

LA LEX MERCATORIA: SISTEMA ROMANO-CIVILISTA Y SISTEMA DEL COMMON LAW

LIC. JULIÁN SOLANO PORRAS

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	11
PARTE GENERAL: FUNDAMENTOS DE LA LEX MERCATORIA	
CAPÍTULO I. La Lex Mercatoria y su ubicación en el Derecho de Comercio Internacional	12
Sección I. Consideraciones preliminares	12
A. Caracterización histórica del Derecho Comercial	12
B. Carácter "internacional" del Derecho Comercial	13
Sección II. Delimitación conceptual	13
Sección III. La Lex Mercatoria como fuente normativa: Sistema Romano Civilista y Sistema del Common Law	13
A. Las fuentes del Derecho en los sistemas romano-civilista y en el Common Law: Diferencias fundamentales	13
B. Fuentes del Derecho del Comercio Internacional	14
CAPÍTULO II. Especificidad y formación de la Lex Mercatoria	15
Sección I. Fuentes de la Lex Mercatoria	15
A. Principios generales del Derecho	15
B. Usos y costumbres comerciales	15
C. Práctica arbitral	16
Sección II. Caracteres de la Lex Mercatoria	16
A. Transnacional	16
B. La costumbre como fuente principal	16
C. Administrada por los propios comerciantes	16
D. Rapidez e informalidad	16
E. Equidad	16

PARTE ESPECIAL: REALIDAD Y MANIFESTACIÓN DE LA LEX MERCATORIA

CAPÍTULO I. La Lex Mercatoria y su reconocimiento histórico	17
Sección Única: Principales antecedentes históricos	17
Derecho Romano	17
Edad Media: Derecho Continental Europeo	17
La Lex Mercatoria en el Derecho Anglosajón	19
Edad Moderna	20
 CAPÍTULO II. Actualidad de la Lex Mercatoria	 20
Sección I. Aspiración hacia la uniformidad	21
Sección II. El fenómeno de la codificación internacional	21
Sección III. Compilación de usos y costumbres	21
 CONCLUSIONES.	 22
 BIBLIOGRAFÍA	 23

INTRODUCCIÓN

La búsqueda de las relaciones comerciales de un pueblo, es la misma búsqueda de su cultura. En esa misma medida, el desarrollo del comercio internacional nos muestra la progresividad de un mundo cambiante, cuyas relaciones comerciales han oscilado desde el establecimiento de mercados y ferias en las civilizaciones antiguas, hasta las más complejas estructuras que marcan hoy día el comercio entre las naciones, caracterizadas por la unificación de las reglas que rigen las contrataciones y por una manifiesta tendencia hacia la integración económica.

En medio de este panorama, surge la Lex Mercatoria como fundamento mismo de las relaciones comerciales, escondida a veces en las convenciones internacionales o bien en los contratos realizados entre los comerciantes; y en otras ocasiones hecha realidad mediante los usos y costumbres de los comerciantes.

En cuanto a la Lex Mercatoria, pocos comerciantes saben qué es, pero todos la han vivido día a día cuando ejercen el comercio. De ahí que decimos que, la Lex Mercatoria es consustancial con el propio comercio.

Nuestro objetivo es precisamente investigar cuál ha sido el origen histórico de la Lex Mercatoria, su contenido y reconocimiento por parte de los comerciantes.

Si la Lex Mercatoria es universal, y universal tendrá que ser nuestra investigación. Por ello, el análisis va dirigido hacia la búsqueda de este instituto, dentro de los sistemas romano civilista y en el sistema anglosajón del Common Law.

En una parte general se analiza el papel de la Lex Mercatoria dentro del derecho del comercio internacional, expresando su fundamento, fuentes, contenido y caracteres. En una segunda parte, damos a conocer la realidad y manifestación de la Lex Mercatoria a través de la historia.

PARTE GENERAL

FUNDAMENTOS DE LA LEX MERCATORIA

CAPÍTULO PRIMERO

LA LEX MERCATORIA Y SU UBICACIÓN EN EL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL

SECCIÓN I. Consideraciones preliminares.

A. Caracterización histórica del Derecho Comercial.

Hacer un estudio de la llamada "Lex Mercatoria" es remontarnos al mismo nacimiento y desarrollo del derecho comercial, lo que significa, llevarnos hasta el mismo nacimiento del comercio. Y aunque las relaciones comerciales se dan muchos siglos antes que el nacimiento de lo que hoy se conoce como derecho comercial; no hay duda que antes que apareciera éste como una rama jurídica diferenciada, existían reglas que servían para resolver los conflictos que se presentaban a raíz de las relaciones entre mercaderes.

En efecto en algunos pueblos primitivos ya existía lo que podríamos denominar un "derecho de mercado"; así por ejemplo, en algunas tribus africanas,¹ y en algunas civilizaciones precolombinas de América.²

En las culturas antiguas, si bien es cierto encontramos algunas instituciones mercantiles

como la letra de cambio, los bancos, el préstamo a la gruesa y hasta tribunales de comercio, la doctrina mayoritaria es coincidente en el hecho que no se puede hablar de un verdadero derecho comercial.³

Ni en Grecia, ni en Roma aún, con toda la herencia política y jurídica que nos dejaron a las civilizaciones modernas, aparece el derecho comercial como rama diferenciada. No obstante, junto al "ius civile", aparecían reglas especiales que regulaban ciertas instituciones de carácter mercantil.⁴

Es a mediados de la Edad Media, donde se ubica el nacimiento del derecho mercantil. Y es precisamente cuando las exigencias económicas exigían reglas especiales para los comerciantes, que el derecho comercial nace como una rama separada del derecho civil, el cual resultaba insuficiente para resolver los problemas propios del comercio. Por ello se le reconoce al derecho comercial como una "categoría histórica".⁵

Partiendo del carácter histórico del derecho comercial, la Lex Mercatoria debe buscarse en

