

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN DERECHO INTERNACIONAL
ECONÓMICO

LA *LEX MERCATORIA* EN EL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y SU
INFLUENCIA EN LA FORMACIÓN DEL DERECHO UNIFORME

AB. VALERIE ROJAS

2013



CLAUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACION DE TESIS

Yo, Valerie Stephanie Rojas Rodas, autor de la tesis intitulada “*La Lex Mercatoria en el Derecho del Comercio Internacional y su influencia en la formación del Derecho Uniforme*”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho mención Derecho Internacional Económico, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: Martes, 30 de Abril del 2013

Firma:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO INTERNACIONAL
ECONÓMICO

LA LEX MERCATORIA EN EL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y SU
INFLUENCIA EN LA FORMACIÓN DEL DERECHO UNIFORME

AUTORA: AB. VALERIE ROJAS

TUTORA: DRA. CARMEN AMALIA SIMONE

QUITO-ECUADOR

2013

RESUMEN

La presente Tesis, analiza como objetivo fundamental, la determinación de existencia de un derecho transnacional que supere las fronteras nacionales e internacionales, para ello pretende efectuar una distinción entre la antigua *lex mercatoria* medieval y la moderna *lex mercatoria*, utilizando la puntualización de sus características transnacionales, que forman parte del desarrollo en la historia del andamiaje jurídico, del variado y disperso Derecho Mercantil Internacional.

El presente trabajo establece los principios en juego de las negociaciones comerciales internacionales, éstos contienen normas de derecho generales y de origen consuetudinario, se estudia el conjunto de usos y costumbres que se implementaron en la Edad Media, mismos que regían los actos de comercio, configurando la institución jurídica denominada “*Lex Mercatoria*”.

Se investiga si la *lex mercatoria*, constituye una categoría jurídica a la par de las normas promulgadas por un órgano competente, si es un ordenamiento jurídico autónomo o la subordinación de ordenamientos jurídicos preexistentes, se efectúa un enfoque desde varias perspectivas, utilizando argumentos a favor y en contra, respecto al ámbito de validez de *la lex mercatoria*. Un grupo de autores consideran a la “*lex mercatoria*” como nuevo derecho creado por particulares, para regir relaciones de Derecho Privado, otros la razonan, como una herramienta jurídica de apoyo a las legislaciones nacionales, para lo que se analizan las relaciones comerciales y convenios internacionales, basádonos en instrumentos definitivos por organizaciones internacionales.

En conclusión la *lex mercatoria*, es una herramienta jurídica, que permite, por medio de las negociaciones transnacionales, el desarrollo de un derecho uniforme del comercio internacional, soporte de las legislaciones nacionales, sin descartar, que es un tercer derecho en estado de formación, que se vislumbra terminará de constituirse gracias al progreso de las relaciones económicos transnacionales.

AGRADECIMIENTO

A Dios por absolutamente todo lo que me ha brindado en la vida, especialmente por las lecciones aprendidas en el tiempo que curse la maestría.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, en la persona de su Rector Dr. Enrique Ayala Mora, porque me abrió las puertas, a un aprendizaje incomparable, pues la Universidad me permitió crecer de una manera integral como ser humano, en primera instancia en las aulas gocé la oportunidad de aprender con profesores honorables, poseedores de excelencia académica, con profundo amor a la enseñanza, a quienes les estaré eternamente agradecida por los conocimientos brindados. Así también experimente el convivir en comunidad, en la residencia universitaria de la UASB, en la que aprendí de diferentes culturas no solo de mi Ecuador, sino de toda la Comunidad Andina, con quienes disfruté la oportunidad de compartir, tanto estudiantes y funcionarios, todos personas de bien, de altísima ética y calidez humana, me sentí como si estuviese en el hogar.

A mi Familia, a mi querido padre, quién con su ejemplo, me enseñó, que no hay dificultades insuperables en la vida, que los gigantes que se ubican en nuestro camino, con fé y perseverancia se los debe superar, y que jamás es tarde para intentarlo. A mí amada Madre, quién con su amor y paciencia, siempre me aconsejo, con el fin de verme desarrollar, como un ser humano totalmente capaz en todas las áreas de mi vida, así logró que me fije metas altas, buscando siempre superar mis problemas o limitaciones.

A mi querida hermana Mónica, quién es mi modelo a seguir, en base a su perseverancia y esfuerzo diario, a mi hermosa sobrina Viviana, quien a su corta edad, es ejemplo de dedicación, y trabajo, Todo lo antes expuesto me ha llevado a la conclusión de que luego de Dios, debe estar solo la familia.

A mi respetada Tutora Doctora Carmen Simone, quien ha dedicado tiempo, a la revisión de este trabajo, para su cabal desarrollo.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción	10
CAPITULO I	13
1. LA LEX MERCATORIA EN EL CONTEXTO DEL COMERCIO INTERNACIONAL	13
1.1. Antecedentes históricos de la <i>lex mercatoria</i> en el contexto internacional.....	13
1.1.1. Concepto de <i>lex mercatoria</i>	19
1.1.2. La <i>lex mercatoria</i> y el derecho consuetudinario.....	21
1.2. Evolución Histórica de la <i>lex mercatoria</i>	24
1.2.1. La <i>lex mercatoria</i> como norma positivizada en el ordenamiento comercial internacional.....	27
1.3. Concepciones en torno a la <i>lex mercatoria</i>	29
1.3.1. Positivismo Kelseniano.....	29
1.3.2. Positivismo analítico Hartiano.....	30
1.3.3. El pluralismo institucional de Santi Romano.....	31
1.3.4. G. Teubner: el pluralismo jurídico y la <i>lex mercatoria</i>	32
1.4. La <i>lex mercatoria</i> y el arbitraje del comercio internacional.....	33
1.5. La <i>lex mercatoria</i> y la jurisprudencia internacional.....	35
1.6. Posiciones a favor y en contra de la <i>lex mercatoria</i>	35
1.7. Semejanzas y Diferencias entre la antigua y la moderna <i>lex mercatoria</i>	37
1.8. Naturaleza jurídica de la <i>lex mercatoria</i>	41
1.9. Principales reflexiones en relación a la <i>lex mercatoria</i>	42

CAPÍTULO II	45
2. ROL DE LA <i>LEX MERCATORIA</i> EN LA FORMACIÓN DE UN DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL UNIFORME	45
2.1. La configuración de la nueva <i>lex mercatoria</i>	45
2.1.1. La <i>lex mercatoria</i> contemporánea ¿un tercer derecho.....	46
2.1.2. Las comprensiones de la nueva <i>lex mercatoria</i>	49
2.1.3. Estructura de la <i>lex mercatoria</i> como orden jurídico vertical y horizontal.....	51
2.2. Fundamentos jurídicos y características del derecho comercial internacional.....	52
2.2.1. Objeto y contenido del derecho del comercio internacional.....	54
2.2.2. Sujetos del Comercio Internacional.....	55
2.3. Origen, estructura, propósito y autonomía del derecho uniforme.....	58
2.3.1. El derecho uniforme del comercio internacional.....	61
2.3.2 Autonomía del derecho uniforme.....	63
2.3.3. Fuentes del derecho del comercio internacional.....	64
2.4. Órganos que llevan a cabo la unificación de la normativa comercial internacional.....	67
2.4.1. La Cámara de Comercio Internacional.....	73
2.4.2. UNIDROIT o Instituto para la Unificación del Derecho Privado.....	76
2.4.3. CNUDMI o UNCITRAL.....	81
2.5. Los contratos internacionales.....	83
2.6. La Jurisprudencia Arbitral.....	87
2.7. Naturaleza jurídica del Derecho Uniforme.....	90
2.8. Reflexiones Finales de la <i>lex mercatoria</i> transnacional.....	92
Conclusiones.....	94
Bibliografía.....	9

INTRODUCCIÓN

He optado por la realización, de la presente investigación, debido a la escasa difusión que ha tenido en nuestro medio, una herramienta jurídica, tan importante, dentro del derecho internacional económico, como es la *lex mercatoria*, la cuál constituye un antecedente fundamental, para la formación del derecho uniforme, del comercio internacional (DUCI), debido a las múltiples relaciones comerciales, que generan el comercio mundial, es menester destacar, la importancia, de la formación de un derecho, que supere los atavismos nacionales, ya que un gran porcentaje de actores de los negocios internacionales, tales como: jueces, abogados, comerciantes, árbitros, entre otros; desconocen los diversos instrumentos e instituciones del (DUCI), cuya normativa les permitiría solucionar conflictos, de una manera más oportuna y diligente.

Por lo antes expuesto, un estudio a profundidad de la *lex mercatoria*, nos llevaría a comprender, la importancia de esta institución, en el proceso de progreso de un derecho uniforme; asociándolo al comercio internacional y al derecho mercantil.

Se parte de un hecho, el andamiaje jurídico, que conforma el derecho mercantil internacional, es muy variado como disperso; los principios que están en juego, en las negociaciones comerciales internacionales, contienen normas de derecho muy generales, abstractas, y de origen consuetudinario, frecuentemente invocadas y aplicadas en la práctica, para que las relaciones comerciales, se desarrollen diligentemente.

Cabe destacar, que en el presente trabajo, se considera que desde la Edad Media, se implementó, un conjunto de usos y costumbres, que rigen los actos de comercio del derecho mercantil, éstos fueron normas utilizadas, por grupos de gremios y sociedades mercantiles, reglas que al ser sistematizadas, configuraron la institución jurídica denominada *lex mercatoria*, compuesta por elementos fácticos, que nutren constantemente las estructuras legales y las actividades específicas de quienes operan en el comercio internacional.

El presente trabajo, pretende visualizar si realmente la *lex mercatoria*, entendida como un conjunto de principios, organismos y normas derivadas de diversas fuentes, constituye una verdadera categoría jurídica, a la par de las normas promulgadas, por un órgano competente; para lo que hemos analizado algunos conceptos que son ineludibles, para entender al derecho uniforme del comercio internacional, en este marco, nos surge una serie de interrogantes, respecto a este instrumento jurídico, entre las que destacamos: ¿es la *lex mercatoria*, un ordenamiento jurídico autónomo, o es la subordinación de los ordenamientos jurídicos preexistentes, ¿realmente podríamos afirmar que los principios, usos y costumbres de origen consuetudinario, conducen a la aparición de una categoría jurídica nueva?, y ¿quiénes son los destinatarios finales, de los beneficios o desventajas de la *lex mercatoria*?

Para empezar esta tarea, partimos de dos preguntas centrales respecto a: ¿cuál es la importancia, que ha tenido la *lex mercatoria*, frente al desarrollo del derecho uniforme del comercio internacional? y es realmente una categoría jurídica la *lex mercatoria* o es una herramienta de apoyo de las legislaciones nacionales?, interrogantes que las esclareceremos mediante la investigación incorporada en cada uno de los dos capítulos de este trabajo.

Entre los objetivos de esta investigación, están el demostrar el impacto, que ha tenido, la *lex mercatoria*, a lo largo de la historia, en el contexto del comercio internacional; establecer en qué medida la aprobación de normas uniformes, que regulan las relaciones mercantiles, facilitarían el desarrollo del comercio internacional; y, analizar ¿cuál ha sido la aplicación del derecho uniforme, en controversias propias del comercio internacional?

Para el cumplimiento de tales objetivos, realizaremos un enfoque de la temática abordada en la presente tesis, desde varias perspectivas, emplearemos argumentos a favor y en contra respecto al ámbito de validez de la *lex mercatoria*, en el contexto del derecho uniforme.

Se analizará en primer lugar para adentrarnos en el tema, el concepto de *lex mercatoria*, para

afianzar nuestra posición, requerimos entender ¿qué es *lex mercatoria*?, recurriremos a instrumentos, realizados por organismos internacionales, destacando los importantes aportes provenientes de éstos, en el marco del desarrollo y consolidación de relaciones transnacionales, que fortalecen esta herramienta, del derecho del comercio internacional en el orden mundial.

Presentaremos dos capítulos: un primer capítulo, que contiene el estudio de los antecedentes históricos y el concepto mismo de la *lex mercatoria*, así como también la *lex mercatoria*, en la Edad Media, el derecho mercantil internacional, sus bases, conceptos, principios y conflictos, pues este significa la cimiento de la *lex mercatoria*, en el contexto del comercio internacional.

Se estudiarán diferentes concepciones en torno a la *lex mercatoria*: Positivistas, Pluralistas, Kelsenianas, Hartianas, de Santi Romano, y Teubner, etc, para entender por qué su normatividad, no está dentro de las fuentes clásicas del ordenamiento jurídico de los países, y se determinará su naturaleza jurídica, si son leyes, tratados, *soft law*, etc, se analizará a las instituciones y organismos que llevan a cabo su realización. Al finalizar este capítulo estudiaremos las diferencias entre la antigua y medieval *lex mercatoria*, y la moderna, transnacional *lex mercatoria*.

En el segundo capítulo nos referimos al rol mismo de la *lex mercatoria*, en la formación de un derecho uniforme, se ensayará a la *lex mercatoria*, vista como un tercer derecho, su configuración, comprensiones, estructura, se la analizará a la *lex mercatoria*, vista como un orden jurídico vertical, y horizontal, y en este marco, podremos entender el rol, que desempeñan los sujetos del comercio internacional, en el mundo transnacional, se estudia la formación del derecho uniforme, su estructura, autonomía, y naturaleza jurídica propia. Se analizan las agencias formuladoras del derecho uniforme, así como los organismos internacionales, que unifican el derecho uniforme internacional, es decir la nueva *lex mercatoria*.

Abordaremos el tema de los contratos mercantiles internacionales, en cuanto a su celebración, validez e interpretación, en el desarrollo de este tema analizaremos que son las partes las que

deciden, la ley sustantiva a ser utilizada en los contratos, en base a esta decisión se considerarán los ordenamientos nacionales, a ser manejados en los contratos, sin embargo no siempre son suficientes, ni resuelven todos los conflictos, entonces para este tipo de circunstancias, sirve de apoyo la *lex mercatoria*, en base a sus usos y costumbres mercantiles internacionales, soluciona conflictos transnacionales, resaltaremos que en la actualidad, la tendencia para solucionar las controversias relacionadas a los negocios internacionales, es el arbitraje internacional, de surgir una controversia internacional, entre sujetos del comercio mundial, podrá ser ventilada ante los tribunales arbitrales internacionales, los cuales emitirán sus laudos, los que van formando la jurisprudencia arbitral internacional.

En definitiva y como corolario a lo expuesto, cabe preguntarse si existe un derecho transnacional?, o si la *lex mercatoria moderna*, significa una herramienta jurídica, de apoyo para los actores del comercio internacional?, por su puesto sin descartar que es un derecho en estado de formación, mismo que terminará de constituirse, basándose en el desarrollo y evolución permanente, de los negocios económicos transnacionales.

CAPÍTULO I

1. LA LEX MERCATORIA EN EL CONTEXTO DEL COMERCIO INTERNACIONAL

1.1. Antecedentes históricos de la *lex mercatoria* en el contexto internacional

En todo período ha existido el comercio, con normas e instituciones propias para la época, sin embargo, en la Edad Antigua, no se crearon sistemas jurídicos propios para el comercio, y por tanto, se puede afirmar que no existía el derecho mercantil como tal, preexistían diferentes procedimientos a seguir, o normas que determinaban las relaciones comerciales.

Entre los primeros pueblos, que se dedicaron al comercio, de manera extensa y con un andamiaje más sólido, eran los Asirios y los Fenicios, empero no existen considerables documentos, de sus actividades comerciales, excepto las *lex rodia dejactu*¹.

En Atenas y Grecia, existían lugares específicos, para el depósito de mercaderías, así como lugares, para las mercancías pérdidas, y se definieron lugares, para que los comerciantes celebren sus contratos, de esto no se tiene pruebas, se puede constatar, gracias a las obras de autores y escritores griegos, por ejemplo Demóstenes, quién incluyó en sus discursos contratos de préstamo, cambio, transporte marítimo, y específico que existía una jurisdicción, para asuntos mercantiles, totalmente especial. *En el nacimiento y la evolución del comercio distinguimos tres etapas, que son: el trueque, la moneda y el crédito. En la etapa del “trueque” se da el intercambio de mercancías elaboradas por los productores que cumple como única función la de proporcionar satisfactores, sin importar de modo especial su calidad, no obstante, se toma en cuenta la cantidad*².

