

INTRODUCCIÓN A LA LEX MERCATORIA

Lic. Daniel Guillén Jiménez

SUMARIO

Introducción
Conceptualización
Evolución Histórica
Grecia
Roma
Edad Media
Edad Moderna
Nueva Lex Mercatoria
Manifestaciones de la Lex Mercatoria
Usos y costumbres del comercio Internacional
El arbitraje
Conclusiones
Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La lex mercatoria, tan importante como lo fue en la Edad Media, continúa siéndolo en la actualidad, y con mayor intensidad. En un principio se basó su importancia en el hecho de que constituía el único “ordenamiento” específicamente dirigido a regular el comercio. Hoy en día su importancia estriba más bien en el hecho de que compite cabeza a cabeza con las normativas Estatales sobre la regulación de los fenómenos comerciales.

La llamada nueva lex mercatoria está formada al igual que la vieja lex mercatoria por usos que constituyen un derecho espontáneo, uniforme, y en cierta manera universal; que son usos propios de los comerciantes, y que tratan de superar las dificultades del conflicto de leyes cuando se trata de determinar el

derecho nacional que regirá determinada relación jurídica, o que plantean evitar dicha confrontación dejando claras las reglas de juego de antemano al diferendo.

Las técnicas del derecho internacional privado basadas en la norma del conflicto se muestran a veces inadecuadas para regular las complejas cuestiones suscitadas en el ámbito del comercio internacional, en el que se verán incluidos variedad de Ordenamientos Jurídicos, por ejemplo en el caso de conflicto entre dos contratantes en el que uno de ellos se vea regido por un Sistema Jurado Romano Germánico, mientras que el otro por un Sistema del Common Law Anglosajón, en este caso no estaríamos siquiera en presencia de un conflicto de normas, sino en sistemas de aplicación de justicia totalmente distintos. ¿Cuál es la solución entonces?

A esta interrogante pretende darle respuesta la lex mercatoria, aplicación unitarizada a nivel mundial para las contrataciones mercantiles, con miras a evitar la menor muestra de lagunas en la solución de conflictos. Algunos lo llaman el derecho de la Globalización, y por qué no, si su fin último es borrar fronteras.

Detallar el fenómeno de la lex mercatoria requeriría de un trabajo muy extenso, por lo que este pequeño estudio pretende introducir el tema buscando que el lector se motive e indague y profundice aún más tan importante figura en tiempos donde la globalización no deja refugio.

Conceptualización

Lex mercatoria como derecho de la globalización.

Iniciemos este ensayo, definiendo la figura de estudio. En la Doctrina es común encontrar la idea de que, a través de la historia ha existido una “ley” que ha gobernado las relaciones privadas de los mercaderes internacionales a través de la historia. Cada país tenía su propio derecho interno, pero cuando se trataba de disputas comerciales internacionales suscitadas en puntos estratégicos como puertos y ferias, las mismas eran resueltas bajo reglas transnacionales ajenas a un país en particular. Situación que no dista de lo que sucede actualmente en las relaciones comerciales a nivel mundial.

Básicamente, podemos decir que la *lex mercatoria* es definida ya sea en relación a sus fuentes o a su ámbito de aplicación. Desde el segundo punto de vista se trataría de todas aquellas reglas que gobiernan las transacciones comerciales internacionales, incluyendo convenciones internacionales, usos codificados y no-codificados, instrumentos de *soft-law*, laudos internacionales, y aún leyes nacionales usadas para dirimir conflictos internacionales. “Para Shmitthof la *lex mercatoria* sería entonces sinónimo de derecho comercial internacional.”¹

También encontramos en doctrina posiciones que ven la *lex mercatoria* desde sus fuentes, para lo cuales se asocia esta figura con reglas que:

Nacen de la práctica, bajo el contexto internacional.

No derivan de un sistema legal en particular, y Aplican a operaciones transnacionales

Se forman entonces a través del desarrollo de las relaciones comerciales y de sus usos y costumbres normas que regulan dichas actividades, además de las artesanales e industriales, y buscan la unitarización de normas y la eliminación de fronteras entre ellas.

Evolución histórica

Mucho se dice que, al igual que el derecho comercial, la conceptualización de la *lex mercatoria* tiene sus orígenes en la edad media, como contrapartida de los derechos de los señores feudales, plenos de privilegios. No obstante, la *lex mercatoria*, como concepto jurídico, se desarrolla a través de la historia paralelamente al desarrollo del comercio de los hombres. Importante observación esta, por cuanto, debe tenerse claro que no es Derecho Comercial propiamente dicho, no son sinónimo; no puede igualarse el devenir histórico de esa rama del Derecho con la evolución que sufrió la *lex mercatoria*, pese a que en muchas de sus etapas la afectan directamente.

¹ Faya Rodríguez Alejandro, La nueva *lex mercatoria*: naturaleza y alcances. Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 34, Sección de Previa, 2004 P 48.