-
1. Ver REHME, Paul, *Historia Universal del Derecho Mercantil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, traducción de E. Gómez Orbaneja, s.n.e., 1941, p. 25.
 2. Ver GUIER, Jorge E., *Historia del Derecho*, II parte, San José, Editorial Costa Rica, s.n.e., 1968, p. 911.
 3. En este sentido, REHME, *op. cit.*, p. 26; BARRERA GRAF, Jorge, *Tratado de Derecho Mercantil*, México, Editorial Porrúa, vol. I, s.n.e., 1957, p. 45; MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón, *Principios de Derecho Comercial*, Bogotá, Editorial Temis, segunda edición, 1983, p. 5.
 4. Merece destacarse la Lex Rodia Jacti, de la Isla de Rodas, que regulaba la avería gruesa, el préstamo a cambio marítimo y el seguro, creada en el año 300 a.C. Ver REHME, *op. cit.*, p. 58.
 5. Ver GARRIGUÉS, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, México, Editorial Porrúa, séptima edición, 1984, p. 30; ROCCO, Alfredo, *Principios de Derecho Mercantil*, México, Editora Nacional, parte general, s.n.e., 1966, p. 9; MADRIÑÁN DE LA TORRE, *op. cit.*, p. 7.

el desarrollo no sólo del derecho comercial, sino dentro del desarrollo mismo del comercio.

B. Carácter “internacional” del derecho comercial.

Ha sido reconocido por parte de algunos autores,⁶ el carácter de internacionalidad del derecho comercial, entendido en el sentido que, el derecho comercial nace y se desarrolla con una marcada tendencia hacia la expansión de fronteras. Así, en los pueblos primitivos, el derecho del mercado no es para un pueblo exclusivamente, sino que tendía a ser para comerciar con otros pueblos. De la misma forma, las leyes especiales que se dieron en Roma, no sólo regían para los romanos, sino para las culturas o pueblos vecinos con los cuales practicaban el comercio.

Aún con el nacimiento del derecho comercial como rama jurídica diferenciada, las leyes e instituciones mercantiles tendían a generalizarse entre vastos territorios con los cuales se establecían relaciones comerciales.⁷

De esta forma, su historicidad y su tendencia hacia la internalización de caracteres propios del derecho comercial, van a marcar los presupuestos básicos de los cuales partimos en la búsqueda de lo que constituye la llamada Lex Mercatoria.

SECCIÓN II. Delimitación conceptual.

En algunas ocasiones, en los contratos internacionales, en la jurisprudencia arbitral o en la doctrina, se hace referencia a la “Lex Mercatoria”, partiendo de varias nociones, lo que hace necesario delimitar el concepto más preciso de lo que hacemos referencia.

Según Frignani, la “Lex Mercatoria” sería aquel cuerpo de reglas e institutos con-

cernientes al comercio internacional comúnmente aplicados por los mercaderes, en el sentido que se trata de reglas de derecho, o al menos, que los otros contrayentes se comportarán observando las mismas reglas.⁸

En el derecho anglosajón, la “law merchant” o “Lex Mercatoria” designa el sistema de reglas, costumbres y usos generalmente reconocidos y adoptados por los mercaderes y comerciantes para la regulación de sus transacciones y las soluciones de sus controversias.⁹

El término “Lex Mercatoria”, no debe ser confundido con el derecho comercial, visto en su acepción estatal o transnacional, ya que, es un concepto más restringido que designa tan solo una parte de aquél; de ahí que sea considerado como una fuente del derecho del comercio internacional.¹⁰

Aunque nuestro objeto de investigación sea el comercio internacional, la búsqueda de la “Lex Mercatoria” debe partir del análisis de las costumbres y usos nacionales, dado que desde el punto de vista histórico su reconocimiento se hace más visible; partiendo para ello de los dos grandes sistemas jurídicos de nuestro tiempo, a saber: el sistema romano-civilista y el sistema del Common law.

SECCIÓN III. La Lex Mercatoria como fuente normativa: sistema romano civilista y sistema del Common law.

A. Las fuentes del derecho en los sistemas romano-civilista y en el Common law: diferencias fundamentales.

La distinción fundamental que se ha establecido entre el sistema romano-civilista y el sistema anglosajón del Common law, ha radicado en la distinción jerárquica en las fuentes normativas. Así en los países que

6. Ver MERRYMAN, John Henri, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, segunda reimpresión, 1980, p. 33; KOZOLCHYK, Boris y TORREALBA, Octavio, *Curso de Derecho Mercantil*, San José, Costa Rica. Editorial Juricentro, primera reimpresión, 1983, p. 108; RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*, Bogotá, Colombia, Biblioteca Felabán, tercera edición, 1985, p. 18; MADRIÑÁN DE LA TORRE, *op. cit.*, p. 39.

7. Así KOZOLCHYK-TORREALBA, *op. cit.*, p. 108.

8. Así FRIGNANI, Aldo, *Il Diritto del Commercio Internazionale*, Roma, IPSOA Informatica, 1986, p. 25.

9. Ver Black's Law Dictionary, p. 1138.

10. Frignani hace ver como Draetta confunde el término con el derecho transnacional del comercio internacional. Ver FRIGNANI, *op. cit.*, p. 25.

siguen el sistema romano civilista (entre ellos los llamados "continentales" en el occidente europeo y los de América Latina) la fuente normativa por excelencia es la ley, mientras que en los países del sistema Common law (los países anglosajones en especial Estados Unidos de América e Inglaterra) la fuente normativa por excelencia son las decisiones jurisprudenciales.¹¹

Así, en el ámbito interno en el sistema romano civilista, las fuentes del derecho comercial son la ley mercantil, la ley civil, usos y costumbres y los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina.¹²

