

DERECHO EMPRESARIAL TRANSNACIONAL (Lex Mercatoria). ^{1/}

Dr. Víctor Pérez Vargas

En un hipotético caso, conocido como **el caso de los exploradores de cavernas**, escrito para la *Harvard Law Review*, en el año 1949, el Profesor Lon Fuller nos cuenta que unos espeleólogos habían quedado atrapados en una caverna. Una vez que fueron rescatados, se supo que a ellos se les había informado (por radio) que no podrían sobrevivir sin alimento, mientras los rescataban. Los exploradores relataron que ellos acordaron hacer una rifa y comerse al “ganador” del sorteo y así lo hicieron ^{2/} en cumplimiento del acuerdo aceptado por todos ellos; así sobrevivieron los restantes. Lo interesante del caso es el punto de vista de cada uno de los Magistrados sobre si el grupo de exploradores constituía un Ordenamiento autónomo.

En términos análogos, pero en la vida real, recordamos **el caso de los sobrevivientes de los Andes**, acaecido en 1972. El grupo, cuyo avión se había accidentado en las nieves de Los Andes, pudo sobrevivir durante 72 días y no morir por inanición, gracias a la decisión grupal de alimentarse de la

carne de sus compañeros muertos (práctica denominada antropofagia), quienes estaban enterrados en la nieve en las afueras del fuselaje. No fue una decisión fácil de tomar y, en un principio, algunos rechazaron hacerlo, si bien pronto se demostró que era la única esperanza de sobrevivir ^{3/}.

En estos dos ejemplos, desde el punto de vista del **monismo jurídico** del Derecho positivo estatal, los sujetos podrían ser culpables, pero desde el punto de vista del **pluralismo jurídico** podrían ser considerados inocentes.

Premisas teórico-generales: monismo y pluralismo.

Es importante partir de la contraposición entre **monismo y pluralismo**:

A La posición normativista, o monismo jurídico, que defiende la idea de que el término Derecho remite fundamentalmente a un conjunto (más bien, pirámide) de normas positivas, **de origen estatal**.

1 Conferencia inaugural. Congreso Jurídico Nacional sobre Derecho Empresarial. Colegio de Abogados de Costa Rica, 5 de noviembre de 2013. LEY ORGÁNICA DEL COLEGIO DE ABOGADOS No. 13 de 28 de octubre de 1941 y sus reformas. http://www.abogados.or.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=56&Itemid=66 . Se aclara que en noviembre de 2012, la Comisión Especial de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa aprobó una reforma parcial a la Ley Orgánica del Colegio de Abogados, para cambiar el actual nombre de la corporación Colegio de Abogados de Costa Rica por Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. EXPEDIENTE N.º 18.490

2 Caso completo en español: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/10/filosofia02.pdf>

3 http://es.wikipedia.org/wiki/Vuelo_571_de_la_Fuerza_A%C3%A9rea_Uruguaya

Una visión monista del derecho presupone que un sistema jurídico existe cuando las normas jurídicas son un producto exclusivo **del Estado**. Todas aquellas normas que están fuera del derecho estatal no pueden ser consideradas como Derecho ^{4/} (posición defendida por Kelsen y Hart).

B La posición institucionalista, o pluralismo jurídico, que afirma la coexistencia de diversos ordenamientos.

Ella pone en crisis el concepto mismo de Derecho; o, como se ha dicho: “pone en tela de duda el postulado dogmático jurídico (doctrinal) de la exclusividad y prevalencia del derecho oficial en la sociedad, al evidenciar la existencia de **otros órdenes jurídicos** igualmente determinantes de los comportamientos sociales” ^{5/}.

Desde el punto de vista de la teoría de conjuntos, podríamos visualizar sus intersecciones:

Para comprender adecuadamente el Derecho Transnacional, es necesario que nos desprendamos de una idea tradicional: la de que Ordenamiento Jurídico es solamente el Ordenamiento estatal.

Erlich

Si bien ya Durkheim ^{6/} empieza a mencionar un Derecho diversificado, fue el Profesor austriaco **Eugen Ehrlich** el primero en

hablar de un Derecho Viviente y de la posibilidad de una pluralidad de sistemas jurídicos coexistentes. Comprobó en sus viajes por las diversas regiones de Austria que “existen varios ordenamientos jurídicos en una misma sociedad”. Para Erlich, el Derecho no es necesariamente un producto del Estado. Señala que el punto central del Derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia. Se sitúa en la sociedad misma ^{7/} y lo que interesa es su vigencia social. Es de gran importancia su influencia sobre el realismo sociológico norteamericano particularmente sobre Roscoe Pound ^{8/}.

La anterior elemental constatación, denominada “**doctrina de la pluralidad de ordenamientos jurídicos**”, nos permitirá ubicar al Derecho Empresarial Transnacional como un ordenamiento jurídico más, relativamente independiente del estatal.

Santi Romano

El jurista italiano **Santi Romano** (que no era romano, sino siciliano) ha señalado que la pluralidad de sistemas jurídicos resulta de la **crisis de la hegemonía del Estado moderno**. El Estado moderno fue formado de la eliminación y la absorción de los órdenes jurídicos superiores e inferiores y de la monopolización de la producción jurídica. Si en un momento dado el Estado monopolizó la creación de la norma jurídica –sostiene Santi Romano–, no estamos lejos

de asistir a un proceso inverso. Lo que se llama **la crisis del Estado moderno** implica, precisamente, que muchos grupos sociales tienden a construirse cada uno una esfera jurídica independiente.

No obstante, el carácter un tanto sociológico de la teoría institucional del derecho de Santi Romano –pluralidad de sistemas jurídicos– tiene el mérito de habernos amplificado el horizonte de la experiencia jurídica más allá de las fronteras del Estado ^{9/}. En sus palabras: “tales Ordenamientos son posibles, no obstante las negaciones de quienes continúan aferrados al dogma de la estatalidad del Derecho” ^{10/}.