Con el paso del tiempo, se fue estableciendo el derecho romano; entonces no existió todavía un sistema mercantil jurídico especial, el único tronco común, fue el derecho privado o *ius civile*,

¹ Jesús Manuel García Garrido, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Madrid, Ed. Dykinson, 1998, p.61, La Lex Rhodia de Iactu, la Ley Rhodia de la Echazon, se trata de una ordenación helenística del comercio mediterráneo.

² Victor Castrillón y Luna, *La Recodificación Sustantiva del Derecho Mercantil*, en la Revista de Derecho Privado, 2004, p4, en <http://www.juridicas.unam.mx/pública/rev/derpriv/cont/7/dtr/dtr1.htm>

donde el *pretor*, hizo posible adaptar el comercio internacional, al derecho, sin embargo en Roma, si existe constancia, de instituciones mercantiles y documentos de aquella época, que lo comprueban, entre éstos por ejemplo: la banca y sociedades, así también se desarrollaron acciones, por ejemplo: la *ejercitoria*, *institutoria* y *recepticia*, y a pesar de la existencia de estas instituciones, no existía un derecho comercial, sino tan solo un *ius gentium*.

En la Edad Media, se definió como ciencia jurídica autónoma al Derecho Mercantil, el cual comenzó a constituirse, cuando los comerciantes empezaron a asociarse, según cada especialidad o arte que desarrollaban, en base a un origen consuetudinario, así nació el derecho mercantil, como una rama distinta y especial de esta ciencia, dado que el derecho común, se mostró insuficiente, para regular las situaciones como: el cambio y el crédito

[...]Felipe de J. Tena se refiere, al fenómeno de la inseguridad imperante, en aquella época primitiva de la historia, diciendo que en los comienzos de la Edad Media, el comercio y su regulación eran imposibles, porque derrumbado el Imperio Romano de Occidente, y durante toda la era de invasiones, la anarquía más espantosa, se enseñoreó de Europa y si bien el genio de Carlomagno, logró establecer un orden social, este no sobrevivió a su autor; y, el feudalismo, basado en su régimen sobre la propiedad territorial y sus soberanías, fue un nuevo obstáculo para el linaje del progreso, en el orden industrial y mercantil, hasta que apareció el movimiento de las cruzadas, con el desplome del occidente sobre el oriente, abriéndose la era de los municipios y el renacimiento del comercio.³

Asimismo, Para Villegas Lara, el derecho mercantil en general “*adquiere autonomía en la Edad Media, época en la que se principia a gestar la separación del derecho privado en dos ramas: derecho civil y derecho mercantil.*”⁴, el desarrollo del comercio, hizo que comiencen un sinnúmero de relaciones comerciales, “*Posteriormente aparece la “etapa de la moneda”, en donde el dinero metálico, por su resistencia, manuabilidad y fácil almaceje, facilita el intercambio comercial, al representar un valor que permite la adquisición de mercancías y con ello, la realización de actos de*

³ (V. Castrillón y Luna, *La Recodificación...*, p5)

⁴ René Arturo Villegas Lara, “*Relevancia de la Aplicación de la lex mercatoria en controversias sometidas ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*”, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2007, p5

*comercio, mediante la interposición”.*⁵

Es así que llegamos al “*crédito que implica un intercambio en el tiempo y no en el espacio y no altera la función ni la utilidad de la moneda, sino que obtiene de ella sus mejores posibilidades porque permite y propicia un número de cambios mayor al que existía si los cambios sólo se pudieran hacer de contado*”⁶

En las ciudades medievales, en especial en Italia, se crearon gremios y corporaciones y en éstas, los tribunales especialistas en solucionar polémicas que surgían entre sus asociados, tribunales de los comerciantes bien organizados. Las prácticas mercantiles se plasmaban en estatutos escritos, en base a los usos y costumbres del comercio, y tenían tribunales especializados, para ventilar las controversias de los mercaderes y comerciantes, en base a su jurisdicción consular.

La justicia era administrada por los cónsules, asistidos por el consejo de ancianos, que poseían vasto conocimiento en el comercio, en este período, se idearon las universidades de comerciantes y tanto juzgados, como quienes juzgaban eran comerciantes, que no conocían del derecho, simplemente usaban usos y costumbres, instituidos en la práctica del comercio, todo esto sirvió para crear Derecho consuetudinario, entre las características de este derecho están: el ser subjetivo, especial, independiente del régimen jurídico feudal, vigente en la época de su conformación, también profesional o corporativo, es decir creado por los comerciantes para los comerciantes, poseía un carácter privado, porque no es implantado por el poder público, ni proviene de una jurisdicción estatal, sino de particulares, era uniforme e interlocal, uniforme pues era desarrollado por costumbres de una clase social (los comerciantes), y fue comercial e interlocal porque se aplicaba en Ferias.

Así las normas consuetudinarias, formadas por costumbre, disciplinaban a los mercaderes de

⁵(V. Castrillón y Luna, *La Recodificación...*, p5)

⁶(V. Castrillón y Luna, *La Recodificación...*, p6)

la época, y servían para la solución de controversias mercantiles, y las sentencias las aplicaban los tribunales consulares, los cónsules, y órganos de decisión, así aparecieron en el escenario internacional los cónsules, como los estatutarios y los estatutos. Los Estatutarios eran los autorizados de recopilar las soluciones, debían llevar por escrito las memorias de las sentencias, dictadas por el Cónsul, y esto se archivaba en la Sede de la Corporación, por lo general estas sentencias eran firmes y ejecutoriadas, y podían ser apeladas ante un tribunal, formado por los mismos comerciantes, a quienes se los distinguía al azar, ellos eran los llamados Sobre cónsules.

Todas estas decisiones, fueron recopiladas sistemáticamente, creando ordenamientos mercantiles. La buena fe siempre estuvo presente en las decisiones arbitrales. *“Históricamente, el uso ocupa el primer rango en las fuentes del derecho mercantil. En la Edad Media el tráfico mercantil se regula predominantemente por los usos recogidos en los estatutos de las corporaciones”*⁷. En base a la costumbre se fue formando el Derecho comercial estatutario⁸, realizado por los comerciantes, para los comerciantes del gremio, las normas que aplicaban, eran la *lex mercatoria*, así se dio el inicio del nuevo derecho comercial, con los estatutos medievales de aquella época. Las compilaciones,⁹ fue el nivel más alto de la legislación estatutaria. *“En todo tiempo la legislación mercantil ha sido en su mayor parte, compilación y revisión de usos. El derecho mercantil no nace legislativamente, sino por la fuerza del uso”*¹⁰. Todo esto aporato a que la *lex mercatoria*, extienda su estudio, hay que aclarar que la jurisdicción consular, se empleo a los que no eran agremiados¹¹. Los comerciantes de diferentes lugares, iban a presentar al pueblo sus mercancías, en las ferias en donde vendían o compraban mercancías.

Al referirse a los antecedentes de la *lex mercatoria*, Szabo asegura que su origen se da en las

⁷(V. Castrillón y Luna, *La Recodificación...*, p8,)

⁸Íbidem

⁹Íbidem

¹⁰(V. Castrillón y Luna, *La Recodificación...*, p9)

¹¹(C. López, *El derecho comercial...*, p.4)

prácticas comerciales de los árabes del siglo X. Sin embargo, el antecedente más conocido de la *lex mercatoria*, se remonta a la época medieval, desde el siglo XII hasta mediados del siglo XVI, con la clase social de las *societas mercatorum*¹², conformada por artesanos y comerciantes, establecidos en gremios y corporaciones, consagrados al comercio, quienes utilizaban usos y costumbres, que se internacionalizaron cada año en ferias medievales, en las que el rey permitía que los comerciantes, resuelvan sus controversias en juicios comerciales.

La *lex mercatoria*, es el grupo de usos y costumbres, por medio de los cuales se relacionaban los comerciantes y mercaderes de esa época, se desarrolló rápidamente, porque el derecho romano comenzó a ser limitado, para las exigencias en las relaciones comerciales que se extendían a más pueblos. *El Ius Mercatorum surgió en la Edad Media, para regular las transacciones comerciales en forma independiente al derecho romano, y que fue producto de los usos y prácticas de los comerciantes de esa época*¹³.

Las características del derecho de los comerciantes de la Edad Media, es que era profesional, con especialidad, consuetudinario e internacional, sin embargo, la internacionalidad con la que nació este derecho, se frustró al nacionalizarse este derecho, cuando surgieron los códigos civiles y de comercio en los siglos XIX y XX. Vivante opina que “*las tendencias de este derecho van hacia la uniformidad especialmente cosmopolita, hacia una reglamentación común de las relaciones terrestres y aérea*”¹⁴

La cimiento de la *lex mercatoria*, viene desde épocas remotas, cuando el comercio empezó a tener importancia, desde aquellos tiempos, los comerciantes necesitaban, de normas acordes a sus transacciones, que paulatinamente se convirtieron en internacionales y cuyos derechos nacionales,

¹²Anselmo Martínez Cañellas, *la interpretación y la integración de la convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980*, Granada, 2004, p.25.

¹³José Rolando, Alvarado Lemus, *La lex mercatoria*, en <http://canalegal.com/contenido.php?c=210>.

¹⁴María del Pilar Perales Viscasillas, *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*, Pace Law School Insitute of International Commercial Law, p.129, en <http://www.cisg.law.pace.edu>.

dejaron de ser suficientes, para la solución de sus conflictos, éstas sociedades de comerciantes, formaban *las societas mercatorum*, se formaron para llevar a cabo, todo un andamiaje medieval, en relación a las reglas, y solución de conflictos, exclusivo para mercaderes.

Entre las primeras regulaciones del derecho mercantil encontramos que “*diversos autores hacen especial mención de las llamadas “leyes Rodias” (de la isla de Rodas), que en realidad constituyeron una recopilación de un conjunto de usos sobre el comercio marítimo. Esas “leyes” han alcanzado fama a través de su incorporación al derecho Romano*”¹⁵.

Posteriormente en la Época Moderna, en Francia se vislumbró y se consideró la falta de una materia que cubra la actividad del comercio, y en este período se establecieron las bases para el Derecho Mercantil, separándolo definitivamente del Derecho Romano, y en general del derecho común, independizándose, es decir consiguiendo autonomía jurídica, y constituyéndose en un derecho, con tinte internacional y universal, por eso se afirma que el derecho mercantil, comenzó en Francia, en donde logró emancipación jurídica.

El *Code Merchant* francés constituido en 1673, es una de las códigos en el que muchos Estados, se basaron, para redactar sus legislaciones, en relación al derecho mercantil, esto permitió que se dé una gran evolución de las legislaciones, de varios países, lo cuál proporcionó gran doctrina en relación de este tema.

Por la expansión del comercio de aquella época, se dio un desarrollado progreso, aumentaron las comunicaciones, relaciones internacionales, vías de comunicación, terrestres y marítimas. Existieron ramas del derecho comercial y mercantil que debieron ser tomadas en cuenta, como la que se relacionaba a las letras de cambio, para lo que se realizaron congresos con el fin establecer

¹⁵ Jennifer Morales, *Relevancia de la Aplicación de la Lex mercatoria en Controversias sometidas ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2007, p. 2

acuerdos y tratados básicos internacionales: la primera fue la reunión de Berna de 1878.¹⁶ Las transacciones realizadas en el derecho mercantil en el tráfico del comercio internacional, hacían de este derecho único, por esta razón la idea de César Vivante de fusionar en una sola línea conceptual, en una misma codificación, las dos materias: civil y mercantil; teoría plasmada en legislaciones como la suiza y la italiana, quedó descartada en la práctica, pues el derecho mercantil es empírico e internacional, mientras que el civil es la continua sistematización de conceptos generales y privados.

1.1.1. Concepto de *Lex Mercatoria*

Siempre la *lex mercatoria*, ha estado dirigida a un tipo de clase social o grupo; es consuetudinaria, globalizada, transnacional, cosmopolita, porque se basa en su flexibilidad, más amplia que el derecho civil. La *lex mercatoria* se encuentra en permanente formación y sistematización, se la suele definir como un conjunto de principios, usos, reglas de uso consuetudinario, e instituciones del derecho, comercial, mercantil, regulado jurisdiccionalmente, por los árbitros internacionales, y generalmente es de utilización informal, al definir a la *lex mercatoria* “B. Golman se refiere a ella como “un conjunto de principios instituciones y reglas provenientes de diversas fuentes que nutre constantemente las estructuras legales y la actividad específica de la colectividad de quienes operan en el comercio internacional”.¹⁷

La *lex mercatoria*, al ser transnacional, clasista y consuetudinaria se relacionaba siempre con la diversa gama de los muchos sistemas legales ya sea el clásico, el real, el feudal, etc., la categoría de la *lex mercatoria*, perdió valor en el siglo XVI, sustento el descenso de su utilización el Estado moderno, este fue el que consolidó el derecho en esa época, y se prohibió la utilización de reglas transnacionales, se dieron varias razones que debilitaron su valor, por ejemplo muchos de los centros

¹⁶ Antonio Aguilar Gutiérrez, *Notas sobre un Régimen Internacional del Transporte Terrestre en América*, México, Instituto de Derecho Comparado de México, 1998, p.55.

¹⁷ Francisco López, *Reflexiones sobre la Nueva Lex Mercatoria*, Alicante, DeCive, No. 0, 2010, p.6, en http://www.uned.es/revistadecive/publicaciones/numero_00/articulos/0-07.pdf

de comercio, se desplazaron de Italia y Alemania, hacia Holanda, Inglaterra, y Francia, además su utilización era impredecible, la *lex mercatoria* de aquella época, todavía adolecía de graves inexactitudes, volviéndola insegura en cuanto a su aplicación, fue entonces que la *lex mercatoria* definitivamente decayó en la época medieval.

En un inicio, la *lex mercatoria* era entendida, como el derecho de los mercaderes del medioevo, no sólo porque regulaba las relaciones mercantiles, sino también porque era un derecho creado por los mercaderes. Sus fuentes fueron los estatutos de las corporaciones mercantiles, las costumbres mercantiles, la jurisprudencia de las *curiae mercatorum* que tenían asidero porque en ellas actuaban comerciantes¹⁸.

[...] La *lex mercatoria* es el nombre usado para identificar a un conjunto normativo disperso, con carácter supranacional, que goza de un alto grado de autonomía respecto a los ordenamientos jurídicos estatales, y que constituye un grupo de reglas adecuadas para la regulación de las relaciones económicas internacionales, especialmente de los contratos internacionales, a los que se puede aplicar directamente en lugar de las disposiciones de los ordenamientos nacionales¹⁹.

Para Goldman, a medida que iba evolucionando la utilización de estos usos y costumbres, la *lex mercatoria*, llega a configurar principios generales y reglas consuetudinarias espontáneamente elaboradas, “reglas provenientes de diversas fuentes, que nutren constantemente las estructuras legales y la actividad específica de la colectividad de quienes operan en el comercio internacional”.²⁰

En base a las concepciones antes expuestas, la *lex mercatoria* evidentemente no es vista como

¹⁸ Francesco Galgano y Fabrizio Marrella, *Interpretación del contrato y Lex mercatoria*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 20.

¹⁹ Francisco López Ruiz, “El papel de la *societas mercatorum* en la creación normativa: la *lex mercatoria*”, Alicante, Departamento de Filosofía de Derecho, Universidad de Alicante, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, 2010, p.69

²⁰ Francisco López Ruiz, “El papel de la *societas mercatorum* en la creación normativa: la *lex mercatoria*”, Alicante, Departamento de Filosofía de Derecho, Universidad de Alicante, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, 2010, p.75

un sistema jurídico nacional, sino totalmente transnacional. De esta manera “*la lex mercatoria comprende usos y costumbres de carácter internacional, jurisprudencia arbitral, doctrina internacional, leyes modelo, principios generales del comercio internacional, convenciones internacionales vigentes y no vigentes, condiciones generales de contratación, entre otros*”²¹.