En el sistema anglosajón, las fuentes del derecho comercial deben analizarse partiendo del esquema general de las fuentes normativas del derecho, dado que su orientación es muy diversa de la del derecho continental. En él pueden distinguirse cuatro sistemas que coexistieron el momento de su evolución: El **civil law**, que era el derecho escrito heredado de la última etapa del derecho romano, el **Common law**, derecho consuetudinario de origen nativo completado y desarrollado por la jurisprudencia mediante el sistema de los precedentes judiciales; el **equity**, constituido por la conducta del Tribunal de la Cancillería para salvar la relativa inequidad eventual del anterior, y el **statute law**, típico derecho escrito emanado por el Parlamento a través de manifestaciones escritas (Acts).¹³

De estos cuatro subsistemas, el primero de ellos desaparece pronto; luego el equity es absorbido por el Common Law y el statute law queda como fuente suplementaria de aquél. De esta forma, el Common Law, adquiere la agilidad necesaria para hacer frente a los conflictos que

se presentaban a raíz del comercio, contando para ello con dos fuentes normativas: las decisiones jurisprudenciales (sistema del precedente judicial) y los "statutes law" como fuente supletoria.¹⁴

B. Fuentes del derecho del comercio internacional.

Tradicionalmente, las fuentes del derecho comercial en el derecho internacional han tenido que ser buscadas en el ámbito normativo del derecho internacional privado. Entre las fuentes que se citan se encuentran por su orden: los tratados internacionales, la costumbre internacional, la jurisprudencia internacional y la doctrina.¹⁵

Sin embargo, aunque estas fuentes son importantes en materia del derecho del comercio internacional, no hay que perder de vista, que el carácter consuetudinario e histórico del derecho comercial, nos obliga a plantearnos si existen otras fuentes propias del comercio.

Frignani, establece que las fuentes del derecho del comercio internacional son tres: 1) las convenciones internacionales, 2) la llamada Lex Mercatoria, y 3) las normas de derecho internacional privado.

De lo anterior resulta, que la principal fuente del derecho del comercio internacional la constituye las convenciones o tratados internacionales, mientras que la Lex Mercatoria ocupa un plano secundario. Sin embargo, como trataremos de demostrar, el derecho comercial internacional encuentra en la "Lex Mercatoria" su misma razón de ser.

Así como en el ámbito interno la ley mercantil (sistema romano) o los precedentes jurisprudenciales (sistema del Common Law)

11. En este sentido BATIZA, Rodolfo, *Desarrollo histórico y característico del Common Law*, en *Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado*, números 3-4, Tegucigalpa, Honduras, 1964, p. 7.

12. Este es el esquema normativo seguido por la mayoría de nuestros Códigos de Comercio. Merece destacarse que la ley civil está por encima de los usos y costumbres mercantiles, lo cual, dado el carácter consuetudinario del Derecho Comercial, parece ser un contrasentido. Véase artículo 2 del Código de Comercio de Costa Rica. Asimismo véase ETCHEVERRY, Raúl Anibal, *Manual de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Editorial Astrea, segunda reimpresión, 1983, p. 100.

13. En este sentido MADRIÑÁN DE LA TORRE, *op. cit.*, p. 18.

14. Así MADRIÑÁN DE LA TORRE, *op. cit.*, p. 18.

15. Ver PÉREZ-NIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, México, Harla Harper-Row Latinoamericana, tercera edición, s.f., pp. 19-28.

son fiel reflejo de los usos y costumbres mercantiles; en el ámbito internacional la Lex Mercatoria

fundamenta y complementa el contenido de las principales convenciones internacionales.

CAPÍTULO SEGUNDO

ESPECIFICIDAD Y FORMACIÓN DE LA LEX MERCATORIA

SECCIÓN I. Fuentes de la Lex Mercatoria.

Según Frignani, un buen número de estudiosos dividen las fuentes de la Lex Mercatoria en tres categorías.¹⁶

- A. Principios generales del derecho.
- B. Usos y costumbres.
- C. Reglas establecidas por la jurisprudencia arbitral.

A. Principios generales del derecho.

En cuanto a los principios generales del derecho, muchos de ellos tienen analogía con sus homólogos en el derecho interno o en el derecho internacional; entre ellos se encuentran: la buena fe, *pacta sunt servanda*, la obligación para el damnificado de minimizar daños; la culpa in contrahendo, la excepción del contrato no cumplido, etc.¹⁷

Se trata de principios que están en la base de toda relación contractual, en este caso, en las relaciones entre comerciantes a nivel internacional y que son consagrados en particular por los usos del comercio internacional y por el derecho internacional,¹⁸ los cuales son sacados a veces de un análisis en abstracto de los distintos derechos nacionales.

Estos principios vienen citados a veces en las convenciones internacionales, (ver art. VII-1

de la Convención Europea sobre Arbitraje en el Comercio Internacional), otras veces vienen referidos en forma expresa en los contratos (en cláusulas penales, cláusulas arbitrales), otras veces son los árbitros quienes recurren a ellos para fundar una decisión. (Sentencia número 3540 de 1980 de la Cámara de Comercio Internacional).¹⁹

B. Usos y costumbres comerciales.

Aunque algunos confundan ambos términos, usos y costumbres tienen distinta significación jurídica. Por uso se entiende la observancia de una regla de conducta sin conciencia de su obligatoriedad mientras que cuando esa regla de conducta se observa con conciencia de obligatoriedad, se está ante la costumbre, según expresa Halperin.²⁰

Sin embargo, para que el uso o la costumbre puedan ser considerados como fuentes normativas, deben contar con dos elementos: un elemento material que consiste en la repetición generalizada y el elemento psicológico que consiste en su carácter de obligatoriedad por parte de quienes lo observan, o sea lo que se ha llamado la "opinio iuris necessitatis".²¹

Otros autores establecen que el uso es la práctica seguida habitualmente en una profesión o tarea y que al ser repetidas se incorporan al

16. FRIGNANI, Aldo, *op. cit.*, p. 26.

17. Ver FRIGNANI, *op. cit.*, p. 27.

18. *Ibidem*.