Cessarini Sforza

En modo semejante, **Cessarini Sforza** en su obra “*Il Diritto dei Privati*” nos explica la concurrencia del ordenamiento estatal con otros ordenamientos extra-estatales y de formas jurídicas que pertenecen al Derecho de los Particulares^{11/}. Él afirma la centralidad del elemento social en la experiencia jurídica ^{12/}.

También **Carbonnier** nos habla de fenómenos de pluralismo jurídico pero de fenómenos múltiples, de categoría diversas y concurrentes con el Derecho Estatal ^{13/}.

Como nos enseña don **Fernando Mora**, en su estudio Estructuralismo y Derecho, publicado en la Revista de Filosofía de la UCR: “Lo que llega a revestir trascendental importancia es la derivación de conclusiones que podríamos sintetizar con la expresión “*ubi Societas, ibi Jus*”. Es el fenómeno de agrupación con fines inmediatos organizativos y normadores tendientes a fines mediatos lo que origina un ordenamiento jurídico”. ^{14/}.

En la Isla de la Desesperación (*Island of Despair*), como la llamó Daniel Defoe, no había sociedad ni había Derecho, hasta el momento en que **Robinson Crusoe**, un viernes, encontró a Viernes, a quien ayudó a escapar de una tribu caníbal y quien terminó siendo su siervo, bajo su jerarquía, a sus órdenes y según sus normas.

Caracteres de un Ordenamiento Jurídico

Si definimos un ordenamiento jurídico estructuralmente, encontraremos que para su existencia, al menos, requiere de algún grado de organización en la de toma de decisiones, de medios de solución de conflictos y de mecanismos de ejecución de las decisiones, muchos de los cuales nada tienen que ver con la coerción y coacción estatal.

4 <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/29.pdf>
5 <http://neopanopticum.wordpress.com/2012/09/01/dvila-sez-juana-apuntes-sobre-pluralismo-juridico/>
6 ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, La Sociología del Derecho en Max Weber. UCR, 1975, p 90
7 http://www.la-razon.com/suplementos/la_gaceta_juridica/Origenes-pluralismo-juridico1_0_1691230963.html
<http://www.arnaldomartinez.net/sociologia/unidad02.pdf>
8 ROMERO, op.cit., p 92
9 http://www.la-razon.com/suplementos/la_gaceta_juridica/Origenes-pluralismo-juridico1_0_1691230963.html
10 ROMANO, Santi. Fragmentos de un diccionario jurídico, EJE, Buenos Aires, 1964, p 54
11 CESSARINI SFORZA, Widar, Il Diritto dei Privati, Giuffrè, Milano, 1963, p. 18
12 http://paduaresearch.cab.unipd.it/3296/1/tesi_dottorato_definitiva_-_STEFANO_FAVARO.pdf
13 CARBONNIER, Jean, Sociologie juridique París, P.U.F., 1994, pp. 358 y 359 cit p. Sanchez Castañeda <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/29.pdf>
14 MORA, Fernando. Estructuralismo y Derecho. <http://inif.ucr.ac.cr/recursos/docs/Revista%20de%20Filosof%C3%ADA%20UCR/Vol.%20XI/No.32/Estructuralismo%20y%20Derecho%20.pdf>

Todos estos caracteres los reúnen varios ordenamientos no estatales:

El Derecho transnacional de los gitanos. Las leyes gitanas son orales, y están presididas por los mayores, la falta de un código de derecho escrito, no implica su inexistencia; Al ser las leyes orales, los límites que marcan la diferencia entre lo que es ley (regla impuesta, de obligado cumplimiento) y lo que es norma o costumbre (práctica de uso común entre los miembros de un grupo), son a menudo indiferenciados ^{15/}. Su vigencia trasciende las fronteras nacionales.

En algunos casos, este ordenamiento y el ordenamiento estatal entran en conflicto, como en la reciente expulsión de gitanos en Francia ^{16/}.

También el **Derecho Indígena** ha sido reconocido como Ordenamiento autónomo: Nuestra propia Ley Indígena de 1977 reconoce que las comunidades indígenas no son entidades estatales (artículo 2) ^{17/} y hace dos años. un fallo de Casación

^{18/} se basó en el Convenio169 de la OIT denominado Convenio sobre protección de pueblos indígenas y tribales en países independientes”, que adoptó Costa Rica en noviembre de 1992, el cual “determina, con carácter de instrumento internacional de derechos humanos, tanto los derechos fundamentales de los indígenas, individual y colectivamente, como **la existencia y reconocimiento del derecho indígena, en cuanto orden jurídico válido, que se sustenta en su probado poder de autodeterminación originario**, el cual ha sido capaz de sobrevivir generando su propio **ordenamiento autónomo**, que ha sido elevado al rango constitucional reconocido en el marco de los Derechos Humanos” ^{19/}.

La FIFA, por su parte, constituye el ordenamiento jurídico transnacional del mundo del fútbol ^{20/} con sus principios (como el principio de separación de poderes), su órgano legislativo (el Congreso, conformado por todas las asociaciones nacionales ^{21/}) sus normas (Estatutos, Código Disciplinario), sus órganos jurisdiccionales (la Comisión Disciplinaria y la Comisión de Apelación, según el art. 43 de los Estatutos ^{22/}, la

Comisión de Ética y la Cámara de Resolución de Disputas), sus árbitros y sanciones y sus contrataciones particulares. La FIFA gobierna, a través de sus seis Confederaciones divididas por continentes (La AFC en Asia, la CAF en África, la Concacaf en Norteamérica, Centroamérica y el Caribe, la Conmebol en Sudamérica, la UEFA en Europa y la OFC en Oceanía ^{23/}), a las Federaciones de fútbol de todo el planeta ^{24/}.