Proporcionar un concepto puntual de *lex mercatoria*, resulta complejo, pues se presenta como una expresión, que no tiene una estabilidad conceptual, ya que continuamente se está elaborando su conceptualización neutral. En consecuencia, podemos definir a la *lex mercatoria*, como un conjunto de reglas de uso consuetudinario, y principios recopilados, por organizaciones e instituciones, que forman parte del derecho mercantil internacional. “*Haciendo una integración de los distintos elementos que la mayoría de autores citan con relación a la denominada lex mercatoria, podemos definirla como el conjunto de normas, principios, reglas, usos o prácticas del comercio internacional que gobiernan los mercados comerciales a nivel mundial*”²².

1.1.2. La Lex Mercatoria y el derecho consuetudinario.

Fueron los mismos comerciantes, que en base a los usos y costumbres, regularon todos los negocios entre los habitantes medievales, crearon un conjunto de normas de origen consuetudinario, que formaron la denominada *lex mercatoria o ius mercatorum*. Este derecho, se fue expandiendo y superando fronteras, internacionalizándose y unificándose, fenómeno que encontró su único freno con la expedición de leyes locales, cómo los códigos nacionales civiles y de comercio del siglo XIX y XX.

En la actualidad, la expansión del derecho mercantil, ha reaparecido, de manera más notoria, pues el comercio objeto de su regulación, desconoce las fronteras, y hoy en día es regulado, a través

²¹José Rolando Alvarado Lemus, *La lex mercatoria*, Canal Legal Aguilar y Aguilar, Corporación de Abogados, en <http://canalegal.com/contenido.php?c=210>.

²²(J. Alvarado Lemus, *La lex mercatoria*, en <http://canalegal.com/contenido.php?c=210>)

de organismos internacionales, que han consagrado su trabajo, a la recopilación de costumbres, la creación de leyes modelo, entre otras. Pirenne dice que el *Ius Mercatorum*, “Consistía en un conjunto de usos surgidos de la práctica, una especie de derecho consuetudinario internacional que los mercaderes aplicaban entre ellos en sus transacciones”²³.

La internacionalización de la economía y del derecho mercantil, ha influenciado en el derecho nacional, un ejemplo claro de esto, es lo que ocurre con el internet, que a través de la tecnología, ha revolucionado, la forma en que se innovan los negocios, a través de sitios web, a través de pagos y transacciones electrónicas, etc. El derecho internacional privado emergió con la clasificación del derecho mercantil y la nacionalización de sus reglas. Lo disperso de las normas internacionales contradice el fin último de la unificación de las mismas, pues no se encuentran reguladas en un solo cuerpo normativo, sino disgregadas en usos, costumbres, legislación transnacional y comunitaria, etc.

Para la unificación de derecho mercantil internacional, “*lex mercatoria*”, se necesita de varias fuentes: la costumbre, los usos contractuales, las leyes modelos, surgidas de entidades internacionales y de varios métodos de uniformización, del derecho privado, a un nivel globalizado.

De ahí la necesidad de descubrir una normatividad consolidada, que codifique el tráfico de las mercancías, más allá de las fronteras; el encontrar a todas estas normas dispersas, no auxilia al tráfico internacional de mercaderías, sino que lo dificulta, ya que existen diferentes respuestas jurídicas, para un mismo hecho o situación, por esto, se busca imperiosamente la unificación de la normativa, para el comercio internacional, con el fin de impedir inconvenientes e identificar con precisión, la ley y el tribunal aplicable, con preferencia de la nacionalidad y naturaleza de la persona que actúe en dichos negocios.

Con la internacionalización del derecho, gracias a la globalización, surge el problema de

²³Henri Pirenne, *Historia Económica y social de la Edad Media*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p.45.

buscar el país de la ley aplicable, en relación a los contratos internacionales, y se debe aplicar la ley, que eligen las partes, de manera tácita o expresa, de lo contrario, podemos recurrir a los puntos de conexión, es decir el lugar, en donde se convino el contrato o el de cumplimiento.

Pero en el esquema internacional va mas allá, ya que existen normas anacionales, creadas por las organizaciones internacionales, pues a veces las leyes nacionales, no siempre son las más adecuadas y especializadas, para dar cabida y enmarcar a una situación jurídica determinada, por eso aparece nuevamente la *lex mercatoria*, que es la que persigue leyes uniformes internacionales, que regulen la conducta internacional y los contratos internacionales.

La ley aplicable, por tanto, será desde el punto de vista tradicional, lo que se aplica a un contrato, es decir la base legal, que da término y soporte a la voluntad de las partes, éstas tienen el derecho internacional privado, de designar el derecho que regirá la relación contractual.

No cabe duda, que la vía contractual, es la más idónea, para el proceso de internacionalización de las instituciones mercantiles. “*Se afirma por tanto que esto ha venido a constituirse en una nueva lex mercatoria, totalmente diferente a la medieval. Así, el derecho de comercio internacional se manifiesta en la consagración moderna de la lex mercatoria, es decir la transformación*”²⁴.

En relación a las operaciones de comercio transnacional, la autonomía de la voluntad ejercita un oficio de ubicación, para tener mayor seguridad jurídica, y se elige a través de una cláusula atributiva de jurisdicción o por una cláusula compromisoria, pero en el derecho transnacional, también existe la *lex Mercatoria*, las partes pueden elegirla optando por una solución de carácter anacional, es decir derecho transnacional: usos, costumbres, principios generales de derecho y contratación, reglas uniformes, etc.

Con el acaecimiento de los estados nacionales, las relaciones económicas y el comercio,

²⁴ César Guzmán-Barrón, *Nuevo Orden Económico y El Derecho del Comercio Internacional*, citado por Beatriz Ramacciotti, Fabián Novak y otros, en revista de *Derecho Internacional Económico*, Lima, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, p. 55.

tienden a sufrir una disyuntiva, entre la aplicación de la normativa de carácter nacional o la adherencia a un proceso de internacionalización de las relaciones comerciales, surgiendo así los contratos comerciales internacionales, a los que nos referiremos más adelante

1.2. Evolución Histórica de la *lex mercatoria*

En 1950 comienza la evolución progresiva del comercio internacional, y se desarrollo mas ágilmente desde los años 90, la informática mejoro la comunicación y evolucionaron, los medios de transporte, haciéndose más rápidos, más operadores internacionales, compiten en el mundo, del comercio internacional, el planeta se ha transnacionalizado, los mercados internacionales, se han especializado en diferentes ramas, y siempre se ha buscando el abaratamiento de los costes de transacción y la facilidad jurídica de solución de conflictos, el mejor recurso a muchos de los problemas, es un ordenamiento jurídico uniforme, para los negociadores y operadores sujetos del derecho del transnacional.

En 1957 C. Scmitthoff establece, un nuevo comienzo de la *lex mercatoria*, como ordenamiento jurídico transnacional, de utilización privada entre operadores internacionales, de manejo separado de los órdenes internacionales y en relación a las conferencias llevadas los años 1958 y 1964, sus fuentes formales son en primer lugar la costumbre y los usos del comercio internacional, la costumbre, conjunto de normas que van formándose, de la utilización continua, de un hábito realizado, por los operadores internacionales, es decir los *societas mercatorum*, siendo de manejo exigible, cuando se generalizan su aceptación, en este mismo orden, los usos internacionales, formulados por las instituciones internacionales, son una especie de condiciones generales, incorporadas al contrato por decisión de ambas partes, “*En realidad, las mismas agencias internacionales no pretenden que sean meros usos de comercio, aplicables en el ordenamiento nacional en defecto de ley. Pretenden crear cláusulas de estilo que las partes incorporen a los contratos, con lo que se impondrían sobre cualquier ley nacional dispositiva, al partir directamente*

*de la voluntad de las partes.*²⁵ todo esto sucede si es que en la ley natural o en la reglamentación internacional, no hay mas soluciones, a los litigios de los actividades comerciales internacionales, los operadores internaciones, que realizan negociaciones transnacionales, utilizan los *extra legem*.²⁶

Los organismos internacionales, utilizan reglas sistematizadas, los llamados principios generales, considerados, como la principal fuente de solución de conflictos internacionales, por ejemplo, los Principios de Unidroit, para los Contratos Comerciales Internacionales

En segundo lugar normas de calidad y códigos de conducta, los operadores del comercio internacional, crean asociaciones transnacionales, que se manejan por medio de éstos códigos que serian normas jurídico éticas y reglas técnicas, que son las normas de calidad. En tercer lugar los formularios estándar o contratos tipo, vistos por los operadores transnacionales, como normas generalizadas para la contratación, con el fin de unificar la *lex mercatoria*, son un instrumento primordial, en materias o productos específicos, por los operadores de asociaciones e institutos internacionales especializados, entre los puntos positivos de este tipo de contratación, esta que abarata los costes de la transacción internacional, auxiliando positivamente en la uniformidad de las normas internacionales, y por medio de la jurisprudencia, es casi imposible, que se llegue a considerar inválido, un modelo de contrato, que es aprobado positivamente por varios institutos, por ejemplo, en relación a materias primas, productos agrícolas, etc.

La doctrina de los diferentes países, ayuda a analizar los problemas de los diferentes ordenamientos internacionales, en el comercio transnacional, lo cual permite buscar soluciones internacionales, entonces no importa de dónde viene la solución, pero si interesa, cual es la más acertada. “Uno de los ejemplos de la importancia de este estudio doctrinal transnacional es

²⁵ Anselmo Martínez Cañellas, *La Interpretación y la Integración de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de Abril de 1980*, Granada, Biblioteca Colmares de Ciencia Jurídica, 2004, p. 52

²⁶ Jorge Machicado, *La Costumbre, Apuntes Jurídicos, 2010, p. 4. Citado por Alejandro Bunge, las costumbres*, Argentina, Facultad de Derecho Canónico, Pontificia Universidad Católica de Argentina, 2004, p. 4-6-7.

*precisamente la unificación de la compraventa mercantil internacional, que tiene su germen en el estudio de derecho comparado desarrollado por Ernst Rabel desde 1928 en el Instituto Kaiser-Wilhelm de Derecho Privado Internacional”*²⁷

También son utilizados los contratos autonormativos, gracias a la libertad contractual, existente en la mayoría de ordenamientos nacionales, éstos contratos benefician la negociación internacional, para que sea operada, de una manera transnacional, entonces antes de acudir al arbitraje internacional, con una controversia entre operadores, debe existir previamente un acuerdo entre las partes, que se caracterice por ser escrito, así se obtiene la jurisprudencia arbitral, desarrollada por árbitros, quienes toman una decisión sustentándose, en normas preestablecidas, por las mismas partes en conflicto, por ejemplo en la cláusula de elección de la ley aplicable, si no indican las partes las leyes a las que desean someterse será el propio árbitro el que decida.

Esto se sustenta en que el arbitraje, es la mejor manera de solución extrajudicial, de problemas internacionales, se ha especializado en la resolución de conflictos mercantiles, constituyéndole al árbitro la potestad, de ser fuente de derecho, pues él es el que interpretará la normativa jurídica y los principios de derecho que es jurisprudencia según cada caso.

En base a esto los contratos atípicos²⁸, son los formalizados por las grandes firmas de abogados, y mediante su continua utilización, se va añadiendo a la uniformidad de las normas internacionales de derecho privado; son globalizados, y quienes los crean, no son los legisladores de un país, sino las firmas de abogados. Un juez en principio no podría determinar, cómo inválido, un modelo de contrato, que se reconoce en el mundo entero, que sean atípicos, legalmente no se prohíbe que estos contratos se guíen por modelos internacionales, universalmente aceptados.

También se utilizan las denominadas guías legales, recopilan datos y cláusulas de varios

²⁷Ibid,p. 58.

²⁸ Elvia Arcelia Quintana Adriano, *Régimen jurídico de los contratos atípicos en un orden jurídico nacional*, México, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, p. 2, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1590/17.pdf>

contratos internacionales, ofrecen soluciones y recomendaciones, son formalizadas por las agencias internacionales, crean y desarrollan textos legales en relación a usos.

1.2.1. La *lex mercatoria* como norma positivizada en el ordenamiento comercial internacional

La *lex mercatoria* está basada en las costumbres de la comunidad mercantil e industrial, que en el tiempo ha evolucionado, dando surgimiento a reglas consuetudinarias, que se plasmaron por escrito; luego, se recogió en estatutos corporativos, los cuáles se integraron en tratados intermodales e internacionales, trasladándose a varias regiones. Con el afianzamiento del derecho en su órgano el Estado, la importancia de la *lex mercatoria* decayó en el siglo XVI. A raíz de esto fue sumergida en la historia jurídica, hasta hace poco, cuando en nuestra época se plantea su resurgimiento. “*Para Holdsworth, la historia de la lex mercatoria debe escribirse a partir de la perteneciente a las cortes que la administraron; se menciona que estas cortes en los albores del tercer milenio, son los colegios arbitrales internacionales*”²⁹, designados para cada caso en particular, emiten laudos arbitrales, los problemas son solucionados por los profesionales mejor dispuestos y en las más óptimas circunstancias para hacerlo, por su formación, instrucción y rectitud.

César Guzmán–Barrón señala que la evolución del derecho comercial internacional, se ha basado fundamentalmente en cuatro etapas: 1) La primera, la del *Ius Gentium*, que tiene un origen Romano y está determinada por relaciones comerciales simples, como el trueque, el cambio o la permuta, el mismo que tiende a relativizarse con el padecimiento de la moneda, como un equivalente universal de valor, para la transacción de cualquier clase de mercaderías, y bienes. 2) La segunda, tiene lugar en Roma, época durante la cual el *patriciado*, desprecia el comercio, por ser una actividad de clases inferiores, de plebeyos – esclavos; por ello, el *Ius Civile* le dedicaba contadas disposiciones,

²⁹ Holdsworth citado por Francesco Galgano y Fabrizio Marrella, “Interpretación del contrato y *lex mercatoria*”, Revista de Derecho Comparado: Interpretación de los contratos, 2000, p. 27.

no podían ignorarse las variadas relaciones jurídicas de índole comercial, que se crearon por la afluencia de *los extranjeros*; en este sentido, para hacer frente a los problemas de comercio exterior, se recurrió a la formación en el derecho romano del *Ius Gentium*³⁰, “este derecho sustentaba su carácter internacional en: el efecto unificador de las ferias, universalidad de las costumbres de mar, cortes especiales, que resolvían disputas comerciales”³¹, producto de aquello nacieron las corporaciones, formadas por los integrantes de cada oficio, los estatutos y normas-usos, se concretan y registran en las ferias, surgiendo la *lex mercatoria* diferenciada de la ley civil; se trataba de leyes mercantiles, establecidas por los comerciantes para los comerciantes.

3) La tercera etapa, es la de los derechos nacionales, que se produjo durante el Renacimiento, en el que se afirmaron los estados, por lo que se pretendió incorporar la *lex mercatoria* dentro de las legislaciones nacionales, con el objeto de hacerlas aplicables. 4) La última etapa, se produce durante los siglos XIII y XIV, en los que los Estatutos, vienen a constituir los verdaderos Códigos de la materia; destacaron los de Pisa, Bérgamo, Milán, Bolonia, Placencia, Verona, Venecia, Génova, entre otros. En España destaca el Estatuto “*Consulado de Mar*”, las Ordenanzas de Bilbao y la novísima recopilación. En Alemania se destacaron los estatutos y reglamentación de la Liga Hanseática y Zollverein, y en Inglaterra, los Estatutos o ‘*Consuetudine Of Wisby*’ (s. XIV, XV).³²

En los siglos XVI al XIX, en Francia se presenta, la codificación realizada por Colbert, así sus ordenanzas sobre el Comercio de 1673 y sobre la Marina de 1681, se consideran las precursoras del Código de Comercio de Napoleón de 1807. En Inglaterra, la incorporación de las costumbres de los mercaderes sobre la ley común, fue realizada por el Juez Supremo Lord Mansfield, en Alemania, la nacionalización ocurrió en el siglo XIX, en 1834 se dicta el acta Alemana Uniforme, sobre letras de cambio; luego en 1861, el Código Uniforme de Comercio. Como podemos observar, se produce

³⁰(C. Guzmán-Barrón, Nuevo Orden Económico..., p.50).