Tenemos entonces que, si bien es cierto no es hasta la edad media que las figuras que identifican al *ius mercatorium* se encuentran plenamente individualizadas, su base histórica se remonta tiempo atrás.

En las primeras épocas el hombre se proporcionó lo necesario para su subsistencia tomándolo de donde lo encontraba, apoderándose de lo que le agradaba o convenía, o bien construyéndolo toscamente con sus poco avanzadas herramientas o sus propias manos en la mayoría de los casos. El ser humano fue pues cazador, labrador y obrero para sí y para su familia. No existía al principio de los tiempos ningún atisbo de intercambio de productos que pudiera anunciar un comercio incipiente

Aun así la actividad humana lo hace pasar de ser un cazador/recolector a ir evolucionando hacia la siembra de productos o al aprovechamiento del medio en el que se asentara un grupo de estos seres. Esta diversificación de medios y tenencias produjo que unos quisieran lo que producía el otro y de ahí nace el canje de productos o mercaderías. Pero este tipo de transacciones tenían sólo por fin el satisfacer el consumo personal o familiar, y además se producía ocasionalmente; lo que impide a estas etapas primarias del hombre incluirse dentro del estructurado derecho comercial tal

y como se conoce actualmente, aunque no deja ser parte de sus inicios.

Grecia Antigua. Por la especial situación geográfica de Atenas, el intercambio comercial provocó su excepcional desarrollo, tanto en lo económico, en lo social como en lo político. Ya se conocían los derechos que gravaban las mercancías y se les consideraban como medidas fiscales. También los extranjeros eran libres de ejercer el comercio en Atenas y el estado se abstenía, en principio, de injerirse en la formación de asociaciones y sociedades. Se unificaron los pesos y medidas y los procedimientos judiciales y aseguraban el curso del dinero mediante el concurso de banqueros, todo lo cual contribuye a acercar las ciudades y a formar una clase de mercaderes profesionales que adquieren mentalidad y costumbres cosmopolitas.²

En materia de derecho marítimo, era conocido el *nauticum foenus*, como el precedente del “préstamo a la gruesa”, y consistía en un préstamo para una exportación por mar, la devolución del cual estaba subordinada a que el buque llegase a buen puerto, en cuyo caso el prestamista percibe, además del capital, unos intereses muy superiores a los ordinarios a título de beneficio marítimo y como precio del riesgo. En caso de naufragio, el prestatario

² Felipe de Solá Cañizares. Tratado de Derecho Comercial Comparado. Tomo I, Editorial Montaner y Simón S.A. Barcelona. P.7.

quedaba liberado de todo pago y en caso de una pérdida parcial, se liberaba parcialmente de la deuda. Se contaba también con la Lex Rodhia, que tiene su origen en una antigua práctica fenicia y que se constituye en el antecedente de la echazón, que ha pasado a los códigos modernos con el nombre de avería común o avería gruesa. El derecho romano adoptó esta institución denominándola Lex Rodhia de jactu.³

Para los asuntos comerciales, existía una jurisdicción especial de jueces mercaderes, con un procedimiento rápido que debía terminarse en un mes y que no era susceptible de ningún recurso, sin embargo, era corriente que los comerciantes acudieran al arbitraje control, al cual se podía recurrir ante los Tribunales y por otra parte los árbitros podían abstenerse de juzgar y requerir a las partes para que sometieran el asunto a los tribunales.

Roma. Vivió Roma sometida al influjo de la cultura griega. Las gentes de Lacio por ejemplo, habían tomado de Grecia la escritura, y es indudable también la gran recepción del derecho griego. Sabido es que Roma empieza siendo un pueblo de agricultores que alcanza posteriormente una activa y floreciente situación económica. En torno a la economía romana señala Fernando Mora: "Los romanos fueron un pueblo eminentemente agricultor, nacido en el agro, para el agro."⁴

Roma se convierte en el centro del comercio mundial de la época y logra una rudimentaria economía dineraria. Realiza un importante tráfico marítimo e incluso, aparecen ciertas asociaciones o agrupaciones profesionales de mercaderes. La existencia de sujetos que profesionalmente se dedican al comercio (marítimo y terrestre) y la actividad que realizan determinan el nacimiento de exigencias económicas que deben ser reguladas y resueltas por el Derecho. Para ello surgen instituciones jurídicas nuevas, o se aplican y transforman las propias instituciones civiles, sin embargo, no surge aún un Derecho especial para el comercio, distinto y separado del ius civile, ello en razón a las especiales características del derecho romano⁵ que hicieron innecesaria la aparición de un derecho especial.

Estas características fueron:

Su naturaleza esencialmente dinámica

Sus extraordinarias condiciones de acomodación y flexibilidad ante las nuevas exigencias sociales

Incorporación a su derecho el jus gentium mediante los edictos de los pretores (Pretores peregrinos). La figura del pretor peregrino aplicaba la Ley a cada caso concreto.