Al mismo tiempo, el **Ordenamiento Canónico**, para los católicos (que son los sujetos de ese ordenamiento), también tiene estos elementos: principios y normas transnacionales, sanciones, centros de toma de decisiones y mecanismos de solución de controversias. La Iglesia católica está dotada de una organización propia y de un ordenamiento jurídico específico. Este sistema de Derecho es comúnmente conocido como Derecho Canónico, haciendo alusión a una de sus principales fuentes normativas: los cánones o acuerdos conciliares. El Derecho Canónico constituye un ordenamiento jurídico: cuenta con sus propios tribunales, abogados, jurisprudencia, códigos completamente articulados e incluso con principios generales del derecho y diversas ramas: Derecho Canónico constitucional,

Derecho Canónico fundamental, Derecho Canónico administrativo, Derecho Canónico penal, Derecho Canónico procesal, Derecho Canónico sacramental y Derecho Canónico matrimonial ^{25/}.

La MAFIA, con sus principios (antijurídicos desde el punto de vista del ordenamiento estatal, pero vigentes en el ordenamiento mafioso) de “omertá” (silencio), “vendetta” (venganza) y “onore” (honor) constituye otro ordenamiento jurídico no estatal ^{26/} transnacional ^{27/} con su propia normativa ^{28/}, si bien –aclaro- parte de la doctrina no acepta este uso tan amplio de la palabra Derecho.

Todos estos ordenamientos jurídicos, el gitano, el indígena, la FIFA, la MAFIA y la Iglesia no son ordenamientos estatales. Lo mismo ocurre con el Derecho Empresarial Transnacional, que paso de inmediato a analizar.

Antecedentes del Derecho Empresarial Transnacional

El proceso de formación del Derecho transnacional es doblemente milenario y ha marchado al paso de la historia occidental.

15 (<http://www.imninalu.net/Rom-gitanos.htm>)
16 Aunque también, en Costa Rica, encontramos análogas xenofobias, formalizadas en un “histórico” decreto de 1942 del Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia (La Gaceta N. 94 de 5 de mayo de 1942, pag. 685, Decreto N. 4): Artículo 41: “No serán admitidos en el país y por consiguiente deben ser rechazados... a) los de raza negra, chinos, árabes, turcos, sirios, armenios, gitanos, etc. (sic) b) los que padezcan enfermedades mentales, venéreas... c) los tahures, vagos, rateros... d) los mendigos, valetudinarios o los que tuvieran un impedimento físico ...”
17 CHACÓN, Rubén. Disposiciones Jurídicas. Normas Jurídicas que tutelan los derechos de los pueblos indígenas, ISOLMA, P. 57.
18 Res: 2010-001633 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas. Área de Prensa Departamento de Prensa y Comunicación Poder Judicial, 6 julio de 2011
19 Sobre pluralismo jurídico y Derecho Indígena v. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/der echoconstitucional/2010/09/29/pluralismo-juridico-y-derecho-indigena>
20 <http://es.fifa.com/aboutfifa/news/newsid=1520722/index.html>
21 <http://es.fifa.com/aboutfifa/organisation/bodies/index.html>
22 <http://es.fifa.com/aboutfifa/organisation/footballgovernance/disciplinarycode.html>

23 <http://es.fifa.com/aboutfifa/organisation/confederations/>
24 <http://hayderecho.com/2012/08/22/los-estados-fantasma-que-rigen-el-fubol-internacional-fifa-y-uefa/>
25 sobre el Ordenamiento Jurídico Canónico v. <http://books.google.co.cr/books?id=5Kg4t3MPTLkC&pg=PA342&lpg=PA42&dq=Iglesia+como+ordenamiento+jur%C3%ADdico&source=bl&ots=cJvJt1HGqr&sig=BwUFI22beGLdUAsFh6TIiBgXHEg&hl=en&sa=X&ei=76JRuU2UC5DA9gSnrIGgCg&ved=0CDMQ6AEwAQ#v=onepage&q=Iglesia%20como%20ordenamiento%20jur%C3%ADdico&f=false>
26 Sobre la MAFIA como Ordenamiento v. <http://books.google.co.cr/books?id=hzbFzqngURQC&pg=PA60&lpg=PA60&dq=mafia+ordenamiento+jur%C3%ADdico&source=bl&ots=kPUvSmSfdu&sig=zEmzNNMsP0D7BmnMExy3t7Q4huM&hl=en&sa=X&ei=N6JRUoifJYTc9ATp9oHwDQ&ved=0CEcQ6AEwAw#v=onepage&q=mafia%20ordenamiento%20jur%C3%ADdico&f=false>
27 La Sociedad Mexicana de Criminología ha hablado de delincuencia organizada transnacional. <http://www.youtube.com/watch?v=7qKd8P7RGTQ>
28 <http://cosanostra-hlat.jimdo.com/reglamento-mafioso/>

Ya desde la antigüedad griega y romana se reconocían, como de aceptación universal, algunos principios y reglas, cuya vigencia se mantiene hoy día.

Fue, sin embargo, en la Edad Media que comenzaron a desarrollarse con mayor fuerza diversos principios e instituciones que persisten en nuestro tiempo y es ahí donde se encuentran los orígenes de la *LEX MERCATORIA*.

Ya en la Edad Media se desarrolló la transnacionalidad del Derecho Comercial:

En el siglo XI aparecen las primeras RECOPIACIONES de usos marítimos,: Consuetudines de Génova (anteriores a 1056), Consuetudines usus de Pisa, Liber consuetudum de Milán (de 1216), Las Tablas Amalfitanas, en Amalfi, en el mar Tirreno (Tabula Amalfitana) en todas las cuales se repetían viejas instituciones que se remontaban a las Leyes de la Isla de Rodas, (como la Ley de la Echazón) y al Digesto Romano (como el Foenus Nauticum, base del préstamo a la gruesa, todavía presente en nuestra Ley de 1853, vigente aun en materia marítima, según disposiciones “generales y transitorias” del Código de Comercio de 1964 ^{29/}).

En las Ferias se daban verdaderas exposiciones “universales” de ventas al por mayor. La feria más importante en el siglo XIII fue la de Champaña, donde se construyeron

casas de alojamiento y bodegas. Aparece aquí ya el sistema de compensaciones, hoy CLEARING y muchas normas. El Derecho de las Ferias, los usos de los mercaderes, era aplicado, sin formalidades, por el Tribunal de Feria.