19. Ver FRIGNANI, *op. cit.*, p. 27.

20. HALPERIN, Isaac, *Curso de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, vol. I, parte general, segunda edición, 1971, p. 28.

21. Así VICENTE Y GELLA, Agustín, *Introducción al Derecho Mercantil Comparado*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, s.n.e., 1978, p.

34. KOZOLCHYK-TORREALBA, *op. cit.*, p. 112.

uso escrito (contratos tipo) o al uso oral (costumbre).²²

Según la U.C.C., uso comercial es toda práctica o método de tratamiento que teniendo regularidad de observancia en un lugar, localidad o mercado que justifica una expectativa de que será observada con respecto a la transacción en cuestión.²³

C. Práctica arbitral.

A través de la práctica de las decisiones jurisprudenciales de árbitros se tiende a recoger un cuerpo de derecho casuístico con la formación de una regla del precedente casi vinculante.²⁴ En muchas ocasiones en las mismas sentencias arbitrales se remite a la decisión ya tomada por el mismo u otro cuerpo arbitral.

SECCIÓN II. Caracteres de la Lex Mercatoria.

El profesor norteamericano Harold J. Berman le atribuye a la Lex Mercatoria una serie de características que según él la distinguen. Estos caracteres son:

A. Transnacional.

La Lex Mercatoria trasciende las fronteras nacionales, por lo que no se agota en las leyes o costumbres locales. Involucra transacciones entre personas de distintas naciones, logrando establecer reglas

comunes, a pesar de las distintas reglas que se aplican en cada país.²⁵

El carácter transnacional ha sido acentuado por Fouchard, quien llega a hablar de un derecho "nacional" o "extraestático", y que algunos le llaman "supranacional" o transnacional.²⁶

B. La costumbre como fuente principal.

La esencia propia de la Lex Mercatoria es su carácter consuetudinario. Su principal fuente es la costumbre de los comerciantes, quienes con su práctica diaria van creando verdaderas normas de derecho.²⁷

C. Administrada por los propios comerciantes.

Los conflictos entre comerciantes, deben ser resueltos por los propios comerciantes. Esta vieja idea ha sido plasmada en el comercio internacional mediante el establecimiento de cortes o tribunales especiales.

D. Rapidez e informalidad.

Se reconoce que los conflictos entre comerciantes no pueden estar sujetos a las formalidades propias de un juicio ordinario, de ahí que el procedimiento debe ser sumario, sin interposición de incidentes y otros recursos que atrasen el proceso.²⁸

E. Equidad.

Influenciado por el derecho canónico, los conflictos entre comerciantes pueden ser resueltos según la equidad.²⁹

22. Así ETCHEVERRY, *op. cit.*, p. 102.

23. Ver FRIGNANI, *op. cit.*, p. 28.

24. Ver FRIGNANI, *op. cit.*, p. 29.

25. Así BERMAN, Harold, *International Commercial Transaction*, U.S.A. materials for use of students at Harvard Law School, folleto mimeografiado, 1978, p. 17.

26. Ver FOUCHARD, Philippe, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Librairie Dalloz, s.n.e., 1965, p. 401.

27. Así BERMAN, *op. cit.*, p. 17.

28. Ver BERMAN, *op. cit.*, p. 19.

29. *Ibidem*, p. 11.

PARTE ESPECIAL

REALIDAD Y MANIFESTACIÓN DE LA LEX MERCATORIA

CAPÍTULO PRIMERO

LA LEX MERCATORIA Y SU RECONOCIMIENTO HISTÓRICO

SECCIÓN ÚNICA. Principales antecedentes históricos.

DERECHO ROMANO.

A pesar de su formalismo, el *ius civile* no desfavorecía el desarrollo de las relaciones comerciales, de ahí que en Roma se sintió la necesidad de un derecho comercial como rama diferenciada dada la flexibilidad del derecho civil.

“el desdoblamiento en un *ius civile* y un *ius honorarium* hizo posible acoger en este último, mediante la actividad del pretor, aquellas exigencias que el Derecho tradicional civil, rígido y formalista, era incapaz de satisfacer”.³⁰

Sin embargo, el derecho romano recogió algunas de las instituciones marítimas de la Isla de Rodas, y de los griegos, como fueron la “Lex Rhodia de jactu” y el “*Foenus nauticum*”. Aquella establecía entre los cargadores de una expedición marítima la obligación de contribuir a los gastos y a las averías de las mercancías ocasionados durante el viaje por los riesgos de la navegación (ley de la echazón, la que ya se regulaba por los fenicios).³¹ El *foenus nauticum* era una operación de crédito en cuya virtud un capitalista entregaba un objeto de valor a un empresario de transporte marítimo, quien debía

emplearlo en un negocio especulativo del comercio marítimo con obligación de reembolsar y pagar intereses si el viaje resultaba satisfactorio.³²

EDAD MEDIA. Derecho continental europeo.

ITALIA.

Tras la caída del Imperio Romano de Occidente, por parte de los conquistadores germánicos, se pierde en Italia, toda disposición para el comercio. No obstante, las ciudades italianas muestran una recuperación llegando a florecer el comercio entre ellas, sobre todo el comercio marítimo.

Las ciudades italianas pronto alcanzaron predominio indisputable en el comercio del Mediterráneo y con los países del Asia Menor y de la Península Balcánica; comerciaban también a través de los Alpes con Suiza, Austria y Alemania y en el Atlántico con Portugal, Francia e Inglaterra.³³ Entre estas ciudades merecen destacarse: Amalfi, Génova, Pisa, Venecia y Florencia.³⁴

Alrededor de las ciudades, se creaban gremios de comerciantes a los cuales se les ha llamado “corporaciones”. Estas corporaciones eran verdaderas asociaciones de comerciantes, los cuales se daban sus propias reglas conocidas como “estatutos”.

30. Así GARRIGUÉS, *op. cit.*, p. 29.

31. Ver BARRERA GRAF, *op. cit.*, p. 52; ETCHEVERRY, *op. cit.*, p. 2; MALAGARRIGA, *op. cit.*, p. 7; REHME, *op. cit.*, p. 58.