3 Solano Porras Julián, Lex mercatoria, Revista Judicial, p. 17

4 Mora, Fernando. Introducción al estudio del Derecho Comercial. San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, Segunda Edición, 1991, p. 51.

5 Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho mercantil. Editorial Tecnos. Madrid. p. 41.

La perfección del *ius civile* romano. “En efecto, aún cuando el primitivo *ius civile* no parece que fuera especialmente desfavorable para el comercio, resultó, sin embargo, insuficiente para regular las nuevas relaciones jurídicas derivadas del importante tráfico mercantil en el que intervino Roma.”⁶

Carencia de una organización corporativa comercial.

Los romanos no conocieron una verdadera división del derecho privado en derecho civil y derecho comercial; sus juriconsultos nunca pensaron en esta división. Su tendencia hacia la abstracción y a la unificación les llevó a sistematizar sus construcciones jurídicas unificando las reglas jurídicas sin preocuparse de establecer distinciones entre comerciantes y no comerciantes, ni entre actos civiles y actos de comercio. Faltó incluso una palabra técnica para designar el comercio: *negotiatio* designaba tanto el gran comercio como una operación aislada y *mercatura* indicaba exclusivamente comercio de mercadería en sentido estricto, sin que en parte alguna apareciera un *jus mercatorum*, como sucedió hasta después en la edad media.

No cabe duda que existieron en Roma instituciones jurídicas creadas para el comercio y aplicables exclusivamente al comercio, infiriéndose que si no existió un derecho comercial en el sentido de un cuerpo autónomo de reglas jurídicas opuesto al derecho civil, puede afirmarse que existió

un derecho comercial en el sentido de la existencia de reglas jurídicas aplicables exclusivamente al comercio.

En Roma, se conocían instituciones como la *Lex rodhia de jacto*, el *foenus nauticum*, ya explicadas y también la acción exercitoria que se ejerce contra el armador, atribuida a quien contrataba con el capitán de la nave, la acción recepticia contra el capitán por los deterioros o pérdidas de efectos y equipaje de los pasajeros. La acción institoria (El autor Roberto Mantilla⁷ se refiere a esta como aquella que “permitía reclamar del dueño de una negociación mercantil, el cumplimiento de obligaciones contraídas por la persona que se había encargado de administrarla (institor)” y, se refiere a la acción exercitoria, como aquella que “se daba contra el dueño de un buque, para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por su capitán”), la *receptum argentarium*, que era un pacto que obligaba al banquero a pagar por cuenta de un cliente.

El contrato de sociedad adoptó diversas formas y fue utilizado para fines comerciales pero sin que hubiera distinción jurídica entre sociedades civiles y comerciales. Uno de los tipos de sociedad romanos, la *societas publicanorum*, denominada también *societas vectigalium*, reunía grandes capitales y gozaba de personalidad jurídica.

Podemos concluir que Roma no contó con un desarrollado Derecho mercantil y esto se debió a dos razones importantes:

6 Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. Origen Histórico del Derecho Mercantil. Tomado de la Antología de la Cátedra de Derecho Comercial I, de la Universidad de Costa Rica, 1997.

7 Mantilla Molina, Roberto. Derecho Mercantil., México, Editorial Porrúa, p 82

La figura del pretor peregrino que aplicaba la Ley a cada caso concreto y, la perfección del ius civile romano.

La edad Media Los diez siglos comprendidos entre el final del imperio Romano, con la deposición del emperador Rómulo Augustulo, por Odoacro en el 476⁸, hasta la caída de Constantinopla en poder Turco en 1453, estuvieron marcados por el feudalismo, base social, que se sustentaba en una relación de dependencia personal, denominada vasallaje., la cuál surge entre las relaciones de subordinación entre un guerrero y un campesino débil, condiciones que se modificarían llevando a intrincadas y complejas cadenas de vasallajes que abarcaban a todas las capas sociales, y se proyectaban a las descendencias. Aparte de esta figura el inicio de la edad media estuvo marcado por invasiones bárbaras, guerras y conflictos; y por supuesto por el dominio que ejercía la iglesia.

Era la Iglesia quien llevaba las riendas de la economía, y hacia que el mayor valor terrenal fuera la tenencia de la tierra. Solo la tierra, creada por dios, era capaz de producir según los principios de la Iglesia en aquel tiempo; el afán de lucro estaba proscrito por la ley de dios, y por ende el comercio, que se consideraba desordenado y desmedido en sus alcances, además de no ser productivo

El comercio resurgió a consecuencia de las cruzadas, que no solo se abrieron vías de comunicación con el Cercano Oriente, sino que provocaron un intercambio de los productos de los distintos países europeos. Este florecimiento del comercio ocurrió en condiciones políticas y jurídicas muy distintas a las que habían prevalecido en Roma.