Con el renacimiento de los estudios jurídicos en las Universidades se comienza a desarrollar el concepto de LEX MERCATORIA, que precisamente comprendía las costumbres de los mercados y ferias, así como las costumbres marítimas relacionadas con el comercio.

Los propios comerciantes administraban la Justicia.

Muchas son las figuras del Derecho Comercial que surgen en este período (Los DEPÓSITOS COMERCIALES, los SEGUROS, la LETRA DE CAMBIO, la CUENTA CORRIENTE MERCANTIL y otras más).

Esta *Lex Mercatoria* Medieval:

- 1. Era transnacional ^{30/} , universal (junto con el Derecho Canónico y el Derecho Civil Romano en aquel momento), más allá de los límites nacionales
- 2. Tenía por principal fuente las costumbres mercantiles
- 3. Era administrada, no por jueces profesionales, sino por los propios

comerciantes (los *Consules Mercatorum* de la *Curiae Mercatorum* ^{31/})

- 4. Desarrolló procedimientos informales y expeditos
- 5. Se desligó del formalismo romano
- 6. Regulaba también a los que se relacionaban con los comerciantes (proveedores y consumidores)

Todo este Derecho Transnacional medieval decayó con la afirmación de los Estados nacionales después del Renacimiento aunque, de alguna manera, sus normas perduraron en las legislaciones nacionales y en los mismos códigos decimonónicos. Son paradigmáticas las Ordenanzas del Comercio (1673) y de la Marina (1861) de Luis XIV y de su ministro Colbert.

La nueva Lex Mercatoria: Derecho Privado Transnacional

Hoy, asistimos una nueva transnacionalidad del Derecho Comercial, al surgimiento de **un Derecho Privado Global**, especialmente con el desarrollo del comercio electrónico acelerado por el uso de medios informáticos, las ventajas del uso de las telecomunicaciones y las redes de comunicación, que no tiene límites políticos ni geográficos, a la **aldea global** profetizada desde 1962 por Marshall McLuhan, en la sociedad de la información de nuestros días ^{32/} donde, por causa de Internet,

la revolución informática y la comunicación satelital, en esta **tribu planetaria** (expresión también de Macluhan), se hace cada vez más realidad el **efecto mariposa**, inspirado en el proverbio oriental (divulgado inicialmente en materia ambiental): “el aleteo de una mariposa puede desatar una tormenta”.

Presenciamos y protagonizamos el surgimiento de una **“Nueva Lex Mercatoria” global**, constituida, fundamentalmente, por los principios mercantiles, que han ido desarrollándose a partir de usos y costumbres y de reglas implícitas entre los comerciantes; una nueva Lex administrada en gran medida por la jurisdicción arbitral escogida por los propios comerciantes, especialmente la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, la London Court of International Arbitration (LCIA) y la American Arbitration Association (AAA), todas ellas con procedimientos informales en comparación con el Derecho Procesal de los estados.

Además del DERECHO EMPRESARIAL de origen estatal (empresarial tributario, empresarial laboral, empresarial penal), existe un DERECHO EMPRESARIAL **no estatal**, sino **transnacional y global** (Derecho Empresarial Transnacional o, en expresión de DRAETA, “Derecho Transnacional del Comercio Internacional” ^{33/}) que **es el Derecho de la globalización** de los contratos privados, o el Derecho Privado Global o planetario.

29 Artículo I. Se derogan el Código de Comercio emitido por la Ley N° 2797 de 4 de agosto de 1961, cuya vigencia quedó en suspenso y el Código de Comercio emitido por decreto de 6 de junio de 1853 y sus reformas, excepto el LIBRO TERCERO: DEL COMERCIO MARITIMO, en tanto no se dicte la legislación correspondiente

30 BERMAN, Harold, International Commercial Transaction, U.S.A. materials for use of students at Harvard Law School, folleto mimeografiado, 1978. V. tamb. SOLANO PORRAS, Julián, La Lex Mercatoria, Revista Judicial, N. 76, Corte Suprema de Justicia.

31 V. GUILLÉN JIMÉNEZ, Daniel, La Lex Mercatoria, Revista Judicial, San José, N. 89 http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_89/Introducci%C3%B3n%20a%20la%20Lex%20Mercatoria.htm

32 v. González Bolaños, Karla. La Contratación Electrónica a la luz de la teoría general del contrato imperante en la legislación costarricense, Facultad de Derecho, UCR, Setiembre, 2013

33 DRAETA, Il diritto dei contratti internazionali, CEDAM, Padova, 1984, p. 2 y 10

El Derecho Empresarial Transnacional (o Nueva *Lex Mercatoria*) actual es el conjunto de normas de origen consuetudinario, **no Estatal**, regulador de los contratos comerciales internacionales de las empresas, en ausencia de un Derecho Nacional aplicable, o para complementar éste, o porque las partes lo hayan escogido expresamente, o porque los árbitros así lo hayan determinado.

Este Ordenamiento transnacional es reconocido, a menudo, a nivel interno, por la jurisprudencia. En un caso de ejecución de un laudo inglés no motivado, la Corte de Casación italiana, en sentencia de 8 de febrero de 1982. N. 722 resolvió negarle el Exequátur, afirmando que la costumbre exige que un laudo sea motivado; un laudo no motivado es contrario a un principio de la Lex Mercatoria. La Corte italiana resolvió mencionando el Derecho transnacional de la comunidad de los operadores del comercio ^{34/} y no el Derecho italiano.

Este Derecho transnacional ha sido definida por **Frignani** como “El cuerpo de reglas e institutos relativos al comercio internacional, comúnmente aplicados por los comerciantes con la conciencia de que se trata de reglas jurídicas, o al menos de que los demás contratantes se comportarán observando las mismas reglas” ^{35/}.