³¹ Ibid, p.2

³² (C. Guzmán-Barrón, Nuevo Orden Económico..., p. 53).

una transición de esta incipiente *lex mercatoria* basada en usos y costumbres, hacia una nacionalización normativa del derecho comercial internacional, debido a varias circunstancias:

[...] a.- Fortalecimiento del poder de los Estados, con la consecuencia de la progresiva sumisión de comerciantes y navegantes a sus reglas y mandatos. b.- Tendencia mercantilista en las relaciones económicas internacionales, que explica la creciente intervención del Estado en la vida comercial.- Codificación del Derecho Mercantil y, por ende, de la *lex mercatoria*, en cuanto parte integrante del ordenamiento jurídico de cada Estado, llegando a ser una rama del derecho interno de cada país.³³

1.3. Concepciones en torno a la *lex mercatoria*.-

Algunos doctrinarios califican a la *lex mercatoria*, como un recurso interpretativo de las cláusulas de los contratos comerciales internacionales, otros consideran que la *lex mercatoria* solo sirve para llenar vacíos o lagunas de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Schmitthoff considera que: “la moderna *lex mercatoria*, es una creación deliberada de ciertas *formulating agencies*³⁴, por ejemplo: la Cámara de Comercio Internacional (en adelante ICC)”.³⁵

Otros autores como “Berman y Dasser consideran que la nueva *lex mercatoria* es derecho de raíz consuetudinaria, como lo era la vieja *lex mercatoria* de los comerciantes de la edad media”³⁶, con la que operaban los comerciantes de aquella época, todos estos instrumentos conforman el derecho mercantil internacional. Lo cierto es que la *lex mercatoria*, se encuentra en permanente formación y sistematización, por lo que las concepciones en torno a ella, han variado de la misma forma, en que han ido evolucionando las posturas en torno al derecho y el papel que éste juega en la sociedad. Así, tenemos:

³³ Ibid, p. 54.

³⁴ Cristian Giménez, *Lex mercatoria, garantías independientes y coacción extraestatal*, Colombia, Revista colombiana de derecho internacional, 2004, p. 110, en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/international_law/revista_3/11.pdf

³⁵ (C.Giménez, *Lex mercatoria...*, p. 346).

³⁶ Ibid, p. 346.

1.3.1. Positismo kelseniano³⁷

Sus ideas en analogía al Estado y el derecho, relacionan a la norma jurídica, con lo estatal, los sujetos de una colectividad, la forman en relación al orden jurídico, que reglamenta su conducta, un grupo cuya conducta es similar, se hallan bajo un mismo precepto legal.

En relación a esta escuela del monismo jurídico, en analogía de las relaciones entre derecho interno e internacional, en cuanto al derecho nacional, se considera a los asambleístas, como hacedores de la norma, si nos centramos en el derecho internacional, este proviene de una regla positiva del mandato jurídico, se basaría en el orden nacional, un sujeto o comunidad, crea un orden para su conducta permanente, entre quienes crean este orden están por ejemplo los jueces, en base a la ley, se les considera una autoridad jurídica legitimada, el derecho internacional, se fundamenta en los órdenes jurídicos nacionales, en conclusión para Kelsen no hay mas orden jurídico que el nacional e internacional, siendo así, la *lex mercatoria*, sería discordante, pues no existiría un derecho no estatal, ya que es internacional o estatal, (*tertium non datur*)³⁸, de esta manera la *lex mercatoria* sería una norma no jurídica, un ficción jurídica.

1.3.2. Positismo analítico Hartiano.³⁹

Hart propone entender al derecho como “*unión de reglas primarias y secundarias*”, y manifiesta que una sociedad de reglas primarias, es aquella en la cual el Estado otorga derechos y obligaciones, surgiendo seguramente en esta naturaleza originaria problemas que comprobaran, las reglas primarias, mediante la denominada *regla de reconocimiento*, se establecerán qué reglas son parte y cuáles no de un sistema jurídico determinado, para que esta normativa sea ejecutable, sus

³⁷ Francisco López Ruiz, “*El papel de la societas mercatorum en la creación normativa: la lex mercatoria*”, Alicante, Departamento de Filosofía de Derecho, Universidad de Alicante, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,2010, p.79

³⁸Giovanni Sartori, *Lo que no es la Democracia*, Cap. VI, biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1135/10.pdf

³⁹(F. López Ruiz, “*El papel de la societas mercatorum ...*”, p.80)

reglas y normas serán inamovibles, no adaptándose a cambios repentinos jurídicos o sociales, es decir Hart busca solución al problema de estaticidad de las normas primarias, mediante las *reglas de cambio*, que dotan de características particulares para la formación, cambio, transformación o extinción, de las reglas existentes.

Según Hart este tipo de normas primarias, carecen de seguridad jurídica, en cuanto a su aplicación y no se sabe a ciencia cierta, si una ley ha sido cumplida o no, es decir Hart aclara que un defecto de estas sociedades es la ineficiencia, para hacer cumplir sus reglas, para lo cual existen las *reglas de adjudicación*, que son aquellas que dan a un órgano autoridad para determinar, si se violó o no una regla, permitiendo la creación de órganos encargados de establecer si se transgredió una norma primaria, según lo antes expuesto formarían un sistema jurídico las *reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación*. En relación a la *lex mercatoria*, Hart lo que intenta establecer es si en la *lex mercatoria*, se conjugan las reglas primarias y secundarias, esto por ejemplo en organismos como Unidroit, pues contienen los dos tipos de reglas, estas instituciones son un conjunto de reglas de adjudicación, los cambios continuos de las diferentes normas internacionales, demuestran las reglas de cambio, establecidas por Hart. La posible existencia en la *lex mercatoria* de las reglas de adjudicación, se explica a partir de la circunstancia de que un determinado ordenamiento jurídico nacional, reconozca a las normas de la *lex mercatoria*, como derecho aplicable, sin pertenecer a dicho sistema nacional, de esta manera de un mundo no jurídico o bien llamado por Hart pre jurídico, de la *societas mercatorum*, la *lex mercatoria* en base a las reglas de cambio y adjudicación, pasan a pertenecer al mundo jurídico.

1.3.3. El pluralismo institucional de Santi Romano⁴⁰

Para Santi Romano el derecho, debe tener las siguientes características: antes debe existir una

⁴⁰(F. López Ruiz, “*El papel de la societas mercatorum ...*, p.81)

sociedad, y en una sociedad donde no exista el fenómeno jurídico, no hay derecho, ya que esta sociedad, con base en una juridicidad, deberá tener un orden social, y de esta manera, la conclusión es este fenómeno jurídico, antes de ser norma y establecer una cadena de relaciones sociales, es primero una organización, según esta teoría, lo que no trasciende de lo individual, no es regla, la sociedad debe manifestarse en las leyes, es decir en lo jurídico, una norma debe surgir con la idea de un ordenamiento social, evitando la arbitrariedad y la fuerza, el derecho antes que norma, es una organización, y debe tener una posición en la sociedad, en la que se desarrolla, por eso el concepto debe ser el resultado de la institución. Romano implanta la noción de orden social, pues la institución radica en la necesidad, de organización, visión pluralista del derecho, negando de esta manera el monopolio del estado, siendo derecho nacional, uno más entre la variedad y pluralidad de andamiajes jurídicos.

Dentro de una sociedad existe una serie de instituciones que la forman y el resultado de estas es el orden social, es una herramienta para este orden, es decir institución y derecho son uno, mediante estos, la sociedad mantiene una determinada organización social, es decir el derecho es la misma organización, siendo esto la base para una institución y gracias a esta se mantiene el orden social. Así, cuantas instituciones jurídicas existan, para mantener el orden social, existirán los ordenamientos jurídicos, un derecho estatal es uno más de la gama y gran variedad de ordenamientos jurídicos. Desde la teoría de Santi Romano, entenderíamos a la *lex mercatoria*, como una institución, que en base a su ordenamiento jurídico, creado por usos y costumbres consuetudinarias, formalizadas por organizaciones internacionales, busca proteger a la *societas mercatorum*.

1.34. G. Teubner: el pluralismo jurídico y la *lex mercatoria*.⁴¹

Para Teubner se puede hablar de derecho, así no exista un Estado del que se originen las

⁴¹(F. López Ruiz, “*El papel de la societas mercatorum ...*”, p.82)

reglas, pues éstas no necesariamente deberán provenir de un Estado, este soporte jurídico, ya no es territorial; sino sectorial, diversas demandas de las empresas transnacionales, no pueden ser satisfechas, por los organismos estatales o internacionales.

Los tribunales ocupan el centro de este orden legal y los regímenes autónomos están ubicados a la periferia, así el derecho económico global, estaría siendo formado, por un centro subdesarrollado y con su periferia bien desarrollada, un centro formado por las periferias y en constante evolución.

Las prácticas jurídicas, en relación a la *lex mercatoria*, han demostrado, que no se tiene al Estado como centro de importancia, entendemos que el pluralismo jurídico, cambia aquel concepto, que un sistema jurídico, se ve solamente como Estado, la normativa jurídica de las negociaciones internacionales, ha evolucionado del territorio, incluso a obtener una perspectiva sectorial, pues los mercados transnacionales y su sociedad, necesitan normas y las nacionales, a veces resultan insuficientes, al igual que las internacionales; por eso en la actualidad, varias son las instituciones, dedicadas a crear un derecho autónomo, de validez transnacional. Debemos ver la imagen de un centro y la periferia: el centro está formado por el derecho de las naciones, y la periferia por los regímenes jurídicos autónomos. Según Teubner, existe un derecho-no derecho, es así que el transnacional, posee una base, un centro subdesarrollado, mientras que su circunferencia es súper desarrollada, el centro fue el resultado, de las periferias dependiendo de las mismas. En este marco la *lex mercatoria* es la parte del derecho económico internacional, que se desarrolla en la circunferencia, en relación directa con las instituciones, empresas y negocios transnacionales.

Según Teubner, en relación a la *lex mercatoria*, se da una relación circular, entre el contrato y el arbitraje, en cuanto a su reglamentación, pues se relaciona lo legal y lo no legal, es decir contiene

reglas sustantivas⁴² y sus conflictos se resuelven vía arbitral. Al utilizar al arbitraje, para analizar la validez de un contrato se externaliza, lo cual se sitúa, en las cláusulas del mismo contrato, sin embargo la validez de este, se soluciona en él mismo, gracias a la autonomía de la cláusula arbitral⁴³, un árbitro, decide si un contrato es válido, en base a su condición en la referida cláusula arbitral.

1.4. La *lex mercatoria* y el arbitraje del comercio internacional.

Las controversias de tipo comercial, se resuelven por medio del arbitraje del comercio internacional, cuyo uso se ha acrecentado en los últimos años, a la par de la *lex mercatoria*, visto como una solución, para no acudir a los ordenamientos jurídicos legales, de un estado en particular, por parte de los operadores del comercio transnacional. El arbitraje comercial se ha desarrollado vertiginosamente, ya que diversos problemas entre mercantes del mundo, no se resuelven, en los tribunales de sus países de origen, sino que se solventan en tribunales extranjeros, y no se dirimen en virtud de ordenamientos jurídicos nacionales sino sobre la base de reglas de conducta internacionales.

Los comerciantes buscan las soluciones satisfactorias, rápidas y eficaces que suelen dar los tribunales arbitrales. En la doctrina de arbitraje internacional se han creado: principios y reglas, mismos que han surgido, de la utilización de la *lex mercatoria*, estableciendo la aplicación de estos principios, gracias a la jurisprudencia arbitral, establecida principalmente por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Las partes son las que eligen libremente, qué normativa será la que el árbitro deberá aplicar, para resolver la controversia sometida a su conocimiento, y si estas no deciden, el árbitro será el que aplique la ley apropiada, según los principios mundialmente aceptados, basándose en las costumbres

⁴²Agustín Villalba Zabala, *Introducción al Derecho*, Cantabria, Universidad de Cantabria, Creative Commons, Open Course Ware, 2011, p.8. en [http://ocw.unican.es/ciencias-sociales-y-juridicas/introduccion-al-derecho/materiales/Te ma2.pdf](http://ocw.unican.es/ciencias-sociales-y-juridicas/introduccion-al-derecho/materiales/Te%20ma2.pdf).

⁴³ Luis Enrique, Graham Tapia, *La cláusula arbitral: aspectos prácticos*, en *Revista de Derecho Privado* año 9 No 26, Mayo- Agosto 1998, p.17 México, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/26/pr/pr0.pdf>

comerciales y en los usos del comercio. Al no decidirse las partes por algún orden jurídico nacional, para resolver su conflicto en un contrato, pueden optar por decidir que las resuelva *la lex mercatoria*, los operadores del comercio, pueden negarse a usar su propia ley nacional, dando la opción al juez, de utilizar esta nueva *lex mercatoria*. Surge la tarea de determinar cuáles son esos principios y normas de uso generalizado universalmente y que tanto jueces como árbitros, deberían conocer para resolver conflictos a nivel transnacional, de los comerciantes internacionales.

Las agencias creadoras de principios internacionales, al igual que los organismos internacionales dedicados a la promoción, difusión y protección del comercio internacional, publican laudos, dictados por árbitros y tribunales arbitrales en revistas, etc., a fin de que sean de uso generalizado. Matute reconoce que en el plano institucional corresponde sobre todo al arbitraje la tarea de reconstruir un “*Ius Gentium* o una *lex mercatoria*, libres de contingencias y de los prejuicios nacionales.”⁴⁴ Los árbitros tienen la tarea de enfatizar las normas de derecho privado sustantivo que sean la base para un futuro derecho internacional.

1.5. La *lex mercatoria* y la jurisprudencia internacional.-

Analizamos que el debate en realidad sobre la *lex mercatoria*, no se reduce al ámbito de su aplicación en el campo del derecho, sino que se precisan problemas más profundos, en relación a su naturaleza y funciones del derecho en el contexto de la globalización. La *lex mercatoria* es un conjunto de normas y resoluciones arbitrales, que mandan al comercio mundial, entre individuales de diferentes Estados. En la actualidad la discusión central, no es si existe o no la *lex mercatoria*, ahora la preocupación central es en que casos y realidades debería ser aplicada.

En base a los antes examinado, consideramos que la *lex mercatoria* es el conjunto de usos y costumbres, utilizado por los operadores mercantiles transnacionales, para resolver controversias, que

⁴⁴ Claudia Matute Morales, *La lex mercatoria y los Principios Jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Carabobo, Anuario No. 27, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo, 2004, p. 13

no tienen solución en los márgenes de las leyes nacionales; además de servir como normas, de interrelación entre los obradores del comercio internacional. No se trata de normas positivizadas, pues más que regla, la *lex mercatoria* viene a ser una especie de herramienta, de apoyo para negociaciones transnacionales y posible solución de conflictos universales.

1.6. Posiciones a favor y en contra de la *lex mercatoria*.

Los defensores de la *lex mercatoria*, aseguran que es un campo jurídico transnacional, de vieja data, conocido por los comerciantes sobre quienes será su campo de sistematización y aplicación. Opinan que los tradicionalistas jurisconsultos que no aceptan a la *lex mercatoria*, es porque conocen la aplicación de normatividad en el mundo jurídico basado en el *status quo*,⁴⁵ en base a su concepción clásica del derecho, en los cuáles los paradigmas básicos están enquistados, en la memoria de sus tratadistas. Entre los aspectos positivos de la *lex mercatoria*, para estos autores, encontramos:

- a) Busca la transformación sistematizada de la ciencia jurídica a la par del avance en los negocios y relaciones internacionales, estimulando el avance del comercio internacional.
- b) Es una solución a los lentos y caducos derechos locales de los Estados, buscando agilidad, celeridad y eficacia procesal, de normas no muy difíciles de absorber
- c) Busca la neutralidad procesal judicial, el árbitro no pertenece a ninguna nación específica de las partes, es decir deslocaliza y desnacionaliza a la justicia.
- d) Da más jerarquía la autonomía de las partes.
- e) Las corporaciones internacionales, se han visto limitadas, por las jurisdicciones de las naciones y sus limitaciones, en relación a las normas jurídicas.