32. BARRERA GRAF, *op. cit.*, p. 52.

33. Ver BARRERA GRAF, *op. cit.*, p. 55.

34. MERRYMAN, *op. cit.*, p. 32; BARRERA GRAF, *op. cit.*, p. 55.

Los estatutos de estas corporaciones dieron nacimiento a importantes colecciones de normas jurídicas, las cuales fueron codificadas en las plazas de comercio de mayor significación.³⁵ Los ordenamientos más importantes que se han citado son: “los capitulare Nauticum” de Venecia (1255); la “Tabula Amalfitana”, de Amalfi (siglos XIII y XIV), los “Ordinamenta et consuetudo maris”, de Trani (siglo XIV).

Con anterioridad, ya se habían recopilado en Italia ciertos cuerpos de normas de carácter consuetudinario, entre las cuales se citan: los “consuetudinos” de Génova (anteriores a 1056), el Constitutum usus de Pisa (1161), el liber consuetudinum de Milán (1216).

Surgen así los comerciantes como un grupo selecto y el derecho comercial como un derecho de clase, con sus propias reglas y con sus propios jueces, a los cuales se les llamó “consules mercatorum”.³⁶

Los cónsules eran jueces que se ocupaban de los pleitos entre comerciantes sin ser letrados, sino que eran también comerciantes. Aplicaban en sus sentencias los principios que informan el derecho mercantil: la buena fe, la costumbre, la equidad, el respeto mutuo y la observancia de las reglas de las ferias y los estatutos de las corporaciones.³⁷

Mientras nace este derecho estatutario —el cual es identificado por algunos como la Lex Mercatoria— el resto del ordenamiento encontraba fundamento en tres fuentes normativas: el derecho romano, el derecho germánico y el derecho canónico.

El derecho romano ya no se adaptaba a las relaciones comerciales. El derecho canónico con la enseñanza de la buena fe que debía privar

entre los seres humanos era hostil a la usura.³⁸ El derecho germánico (principalmente del imperio longobardo) estaba estructurado para un pueblo tradicionalmente agrícola, por lo que no se ajustaba al desarrollo del comercio. Todo esto propició el nacimiento del derecho comercial como derecho consuetudinario, recogido posteriormente por el derecho estatutario ya sea en forma tácita o en forma expresa, como en el caso del liber consuetudinum mediolani que ordenaba recoger el derecho no escrito como si fuera derecho escrito.³⁹

Muchas de las compilaciones ya citadas, se llevaron a cabo gracias a la labor de los tribunales marítimos (capitulare nauticum y tablas analfitanas).

Es de resaltar la importancia que tuvieron las ferias, originalmente en Italia y posteriormente en Francia. Las de París y sobre todo a partir del siglo XII, las de Champaña, y después de decaer ésta la de Lyon, eran el punto de convergencia del tráfico de mercancías y dinero de toda la Europa occidental.⁴⁰

En el Atlántico, los tribunales marítimos adquieren mayor importancia; es así como se da en el siglo XII los llamados “Roles de Oleron”, los que consisten en una colección de sentencias que se le atribuye al Tribunal marítimo de la Isla de Olerón y que logró ser fuente común del derecho marítimo en el oeste y norte de Europa.⁴¹

En España merece destacarse el consolato del mare (Consulado del mar), que algunos ubican en el siglo XIII y otros en el siglo XVI. Según Etcheverry se dio en Barcelona en el año 1370.⁴² Se trata de una compilación particular redactada con base en la jurisprudencia del

35. Así BARRERA GRAF, *op. cit.*, p. 56.

36. Así ROCCO, *op. cit.*, p. 11.

37. Así ROCCO, *op. cit.*, p. 11.

38. Ver RIPERT, *op. cit.*, p. 17.

39. Así REHME, *op. cit.*, p. 68.

40. Ver REHME, *op. cit.*, p. 117; RIPERT, *op. cit.*, p. 19.

41. Así ver BARRERA GRAF, *op. cit.*, p. 57; ROCCO, *op. cit.*, p. 15; ETCHEVERRY, *op. cit.*, p. 19.

42. Ver ETCHEVERRY, *op. cit.*, p. 19; HALPERIN, *op. cit.*, p. 7.

Tribunal Consular Marítimo de Barcelona, pero que en definitiva era una reproducción de las costumbres vigentes en todos los países ribereños del Mediterráneo y cuya difusión en Europa fue debida principalmente a la versión italiana.⁴³ En Alemania se resalta el papel de las Ansas, que eran agrupaciones o reuniones de mercaderes, quienes redactaban reglas que posteriormente eran tomadas como fuentes normativas que regulaban el comercio, no solo entre alemanes sino entre éstos y los demás ciudadanos europeos, en especial italianos e ingleses. Es importante aquí, el llamado proyecto de Amsterdam elaborado en el Ansa de Brujas en 1407 y que luego tomó el nombre de Leyes de Wisby, adoptadas por los escandinavos.

De esta forma, en el derecho continental el comercio marítimo está regulado por tres principales fuentes normativas: El consulado del mar para el comercio marítimo en el Mediterráneo; los roles de Olerón para el comercio marítimo en el Atlántico y las leyes o usos de Wisby para el Mar Báltico. Estas tres fuentes serían luego completadas en el siglo XVI con el "guidon de la Mer", recopilación dedicada al seguro marítimo.⁴⁴

La Lex Mercatoria en el derecho anglosajón.