En palabras del colega Ignacio García: “Pareciera que el Estado Moderno empieza a desplazarse hacia nuevas formas sociales. Una de estas redes de comunicación

paralelas es la ley de los comerciantes, o “*Lex Mercatoria*” ^{36/}.

Si bien es cierto que en definitiva podría ser la jurisdicción de algún Estado la que dotaría de validez y eficacia (mediante el **Exequátur**) a un laudo extranjero, la verdad es que el Derecho Empresarial Transnacional configura en sí mismo un ordenamiento, con reglas propias supranacionales, con jurisdicción no estatal, con sanciones propias (por lo que los laudos suelen ser cumplidos voluntariamente) y con un sistema de producción de normas propio e independiente de cualquier sistema estatal.

¿Cuándo se aplica?

El Derecho Empresarial Transnacional (como Ordenamiento no estatal) tiene vigencia en varias situaciones posibles:

Cuando los particulares crean contratos atípicos, que son iguales en todo el mundo (leasing, franchising)

Cuando las partes siguen los usos y costumbres comerciales transnacionales

Cuando las partes adoptan, como Lex Contractus, alguna de las diversas recopilaciones de usos y costumbres comerciales (INCOTERMS, REGLAS YORK AMBERES, por ejemplo)

Cuando las partes se someten a un arbitraje internacional bajo los Principios de UNIDROIT

Cuando los árbitros deciden desvincular un caso de las leyes estatales de las partes contendientes; desde 1969, se ha hablado de la aplicabilidad de un Derecho ANACIONAL ^{37/}, identificado con la *Lex Mercatoria*.

¿Cuál es el objeto del Derecho Empresarial Transnacional?

El objeto de regulación del **Derecho Empresarial Transnacional** está constituido por los contratos del comercio internacional.

¿Cuál es el contenido del Derecho Transnacional?

Los ejemplos son numerosos; los encontramos en las costumbres bancarias, en las costumbres marítimas, en la contratación aeronáutica y, prácticamente, en todos los ámbitos del comercio internacional.

UN EJEMPLO: La IATA ^{38/}

En buena medida, la globalidad actual de esta “**nueva Lex Mercatoria**” se debe, en lo

34 http://www.nissardi.it/DCI/01_fonti/Cass%20722-1982.pdf
35 FRIGNANI, Aldo. Il Diritto del Commercio Internazionali, IPSOA, 1986, p. 25
36 GARCÍA, Ignacio. Lex Mercatoria, pluralismo jurídico y globalización. El Monopolio del Derecho por parte del Estado. Revista Judicial, San José, N. 92, p. 159

37 “el infrascrito árbitro no considera necesario decidir si es aplicable al contrato que se somete un sistema particular de derecho nacional” (1972, CASO C.C.I. 2151, cit. DERAINS, p. 72 y de 1971, CASO C.C.I. 1512).
“El árbitro internacional carece de una Lex fori de la que pueda tomar las normas de conflicto de leyes” (1971, CASO C.C.I. 1512).
“...los árbitros no pueden recurrir a tales normas en la medida en que su poder no lo reciben de ningún Estado” (1970, CASO C.C.I. 1776).
En un caso donde el actor era francés y el demandado sueco :
“Las partes no indicaron en sus acuerdos ni en su correspondencia el derecho nacional que llegado el caso estimaban debería aplicarse a sus relaciones o a sus desavenencias. De este modo han otorgado implícitamente al árbitro la facultad y el poder de aplicar a la hora de interpretar sus obligaciones las normas del derecho y en sus defecto, los usos del comercio” (1969 CASO C.C.I. 1641 71 Véase además : de 1969, CASO C.C.I. 1641 Cit. p. DERAINS, p. 70).
“La conducta posterior de las partes, por ejemplo el haber sometido sus disputas a las reglas de la I.C.C. es una clara evidencia y confirmación de que las partes estaban a favor de la “deslocalización” de la resolución de la disputa... escoger el arbitraje comercial internacional tiene un efecto “deslocalizante” en el Derecho aplicable” (Caso C.C.I. 7110 de 1995,98 y 99).
“Seis de los nueve contratos contienen la expresión “justicia natural”. “reglas de justicia natural” en relación con la resolución de la disputa mediante arbitraje... El hecho de que los contratos estén en inglés no es decisivo, dado que el inglés ha llegado a ser un instrumento internacional para expresar los términos y condiciones de sofisticadas transacciones...”
(Caso C.C.I. 7110 de 1995,98 y 99).
“Las referencias a “la justicia natural”, “reglas de justicia natural” encontradas en la mayoría de los contratos, deben ser uniformemente interpretadas como relativas no solamente a la justicia procesal, sino al especial tipo de justicia sustancial que las partes tuvieron en mente, sobre la base de la neutralidad de la ley aplicable al mérito” (Caso C.C.I. 7110 de 1995,98 y 99).
“...los árbitros no están ligados a las reglas estrictas de un derecho nacional cuando se trata de determinar si, y en que medida, los usos del comercio pueden aplicarse, eventualmente en sustitución de normas dispositivas de la ley... esto permite a los árbitros atribuir un lugar más importante a los usos del comercio y en consecuencia, a las reglas consuetudinarias establecidas a nivel internacional... Naturalmente, todo esto se aplica cuando se trata de verdadero usos : esto es, de usos ampliamente conocidos y regularmente observados en el ramo considerado : debe establecerse que se trata de reglas que las personas comprometidas en el comercio internacional (y particularmente en el ramo en cuestión) consideran aplicables, sin ninguna necesidad de referencia expresa, porque ellas han llegado a ser obligatorias como consecuencia de un uso continuado...” (Caso C.C.I. 8873 de 1997).
38 En 1929 , el 28 de agosto se fundó en La Haya, la denominada International Air Traffic Association. En abril de 1945 se fundó una nueva organización en La Habana, con los nombres de Association du Transport Aérien o bien International Air Transport Association. Matuvo ella las siglas de su predecesora de 1929.

material, al desarrollo del transporte aéreo, al acortamiento de distancias por medio del vuelo, a los rápidos avances de la llamada “era del Jet” y, en lo jurídico, a nuevas formas de contratación entre las mismas empresas aéreas, a los llamados acuerdos de cooperación y especialmente a la I.A.T.A. (International Air Traffic Association y, en modo subsiguiente, a su reformulación en la “International Air Transport Association”), que busca dictar pautas uniformes, evitar la competencia desleal, establecer medidas de seguridad, en relación con pasajeros o mercancías peligrosas ^{39/} así como condiciones de embalaje ⁴⁰ y discutir problemas específicos, además, brinda el servicio de “cámara de compensación”. Esta organización funciona como fuente de prácticas, pues sus acuerdos se incorporan en los documentos de transporte.