⁴⁵ Diccionario Manual de la Lengua Española Vox, Larousse Editorial, S.L., 2007 *statu quo* se pronuncia aproximadamente '*estatu cúo*' o '*estatu cuo*' s. m. Expresión latina que significa 'en el estado en que se hallaban antes las cosas y hace referencia al estado o situación de ciertas cosas, como la economía, las relaciones sociales o la cultura, en un momento determinado.

f) *La lex mercatoria*, es legítima a la comunidad jurídica internacional, sin embargo existe una contradicción; entre los hechos y la doctrina, porque son los órdenes nacionales, permiten el funcionamiento de la *lex mercatoria*, ya que éstos son los ejecutores de los laudos arbitrales.

Mientras tanto, las principales críticas que sus detractores atribuyen a la *lex mercatoria* son las siguientes:

a) Su generalidad e imprevisibilidad, imprevisible jurídicamente en una resolución de un conflicto entre comerciantes, pues sus conclusiones suelen ser muy amplias.

b) Su fragmentariedad e inoperatividad, no existe un sistema de normas llamado *lex mercatoria*, sino leyes fragmentarias dispersas, lo que la tornaría insegura e inoperante.

c) Su falta de genuina universalidad, la ley nacional de los Estados impide esta condición esencial de la *lex mercatoria*, evitando la universalidad y su transnacionalidad.

d) Su relativa legitimidad, es mínima dentro de la internacionalidad del derecho comercial, se somete a intereses de grupos sociales, autores de esta normatividad y autoridad a su servicio, como las *societas mercatorum*, dejando de lado al derecho de los Estados.

e) Su ausencia de rigor y de motivación, su teoría no tiene bases bien cimentadas, en un análisis jurídico o científico.

f) La carencia de autonomía efectiva, su ejecución dependerá de los estados, deberá ser aceptada y reconocida por los estados para ser efectiva en tal o cual territorio.

g) Por su dilución, porque no es un sistema unificado de fuentes, pues son recogidas de diferentes lugares, lo cual le quita fuerza.

h) Sus críticos dicen que no es un ordenamiento jurídico, pues no es considerado como sistema jurídico, por lo que no podría ser aceptada, en el derecho internacional, no posee universalidad, coherencia, efectividad o autonomía.

- i) Podría darse el caso de que por proteger la autonomía contractual, se dé preferencia a una de las partes.
- j) No hay mucha seguridad jurídica, en la norma comercial internacional, por la facilidad y flexibilidad regulatoria.
- k) Teniendo en cuenta que la *lex mercatoria* favorece el arbitraje, como método de solución de controversias, se debe mencionar que no existen, mayores seguridades, para que el obligado a cumplir un laudo arbitral lo haga, pues no tiene fuerza coercitiva, por lo que debe ejecutarse por medio de un derecho estatal.

1.7. Semejanzas y Diferencias entre la antigua *lex mercatoria* y la moderna *lex mercatoria*

La moderna *lex mercatoria*, está formada, no sólo por usos de los comerciantes, sino por reglas que tienen origen, en organismos internacionales, tanto públicos y privados, más en uno y otro caso, constituye un derecho uniforme, que trata de solucionar las controversias, que han surgido en el conflicto de las leyes.

[...]Para Berman y Dasser las semejanzas entre la antigua y la nueva *lex mercatoria* se manifiestan en que ambas están formadas por usos y costumbres que constituyen un derecho espontáneo, uniforme, y en cierta medida universal: que son usos propios de los comerciantes tendentes a evitar el conflicto de leyes cuando se trata de determinar el derecho aplicable a una relación jurídica. Pero también existen diferencias relevantes. Así la nueva *lex mercatoria* presenta características y fuentes particulares. Además de los contratos y los usos del comercio internacional se pueden encontrar manifestaciones normativas específicas de la nueva *lex mercatoria* como los principios generales de la contratación, *las standards forms*, *los restatements of law*, las leyes modelo y los laudos arbitrales.⁴⁶

La *lex mercatoria* moderna se encuentra conformada por “*las condiciones generales de contratación, los standars forms, reglas de asociaciones profesionales y las guidelines, principios generales del comercio internacional, los restatements of law, códigos de conducta, convenciones*

⁴⁶ Francisco López Ruiz, *El papel de la societas mercatorum en la creación normativa: la lex mercatoria*, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. 2010, p.76

internacionales, las Model law, los laudos arbitrales, la normativa procedimental y la equidad".⁴⁷

Con respecto a los contratos comerciales internacionales, que constituyen fuente primerísima del derecho del comercio internacional, cabe señalar que cuando su utilización es repetida, suelen tipificarlos en el denominado *standard forms*, convirtiéndose así en usos y costumbres. Así, la Cámara Internacional de Comercio de París (CCI), y varias organizaciones de comerciantes internacionales, reciben la denominación genérica de *formulating agencies*, por sus prácticas, realizan una recopilación sistemática de modelos de contratos, clarificando cuáles son las condiciones generales, bajo las cuales se realiza la contratación, en determinadas materias.

En lo que atañe a los usos y costumbres, se ha procedido a su recopilación, siendo las más importantes: "*las Reglas y Usos Uniformes, para los Créditos Documentarios (publicación n° 500 de la CCI); los INCOTERMS 2010; los General Usages for Digitally Ensured Commerce, de la CCI; la Reglas Uniformes relativas a las Garantías Pagaderas a su Reclamación o RUG; las Reglas de la CCI sobre Prácticas Internacionales en materia de Créditos Contingentes de 1998*",⁴⁸ entre otros. Por su parte, en lo que respecta a las reglas uniformes constituyen guías, de redacción de contratos, o para diversas operaciones comerciales, en torno a las operaciones de los comerciantes transnacionales.

Sobre los principios generales de comercio internacional y los *restatements of law*, debemos señalar, que son reglas generales, en las que se basa el sistema jurídico, que están por encima de las leyes nacionales, buscan soluciones al conflicto de dos leyes nacionales, en base a los principios generales, de los ordenamientos jurídicos, de los estados participantes.

Doctrinarios y juristas han realizado la recopilación y reformulación de principios jurídicos de varias legislaciones comunes de diferentes países, entre los que encontramos, como los más

⁴⁷ (C. Giménez Corte, "*Lex Mercatoria, Garantías independientes ...*", p.5)

⁴⁸ (C. Giménez, *lex mercatoria...*, p. 6.).

destacados, a “*los Principles of International Commercial Contracts de 1994 de la UNIDROIT (Internacional Institute for the Unification of Private Law) y los Principles of European Contract Law, recopilados por la Commission of European Contract Law*”⁴⁹. Algunos autores se han dedicado además a elaborar comparaciones de laudos arbitrales, extrayendo los principios comunes, contenidos en pronunciamientos de árbitros y tribunales arbitrales, la conclusión de estos trabajos es la extracción de principios, que se convierten en reglas-estándares de la *lex mercatoria*.

Sobre las leyes modelo, son una posibilidad de regulación de las controversias internacionales, constituyen una especie de normas patrón, a ser imitadas por los legisladores de las naciones, para que en cada nación, se promulgue una ley positiva, en base al mismo texto o lo más parecida posible. Un ejemplo es: “*la UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, que sirvió de fundamento para la Ley de Comercio Electrónico del Ecuador, así como Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial Internacional*”.⁵⁰

Mientras las leyes modelo, se dirigen a los órdenes estatales, tenemos a las normas de conducta, que tienen como destinatarios a los particulares, constituyen instrumentos extraordinarios, que no poseen fuerza legal y no son obligatorias, pero respecto de las cuáles se forma, una especie de costumbre jurídica instantánea, eentre estas tenemos: a “*las Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission de la CCI; las Rules of Conduct on Extortion and Bribery in International, Business Transactions, 1996 también de la CCI; al United Nation Code of Conduct on Transnational Corporation de la ONU; y a las Guidelines for Multinational Enterprises de la OECD, Organization for Economic Co-Operation and Development*”.⁵¹

Con respecto a los laudos arbitrales, debemos mencionar el papel preponderante, que juegan los árbitros, como constructores de este novísimo derecho del comercio transaccional, son los

⁴⁹ (C. Giménez, *lex mercatoria...*, p. 9).

⁵⁰ (C. Giménez, *lex mercatoria...*, p.12)

⁵¹ *Ibidem*

aplicadores y creadores, en base a sus laudos del derecho transnacional, generando corrientes jurisprudenciales. “Por ejemplo, en el famoso laudo del Tribunal Arbitral de la ICC, Norsolor SA v. Palvack Ticaret, ante la dificultad para determinar el derecho aplicable, el tribunal decide aplicar los usos y costumbre del comercio internacional, entendiendo que uno de los principios, que emanan de las prácticas comerciales, es que los contratos deben cumplirse de buena fe”⁵².

El árbitro tiene una discrecionalidad amplísima y flexibilidad; así, en base a las “Rules on Commercial Arbitration de la CCI de 1998”⁵³, los árbitros no están obligados a aplicar normas de los Estados de los comerciantes en conflicto, y más que decidir en cuanto a derecho, lo hacen en torno a la equidad, por eso el efecto tan amplio del poder de discrecionalidad que posee un árbitro.

Este nuevo derecho internaciones, se sujeta de una serie de costumbres, usos, reglas, de conocimiento internacional, y principios universalmente respetados, aceptados expresamente, por los operadores transnacionales, ellos reconocen cual es la ley aplicable a su contrato, serán los árbitros, que en base a todo este sistema de principios normas etc, quienes decidan en base a su sana critica, ecuanimidad, sin basarse en un derecho en particular, sino en un orden transnacional establecido, que obliga a las partes, en base a la misma auto obligación impuesta en un contrato.

1.8. Naturaleza jurídica de la *lex mercatoria*.

La *lex mercatoria*, carece de una regulación positiva, pues su normativa no proviene de un ámbito legislativo nacional, ya sea éste congreso, asamblea, o parlamento, ni de un organismo internacional, con facultad para legislar. El comercio es una actividad, que ha estado presente en la historia de la humanidad desde el advenimiento del ser humano a la faz de la tierra. Desde el trueque, hasta la concepción de intercambio comercial, se han desarrollado actividades comerciales en todos los ámbitos del quehacer social y aquellas actividades, se verán también plasmadas, en el

⁵²(C. Giménez, *lex mercatoria...*, p.13)

⁵³(C. Giménez, *lex mercatoria...*, p.13)

ambiente comercial internacional, con el surgimiento de una nueva clase social en el Medioevo, como son los comerciantes, se hizo necesaria la incorporación de estándares, que permitan armonizar las actividades mercantiles.

Sin duda que resulta novedosa e impredecible, el conocimiento de un conjunto de usos y costumbres internacionales, que se analizan desde la perspectiva de un “sistema jurídico”, visto desde una aproximación internacional. Sin embargo, la *lex mercatoria* resulta ser aceptada, por los comerciantes de todo la orbe, y aplicada como tal, en sus diferentes negocios internacionales, y también es utilizada internacionalmente por los árbitros.

Para analizar la naturaleza jurídica de la *lex mercatoria*, debemos diferenciar entre ésta y el derecho del comercio transnacional, en relación a sus normas y ubicación legal. La *lex mercatoria*, es la parte no codificada, del derecho del comercio transnacional, conformando esta parte tanto las reglas y costumbres consuetudinariamente utilizadas, así como las reglas y principios generales del derecho comercial, etc.

Varios autores consideran a la *lex mercatoria* como un ordenamiento autónomo y jurídico, independiente del nacional y del internacional; sin embargo, otra rama de jurisconsultos considera que no constituye derecho positivo.

La *lex mercatoria* vista desde la filosofía del derecho y del derecho internacional privado, se la identifica como una formulación jurídica de las partes, misma que no está bajo el control de ningún derecho estatal, ya que no posee marco regulador, lo cual complica su oportuna aplicación. Desde este último punto de vista, la *lex mercatoria*, podría ser utilizada como una herramienta jurídica, con el fin de utilizarla para la interpretación, llenando vacíos de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales.

La *lex mercatoria* es un conjunto consuetudinariamente establecido de normas utilizadas de manera particular para cada caso, dependiendo del lugar, las partes y la situación a ser remediada, no

es una ley, sino un colección de principios y usos no codificados; tiene la debilidad de no dar soluciones jurídicas a todos los problemas, no tiene reglas de carácter transnacional, para todos las controversias transnacionales, entonces se debe apelar, a los sistemas jurídicos internos de los Estados, y de esta manera tanto los usos como reglas y principios, a ser utilizados, obedecen a circunstancias, como el sistema jurídico al cual las partes pertenecen, su ley aplicable, etc.

La *lex mercatoria* no es un conjunto de normas jurídicas en sí, sino la unión de éstas formando una herramienta, que nos ayuda a resolver conflictos transnacionales, mediante usos, principios, costumbres y reglas formulados internacionalmente, en organismos e institutos internacionales, y a través de los pronunciamientos fruto del arbitraje internacional o de los jueces y cortes de cada nación, en este sentido entendemos a la *lex mercatoria* como la herramienta, fundamentada en usos y costumbres internacionales y transnacionales, que facilita las negociaciones internacionales, entre los operadores comerciales internacionales.

1.9. Principales reflexiones en relación a la *lex mercatoria*.

La *lex mercatoria* esta en permanente formación, sus nociones y papel que juega en la sociedad, evolucionan constantemente, Distintos teóricos la conceptúan como técnica interpretativa para concebir las cláusulas de los contratos de los negocios internacionales, otros la consideran como un derecho de origen consuetudinario, nuevos teóricos la razonan como herramienta jurídica, para llenar lagunas de los ordenamientos jurídicos nacionales, empero la actual *lex mercatoria*, es la creación de las agencias formuladoras, Los defensores de la *lex mercatoria*, afirman que es un tercer derecho, conocido por los comerciantes que busca estimular el avance del comercio internacional, como solución a las lentas legislaciones nacionales, desnacionalizar la justicia, y ampliar las posibilidades que las corporaciones internacionales desarrollen sus negocios con mayor seguridad, es una herramienta para llenar los vacíos de ley, pues no es nacional, o internacional, según Kelsen es una ficción jurídica o una herramienta jurídica.

En relación a los contratos y el arbitraje internacional llegamos a la conclusión gracias a Teubner, que se da una relación entre lo legal y no legal, tenemos reglas sustantivas, pero al surgir conflictos son solucionados por la vía arbitral, logrando con laudos un conjunto de normas que forman la *lex mercatoria*, misma que ayuda a las relaciones en la contratación internacional, es así como la *lex mercatoria* es el conjunto de usos y costumbres, formalizados por los operadores mercantiles transnacionales, para solución de sus controversias, que no tiene tramitación en las leyes nacionales, es una herramienta, de apoyo para negociaciones transnacionales.

Entre las críticas a la *lex mercatoria* moderna, están que es general e imprevisible, se encuentra fragmentada y no es un conjunto de normas regladas de manera taxativa, no posee autonomía pues para ser ejecutada depende de los Estados, los cuales deberán reconocerla, no está bajo el control de ningún derecho estatal, ya que no posee marco regulador, lo cual complica su oportuna aplicación.

En resumen la *lex mercatoria* transnacional, se parece a la antigua en que ambas, son el resultado de usos y costumbres, acuñados en el tiempo, utilizados por comerciantes, y se diferencian en que la moderna *lex mercatoria*, aparte de los usos se configura por reglas, formulas estandarizadas por organismos internacionales, principios generales del comercio internacional, códigos de conducta, leyes modelo, también por los contratos comerciales internacionales, como fuente principalísima del derecho del comercio internacional y el arbitraje internacional en base a sus laudos arbitrales.

De esta manera este nuevo tercer derecho o *lex mercatoria* moderna se fundamenta en principios universalmente respetados por los operadores transnacionales, siendo la parte no codificada, del derecho del comercio transnacional.

En conclusión la *lex mercatoria* es la unión de normas jurídicas, formando una herramienta jurídica, para la solución de conflictos transnacionales, sin embargo no es una ley, sino una colección

de principios y usos no codificados; que no da solución jurídica a todos los problemas, ya que debe apelar, a los sistemas jurídicos internos de los Estados, para ser aplicada.