En Inglaterra hasta el siglo XVIII en términos generales, el cuadro jurídico era muy parecido al del continente ya que se reconocía una "Lex Mercatoria" o "Law Merchant" y diversos tribunales especiales.⁴⁵

En los inicios de la Edad Media (siglo XII) la Lex Mercatoria señaló avances considerables en

el derecho inglés corrigiendo algunos menoscabos del Common Law, adoptando principios comunes en Italia y tomando como fuente todo el avance del derecho marítimo continental.⁴⁶

El testimonio más antiguo que ha sido conservado de la existencia del derecho consuetudinario mercantil figura en un libro redactado hacia 1290 llamado la Fleta. En este libro al derecho consuetudinario se le llama law merchant (Lex Mercatoria).⁴⁷

Este concepto fue recogido posteriormente en 1354 en el Statute of Staple, donde se decía expresamente que los comerciantes deberían ser juzgados por la "lei merchant y no per la lei commune".⁴⁸ Se dice entonces que la Lex Mercatoria estaba en contraposición con el Common Law.

Sin embargo, a partir de Lord Mansfield se dio un proceso gradual de absorción de la Law Merchant por parte del Common Law, acabando por destruir su autonomía, llegando así a una unidad del Derecho Privado que arraiga con mucha antelación a los esfuerzos realizados en Suiza en el siglo pasado y a mediados de este en Italia.⁴⁹

Con el decaimiento de la Lex mercatoria, desaparecen en Inglaterra los tribunales mercantiles especiales; todo ello se dio a pesar de que nace una literatura jurídica mercantil que no logró ejercer influjo considerable aun cuando desde el siglo XVII aparecieron algunas exposiciones de conjunto entre las cuales puede citarse a: G. MALYNES: *Consuetudo vel Lex Mercatoria or the ancient law-merchant* (London 1636) y MOLLOY: *De jure maritimo et navali or treatise of affairs maritime and of commerce*.⁵⁰

43. Así ROCCO, *op. cit.*, p. 14.

44. Ver HALPERIN, *op. cit.*, p. 7; ETCHEVERRY, *op. cit.*, p. 19; ASCARELLI, *op. cit.*, p. 38; VICENTE Y GELLA, *op. cit.*, p. 20.

45. Ver BATIZA, *El Uniform Commercial Code de los Estados Unidos*, *op. cit.*, p. 97.

46. Así DOBSON, *op. cit.*, p. 36.

47. Ver REHME, *op. cit.*, p. 119.

48. Ver REHME, *op. cit.*, p. 119.

49. Ver BATIZA, *op. cit.*, p. 97.

50. Así REHME, *op. cit.*, p. 115.

EDAD MODERNA.

Con el descubrimiento de América nace la edad moderna y en cuanto al comercio se refiere, la hegemonía es perdida por las ciudades italianas y el comercio vuelve sus ojos hacia el nuevo mundo. Es así como España y Portugal se convierten en países comerciantes, destacándose la ciudad de Amberes (en ese entonces de España).⁵¹

En el campo jurídico mercantil, se inicia en el Derecho Continental la tendencia hacia la legislación codificada, mientras que en el Derecho Anglosajón se acentúa la absorción de la Lex Mercatoria.

Esta tendencia hacia la legislación nacional, se manifiesta a través de las Ordenanzas de Bilbao de 1560 que regulaba el comercio y seguros marítimos, siendo revisada posteriormente en 1737.⁵²

Posteriormente aparecen las Ordenanzas de Luis XIV (1673) y las Ordenanzas de Colbert en el siglo XVII (1681), las cuales constituyen los antecedentes más importantes que van a influenciar la promulgación del primer Código de Comercio, el de Francia en 1807. En Alemania se dicta en 1861 el Código de Comercio. En Inglaterra,

por obra de Lord Mansfield, se incorpora al Common Law las costumbres de los mercaderes. Con esto, el Derecho Comercial que era básicamente internacional y consuetudinario se vuelve nacional y codificado.

Esta tendencia hacia la legislación encuentra fundamento político en la idea de la soberanía estatal, por lo que cada Estado siente la necesidad de un Código de Comercio, más por aspectos políticos que por las exigencias reales; ello queda demostrado si se observa que los códigos a pesar de ser nacionales conservaban en los diferentes países regulaciones similares.

Tanto en el sistema del Common Law como en el sistema romanista se ha experimentado un cambio radical. En el Derecho Anglosajón el Derecho Comercial está regido por el Common Law, estableciéndose pocas leyes o estatutos especiales. En el Derecho Continental la fuente principal del Derecho Comercial pasa a ser la ley mercantil dejando relegada a segundo plano los usos y costumbres. La Lex Mercatoria permanece escondida en medio de este sistema normativo, permeando la misma ley mercantil y a veces complementándola o bien sirviendo de fundamento básico de la jurisprudencia anglosajona.

CAPÍTULO SEGUNDO

ACTUALIDAD DE LA LEX MERCATORIA

La actualidad de la Lex Mercatoria la vemos en dos planos distintos: por un lado en el aspecto formativo, ésta se manifiesta por una tendencia hacia la unificación de las relaciones comerciales internacionales, para lo cual se

recurre al mecanismo de formulación de reglas y usos agrupados en cuerpos por parte de asociaciones de comerciantes, destacándose la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Otras veces se recurre a los contratos tipo,⁵³ por lo

51. *Ibidem*, p. 145.

52. Así MADRIÑÁN DE LA TORRE, *op. cit.*, p. 12.

53. Ver FRIGNANI, *op. cit.*, p. 28.

que las partes expresan previamente las reglas que regirán en la interpretación y aplicación de los contratos.⁵⁴ En el plano político, se muestra una tendencia hacia la unificación del comercio internacional y en general del Derecho Privado. De esta forma, se han creado instituciones que pretenden esta unificación, merece destacarse el UNIDROIT (Instituto para la Unificación del Derecho Privado), el UNCITRAL o CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Internacional).

Otro hecho de importancia es la creación de convenciones internacionales a través de leyes uniformes o a través de leyes modelos, que tienden a regular uniformemente las relaciones comerciales. En el plano judicial, la Lex Mercatoria cobra actualidad si consideramos el papel que juega sobre todo la jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional.

SECCIÓN I. Aspiración hacia la uniformidad.