La I.A.T.A. ^{41/} es, a la vez, un centro de intercambio, un foro de debates y un organismo de control, que defiende los intereses de sus miembros, a la manera como lo hacen las Conferencias Marítimas.

Desde el punto de vista de la “nueva **Lex Mercatoria**”, el fenómeno I.A.T.A. nos evoca el desarrollo medieval de las organizaciones de los propios comerciantes , pues representa una manifestación del llamado “Derecho de los Particulares” (**diritto dei privati**) fruto -al margen del Estado- de los usos de los

propios operadores del comercio, quienes crean y administran sus propias reglas. Todos estos caracteres nos recuerdan las organizaciones de comerciantes medievales (Hansas, Gremios y Corporaciones) que establecían sus propias reglamentaciones internas, tenían sus propios foros y tribunales y defendían a sus asociados

¿Cuáles son las fuentes del Derecho Empresarial Transnacional?

Se habla, en la doctrina italiana, de tres categorías de fuentes de este Derecho:

- a) Los Principios generales de Derecho
- b) Los usos y costumbres
- c) Las reglas establecidas por la jurisprudencia arbitral internacional ^{42/}

a) --- Los Principios

Los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales

Son muchos los laudos internacionales que afirman que la Lex Mercatoria se encuentra

“codificada” en los PRINCIPIOS DE UNIDROIT y las disposiciones contenidas en estos han sido aplicadas en numerosos casos, como un verdadero Código transnacional vigente, como lo demostró Rosemarie McLaren en su tesis de grado ^{43/}.

En algunos laudos costarricenses se ha justificado, del siguiente modo, la aplicación de Los Principios, como doctrina:

Por ejemplo:

“Sin que constituya una aplicación de Derecho no pactado ni invocado por las partes, sino por su valor doctrinario ... Las razones por las cuales este Tribunal considera que los Principios de UNIDROIT resumen “las más sanas prácticas comerciales” a que aluden las partes son:

- 1. Los Principios son una recopilación hecha por expertos internacionales procedentes de todas las partes del planeta, sin intervención de los estados o gobiernos, lo cual redundo en su alto grado de neutralidad y calidad y en su habilidad para reflejar el estado actual del consenso en la materia,
- 2. Al mismo tiempo, los Principios de UNIDROIT están ampliamente inspirados por el Derecho Internacional uniforme, particularmente la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercancías.

- 3. Los Principios de UNIDROIT son particularmente aptos para ser aplicados en el campo arbitral.
- 4. Ellos han sido especialmente concebidos para ser aplicados a los contratos internacionales
- 5. Más que vagos principios, ellos proporcionan reglas específicas útiles” ^{44/}.

b) --- Los usos y costumbres

Muchos de ellos recopilados:

“...las prácticas, los usos y las costumbres son registrados, recopilados y publicados, como consecuencia de su divulgación, aceptación por los particulares, asunción como textos dotados de autoridad por organismos, profesionales y empleo como referencia por los órganos jurisdiccionales y comienzan a tomar una jerarquía normativa no promulgada” ⁴⁵.

ALGUNAS RECOPILEACIONES de usos y costumbres globalmente utilizadas:

Tenemos, en primer lugar, los INCOTERMS, en sus diferentes ediciones

Los INCOTERMS (acrónimo) son recopilaciones de términos del comercio

39 IATA / OACI Regulaciones para el transporte de mercancías peligrosas 2010
40 Existen condiciones generales relativas a los embalajes e instrucciones de embalaje que, conjuntamente, tienen por objeto garantizar la seguridad del transporte de mercancías peligrosas por vía aérea. IATA / OACI Regulaciones para el transporte de mercancías peligrosas 2010. PEREZ UMAÑA, Daniel. El valor negocial de las indicaciones en el embalaje, Facultad de Derecho, U.C.R. 2006 y PÉREZ VARGAS, Víctor. El Contrato de Transporte Aéreo Internacional. Revista IVSTITIA, Año 15, N 175-176. Pág. 29
41 Dirección: 1155, Mansfield St, Montreal, Canada y 20m Chemin de Joinville, B.P., 160, 1216 Cointrin SUISSE. 61 oficinas en 59 países. Oficina central: Montreal, Canadá. Oficina Ejecutiva: Ginebra, Suiza. Oficinas regionales en Amman, Beijing, Bruselas, Johannesburgo, Madrid, Miami, Moscú, Singapur, y Washington.
42 FRIGNANI, op.cit. p. 26

43 McLaren Rosemarie, Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003.
44 Expediente CCA 15 ARO7 08 02. Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. TRIBUNAL ARBITRAL. Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. A las diecisiete horas del primero de junio del dos mil tres.
45 marzoRATTI, Lex Mercatoria, separata, p. 7

internacional con los que se expresan las obligaciones de compradores y vendedores. Constituyen verdaderas normas usualmente establecidas en los contratos de compraventa internacional, con el fin de brindar el orden y la seguridad jurídica que requieren las transacciones.

Como explica Paula María Chavarría, los INCOTERMS, en sus distintas versiones, regulan distribución de los gastos, transmisión de los riesgos, lugar y forma de entrega y diligencias documentales ^{46/}.