CAPÍTULO II

1. ROL DE LA *LEX MERCATORIA* EN LA FORMACIÓN DE UN DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL UNIFORME.

En este segundo capítulo, podemos evidenciar una perspectiva general, de la materia del comercio internacional, para un estudio del comercio internacional, en los negocios internacionales, estudiaremos la *lex mercatoria*, como materia importante, sus objetos, sujetos y escenarios en los que se desarrolla y va formando el derecho uniforme o derecho transnacional en estado de gestación.

2.1. La configuración de la nueva *lex mercatoria*.

En la Edad Contemporánea aparece esta nueva doctrina, frente a problemas específicos del derecho comercial como son: la transmisión del riesgo, el tiempo y lugar de la formación de los contratos, la transferencia de capitales por vía de inversiones, los problemas cambiarios, etc., surgiendo para resolver aquella problemática, la nueva *lex mercatoria*, con el objeto de establecer leyes uniformes internacionales, que tiendan a regular los contratos internacionales, en materia comercial, produciéndose un proceso de desnacionalización de las instituciones mercantiles, nace así la nueva *lex mercatoria*, distinta a la surgida en el Medioevo y diferenciada en el proceso de formación de los tratados internacionales, sin intervención estatal.

La nueva *lex mercatoria*, se concibe a principios del siglo XX, cuando se observa la insuficiencia del sistema de normas de derecho internacional privado, para la solución de los conflictos germinados, entre los operadores del creciente comercio internacional, es entonces cuando se concretan dos tendencias características del naciente derecho de la nueva *societas mercatorum*.⁵⁴

⁵⁴ Walter René Cadena Afanador, *La nueva lex mercatoria, Un caso pionero en la Globalización del Derecho*, Bogotá, Papel Político No. 13, 2001, p.105.

La tendencia unificadora de los ordenamientos jurídicos internos de los países, operada desde el poder estatal, en instituciones internacionales, y la aparición de la autorregulación de los propios operadores internacionales, gracias al reconocimiento universal del principio de libertad de contratación.

Según Guzmán-Barrón, desde una perspectiva política, tres han sido los elementos condicionantes para la evolución del derecho del comercio internacional en el siglo XX, destaca el papel de los países en vía de desarrollo, debido al aumento de países integrantes de los organismos internacionales, se considera, a los movimientos integracionistas, como factor de desarrollo internacional. La existencia de la coerción económica, como un elemento del comercio internacional, que plantea la necesidad de viabilizar, formas uniformes para la solución de conflictos, en los que el derecho internacional privado era casi inaplicable. *“En este contexto surge la lex mercatoria, que informa y caracteriza al derecho del comercio internacional, como un nuevo derecho que persigue el establecimiento de convenciones internacionales, que regulen la conducta internacional”*⁵⁵.

El desarrollo de la nueva *lex mercatoria*, comenzó de las repetitivas prácticas, de las corporaciones transnacionales⁵⁶ con la cooperación de las *law firms*, ubicadas en países diferentes del globo, desarrollándose a velocidad vertiginosa, ejemplo de mutaciones de derecho en el área privada de la economía, se dan por el choque político entre ordenamientos jurídicos de diferentes naciones, de diferente raíz, los avances tecnológicos, y más factores, que influyen en la transformación, del derecho en general. Se trata de una herramienta jurídica creada por los comerciantes, para comerciantes, evitando de esta manera los conflictos de la aplicación de las legislaciones estatales.

2.1.1. La *lex mercatoria* contemporánea ¿un tercer derecho?

El fundamento principal de la *lex mercatoria*, es el principio de efectividad, los actores

⁵⁵(C.Guzmán-Barrón, *Nuevo Orden Económico ...*, p.56)

⁵⁶ R. Calduch, *los actores transnacionales (II): las empresas multinacionales*, Relaciones Internacionales, Ediciones Ciencias Sociales, Madrid 1991, p 7.

integrantes de la *societas mercatorum*, tienen el mismo fin, es decir buscan una normativa única, que satisfaga las necesidades, de todos, en base a reglas, que no afecten el comercio internacional. “*De la nueva lex mercatoria se ha hablado como de un verdadero y original ordenamiento jurídico, separado de los ordenamientos estatales, expresión de la societas mercantile*”.⁵⁷

Muchos autores consideran que la *lex mercatoria*, se cataloga como nuevo derecho, creado por particulares, para regir relaciones de derecho privado, se puede entender como un esquema legal, creado por el rango empresarial, sin mediación de poder legislativo de los Estados, formado por reglas destinadas a disciplinar de manera análoga, más allá de la unidad política de los Estados, las relaciones comerciales que se establecen, dentro de la unidad económica de los mercados.

Pero hay otros autores que insisten que la *lex mercatoria*, no puede pensarse como un derecho nuevo, pues existen aspectos fundamentales de los contratos, que no regula como tal, por ejemplo: la capacidad de las partes, los vicios del consentimiento, y los poderes de los órganos y representantes de las sociedades comerciales, es así, como las cuestiones de validez, parecen quedar en el dominio de la ley contractual estatal.

El derecho transnacional hasta la actualidad, a pesar de su pretensión de universalidad, está condenado a los diferentes estatutos de los órdenes jurídicos, posiblemente con el transcurso de los años sea posible la combinación de leyes y reglas de la costumbre comercial internacional, permitiendo, el nacimiento de un derecho uniforme, será la *lex mercatoria* sustentada en sistemas electrónicos y recogida, en convenciones internacionales, la que regule el comercio en el siglo XXI.

[...] Como menciona Goldman, ahora la nueva *lex mercatoria*, tiene como fuentes un derecho creado en el ámbito empresarial, sin que intervenga el poder legislativo de los estados, que se halla compuesto por reglas que están destinadas a regular de manera uniforme las relaciones comerciales que se establecen dentro de la unidad económica de los mercados.⁵⁸

Mediante la paulatina incorporación de la nueva *lex mercatoria*, se pretende superar el

⁵⁷Francesco Galgano y Fabrizio Marrella, *Interpretación del contrato y lex mercatoria*, p. 20.

⁵⁸(F.Galgano y F.Marrella, *Interpretación...*, p. 20).

atavismo de diferenciar los derechos nacionales y los interestatales, surgiendo como un tercer derecho creado por particulares para regir relaciones de derecho privado, diferente al nacional.

Michel Virally sostiene: “*la formación de un conjunto coherente de reglas transnacionales (de una lex mercatoria), depende en primer lugar de la existencia de una red de relaciones comerciales que escapan, por lo menos en parte, al control de los estados*”⁵⁹ y para justificar la existencia de la nueva *lex mercatoria* como un tercer derecho,

[...]Virally manifiesta las siguientes conclusiones: 1) La primera, es que las relaciones transnacionales, no pueden evitar, más que en parte, el control de los Estados, entonces, si existe una *lex mercatoria*, no puede tener la pretensión de constituir un orden jurídico, que rija las relaciones comerciales transnacionales, en todos sus aspectos. Un orden jurídico no necesariamente es completo y del todo autosuficiente, este es el caso del orden jurídico internacional, que en lo tocante a ciertos problemas, está obligado a remitir su solución a los derechos internos. 2) La segunda, en ciertos aspectos, las relaciones transnacionales, parecen ser lo bastante independientes, de un orden jurídico nacional único, para la solución de problemas jurídicos que plantean. El derecho transnacional, dispondría de una base normativa sólida y amplia, a partir de la cual los tribunales de arbitraje, podrían elaborar un cuerpo de reglas detallado por medio de su jurisprudencia⁶⁰.

Así, desde el punto de vista de la teoría del derecho, “*no es escandaloso hablar de un orden jurídico transnacional, hasta podemos agregar que, si se reúnen los elementos antes descritos, el derecho transnacional se presenta, de aquí en adelante como un orden jurídico, tal vez embrionario, pero al mismo tiempo distinto del orden jurídico internacional y de los derechos internacionales*”⁶¹.

Empero, al igual que el derecho extranjero, el derecho transnacional, solo puede ser aplicado por tribunales de un determinado Estado, si es reconocido por el derecho de dicho Estado, dentro del límite de sus reglas de conflicto de leyes y si estas, lo sitúan junto al derecho extranjero, a pesar de su carácter transnacional, está condenado a estatutos diferentes, conforme a los órdenes jurídicos nacionales, por lo demás, estos estatutos dependen del grado de apertura de cada derecho nacional⁶².

Para Galgano, la nueva *lex mercatoria*, opera en un ámbito caracterizado, por la

⁵⁹ (M. Virally, *El devenir del Derecho Internacional*, p. 574).

⁶⁰ (M. Virally, *El devenir del Derecho Internacional*, p. 574).

⁶¹ *Ibíd.*, p. 583.

⁶² (Michel Virally, *El devenir del Derecho Internacional*, p. 584).

discontinuidad jurídica, en el seno de los Estados, “*Dentro de la nueva lex mercatoria se disuelven tanto los particularismos jurídicos de las codificaciones, como el fenómeno, aún más significativo, de las diferencias entre el civil law y el common law*”⁶³

2.1.2. Las comprensiones de la nueva *lex mercatoria*

Existen dos tendencias doctrinarias en relación a la *lex mercatoria*, unos le proveen independencia, tanto de la legislación internacional, como de los ordenamientos jurídicos nacionales, la catapultan como un tercer derecho, con sus reglas, principios, defienden derechos y exigen obligaciones, en base a un sistema de protección y de regularización de los acuerdos pendientes en un contrato, es decir por medio del arbitraje se controla, el fiel cumplimiento, de dichas obligaciones y deberes, sin embargo pese a este derroche de pruebas de la existencia fidedigna de un tercer derecho, otra rama de doctrinarios se oponen a creer, que es un derecho independiente, no lo ven como un derecho en sí, sino como un instrumento de consulta, para la realización correcta de contratos internacionales, y como un instrumento jurídico, por medio del cual, se pueden mejorar de cierta manera las relaciones transnacionales, sin alejarse de la realidad nacional, que le obliga a ser aceptada por los ordenes nacionales, para que las convenciones que las consagran, sean aceptadas en el país y luego sea ejecutada esa *lex mercatoria*, por el derecho nacional de cada país.

[...] B. Goldman, uno de sus más fervorosos defensores y cuya concepción de la *lex mercatoria* fue elaborada progresivamente, se refiere a ella como un conjunto de principios generales y reglas consuetudinarias, espontáneamente elaboradas, sin referencia a un concreto sistema jurídico nacional; provenientes de diversas fuentes, que nutren constantemente las estructuras legales y la actividad específica de la colectividad, de quienes operan en el comercio internacional.⁶⁴

[...] Para C. Schmitthoff se trata de principios comunes de leyes relacionados, con los negocios comerciales internacionales, o reglas uniformes aceptadas, por todos los países, su concepción de la *lex mercatoria*, le hace concebir a ésta, como una especie de derecho material especial y autónomo del comercio internacional, dotado de un amplio grado de uniformidad internacional, lo que le permitiría, obviar las reglas de conflictos estatales, que constituyen un obstáculo, para el comercio internacional, “la *lex mercatoria* será creada deliberadamente, por

⁶³ Francisco López Ruiz, “*El Papel de la societas mercatorum en la creación normativa: la lex mercatoria*”, Universidad de Alicante, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, Alicante, 2010, p.76, en ojs.uv.es/.../196/250.

⁶⁴(F.López Ruiz, *El Papel de la societas...*, p.75)

convenciones internacionales, leyes modelo, organizaciones privadas internacionales como CCI”.⁶⁵

Filali, “partiendo de la concepción de ordenamiento jurídico de Santi Romano, sostendrá: “que la existencia de una comunidad institucionalizada, como es la *societas mercatorum*, se expresará y exteriorizará a través de la *lex mercatoria*, entendida como derecho originario, es decir, cuyo fundamento de validez, no se encuentra ni en el Derecho estatal, ni en el Derecho internacional, constituyendo un sistema independiente de ambos”.⁶⁶ “Berman y Daser consideran que la nueva *lex mercatoria* es un derecho de raíz consuetudinaria, como era la vieja *lex mercatoria* de los comerciantes medievales”.⁶⁷

[...] Calvo Caravaca y Carrascosa González, distinguen entre una acepción tradicional o moderada de la nueva *lex mercatoria* y una acepción avanzada de la misma. En el primer supuesto, la *lex mercatoria*, se concibe como conjunto de usos, contratos-tipo, reglas de asociaciones privadas, etc.,⁶⁸ que regulan algunos aspectos de la contratación internacional. La nueva *lex mercatoria*, no es un orden jurídico independiente de los ordenamientos nacionales, pues debe su existencia precisamente a ellos. Los Derechos nacionales, no se opondrían a que los contratantes incorporen, a sus contratos reglas más flexibles, creadas por los mismos comerciantes. En el segundo supuesto, la *lex mercatoria* es un conjunto de prácticas creadas por comerciantes internacionales, siendo un verdadero orden jurídico, que compite con los derechos nacionales, pudiendo regular un contrato internacional, de modo autónomo sin el concurso del Derecho Estatal.⁶⁹

2.1.3. Estructura de la *lex mercatoria* como orden jurídico vertical y horizontal

La horizontalidad en la que se basa la *lex mercatoria*, se sustenta en su espontaneidad y ejemplaridad, sin embargo necesita del apoyo del orden vertical, nacido de la autoridad, nacional o internacional, para su ejecución, podemos afirmar que junto al orden vertical autoritario, planificador, regulador, se ha desarrollado este orden no estatal. La *lex mercatoria* actúa en forma vertical, pero no imperativamente, sino de forma supletoria y voluntaria, las partes se someten a los contratos, a sus cláusulas arbitrales, y reglas, a pesar de no poseer fuerza obligatoria, se convierten en un modelo a seguir cuando las dos partes expresan en las cláusulas de un contrato su voluntad de sujetarse a ella.

⁶⁵Ibíd., p.76

⁶⁶(F. López Ruiz, *El Papel de la societas*, p.76).

⁶⁷Ibidem

⁶⁸(F. López Ruiz, *El Papel de la societas*, p.77).

⁶⁹Ibidem

Aplicando la *lex mercatoria*, para solucionar un conflicto, no se utiliza un orden nacional jurídico, se busca la más aceptada solución, las reglas a ser utilizadas deben ser universalmente aceptadas, como principios generales de derecho, así el árbitro adoptara la mejor decisión, en base a las reglas de usos y costumbres del comercio internacional, esta regla deberá ser conocida no solo nacionalmente, sino transnacionalmente, y reflejada en tratados multilaterales. “*De esta forma, la lex mercatoria introduce sus reglas no estatales, en los órdenes nacionales, a través de su principal soporte jurídico el contrato y con fundamento en su piedra angular; la autonomía de la voluntad*”.⁷⁰

Incluso los partidarios de la *lex mercatoria*, admiten que está conformada como un “*derecho espontáneo, creado por los operadores del comercio internacional, las empresas que ponen en juego intereses, de su comercio en los contratos, las instituciones privadas, que participan en la organización de ese comercio, los tribunales arbitrales y jueces privados del comercio internacional*”⁷¹. Al final lo que hace la *lex mercatoria*, es ubicar los acuerdos privados internacionales, por encima de los ordenamientos nacionales. El encadenamiento de este orden jurídico, se logra a través, de un órgano jurídico unificado, que se encuentra por encima de las decisiones de los repartidores nacionales, del orden, buscando controlar a los ordenamientos nacionales, en un orden jurídico transnacional. Rearte afirma: “*que sin reglas completas ni instituciones internacionalizadas en los recipiendarios,*⁷² *el macro-orden transnacional de la lex mercatoria seguirá operando, por ahora, en las fronteras del derecho*”⁷³

Al afirmar que hoy en día la *lex mercatoria*, actúa como nuevo orden jurídico vertical y horizontal, nos fundamentamos en que su respeto, no se basa en la autoridad, sino en la ejemplaridad de este nuevo orden de repartición de responsabilidades. Es en la década de los sesenta que las reglas

70 Martín Facundo, Rearte, *La Nueva lex mercatoria como orden de repartos horizontal y vertical*, Cuyo, Cartapacio de Derecho, Vol. 19, 2010, p. 16

⁷¹(M.Rearte, *La Nueva ...*,p.25)

⁷² Diccionario de la lengua española, 2005 Espasa-Calpe en <http://www.wordreference.com/definicion/recipiendario>.