La unificación del Derecho Internacional se inicia con la creación de una serie de instituciones. Así, el Instituto de Derecho Internacional en 1873; el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en 1930; la International Law Association, fundada en 1907; la Academia Internacional de Derecho Comparado fundada en 1938 y el Comité Francés de Derecho Internacional Privado en 1934. En el ámbito de la ONU, funciona la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que ha elaborado importantes convenciones como la del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras arbitrales (1958) y la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (1982).⁵⁵

Asimismo, se manifiesta una tendencia hacia la integración económica, siendo un fenómeno no sólo jurídico, sino también político, económico y social. Aparecen entonces mercados comunes, entre los que se destacan la Comunidad Económica Europea (CCE), el COMECON y el SELA (Sistema Económico Latinoamericano), rigiendo instrumentos de carácter internacional como por ejemplo, el GATT, el Convenio del Fondo Monetario Internacional, etc.⁵⁶

SECCIÓN II. El fenómeno de la Codificación Internacional.

El fenómeno de la codificación o unificación a nivel internacional se manifiesta por el establecimiento de convenciones internacionales, adoptadas bajo la forma de leyes uniformes, destacándose la Luvi (Ley Uniforme para la Venta Internacional) y la LUFC (Ley Uniforme para la Formación de la Compraventa Internacional).⁵⁷

En las últimas reuniones de la Conferencia de La Haya, este método tradicional de las leyes uniformes se ha puesto en tela de duda, llegándose a la conclusión que es más conveniente el método de leyes modelos ya que tiene más aceptación entre los países, debido a que no integran su legislación interna, pero ayudan en la solución de conflictos cuando las partes recurren a ellas.⁵⁸

SECCIÓN III. Compilación de usos y costumbres.

Como necesidad de reunir todas aquellas reglas que los comerciantes usan en sus transacciones diarias, muchas asociaciones o agrupaciones de comerciantes se han dedicado

54. Sobre la importancia de la jurisprudencia arbitral véase FOURCHARD, *op. cit.*, p. 407; FRIGNANI, *op. cit.*, p. 28.

55. Véase PÉREZ-NIETO CASTRO, *op. cit.*, pp. 26-27.

56. Véase ETCHEVERRY, *op. cit.*, p. 110.

57. Así FRIGNANI, *op. cit.*, p. 151.

58. Ver VIÑAS FARRE, *op. cit.*, p. 137.

a compilarlos en cuerpos que luego les sirven de fuente no sólo de interpretación sino de creación de derechos y obligaciones.

En este aspecto merecen destacarse los llamados INCOTERMS, que son reglas para la interpretación de las condiciones de la compraventa, promovidas por la Cámara de Comercio Internacional y que encuentran su

homólogo en las Ediciones Revisadas Norteamericanas de 1941. Los INCOTERMS han sufrido una serie de revisiones, siendo la última en 1980.⁵⁹

Se debe citar igualmente, los usos y reglas relativos a los créditos documentarios, que rige como fuente normativa a un gran número de transacciones bancarias en todo el mundo.⁶⁰

CONCLUSIONES

La *lex mercatoria* ha sido considerada como aquel conjunto de reglas e institutos aplicados comúnmente por los comerciantes como si fueran reglas obligatorias en las relaciones comerciales internacionales.

De esta forma, la *lex mercatoria* es fuente del Derecho del Comercio Internacional, junto a las convenciones internacionales y la jurisprudencia arbitral.

Consideramos que se trata de la principal fuente del Derecho del Comercio Internacional —al menos en el plano real, no formal— ya que sirve como fuente autónoma cuando es expresada en usos y costumbres, y ayuda a interpretar las otras, a las cuales sirve de complemento y fundamento.

La *lex mercatoria* ha encontrado reconocimiento a través de la historia, tanto en el sistema romano civilista como en el sistema del Common Law. Este reconocimiento ha sido en su mayor parte en forma tácita o bien en forma expresa.

En el primer caso, podemos citar ciertas instituciones que marcan el paso histórico de la *lex mercatoria*, destacándose: La *Lex Rhodia* de

Jactu y el *Foenus Nauticum* en el Derecho Romano. Con el nacimiento del Derecho Comercial como rama diferenciada, se da una serie de fenómenos importantes, entre ellos el nacimiento de las corporaciones y su derecho estatutario, quienes aplicaban recopilaciones de reglas consuetudinarias tales como «los capitulares nauticum», la «*tabula amalfitana*» y los «*ordinamenta et consuetudo maris*»; y con anterioridad a estos, se cita el llamado «*liber consuetudinum de Milán*».

Con el florecimiento del comercio marítimo, la *lex mercatoria* se manifiesta a través de lo que podríamos llamar un «precario derecho marítimo», recogido por los comerciantes durante la edad media en forma de recopilaciones; entre ellos: los roles de Olerón, el Consulado del Mare, las Leyes de Wisby.

No obstante, es en el Derecho Anglosajón donde aparece por primera vez en la historia una mención expresa de la *lex mercatoria*, la que se remonta al año 1290. La *lex mercatoria* se oponía al Common Law en cuanto a que ella exigía tratamiento especial para los comerciantes, inclusive en su juzgamiento a

59. Ver PÉREZ-NIETO CASTRO, *op. cit.*, p. 294; EISEMANN, Frédéric, *Los usos de la venta internacional, INCOTERMS*, España, Banco Exterior de España, 1979, pp. 23, 29; GRANEL TRÍAS, *op. cit.*, p. 180.

60. PÉREZ-NIETO CASTRO, *op. cit.*, p. 294; RODRÍGUEZ AZUERO, *op. cit.*, p. 405.

través de Tribunales marítimos o comerciales en general.

Sin embargo, con la Edad Moderna, en el sistema romano civilista el fenómeno de la codificación terminó por opacar a la *lex mercatoria* como Derecho Consuetudinario. Se da una serie de cuerpos legislativos entre los que se merece destacar: las Ordenanzas de Bilbao, las Ordenanzas de Luis XIV, las Ordenanzas de Colbert y la culminación del proceso con la aparición de los Códigos de Comercio.