También podemos mencionar las diversas reglas y usos uniformes sobre prácticas bancarias de la CCI, por ejemplo:

**LAS REGLAS UNIFORMES
SOBRE LAS GARANTÍAS
CONTRACTUALES DE LA
CCI**

Reglas Uniformes sobre Cobranzas (Cámara de Comercio Internacional)

Reglas Uniformes para garantías a la vista. Cámara de Comercio Internacional

Hace CUATRO MESES:

La Cámara de Comercio Internacional (ICC) aprobó las obligaciones de pago bancario, vigentes desde el 1° de julio pasado. Implica un compromiso irrevocable del banco del importador de transferirle los fondos al banco del exportador ⁴⁷.

Otro ejemplo de recopilación de usos son las **REGLAS YORK-AMBERES** ^{48/} que regulan la avería gruesa o avería general.

La avería gruesa o avería general (“**general average**”) no es una pérdida o daño total, sino un sacrificio parcial de los intereses de la aventura marítima para salvar ésta. La avería gruesa, cuyos orígenes se encontraban en la Ley Rodia de la echazón es una institución propia de la **Lex Mercatoria**, prácticamente admitida en toda la historia occidental y en todas las naciones. Su regulación actual se encuentra en las Reglas York Amberes 2004.

Existe un acto de avería gruesa cuando y únicamente cuando, intencional y razonablemente, se hace o se incurre en un sacrificio o gasto extraordinario para la seguridad común, con el objeto de preservar de un peligro las propiedades comprometidas en una aventura marítima común”. De lo expuesto, resultan sus elementos:

- 1. Sacrificio o gasto extraordinario
- 2. Intencional y razonable
- 3. Para la seguridad común
- 4. Preservación de un peligro
- 5. Aventura marítima común.

Se entiende, además, que el resultado haya sido exitoso, por ejemplo que gracias a la echazón de carga al mar se haya podido salir de una tempestad.

En la Conferencia del Comité Marítimo Internacional, en Vancouver, en junio 2004,

se aprobó una nueva redacción de las Reglas de York y Amberes, que supone reformas significativas respecto a la versión anterior de 1994 ^{49/}.

Usos no recopilados

En cuanto a los usos no recopilados, queda la tarea del intérprete de determinarlos y de verificar su relevancia

c) ---La jurisprudencia arbitral, particularmente, la de la Cámara de Comercio Internacional

Ha sido la jurisprudencia arbitral la que se ha encargado de afirmar algunos principios del Derecho Transnacional

Algunos de los principios jurisprudencialmente afirmados por la jurisdicción arbitral de la C.C.I., en muchos casos, en aplicación de los Principios de UNIDROIT, han sido ^{50/}:

- La autonomía de la cláusula arbitral ^{51/} y su interpretación restrictiva, en oposición a la doctrina norteamericana denominada “*favor arbitration*”. ^{52/}
- La competencia del árbitro para decidir sobre su propia competencia.
- La resarcibilidad de la pérdida de chance.
- La presunción de competencia

profesional, en lo que se refiere a los vicios de la voluntad y a la excesiva onerosidad sobreviniente. La no indemnizabilidad de los daños imprevisibles. Los deberes de comunicación y cooperación entre las partes contractuales. La buena fe, en la formación y ejecución del contrato Los deberes de evitar daños a la contraparte; los *Schadenverhütung Pflichten* de la doctrina alemana ^{53/}. El respeto al fin del contrato.

Para concluir:

El **Derecho Empresarial Transnacional**, la *Lex Mercatoria*, configura en sí mismo un ordenamiento, con reglas propias transnacionales, con jurisdicción no estatal, con sanciones propias y con un sistema de producción de normas independiente de cualquier sistema estatal.

Este Ordenamiento Jurídico Transnacional, en estrecha intersección y coexistencia espacio temporal con todos los ordenamientos nacionales y con otros no estatales es **el nuevo Derecho Privado planetario**.

Muchas gracias.

46 V. Chavarría, Paula María, Los INCOTERMS 2010, Revista Judicial 107, junio 2013
47 La publicación de la ICC que regula este medio de pago se denomina URBPO 750E (Uniform Rules for Bank Payment Obligations , o Reglas Uniformes para Obligaciones de pago Bancario) y consta de 16 artículos. <http://www.lanacion.com.ar/1611737-un-nuevo-medio-de-pago>
48 VALENCIANO, Carlos, La avería gruesa, Tesis UCR, 2008

49 <http://iidmaritimo.org/instituto/wp-content/uploads/2013/07/LA-AVER%C3%8DA-GRUESA-EN-ESTADO-DE-AVER%C3%8DA1.pdf>
50 Un mayor desarrollo de este aspecto en mi trabajo: PÉREZ, Vargas, Víctor. La continuidad entre La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías, los Principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales, la Jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y la Jurisprudencia Arbitral Costarricense. Revista Judicial, N 96, Corte Suprema de Justicia, junio, 2010. http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_96/principal.html
51 Sus orígenes se remontan al caso: Prima Paint Corporation vs Flood and Conklin Manufacturing Co. U.S. Supreme Court, 12 de junio de 1967 -388 US 396 1967, Yearbook on Commercial Arbitration T. II, 1977, p 123, cit p. HUYS, op.cit., p.486. V. también SANDERS, Peter, Trends in the field of international commercial arbitration, recueil des cours de l’Academoe de Droit International de La Haya, 1975-II, Sithof, Leyden, 1976, p 215.
52 DERAINS, Ives, Jurisprudencia Arbitral, Clunet, 1974, p. 938
53 http://vds.de/fileadmin/vds_publikationen/vds_3427_web.pdf

BIBLIOGRAFÍA

ASCARELLI, Tulio, Iniciación al estudio del derecho Mercantil, Bosch, Barcelona.

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

The UNIDROIT Principles as a Means of Interpreting and Supplementing International Uniform Law. Special Supplement, I.C.C. International Court Bulletin, June, 2002

BORTOLOTTI, Fabio, Diritto dei contratti internazionali, Cedam Padova, 1997

BLACK'S Law Dictionary, West Publishing Co. St. Paul, Minnesota, 1979

BROSETA PONT, Manuel, Manual de Derecho Mercantil, Editorial Tecnos, Madrid, 1978

CHACÓN, Rubén. Disposiciones Jurídicas. Normas Jurídicas que tutelan los derechos de los pueblos indígenas, ISOLMA, P. 57.