Fue la incipiente formación de Burgos y villas, asentadas en territorios fuera de los dominios de los grandes señores feudales europeos, la que dio origen a una nueva conceptualización de la riqueza y sustento al poder, basados en la riqueza monetaria. “En las villas que luego fueron pueblos y ciudades, al aumentar en número sus habitantes, surge una nueva clase social que se conocería como burguesía y se caracterizaría por su dedicación al lucro proveniente del tráfico comercial”⁹

El auge de la burguesía minaba poco a poco las bases del feudalismo, por cuanto la riqueza ya no se reconocía en la posesión de tierras y su explotación por los siervos, si no por el contrario, en la actividad comercial, que a su vez exigía de una gran reunión de individuos en un espacio geográfico reducido. Durante la alta “Edad Media”, los siervos abandonaban los terrenos de cultivo feudal y con ellos dejaron atrás su condición de tales, para incorporarse a la vida de las ciudades, expandiéndose

8 Brilla Ferrer Carlos Eduardo, Los Orígenes Históricos del Derecho Mercantil Costarricense: de las ordenanzas de Bilbao de 1737 al Código de Comercio de 1853, Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica.1998. P 19.

9 Brilla Ferrer Carlos Eduardo, Los Orígenes Históricos del Derecho Mercantil Costarricense: de las ordenanzas de Bilbao de 1737 al Código de Comercio de 1853, Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica.1998. P 19.

estas con velocidad ante el flujo constante de inmigrantes de orígenes rurales

El incremento de población en las ciudades conllevó al surgimiento y perfeccionamiento de ciertos oficios y actividades mercantiles, producto de las cuales nacen los gremios¹⁰, influenciados por las experiencias de los colegios Romanos y en menor medida de las guildas¹¹ y hansas germánicas. En cuanto a su estructura, los gremios se caracterizaron por ser asociaciones cerradas de artesanos y mercaderes que monopolizan específicas ramas de la actividad económica. Los gremios toman fuerza y forman corporaciones, colegios, Universidades, mientras tranzaban su producción; un punto muy importante para el nacimiento del derecho comercial y es el nacimiento de los estatutos; las prácticas comunes de esta actividad y la necesidad de defender y proteger el comercio, dieron origen a costumbres y prácticas comunes, que se convirtieron en exigibles y de acatamiento obligatorio, luego de adquirir el derecho a su autorregulación.

Fue durante los siglos XII y XIII que la manera de pensar y actuar cambió en las poblaciones nacientes. “Este cambio de mentalidad y costumbres fu producto de varios factores entre los que podemos contar, un derecho romano anquilosado y fuera de época, los excedentes en la producción agrícola, que obligaron a la búsqueda de mercados”¹², y

sucesivamente, en los siglos venideros, el crecimiento de las ciudades, hacia donde se trasladaron muchos campesinos que a la postre constituirían grupos de orfebres, comerciantes y banqueros; posteriormente la expansión papal hacia el Oriente, debido a las Cruzadas; el desarrollo del comercio marítimo y por último el descubrimiento de América.

Esta “revolución comercial” (como la ha llamado Alberto Bercovitz) se origina en Italia, en ciudades como Venecia, Bari, Pisa y Génova, luego se fue extendiendo a otras ciudades de Europa. Pero, no todas las ciudades crecieron a un mismo ritmo, en algunas el intercambio es meramente local, en el mercado, donde existía un reglamentación rígida sobre la protección de los consumidores, mientras que el “gran comercio” era aquél dedicado a traspasar las fronteras, era el comercio de exportación, que se llevaba a cabo en las ferias, de las cuales son famosas las de Lyon y Champaña, en Francia, donde participaban comerciantes del norte de Italia.

Es quizás la etapa de la evolución más importante, porque el nacimiento del derecho mercantil, y la *lex mercatoria* como elemento paralelo, está íntimamente ligado a la actividad de los gremios y de las corporaciones de mercaderes que se organizan en las ciudades medievales, para defender sus derechos.

10 Cabanellas Guillermo, Diccionario Enciclopédico Usual, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, Tomo IV. P 198.