En el Derecho Anglosajón, Lord Manfield vino a dar reglas distintas, haciendo desaparecer los tribunales especializados, y ocasionando una absorción de la *lex mercatoria* por parte del Common Law.

Sin embargo, la *lex mercatoria* en el plano real no ha desaparecido, y esto lo demuestra una serie de hechos que la manifiestan.

En primer lugar, hay un hecho indiscutible cual es, que aun con las codificaciones, las legislaciones nacionales seguían teniendo reglas bastante similares, lo que demostraba que el carácter consuetudinario, histórico e internacional del Derecho Comercial no había desaparecido.

En la actualidad, la *lex mercatoria* es manifiesta a través del acentuado proceso de integración económica, de una tendencia hacia la unificación de leyes y de una gran creación de reglas y usos uniformes por parte de asociaciones de comerciantes o en el plano de las Naciones Unidas.

BIBLIOGRAFÍA

ASCARELLI, Tullio, *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*, Barcelona, Bosch Casa Editorial.

BARRERA GRAF, Jorge, *Tratado de Derecho Mercantil*, México, Editorial Porrúa, vol. I, s.n.e., 1957.

BERMAN, Harold, *International Commercial Transaction*, U.S.A. materials for use of students at Harvard Law School, folleto mimeografiado, 1978.

CARABIBER, Charles, *L'arbitrage international de Droit Privé*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, s.n.e., 1960.

DOBSON, Juan, *El abuso de la personalidad jurídica, (en el Derecho Privado)*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1985.

EISEMANN, Frédéric, *Los usos de la venta comercial internacional, INCOTERMS*, España, Banco Exterior de España, 1979.

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal, *Manual de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Editorial Astrea, segunda reimpresión, 1983.

FOIGNET, Rene, *Manuale Elementaire de Droit Commerciale Terrestre*, Paris, Rousseau Delagrave Editeurs, douzieme edition, 1934.

FOUCHARD, Philippe, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Librairie Dalloz, s.n.e., 1965.

FRIGNANI, Aldo, *Il Diritto del Commercio Internazionale*, Torino, IPSOA Informatica, s.n.e., 1986.

GUYENOT, Jean, *Curso de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, vol. I, 1975.

GALGANO, Francesco, *Storia del Diritto Commerciale*, Bologna, Società Editrice, Il Mulino, s.n.e., 1976.

- GARRIGUÉS, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, México, Editorial Porrúa, séptima edición, 1984.
- GRANEL TRIAS, Francisco, *La exportación y los mercados internacionales*, Barcelona, Editorial Hispano-Europea S.A., cuarta edición, revisada, s.f.
- HALPERIN, Isaac, *Curso de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, vol.I, parte general, segunda edición, 1971.
- KOZOLCHYK, Boris, *El crédito documentario en el Derecho Americano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, s.n.e., 1973.
- KOZOLCHYK, Boris y TORREALBA, Octavio, *Curso de Derecho Mercantil*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, primera reimpresión, 1983.
- LE GALL, J.P., *Droit Commercial*, Paris, quatrieme edition, 3 anné, 1973.
- MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón, *Principios de Derecho Comercial*, Bogotá, Editorial Temis, segunda edición, 1983.
- MALAGARRIGA, Carlos, *Tratado elemental de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, tomo I, tercera edición, 1963.
- MERRYMAN, John Henri, *La tradición jurídica romano canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, segunda reimpresión, 1980.
- PÉREZ-NIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, Harla Harper-Row Latinoamericana, tercera edición, s.f.
- REHME, Paul, *Historia Universal del Derecho Mercantil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1941.
- RIPERT, Georges, *Tratado elemental de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954.
- ROCCO, Alfredo, *Principios de Derecho Mercantil*, México, Editora Nacional, parte general, 1966.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*, Bogotá, Biblioteca Felaban, tercera edición, 1985.
- SATANOWSKY, Marcos, *Tratado de Derecho Comercial*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, s.n.e., 1957.
- VIVANTE, Cesare, *Tratado Elemental de Derecho Mercantil*, Madrid, Editorial Reus, primera edición, 1932.
- VIÑAS FARRE, Ramón, *Unificación del Derecho Internacional Privado*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, s.n.e., 1978.
- VICENTE Y GELLA, Agustín, *Introducción al Derecho Mercantil Comparado*, México, Editora Nacional, segunda edición, 1934.

REVISTAS

- BATIZA, Rodolfo, *Desarrollo histórico y característico del Common Law*, en **Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado**, números 3-4, Tegucigalpa, 1964.
- BATIZA, Rodolfo, *El Uniform Commercial Code de los Estados Unidos*, en **Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado**, números 3-4, Tegucigalpa, 1964.
- MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo. *Estudio comparativo de la legislación sobre letras de cambio en la Convención de Ginebra y en el proyecto de Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina*, en **Boletín del Instituto de Derecho Comparado**, Caracas, edición extraordinaria, dic., 1983.

NORBERG, Charles, *Interamerican commercial arbitration revisited*, en **Lawyers of the Americas**, vol. 7, N° 2, June, 1975.

RAMÍREZ, Roberto, *Contenido del Derecho Mercantil*, en **Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado**, Tegucigalpa, números 1-2, junio, 1963.

WINIZKY, Ignacio, *La legislación sobre títulos valores circulatorios y la integración latinoamericana*, en **Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho**

Comparado, Tegucigalpa, números 7-8, 1967.

SANTA PINTER, José Julio, *Presentando el Código de Comercio Uniforme*, en **Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones**, Buenos Aires, Ediciones Depalma, vol. I, año I, N° 3, junio, 1968.

WARD, Wilbert y ROSENTAL, Morris, *The need for the uniform commercial code in foreign trade*, en **Harvard Law Review**, vol. 63, N° 4, February, 1950.
