratos o los estatutos de la Sociedad Internacional en Litigio. En este sentido, nos referimos a la importancia de las cláusulas, los contratos tipo, etc.

En la práctica se demuestra con frecuencia que los jueces o arbitros, no buscan la solución del conflicto en una ley de un estado determinado o en un tratado internacional o Convención, sino en un Derecho consuetudinario del Comercio Internacional —Ley Mercatoria—.

Una gran parte de las decisiones arbitrales, publicadas y analizadas ilustrarían esta tendencia. Por citar algunos ejemplos: la sentencia de M. Ripert et Panchud del 2 de julio de 1956, que decidió que la garantía contra la depreciación monetaria debe ser presumida dentro de los contratos internacionales. Del mismo modo, en la sentencia relativa al litigio entre una organización internacional y una sociedad comercial, el arbitro consideró que la firma de un contrato internacional supone el conocimiento de las condiciones generales a las cuales ésta menciona o hace referencia⁽¹²⁾.

Los ejemplos podrían multiplicarse, desgraciadamente solo en las resoluciones europeas o americanas. En el caso de México, la utilización de este instrumento ha sido poco empleado; sin embargo, sería materia de otro trabajo analizar las opiniones de los arbitros en las pocas sentencias rendidas en este

país.

La actitud de los comerciantes internacionales se orienta más a utilizar, en caso de conflicto, los usos del comercio internacional, y no apegarse a una ley estatal.

Las cláusulas en los contratos internacionales, permiten y hacen más fácil esta posibilidad de apartarse a las leyes nacionales o bien de apegarse a los tribunales o Cámaras de Comercio para la solución de sus conflictos, (la cláusula compromisoria). Es de mencionarse la importancia de algunas cláusulas, como *Hardship*, que prevee la renegociación del contrato en caso de que las condiciones cambien de tal forma que no pueda concluirse el contrato⁽¹²⁾.

El papel en los contratos tipo nos lleva a la misma solución, es decir a sujetar la relación contractual a normas específicas de una rama del comercio.

El profesor Clive Schmitthoff dice: "The formulation of the rules of international Commerce in authoritative texts by international organizations and agencies is the outstanding characteristic of modern law merchant".

No solamente podremos mencionar los anteriores ejemplos para pregonar la utilización de las costumbres mercantiles, sino de reflexionar por las figuras nuevas que han surgido, como los contratos "llave en mano" o "Producto en mano"⁽¹³⁾.

Los esfuerzos por unificar este derecho no han sido pocos. Como lo mencione anteriormente, existe un esfuerzo por unificarlo a nivel de los organismos internacionales y profesionales, quienes han jugado un rol determinante.

Hablar de una codificación del arbitraje sería tema de un vasto trabajo de investigación, pero ver brevemente su proceso y sus alcances en la práctica nos da una idea de su importancia. La creación de nuevos centros de arbitraje: locales, regionales, nacionales e internacionales, dan prueba de la aceptación en el mundo comercial y legal.

En el ámbito internacional podríamos hablar de una codificación del arbitraje, sin importar la técnica jurídica utilizada, como en convenciones internacionales de unificación de reglas materiales o reglas de conflicto, leyes uniformes o leyes modelos.

En el caso de América Latina, existe el Reglamento de la Comisión Interamericana de arbitraje comercial (C.I.A.C.) de 1978, sin mencionar la gran cantidad de Reglamentaciones que existen a nivel internacional.

La reglamentación internacional se debe en gran parte a la actividad de la Cámara de Comercio Internacional, que no solo dedica sus actividades a esta función sino a la publicación y difusión del Arbitraje.

En el ámbito nacional, la intervención del legislador nacional ha sido orientada no sólo a concluir o ratificar tratados tendientes a fijar el derecho aplicable o a elaborar reglamentaciones sustanciales y uniformes,

sino a eliminar en el plano nacional las lagunas y obstáculos que se presentan para el funcionamiento del arbitraje. p. Ej. Suiza ha dedicado en su proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado un capítulo relativo al Arbitraje Internacional, siguiendo el ejemplo de varios países europeos⁽¹⁴⁾.

En este sentido podríamos decir que es el derecho europeo el que ha dado la importancia merecida a la dinámica que presentan las relaciones comerciales y su regulación.

Sin embargo, en la reglamentación nacional del arbitraje, es importante el respeto de ciertas condiciones elementales, como el legislar con un espíritu internacional que permita armonizar esta materia, dejando un lugar primordial a la autonomía de las partes y arbitros (bajo la sola reserva del principio del orden público internacional), además de facilitar una buena articulación entre las reglas —que serían subsidiarias— del procedimiento local y los reglamentos de las instituciones de arbitraje (Reglamento de la C.C.I., el Reglamento de la CNUDCI) o las reglas Ad Hoc escogidas por las partes.

La legislación o codificación del arbitraje no deja de presentar cuestiones teóricas, ya que se trata de una reglamentación que va del derecho nacional al internacional.

Las cuestiones relativas a la *Lex Mercatoria* podrían llevarnos a vastas discusiones y trabajos de investigación. El tema se presenta como una alternativa o bien como una rama más del Derecho Económico sujeto a ser analizado.

(1) C. Schmitthoff., *The Unification of The Law of International trade Dans le Journal of Business Law*, 1968, p. 105.

(2) B. Goldman *Archives de Philosophie du Droit*, SIREY, 1964, Paris, p. 179.

(3) *Op. cit.*, p. 179, B. Goldman.

(4) Kahn, Philippe. *Droit international économique, lex mercatoria*, Litec, Paris, 1982, p. 100.

(5) Jean Stoufflet, *L'œuvre normative de la Chambre du Commerce internationale dans le domaine bancaire, Le droit des relations économiques internationales*, Litec, p. 369.

(6) *Un tiers droit? Reflexions théoriques*, Michels Virally, *Le Droit des relations économiques internationales*, Paris, Litec, 1982, p. 378.

(7) *Acta final de la Conferencia de Naciones Unidas sobre los contratos de venta internacional de mercancías*, alConf./97/18, 10, abril, 1980.

(8) Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Derecho mercantil*, Porrúa, México, 1976, p. 21.

(9) P. Fouchard, *les usages, l'arbitrage et le juge*, Litec, Paris, 1982, p. 67.

(10) *Chambre de Commerce International, Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires*, publication C.C.I. No. 400, 1983.

(11) V. El texto: *The International and comparative Law Quarterly*, 1952, p. 247 y s.

(12) Bruno Oppetit: *L'adaption des contrats internationaux aux changements de circonstances: La clause de Hardship*, Clunet 1974, p. 794.

(13) H. Salem et H. A. Sanson: *Les contrats "de en main et product en main"*, Librairies techniques, Paris, 1978.

(14) *Message: Concernant une loi Fédérale sur le droit pane*, Suiza, 1982, p. 243.