11 Cabanellas Guillermo, Diccionario Enciclopédico Usual, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, Tomo IV. P 226

12 Silva Jorge Alberto, Estudios sobre Lex Mercatoria, Universidad Autónoma de México, 2006. P. 228

Los comerciantes se asociaban en grandes corporaciones profesionales que recibían el nombre de *consulados*, y cuya misión consistía en la defensa y protección de los intereses económicos de sus miembros.¹³ A la cabeza estaban colocados los cónsules, juntos a los cuales había funcionarios, una junta o consejo reducido y uno amplio, constituido generalmente por todos los miembros de la corporación. Las corporaciones gozaban de autonomía y de jurisdicción propia. La jurisdicción de las corporaciones de mercaderes, cuya importancia había de ser tan grande en el desenvolvimiento del derecho consuetudinario del comercio, la ejercía el presidente (consules mercatorum)

El fenómeno comercial iniciado en el Siglo XII también fue regulado, aunque no por un derecho estatal o del príncipe. Aunque a esta normativa se le conoce como *lex mercatoria mediaval*, el fin de la Edad Media no dio por concluido a este sistema Jurídico, que se prolongó durante el renacimiento hasta el siglo XVII, cuando, como veremos la estatización del derecho comercial dejaría sin efectos estas figuras.

Dentro de las normas que los antiguos mercaderes establecieron mediante el uso y la práctica, y que pasaron a formar parte de legislaciones nacionales se pueden citar:

Los acuerdos informales pueden llegar a ser legalmente válidos, y obligan a las partes.

El comprador de buena fe de bienes robados es protegido respecto del original propietario, cuando tales bienes hayan sido adquiridos en mercados abiertos (relacionar con el código comercio tico).

La mera posesión de una letra de cambio otorga el derecho al pago.

El vendedor tiene el derecho a detener el tránsito de bienes vendidos si el comprador incumple el contrato respectivo.

Los socios pueden demandarse entre sí.¹⁴

No es muy seguro afirmar que los juristas medievales estuvieron conscientes de que los comerciantes se regían por un sistema jurídico diferente al estatal, esto es, que su regulación no se enlazaba con este último; ni siquiera de que existía un pluralismo jurídico. A su *lex mercatoria* (cuyo origen no se encontraba en el príncipe) también se le conoció como *diritto vivente*, *droit corporatif* o *selbstgeschaffenes rect wirshaft*¹⁵. Surgió entonces esta figura como una respuesta medieval a las necesidades del tráfico comercial.

El surgimiento de estas nuevas condiciones fue especialmente positivo para las Monarquías, las cuales antes se encontraban sumamente disminuidas en sus poderes y alcances, frente al gran poder que se reservaban para sí lo señores feudales y ante su incapacidad material de imponerse a ellos.

13 Cruz Barney, El derecho mercantil y el surgimiento de la organización y jurisdicción consular en el mundo hispánico, en Silva Jorge Alberto, Estudios sobre Lex Mercatoria, Universidad Autónoma de México, 2006. P 3.

14 Faya Rodríguez Alejandro, La nueva lex mercatoria: naturaleza y alcances. Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 34, Sección de Previa, 2004 P 47.

15 JORGE SILVA, Silva Jorge Alberto, Estudios sobre Lex Mercatoria, Universidad Autónoma de México, 2006. P.232.

Edad Moderna. Dentro de esta etapa podemos encontrar un período que va desde el XV hasta fines del XVIII. Este período se caracterizó porque a partir del XV surge la teoría del mercantilismo y por lo tanto el consiguiente crecimiento de la importancia del poder político en la economía, fenómeno representado por las Monarquías Absolutistas y posterior identificación nacionalista. Así mismo, se produce la revolución industrial y el derecho mercantil tradicional comienza a perder importancia como consecuencia de la expansión de las primeras ordenanzas mercantiles (primeros documentos escritos que tenemos del derecho mercantil) Dentro de estas ordenanzas se han de destacar:

Ordenanza Francesa del Comercio, promulgada por Luis XIV (1673).

Ordenanza Francesa de la Marina (1681).

Ordenanza de la Universidad y Casa de Contratación de Bilbao, promulgada por Felipe V (1737) y confirmada por Fernando VII (1814).

Ordenanza de Burgos de 1495.

El fin de la segunda etapa podemos situarlo en 1807 con la promulgación del Código Civil Napoleónico, fuertemente influenciado por las ideas de la Revolución Francesa.

A lo largo de la Edad Moderna, el derecho mercantil experimentará una importante evolución tanto por lo que se refiere a las características de ese Derecho como a su

contenido institucional. En los siglos XVI a XVIII, sin dejar de ser un Derecho profesional de los comerciantes, inicia un doble proceso de “objetivización y de estatización”¹⁶.

Este proceso de objetivación consiste sencillamente en que el Derecho especial se aplicará a las relaciones del tráfico no es función de la intervención de un apersona que sea comerciante, sino sencillamente en razón de que una determinada relación de tráfico pueda ser calificada como acto de comercio, sean o no comerciantes quienes lo realicen¹⁷. Para Rodrigo Uría¹⁸ la evolución de un sistema preferentemente subjetivo como el medieval hacia la objetivación se oculta bajo una fórmula artificiosa y formalista que permite mantener la idea del Derecho mercantil como un derecho de los comerciantes: se presumía la cualidad de comerciante en quién no lo era cuando realizada alguno de los actos que debían quedar sometidos a las jurisdicción consular.