⁷³ (M.Rearte, *La Nueva...*, p.29).

de la *lex mercatoria* se perfeccionaron, como un nuevo orden jurídico basado en la ejemplaridad, fundamentado en normas, principios y procedimientos de los actores del comercio internacional, la idea de la nueva *lex mercatoria*, es que es un orden, que actúa en las límites del derecho, como resultado de las prácticas repetitivas de los operadores del comercio transnacional.

La lex Mercatoria por el momento, se sitúa en una base, tanto vertical como horizontal, quiere decir que todas aquellas costumbres acuñadas, los usos transmitidos por años, entre comerciantes, los principios a ser respetados, etc., todo aquel ordenamiento reconocido de manera transnacional, necesita del apoyo imperativo de la ley nacional, para ser ejecutado, en base al arbitraje internacional, cuyos laudos serán imperativamente obligados a las partes, por la ley de cada nación en particular.

2.2. Fundamentos jurídicos y características del derecho comercial internacional.

Una de las actividades humanas más antiguas ha sido el comercio, este ha evolucionado a lo largo de la historia paulatinamente, los abogados jugamos un papel importante en el comercio internacional actual, a pesar de ser materia eminentemente económica y comercial, es una rama jurídica para ser trabajada considerablemente en el campo nacional, regional, internacional y transnacional, etc. Está claro que la legislación actual, ha progresado notablemente en los últimos tiempos, generalizando conceptos y estandarizando leyes y normas, para los actores internacionales, del comercio en general, la regulación y su adelantamiento tecnológico, han permitido que el derecho del comercio internacional, progrese, formando paulatinamente el llamado derecho uniforme.

Entre las características de la nueva *lex mercatoria*, distinguimos su generalidad, publicidad, temporalidad, especificidad, etc. El derecho y las actividades económicas obedecen a una dinámica permanente, muestra de aquello, se ve expresado a través de las diversas instituciones, que conforman el ámbito comercial internacional, en aquel sentido, para analizar el origen y desarrollo de

la *lex mercatoria* es menester observar la relación simbiótica,⁷⁴ existente entre el derecho y la economía, ya que el ámbito comercial va a estar inmerso en estas dos actividades.

Para García Barrón,⁷⁵ la nueva *lex mercatoria*: no es una rama del derecho internacional privado; pero tampoco forma parte del *Ius Gentium*,⁷⁶ sino que es aplicada a todas las jurisdicciones.

El moderno derecho del comercio internacional, no ha surgido desordenada y casualmente, consta de normas, prácticas y usos expresados, en una serie de textos, que han sido recopilados, por organizaciones internacionales, la formulación de dichos textos, resulta de la mediación, de estas organizaciones internacionales, este derecho es prácticamente el mismo en todos los países de economía de mercado y países de economía regulada o de *Common Law*,⁷⁷ y de derecho romano.

La constatación de esta semejanza, en cuanto a los principios fundamentales de este derecho, se establece en la coexistencia de dos principios esenciales reconocidos universalmente: el de la autonomía de la voluntad de las partes y el *Pacta Sunt Servanda*. Adicionalmente, entre otras características de la moderna *lex mercatoria* podemos destacar las siguientes:

[...] La *lex mercatoria* cuenta con un sistema autónomo para la solución de desacuerdos y control de la aplicación del derecho, teniendo como herramienta la institución arbitral. La *lex mercatoria* es una manifestación del proceso de armonización del Derecho Internacional Comercial. La *lex mercatoria* carece de un marco regulador, interpretativo, circunstancias que en ocasiones podrían llevar a problemas en su aplicación. La idea de una *lex mercatoria* como un tercer derecho, creado por particulares para regir relaciones de derecho privado, lo que lo asemeja a los derechos internos, compuestos en gran parte por derecho privado, pero que se presenta como derecho no nacional, lo que lo hace parecer al derecho internacional⁷⁸

2.2.1. Objeto y contenido del derecho del comercio internacional.

La globalización, es el desarrollo de las relaciones entre países y en la actualidad la tendencia es su acelerado perfeccionamiento; las fronteras no solo tienden a desvanecerse sino a desaparecer,

⁷⁴ <http://www.ojocientifico.com/3578/que-es-y-cuales-son-las-relaciones-simbioticas>.

⁷⁵ (C. Guzmán-Barrón, *Nuevo Orden Económico...* pp. 56-57).

⁷⁶ <http://domiarmo.iespana.es/index-193.htm>

⁷⁷ <http://derecho.laguia2000.com/parte-general/el-common-law>

⁷⁸ (M. Virally, *El Devenir del Derecho ...*, p.570)

por varios motivos entre los cuales está el comercio, el desarrollo científico y tecnológico, el transporte, las telecomunicaciones, la informática; circunstancias que facilitan las relaciones internacionales, acortan las distancias, se dan varios beneficios en torno a la globalización: la especialización de los pueblos, en cuanto a su producción, existe la posibilidad de la importación y exportación; la ampliación significativa de mercados, aumenta la producción y la competencia, etc.

El comercio internacional, se desarrolla con el aumento del relacionamiento internacional, de las empresas, gracias a los mercados internacionales, el comercio exterior, y su realidad jurídica, nos aproxima a una gama de operaciones de importación y de exportación, en un marco jurídico transnacional, el derecho de los negocios internacionales, no surge como rama autónoma, las actividades comerciales internacionales, son consecuencia del *Ius Mercatorum*, de sociedades medievales, como conclusión de una serie de normas de comerciantes, aparte de la soberanía estatal.

En la actualidad no existe un derecho de los negocios internacionales generalizado, por lo que se deben armonizar varias fuentes jurídicas, institucionales, internacionales e internas, que forman un ordenamiento, que regula las relaciones comerciales internacionales.

Para aclarar el significado y alcance del derecho del comercio internacional, debemos diferenciar al derecho internacional económico, del comercio exterior, así entendemos que el derecho internacional económico, es un nuevo derecho, con normas de carácter diverso y flexible; de reciente normativización, en base a la regularización de las organizaciones internacionales; para cuya formulación se han unido dos ramas fundamentales como son el derecho y la economía; y cuyas controversias son ventiladas y solucionadas generalmente a través del arbitraje internacional.

Mientras que el comercio exterior, constituye aquél intercambio ejecutado entre dos personas jurídicas, económicas fuera de las fronteras nacionales, que ocurre cuando el comercio, se realiza desde un país, con el resto de naciones del mundo. Así, el derecho del comercio exterior, regula los intercambios de mercancías, productos etc., entre importadores y exportadores ubicados, en dos o

más mercados nacionales.

2.2.2. Sujetos del Comercio Internacional.-

En la normalización, de un sistema uniforme, sin duda que se requiere del poder del Estado, pero también los sujetos privados: los *societas mercatorum*, es decir, los operadores económicos, que forman la comunidad comercial internacional, a quienes se destinan las normas. La celeridad de las comunicaciones en la actualidad, tanto electrónica, como por otros medios de comunicación y de otras formas, por ejemplo de transporte, han cambiado y alterado la actuación, de los comerciantes al crear nuevas formas de conducta. Las partes siempre han tenido problemas y dificultades en las operaciones comerciales internacionales, por la variedad de los ordenamientos jurídicos estatales, por esto se ha buscado la unificación de métodos del derecho mercantil internacional.

Los agentes económicos son quienes, han ido desarrollando, su propio marco jurídico, encontrando respuestas, a los problemas de las transacciones internacionales, así se crean vínculos financieros internacionales, que congregan a empresas transnacionales, de muchos países, entre las cuales se encuentran: corporaciones internacionales, grandes firmas de abogados (*Law firms*) e instituciones privadas, mismas que aplican dentro de sus operaciones, una serie de reglas y códigos.

[...] El tratadista Carlos Arellano, define a los sujetos de Derecho Internacional como todo ente físico o jurídico que tenga derechos u obligaciones derivados de una norma jurídica internacional. Para entender más este concepto es necesario explicar dos de los elementos que la integran: 1.- Cuando hace referencia a “*ente jurídico*” alude a la persona jurídica, aquella que carece de sustantividad física, que requiere de la representación humana, y que adquiere su voluntad colectiva de la expresión de voluntades individuales. Es la persona moral que puede estar constituido en forma de estado, o en forma de organismo internacional. 2.- Para ser sujeto del Derecho Internacional basta tener derechos y obligaciones derivados del Derecho Internacional, no importa que no se puedan ejercer directamente en todos los casos tales derechos y que se requiera de una representación.⁷⁹

En relación al empresario individual, a las sociedades mercantiles, es decir a los llamados nuevos sujetos del comercio internacional, existen empresas multinacionales, así como grupos

⁷⁹ Carlos Arellano, *Primer curso de Derecho Internacional Público*, Ed. Porrúa, México, 2002, p. 284, en Tesis Doctoral de Homero Tapia Pérez, “*Resoluciones de los organismos internacionales como fuente de derecho*”, México, 2006, p.2, en http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/tapia_p_h/capitulo2.pdf

empresariales, los denominados *joint ventures*, entre otros, en la actualidad, son las sociedades mercantiles, las que han venido a reemplazar, el papel del comerciante individual.

Entre los sujetos actuales del comercio internacional, encontramos también al Estado, cuya participación ha evolucionado, pasando de un Estado intervencionista, hasta ser un simple observador, en el Estado liberal o neoliberal, dentro del comercio internacional, el Estado no es siempre comerciante, pues el comercio no es su actuación fundamental, ya que las características propias de este ámbito lo despojan, de su potestad de autoridad, su papel preponderante en el comercio internacional, es establecer la política económica, industrial y comercial, es decir su trabajo es conservar y aumentar el dinamismo de las empresas nacionales, en el contexto internacional de mercantilización.

El Estado es el responsable de la firma y consentimiento de los instrumentos internacionales, mismos que promueven, los convenios comerciales, con sociedades mercantiles y empresas de otros Estados, en razón que en el derecho del comercio internacional, el principal sujeto es la persona jurídica (transnacionales, multinacionales⁸⁰, filiales, sucursales, etc), hoy en día sus conductas, tanto las actuales como las utilizadas en negocios pasados, constituyen fuente importante de derecho, norma común de comportamiento. Por su parte, las empresas, con las unidades de producción de bienes y servicios, se basan fundamentalmente, en el capital, y buscan beneficios económicos (utilidad), en base a la explotación de la riqueza, las empresas se clasifican de acuerdo, de donde procede su capital constitutivo en: nacionales, multinacionales, transnacionales, *holdings* y *joint ventures*⁸¹. Así:

⁸⁰ Óscar Ermida Uriarte, *El concepto de empresa transnacional y algunas de sus repercusiones en el derecho del trabajo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1985, p.93.

⁸¹ Juliana Franco Vélez, *La lex mercatoria, elemento signante para superar el formalismo jurídico*, Medellín, Semillero Grupo de Investigación en Derecho Procesal, Fragua - Universidad de Medellín, Vicerrectoría de Investigaciones, 2008, p. 10.

- Las empresas nacionales, se relacionan, con un país en particular, son formalizadas y normadas, de acuerdo con las normas de ese país. Su capital tendrá que ser nacional.
- Las empresas multinacionales, se crean sobre la base de la inversión de negociantes ya sean públicos y privados de distintos países.
- Mientras tanto, las empresas transnacionales son aquellas que controlan y poseen medios de producción, en diferentes países.

*García Pelayo, siguiendo la terminología acuñada por R.Aron, en el ámbito sociológico, y por Jessup en el jurídico, distinguió entre sociedad nacional, sociedad internacional y sociedad transnacional,*⁸² “*el propio Castán Tobeñas reconoce la existencia de sistemas jurídicos estatales y no estatales y dice que los hay también no sólo de base legislativa, sino de base judicial y de base consuetudinaria*”.⁸³

[...] La sociedad transnacional, tiene como supuesto, la distinción entre Estado y sociedad, y puede definirse como el conjunto social, resultante de las interacciones directas, entre actores pertenecientes a sociedades de distintos Estados. Entre tales interacciones, pueden contarse los tráficos o flujos monetarios y financieros, de mercancías, de personas, de modelos tecnológicos, etc.; sus actores son los individuos o entidades, cuyas acciones trascienden las fronteras de sus Estados⁸⁴.

Una sociedad internacional está conformada por la reunión de Estados, así como de organismos internacionales, diferenciándola de la sociedad transnacional, aquí se relacionan tanto personas jurídicas como físicas, de diferentes estados, como parte de las empresas multinacionales. En la actualidad, las empresas deben asociarse para poder competir en el campo internacional, esto facilita su acceso a la competencia y mercados internacionales. En definitiva se concluye que una sociedad nacional es diferente de la internacional, así como disímil de la transnacional.

⁸² Francisco López Ruiz, *El papel de la societas mercatorum en la creación normativa: la lex mercatoria*, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 2010, p.68.

⁸³ (J.Alvarado Lemus, *La lex...*, p 2).

⁸⁴(Francisco López Ruiz, *El papel de la societas...*p.68).

- Entre las figuras jurídicas más utilizadas tenemos al *holding*, por el cual una empresa utiliza parte de sus fondos, para adquirir participaciones mayoritarias, en otras empresas, con el fin de controlarlas.
- El *joint venture*, por su parte, puede constituirse en una empresa, que se caracteriza porque dos o más partes, conllevan los conflictos económicos y las disposiciones uniendo sus capitales, en una empresa en común, consiguen socios locales, que conocen el terreno, en donde se desarrollara el negocio, y comparten los riesgos.
- Finalmente, dentro de las empresas internacionales, tenemos a las denominadas sociedades internacionales, creadas por tratados internacionales, forman una sociedad mercantil, por ejemplo la Sociedad Anónima Europea, basada en el derecho comunitario del viejo continente.
- Como afirmamos en un acápite anterior, la forma preferida de solución de conflictos, es el arbitraje, así señalamos que los árbitros, son importantes sujetos del derecho comercial internacional, pues utilizan, normas de comercio transnacional, para resolver disputas en el comercio internacional.

2.3. Origen, estructura, propósito y autonomía del derecho uniforme.-

Para tener un íntegro entendimiento de las fuentes del derecho uniforme, ubicaremos a la historia de sus bases, así en este mismo orden según Barrera Graf, “*El derecho mercantil, como es sabido, nace en la Edad Media, en las ciudades italianas, como un sistema clasista y consuetudinario: para los mercaderes (jus mercatorum, droit profesional des commercants, Sonderrechte fur Kaufleute) y en función de los usos del comercio y de los comerciantes*”⁸⁵.

La nueva disciplina nace y se desarrolla en el seno de corporaciones y gremios de comerciantes, diferenciándose, del derecho civil, cuando se inicia la codificación, de los estatutos gremiales.

⁸⁵ Jorge Barrera Graf, *La reglamentación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías*, p. 12, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/1/art/art3.pdf>

Este derecho mercantil inicial, tiene una fuente costumbrista, pero se asocia a un derecho nacional, alejándose de las disposiciones comerciales, contenidas en la legislación, de cada uno de los países. Con el desarrollo de las ciudades, el derecho mercantil, se extiende a todos los países europeos y comienza, a reglar instituciones comunes, en estos países, las reglas que se van creando, se extienden, por todo el continente europeo, así como en el archipiélago británico.

Tanto en el sistema continental de corte romanística, como en el ámbito del derecho anglosajón, se incorporan las instituciones y negocios comerciales, en sus peculiares sistemas judicial y consuetudinario. El Código de Napoleón⁸⁶ fue acogido por todos los países del continente europeo, por sus notables méritos en la *ciencia ius mercantilista*, y posteriormente sería adoptado también por muchas de las ex colonias.