CHAVARRÍA, Paula María, Los INCOTERMS 2010, Revista Judicial 107, junio **2013**

DAVID, René, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1973

DAVID, René, Tratado de Derecho Civil Comparado, Editorial revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.

DERAINS, Yves, Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, Gráficas Morales, Madrid, 1985

DERAINS, Yves, Jurisprudencia Arbitral, Clunet, 1974

FERNANDEZ QUESADA, José Rafael. Los términos del comercio internacional. INCOTERMS. Iustitia, San José, 1987.

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.

GALGANO, Francesco, Storia del diritto commerciale, Il Mulino, Bologna, 1976.

GARCÍA, Ignacio. Lex Mercatoria, pluralismo jurídico y globalización. El Monopolio del Derecho por parte del Estado. Revista Judicial, San José, N. 92 http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_93.pdf

GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, I, Madrid 1976

GOMEZ RODAS, Carlos, Apuntes sobre arbitraje comercial internacional. Revista de Ciencias Jurídicas, N. 64 San José, setiembre-diciembre de 1989

GONZÁLEZ BOLAÑOS, Karla. La Contratación Electrónica a la luz de la teoría general del contrato imperante en la legislación costarricense, Facultad de Derecho, UCR, Setiembre, 2013 ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION BULLETIN, vol 10/Nº 2- Fall 1999.

GUILLÉN JIMÉNEZ, Daniel, La Lex Mercatoria, Revista Judicial, San José, N. 89 http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_89/Introducci%C3%B3n%20a%20la%20Lex%20Mercatoria.htm

JACQUT, Jean Michel y DELEBECQUE, Philippe. Droit du Commerce International, Salloz, **2000**, París

KOZOLCHYK, Boris, Cartas de crédito electrónicas. Estudios de Derecho bancario. La Ley S.A., Madrid, 1994 LE GOFF, Mercaderes y Banqueros en la Edad media, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1975.

MAC LAREN, Rosemarie, Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2004

MALAGARRIGA, Carlos, Tratado elemental de Derecho Comercial, TEA, Buenos Aires, t. I, 1963.

MARQUEZ NARVAEZ, José Ma. Medios de Pago en la Compraventa Internacional. Manual Práctico, Madrid, 1993.

MATUTE MORALES, Claudia, Los Principios Jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional en Arbitraje Comercial. Revista Judicial, N. 80

MERRYMAN, J.H., La Tradición jurídica romano canónica, Fondo de Cultura económica, México, 1980.

MONTOYA ALBERTI, Lex Mercatoria, capítulo XI de El arbitraje Comercial Internacional, Cultural Cuzco, Lima, 1988

MORA, Fernando. Estructuralismo y Derecho. <http://inif.ucr.ac.cr/recursos/docs/Revista%20de%20Filosof%C3%ADa%20UCR/Vol.%20XI/No.32/Estructuralismo%20y%20Derecho%20.pdf>

MORA, Fernando, La Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Revista de Ciencias Jurídicas N. 64, setiembre-diciembre de 1989

NASSAR GUIER, Edgar, El marco jurídico del contrato de compraventa internacional. Revista de Ciencias Jurídicas, N. 84, mayo-agosto de 1997

PÉREZ VARGAS, VÍCTOR y PÉREZ UMAÑA, Daniel - PEREZ VARGAS, Víctor. *“The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in Costa Rican Arbitral Practice”*. UNIDROIT Uniform Law Review. Vol. (XI), Enero, 2006, p.180

PEREZ VARGAS, Víctor. El Contrato de arbitraje en el comercio internacional. Revista judicial N. 40, marzo, 1987

PEREZ VARGAS, Víctor, El Contrato de franquicia comercial. Revista Judicial N. 56.

PEREZ VARGAS, Víctor, El contrato de transporte aéreo, Revista Iustitia, N- 175, 176, julio-agosto, 2001

PEREZ VARGAS, Víctor, El Contrato de Seguro Marítimo, Revista Iustitia, N 168, diciembre, 2000

PEREZ VARGAS, Víctor. La continuidad entre La Convención de Viena, los Principios de UNIDROIT, la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y la jurisprudencia arbitral costarricense. Revista Judicial 96, junio, 2010

PEREZ VARGAS, Víctor. Los medios de pago en la compraventa internacional. Revista Judicial N. 21

PEREZ VARGAS, Víctor, Los INCOTERMS, 2000, Revista Ivstitia, Ns. 164-165, agosto setiembre, 2000

PEREZ VARGAS, Víctor, Tendencias Unificadoras en el comercio internacional, Revista Judicial, N. 19, Corte Suprema de Justicia, San José, marzo de 1981.

RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Contratos Bancarios. Felabán, Bogotá.

ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, La Sociología del Derecho en Max Weber. UCR, 1975

SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco. Los Sistemas Normativos en la Historia de Costa Rica, ISOLMA, San José, 2013

SOLANO PORRAS, Julián, La Lex Mercatoria, Revista Judicial, N. 76, Corte Suprema de Justicia.

VALENCIANO, Carlos. Acercamiento a la Avería Gruesa, una figura controvertida de la Lex Marítima; y notas para la interpretación de la naturaleza jurídica de los institutos del Derecho Marítimo, Revista Judicial N. 90 San José, 2008

Sítios de Internet

http://www.powershow.com/view/28519f-MTAzN/PLURALISMO_JURIDICO_Y_GLOBALIZACION_powerpoint_ppt_presentation

www.Lexmercatoria.org

<http://tldb.uni-koeln.de/TLDB.html>

<http://www.trans-lex.org/>

http://library2.lawschool.cornell.edu/insiteasp/public/display_browse.asp?style=st_browse&id=754&prevpage=1international

<http://www.jus.uio.no/lm/>