De otro lado el proceso de estatalización significa que el Estado reivindica para sí el monopolio de la función legislativa, pasando el Derecho Mercantil a formar parte de del Derecho estatal en Ordenanzas dictadas o refrendadas por la autoridad central. “Este fenómeno de centralización es gradual y de alcance variable, según los países, pero en todo caso repercute en el sistema de fuentes de este Derecho especial alterando la jerarquía normativa: la ley toma primacía sobre el uso. Como señale anteriormente este proceso alcanza particular significación en las dos grandes Ordenanzas francesas de Luis XIV, las del Comercio terrestre

16 Uria Rodrigo y Meléndez Aurelio, Curso de Derecho Mercantil I, Editorial Civitas, Madrid, 1999. P 31.

17 Ejemplo claro lo constituye el artículo 5 del código de comercio de Costa Rica.

18 Uria Rodrigo y Meléndez Aurelio, Curso de Derecho Mercantil I, Editorial Civitas, Madrid, 1999. P 31.

de 1673 y la de la Marina en 1681, ambas con un acento estatal muy marcado y con una gran influencia en la posterior codificación mercantil; y en la misma línea las Ordenanzas de Bilbao de 1737 “ que, si bien nacieron con vigencia limitada a esta villa comercial y marítima, tuvieron una extraordinaria influencia en España y en la América española, hasta el punto de que en los albores de la codificación, se llegó a proponer que rigieran en toda España hasta que se confeccionara el Código de Comercio.

La antigua *lex mercatoria* quedó enteramente nacionalizada. Como consecuencia el antiguo sistema desapareció y los asuntos que en algún momento eran tratados de manera expedita bajo normas que surgían de la práctica transnacional quedaron bajo la jurisdicción de tribunales locales; perdió su carácter transnacional, su consistente referencia a la costumbre, su administración ad hoc, su informal y ágil aplicación y su énfasis en el concepto medieval de justicia.¹⁹

Nueva *lex mercatoria*

En las últimas décadas se han producido movimientos armonizadores de convenciones internacionales y otros instrumentos que pretenden regular las operaciones de comercio internacional, es este el resurgir de la *lex mercatoria*.

Tres principales razones explican el fenómeno anteriormente descrito:

Las diferencias importantes en los sistemas

jurídicos nacionales, que impiden la consolidación de un marco legal uniforme para el mercado global de negocios la incapacidad de las leyes locales de regular operaciones complejas de tipo transnacional

La creciente consolidación del arbitraje como medio de resolución de las disputas que derivan de operaciones transnacionales, y la recepción positiva de la figura del arbitraje por las leyes locales.

La nueva *lex mercatoria* es producto de una recepción de los valores y conceptos fundamentales del Derecho Romano (buena fe, culpa, diligencia, etc) y de una recepción de la práctica contractual anglosajona (leasing, franchising, factoring, know how, joint venture, etc)²⁰.

Esta nueva *lex mercatoria* tiene como efecto un volver al pasado, al inicio del comercio de los hombres, un comercio basado en las costumbres y no en el papel, claro está agregando figuras nuevas que son parte de la modernidad de nuestros tiempos. Podemos ejemplificar esta afirmación señalando las características de esta nueva *lex mercatoria*:

Es creada por los comerciantes: en la edad media y en la Grecia antigua, eran los mismos comerciantes que con sus transacciones diarias imponían las reglas del juego; hoy en día son las cámaras de comercio quienes recopilan los usos y costumbres de los nuevos comerciantes (Ej. INCOTERMS)

19 Faya Rodríguez Alejandro, La nueva *lex mercatoria*: naturaleza y alcances. Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 34, Sección de Previa, 2004 P 48

20 Pérez Vargas Víctor, La *lex Mercatoria*, Antología de Derecho de la Contratación Internacional, Universidad de Costa Rica, P 11.

Al igual que en sus bases, es un derecho “real” y móvil, cambia constantemente, pues está sujeto a las prácticas comerciales; su principal fuente es la costumbre de los comerciantes, quienes con su práctica diaria van creando verdaderas normas de derecho.²¹

Resolución de conflictos: Al igual que en los tiempos de los gremios, las mismas partes son quienes escogen quien será aquel que dirima los conflictos que surjan de la relación comercial, hoy en día son árbitros quienes juegan este papel; esta situación se incrementa además con la lentitud en la que operan los tribunales nacionales (el caso de CR) que trae consecuencias negativas al desenvolvimiento ágil del comercio.

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.²²

Equidad: Influenciado por el derecho Canónico, los conflictos pueden ser resueltos según la equidad.²³

Transnacional: La nueva 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.

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”.²⁴

Manifestaciones concretas

La Nueva lex mercatoria se presenta a través de distintas manifestaciones, de las cuales presentamos a continuación dos de los ejemplos más claros:

A. Usos y costumbres del comercio Internacional.

Consisten en la repetición, de manera constante y uniforme, de actos idénticos-comisivos u omisivos, a través del consentimiento tácito de todas las personas que admitan su fuerza o valor como norma a seguir en la práctica de tales actos.

“Un uso del comercio es cualquier práctica o método de negocios, que teniendo regularidad de observancia en una plaza, lugar o sector del comercio, justifica una expectativa de que será igualmente observado en un contrato determinado.”²⁵

21 Julian Solano, P. 16.

22 Julian Solano, P. 16.

23 Julian Solano, P. 16.

24 Julian Solano, P. 16.

25 Pérez Vargas Víctor, La lex Mercatoria, Antología de Derecho de la Contratación Internacional, Universidad de Costa Rica. P. 8.

Al igual que en la antigüedad este conjunto de usos y costumbres se ve codificado por sus aplicadores, y a pesar de no contar con un centro estatal que le de la vigencia debida, como podría requerirlo una ley o un tratado internacional, tiene plena aplicación.

Un ejemplo claro de estas codificaciones son los llamados INCOTERMS, normas de la OMC (organización Mundial de Comercio) que establecen los derechos y obligaciones del comprador y vendedor, su responsabilidad, a través de las cláusulas CIF, FOB, EX WORKS entre otras

También encontramos las “PRÁCTICAS Y USOS UNIFORMES PARA CRÉDITOS DOCUMENTARIOS”, de la misma organización, aplicables a los créditos bancarios, adoptadas por las asociaciones bancarias y por bancos individuales en 175 países, “y también las reglas de la London Commercial Trade Association para el comercio de granos, que incluye 60 fórmulas tipo, como de igual modo las hay para el comercio de la seda, para productos forestales y minerales.”²⁶

De estos dos ejemplos sin duda alguna los más famosos y conocidas normas de la nueva lex mercatoria lo constituyen los INCOTERMS y sus cláusulas de venta. Estos tratan sobre:

Derechos y obligaciones del vendedor y comprador, de acuerdo a la cláusula de venta escogida.

Determinan quién asume los gastos y riesgos, hasta el momento de la entrega de la mercancía, si el vendedor o el comprador.

Fijan el momento y lugar en que se producirá la entrega de la mercancía.

Reglamentan la obligación de pago del comprador.

En aquellos casos en los que la costumbre internacional no esté solidamente definida, caso contrario a los reconocidos INCOTERMS, debe desentrañarse mediante a aplicación de métodos diversos, mismo que pueden utilizarse alternativamente o de manera simultánea.

Entre dichos métodos podemos mencionar

- Inferir usos de convenciones internacionales
- Dictámenes periciales
- Análisis de relaciones jurídicas previas, y
- Una de las más importantes las decisiones Arbitrales.

Otro instrumento de gran utilización y reconocimiento son los principios de UNIDROIT, principios que no son, ni con mucho una obra acabada, sino que permanentemente quedan sujetos a ampliaciones y mejoras, como corresponde a una regulación que atañe a actividades tan extensas y cambiantes como lo son las conectadas con el comercio en todas sus formas.²⁷

²⁶ Castrogiovani, R.M., Lex Mercatoria, Compilación Especial, www.derecho-comercial.com. P. 2.

²⁷ Díaz Bravo Arturo, Los principios 2004 de UNIDROIT sobre los contratos mercantiles internacionales: una apreciación parcial y personal, en Silva Jorge Alberto, Estudios sobre Lex Mercatoria, Universidad Autónoma de México, 2006. P. 60.

**B. El Arbitraje. Aplicación de Justicia.
Del sistema estatal al privado.**

De importancia para este estudio debemos hacer mención a la existencia de dos tipos de Arbitraje: a) el Arbitraje Doméstico, que abarca las controversias dentro del marco estatal, y b) el arbitraje internacional, que comprende la solución de controversias que exceden el marco de un Estado sea en razón de que las partes al tiempo de la celebración del acuerdo tuvieran sus establecimientos o residencia habitual en Estados diferentes, o en el caso del comercio internacional, que se trate de personas de distintos países transando bienes de uno de estado a estado.²⁸

La posición de los países latinoamericanos fuertemente marcada en esta materia por el territorialismo, defensora a ultranza del Estado y de sus prerrogativas soberanas, y por ende monopolistas, se ha pasado a un Estado ampliamente permisivo de la tarea arbitral.²⁹ Se pasa de un modelo de aplicación de justicia estatal a una aplicación de Justicia administrada por sus propios gremios, cada Cámara de Comercio tendría por ejemplo su propio tribunal arbitral.

Alejándose cada vez más de la estatización, se crean centros de Arbitrajes que resolverán hacia lo externo más que hacia lo interno del país en el que se ubiquen. Dos ejemplos claros de centros arbitrales de gran influencia a nivel mundial los encontramos en:

En el plano internacional entre los principales centros de arbitraje podemos mencionar la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) creada hace más de 60 años para proporcionar una solución a las controversias internacionales. Tiene su sede en París y cumple un papel preponderante tanto por la cantidad como por el monto de los casos que le someten a solución

Tenemos luego la American Arbitration Association –AAA– que tiene su sede en New York y oficinas en más treinta ciudades en Estados Unidos.³⁰

Conclusiones

Del anterior análisis, podemos concluir lo siguiente:

1. Algo hay que tener muy claro, la *lex mercatoria* existe, no es un mero mito. Su espíritu sobrevivió a través de los años que la estatización del derecho mercantil supuso su desaparición. Este fenómeno, contrario al hecho histórico citado, comprende la normativa creada por los propios comerciantes, pues según los estadistas, se rata de reglas creadas al amparo de la autonomía de la voluntad.
2. En la actualidad se manifiesta a través del acentuado proceso de integración económica, de una tendencia hacia la unificación de leyes y de una gran creación de reglas usos

28 Feldstein de Cárdenas Sara, *El Arbitraje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998. P 14

29 Fernández Rozas José Carlos, *Un nuevo mundo Jurídico: la lex mercatoria en América Latina*, en Silva Jorge Alberto, *Estudios sobre Lex Mercatoria*, Universidad Autónoma de México, 2006 P 94.

30 <http://www.adr.org/>

y costumbres por parte de asociaciones de comerciantes (principios de UNIDROIT) o en el plano de las Naciones Unidas (UNCITRAL).

3. Hay sectores que insisten en ver la *lex mercatoria* como un cuerpo sustantivo de normas pero en realidad se trata de un método de aplicación de principios, usos y costumbres. Se trata entonces de un sistema que va más allá de un simple conjunto de normas, un método que, a través de un análisis comparativo y fáctico, nos arroja soluciones concretas para resolver un problema transnacional³¹, a través de la

utilización y aplicación de usos y costumbres gestados en el seno internacional.

4. Como se pudo observar al final del estudio, es un derecho vivo; sus figuras se fraguan en el diario vivir del comerciante al igual que sus inicios históricos. Claro está que de un pequeño pueblo medieval con su cónsul aplicando justicia se pasa a una Cámara Internacional con un poderoso sistema de aplicación Privada de Justicia, pero los principios se mantienen, sea un orfebre medieval o un transportista multimodal, la *lex mercatoria* ampara sus intereses.

31 Y cada vez más podríamos hablar de nacional, aunque la reticencia de la aplicación de estos principios a los que nos referimos sigue siendo palpable. Por ejemplo hay muy poca Jurisprudencia que incluye principios de UNIDROIT.

Bibliografía

Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. Origen Histórico del Derecho Mercantil. Tomado de la Antología de la Cátedra de Derecho Comercial I, de la Universidad de Costa Rica, 1997.

Brilla Ferrer Carlos Eduardo, Los Orígenes Históricos del Derecho Mercantil Costarricense: de las ordenanzas de Bilbao de 1737 al Código de Comercio de 1853, Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica. 1998.

Cabanellas Guillermo, Diccionario Enciclopédico Usual, Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, Tomo IV.

Castrogiovani, R.M., Lex Mercatoria, Compilación Especial, www.derecho-comercial.com.

De Solá Cañizares Felipe. Tratado de Derecho Comercial Comparado. Tomo I, Editorial Montaner y Simón S.A. Barcelona.

Feldstein de Cárdenas Sara, El Arbitraje, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

Galgano Francesco, Lex Mercatoria, II MULINO, Bologna, 1976.

Mantilla Molina, Roberto. Derecho Mercantil., México, Editorial Porrúa.

Mora, Fernando. Introducción al estudio del Derecho Comercial. San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, Segunda Edición, 1991.

Pérez Vargas Víctor, La lex Mercatoria, Antología de Derecho de la Contratación Internacional, Universidad de Costa Rica, 2005.

Perenne Henri, Historia económica y social de la edad media, Fondo de cultura económica, Madrid, 1975.

Silva Jorge Alberto, Estudios sobre Lex Mercatoria, Universidad Autónoma de México, 2006.

Uriá Rodrigo y Meléndez Aurelio, Curso de Derecho Mercantil I, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

Revistas

Faya Rodríguez Alejandro, La nueva lex mercatoria: naturaleza y alcances. Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 34, Sección de Previa, 2004.

Konradi Wioletta y Fix-Fierro Héctor, La lex mercatoria en el espejo de la investigación empírica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número 117, Sección de Artículos, México, 2006.

Labariega Villanueva Pedro Alfonso, La moderna lex mercatoria y el comercio internacional, Revista de Derecho, Privado, Número 26. Sección de Doctrina, México, 1998.

Solano Porras Julián, Lex mercatoria, Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, N° 76.