Un fenómeno que se puede observar a nivel continental, es la proliferación de producción legislativa, en el ámbito comercial, y la adopción de leyes especiales, como por ejemplo sociedades, títulos de crédito, etc. Para Barrera Graf,⁸⁷ el proceso de codificación internacional de las diversas materias comerciales, tiene cuatro manifestaciones: 1.- La primera consiste en el movimiento legislativo, que tiende a positivizar las normas del derecho comercial en textos escritos, aquello lo vamos a ver plasmado en las Convenciones de La Haya de 1964, que se convierte en la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías, y la Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos para la Venta Internacional de Mercaderías. 2.- La segunda manifestación, consiste en la formulación de contratos tipo, elaborados por agrupaciones y asociaciones de comerciantes, se sigue la técnica legislativa del *common law*, cuyo fundamento, son las situaciones prácticas, concretas, teniendo su origen en el comercio marítimo,⁸⁸ siendo estas prácticas especialmente de Inglaterra, que

⁸⁶ Juan Carlos Fernández Rozas, *Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho Uniforme en la regulación del tráfico privado externo*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, p. 2.

⁸⁷ (J.Barrera Graf, *La reglamentación...*, p. 12).

⁸⁸ Michiro Isawa, *Historia del comercio Marítimo Mundial*, Agencia de cooperación internacional del Japón, 1998

ejerció la soberanía marítima, configuraron los primitivos contratos; un ejemplo de aquello lo podemos ver en los contratos de la *London Corn Trade Association* (1877),⁸⁹ así como en las *General Conditions*, elaboradas por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas.

3.- La tercera manifestación, se caracteriza por la adopción y aplicación de reglas, nomenclatura y terminología uniformes, concernientes al material, en auge dentro del comercio internacional, lo cual busca aclarar, definir y precisar, los términos y alcances del comercio internacional, evitando de esta forma, interpretaciones fundamentadas en otras prácticas comerciales locales, las más conocidas, de estas reglas son los llamados Incoterms.⁹⁰ y las Reglas de Viena sobre el crédito documentario.⁹¹

4.- La cuarta forma se refiere a la regulación de normas y de principios tendientes, a evitar y resolver conflictos, formulada en proyectos de leyes internacionales, en esta acometida se debe destacar el papel, que han desempeñado los institutos y organismos internacionales, el Instituto de Roma para la Unificación del Derecho Privado, elaboró un Proyecto de Ley Uniforme, sobre Arbitraje (1937), luego nació el Comité Permanente Internacional sobre el Arbitraje Comercial.

Podemos encontrar que surgieron instrumentos de unificación convencional del derecho, como el Convenio de Viena, o en dos instrumentos de unificación científica, del derecho de comercio internacional, como son: los Principios UNIDROIT y los Principios de la Comisión Europea del Derecho de los Contratos, elaborados por la Comisión Landó. Toda evolución del derecho, ha provocado, el desarrollo de problemas transnacionales e internacionales, y se ha creado sistemas de solución de controversias internacionales, llamado arbitraje internacional.

En relación a las negociaciones internacionales, el derecho internacional privado, fue

⁸⁹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Segundo periodo de sesiones Ginebra, *Condiciones Generales de Venta y Contratos tipo*, 1969, Informe del Secretario General, p. 31.

⁹⁰ (J.Fernández Rozas, *El derecho del comercio...*, p. 17)

⁹¹ Hugo Marcelo Villacres Ruiz, *Mecanismos de Financiamiento del Comercio Internacional*, Quito, Universidad Tecnológica Equinoccional, 2010, p. 14.

insuficiente para los comerciantes, por esto las sociedades mercantiles internacionales y transnacionales, desarrollaron soluciones a los problemas, creando convenios regionales o internaciones, mismos que contiene normativa general, uniforme, que es aceptada, por la mayoría de países del mundo.

2.3.1. El derecho uniforme del comercio internacional.

La globalización afecto, no solo a la economía sino al derecho en general, por esta razón, el ordenamiento de un derecho uniforme, es el reflejo del trabajo de las organizaciones transnacionales, CNUDMI, Unidroit, CCI, etc, lo que se manifiesta en instrumentos modelos, en convenciones y tratados internacionales; el desarrollo acelerado del comercio, ha permitido la creación de modelos jurídicos de contratación, por ejemplo, el joint venture, franquicia, etc., y la forma de solucionar conflictos que surjan, de estos contratos, es por medio del arbitraje.

El gran problema en este derecho, es el ser muy limitada su esfera material, al buscar un órgano unificador, es un tremendo error de esta área internacional del derecho transnacional, ya que cualquier institución, a pesar de su importancia, no debería restringir el trabajo de un ordenamiento jurídico, ni limitar a una regulación, es decir este derecho no puede basarse en el método normativo, ya que el restringir al comercio internacional a una uniformidad, causaría dificultades y problemas.

A pesar de este aspecto negativo, de normar el derecho para el comercio internacional, fin ideal del comercio internacional, se debe prever instrumentos jurídicos, para la solución de conflictos, este proceso de armonización ha sido lento, por sus materias restringidas, el comercio internacional es más amplio, que solo los intercambios de mercancías, va más allá a toda la producción internacional. La importancia de este punto, es que el continuo consenso, entre el

derecho uniforme internacional y el derecho interno de los estados, favorece a una mayor seguridad jurídica, y conocimiento, en cuanto a las normas transnacionales, de los mercados internacionales, y colabora, con la unificación de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Como hemos ya mencionado, la unificación del derecho privado, se dio desde la Edad Media, cuando simplemente, se conocía como *ius mercatorum*. Es así que podemos afirmar que las motivaciones, que empujan a los sujetos internacionales, para la unificación del derecho, en legislación uniforme son iguales, en la actualidad, así como lo fue en la época medieval, y se reducen a la necesidad, de regularizar el derecho, armonizándole en un conjunto, de leyes claras, para la negociación transnacional y la solución de controversias internacionales.

Las dificultades para unificar, consolidar y estructurar, el derecho mercantil, han sido porque cada Estado, defiende su soberanía, lo cual impide, que la legislación de un Estado, asimile con rapidez la de otro, sobre todo si son de trascendencia internacional.

El proteger a los consumidores en comercio transnacional, viene a ser el mayor desafío, de la unificación sistematización de las reglas de derecho mercantil, *“Siguiendo a Bonnell, que los Principios y reglas comunes a los sistemas legales existentes y brindar soluciones, que se adapten de la mejor manera a los especiales requerimientos de los contratos comerciales internacionales”*⁹²

Aunque se necesita la unificación del derecho internacional, es una tarea ardua, para los Estados y organismos internacionales, pues se dificulta, porque cada nación, tiene su propia política, y diferencias sociales, culturales y económicas.

El acelerado avance de las comunicaciones y del comercio, en general por la globalización, aumentó la escala mundial, de negocios internacionales, relacionando fuertemente, las economías de

⁹² Michael Joachim Bonnell, *Unification of law by non. Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts*, The American Journal of Comparative Law, 1992, p. 622, citado por Jorge Oviedo Albán, *Compraventa Internacional de Mercaderías*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas Departamento de Derecho Privado, 2003.

los diferentes Estados, lo cual provoco a las Naciones a asimilar y crear normas jurídicas, que acerquen a los países y aminoren las diferencias jurídicas entre ellos, para lograr más transacciones transnacionales y relacionamiento internacional. En definitiva un derecho uniforme, son normas de aplicación general para muchos países, se busca un marco legal común, mediante la creación de convenios y acuerdos internacionales, que deben ser ratificados, por cada Estado, y algunos instrumentos o guías, no legislativas, emanadas, de instituciones transnacionales.

2.3.2 Autonomía del derecho uniforme.-

Es una característica que se encuentra en discusión, en el comercio internacional, se refiere a la cualidad, del derecho uniforme, de existir al margen de los Estados, simplemente con la fuerza ejecutora, de la sociedad civil y comercial del orbe. Se considera autónomo porque en el caso de un conflicto entre las partes, se aplicarían las sanciones, es decir el conjunto de reglas, indicado antes por los tribunales y constituido en contratos o cláusulas, por los operadores del comercio internacional. La autonomía del derecho uniforme esta clara, en los nuevos usos aplicados, por árbitros directamente, y lo cual no puede ser objeto de excepción por tribunales nacionales.

También aseguran una autonomía los principios generales de contratación comercial internacional, las cuáles son utilizadas, por los tribunales internacionales, a falta de una clara estipulación, en el contrato por las partes, estos principios contribuyen a la autonomía del sistema jurídico uniforme, respecto de los variados sistemas estatales, entre estos están los formulados por la Unidroit, los llamados “principios sobre los contratos comerciales internacionales”.

La autonomía del derecho uniforme, todavía no está formalizada íntegramente, sin embargo ha ido desarrollándose, en los últimos años de manera acelerada, y no es totalmente autónoma, por la necesidad generalizada del aludido reconcomiendo estatal, de una parte y la aceptación de la partes, en algunos de sus instrumentos jurídicos o normatividad.

En correspondencia a la unificación del derecho comercial internacional, la tendencia actual,

es el definir si la *lex mercatoria*, permanecerá como un orden regulado plural y fraccionado o si es sometida, a directrices uniformes, lo cual conduciría a la creación de un sistema jurídico del globo, por medio del cual, se reglamentarían los sistemas jurídicos comerciales transnacionales.

2.3.3. Fuentes del derecho del comercio internacional

El derecho del comercio internacional, requiere reglamentación uniforme generalizada, para solucionar conflictos sociales, políticos y económicos, la cual se ha desarrollado autónomamente, en base a los tratados y costumbre mercantil internacional, actualmente el DUCI, se basa en normas y al ordenamiento seguido por comerciantes internacionales, de diferentes países del globo, que poseen múltiples normas, en relación a sus países.

La nueva normativa transnacional, tiene como base: las convenciones internacionales, leyes modelo, contratos tipo, usos y costumbres, y jurisprudencia arbitral, entonces existirían; por un lado los usos y costumbres del comercio internacional, y normas propias de la nueva *lex mercatoria*, de los operadores del comercio internacional, entre estas hallamos las condiciones generales de contratación, principios generales de comercio internacional, *restatements of law*, códigos de conducta, *standard forms*, reglas de asociaciones profesional y *guidelines*, leyes modelo, y laudos arbitrales, etc. El derecho uniforme en relación a su naturaleza, tiene las siguientes fuentes, para su formación y futura unificación, a pesar de no ser taxativa su enumeración:

1.- Los usos y prácticas mercantiles: No poseen generalidad comercial o geográfica e inician de acuerdo a la conducta negocial de las partes, que han establecido en los contratos que comúnmente han pactado anteriormente entre ellas. Son una especie de precedentes negociales, referencia clara en textos nacionales e internacionales, se basan en normas aprobadas por el derecho internacional público, plasmados en tratados internacionales, de derecho uniforme, poseen una predisposición desnacionalizadora, su origen se encuentra en el derecho romano, y vienen a estar constituidos, por las soluciones, que con el tiempo se acostumbra, dar a determinados conflictos

jurídicos, mismas que forman la llamada “*opinio iuris seu necessitatis*”.⁹³ En el Derecho Uniforme del Comercio internacional, varias normas dan valor normativo, de fuente a estos usos y prácticas, por ejemplo, los Incoterms 2000, la CNUCCIM, la Convención de Viena, etc.

2.- Las recopilaciones y codificaciones de usos y prácticas, éstos no son condiciones generales de los contratos, ni sumisión a las mismas, de una determinada relación de comercio, pues dependen de la incorporación de ellas al contrato aceptado por ambas partes. Se caracterizan por ser escritas, es una especie de compilación, como su nombre lo dice de usos, reglas o prácticas, algunos usos se han sistematizado a través de los años, y se suponen conocidos por todos en el comercio internacional. Un ejemplo son los Incoterms o reglas uniformes sobre garantías contractuales de la CCI, y a los usos uniformes en materia de créditos documentarios de 1993.

A lo largo de los siglos, operadores de comercio, han creado prácticas repetidas de conducta, las cuales van formándose, como pautas, que luego, son socialmente exigibles en el comercio internacional, por haber sido aceptadas por la generalidad, en una localidad en particular, o en una relación de comercio consecutiva, como fuente del derecho son reconocidos los usos, por la repetición de un procedimiento, “*un uso es una práctica o método realizado, por regularidad de observancia, en determinado lugar, localidad o comercio, para justificar la expectativa, de que esta será observada, respecto de la transacción en cuestión*”.⁹⁴

3.- Los tratados y convenios internacionales, se los considera por encima de las leyes internas de los Estados, podemos afirmar que uno de los obstáculos, con los que tropieza, esta fuente, es que hay Estados que no forman parte de los convenios internacionales, en materia de derecho comercial internacional, un freno significativo suele ser la denominada soberanía estatal, según “*un*

⁹³ Jorge Oviedo Albán, *Compraventa Internacional de Mercaderías “Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo*, Valparaiso, Ilden, 1994, pág. 8, en <https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:sFlHqPjPhIoJ:www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.pdf>

⁹⁴ (C.Matute Morales, *La lex mercatoria...*, p.12).

*autor internacionalista de la categoría de J.A. Carrillo Salcedo, ha tenido que reconocer, que la unificación del derecho, se presenta siempre como algo inacabado.*⁹⁵

Son los más utilizados, por el DUCI, no son autónomos y son dependientes, tanto en su producción, como aplicación, su vigencia y ejecución, depende de la voluntad de los Estados, por ejemplo en la CNUDMI, buscan unificar el derecho al crear obligaciones, jurídicas vinculantes, para esto los Estados deben, presentar un instrumento de ratificación totalmente vinculante, al Secretario General de las Naciones Unidas, quien garantiza que el Estado, se ajusta a las disposiciones establecidas en la convención.

4.- Los contratos comerciales, son fuente principal del derecho transnacional, tipificados por los organismos internacionales, por su repetida utilización, en las cláusulas contractuales, los empresarios, establecen condiciones generales, aplicables a los contratos, frecuentemente intervienen aquellos que son parte, los empresarios asociados internacionalmente, podrán obligarse de manera reciproca, para utilizar dichos enunciados en los contratos que celebren con terceros.

5.- Las recopilaciones de principios contractuales internacionales, su base es el derecho interno de los estados, y el derecho internacional, y son: el de buena fe, *pacta sunt servanda*, principio de la acción de contrato no cumplido, el de minimizar daños, etc. Son base del derecho transnacional y sirven principalmente para solucionar conflictos entre leyes nacionales. Los principales son los de la Unidroit, llamados también Principios de la Contratación Internacional y los Principios de la Ley Contractual Europea sistematizados por la Comisión Landó.

6.- Las guías jurídicas, cuyo fin es instaurar un ejemplo, como su nombre lo dice una guía para las partes, en un contrato internacional, establecido de común acuerdo el contenido obligacional del mismo. Las guías no dan un articulado jurídico preciso, ni reglas concretamente normativizadas,

⁹⁵ Juan Antonio Salcedo Carrillo, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Tenos,1983, p.122 citado por José Carlos Fernández Rozas, *El derecho del Comercio Internacional en el Contorno de la globalización*, México, Escriba, Revista del Colegio de Notarios del Estado de México, 2000, p21

pues los contratantes, deben expresar de manera específica la voluntad común, creando la cláusula contractual para formalizar, la voluntad de ambas partes.

Por ejemplo: “*la guía jurídica de la CNUDMI, para la redacción de contratos internacionales, de construcción de instalaciones industriales.*”,⁹⁶ estas guías jurídicas explican las redacciones de los contratos, existen contratos que deben adaptarse, a cada situación, en específico, en relación al acuerdo entre las partes. Es así que estas guías establecen posibles redacciones de los contratos, y soluciones a los problemas que podrían presentarse durante la redacción del mismo.

7.- La costumbre mercantil, es producida por la sociedad civil, es decir la universalidad de comerciantes. La costumbre internacional, es parecida a la nacional, dependiendo de la voluntad comercial de las partes, para la aplicación concreta, tiene la fuerza de obligar, gracias a los pronunciamientos de los tribunales.

Existen además costumbres plasmadas en normas, gracias a la intervención de los Estados. Así, encontramos por ejemplo: las costumbres marítimas en materia de transporte internacional de mercancías, en el régimen de conocimiento, mismas que pasaron a ser positivizadas, en las llamadas Reglas de la Haya de 1921,⁹⁷ para luego seguir con el Convenio de Bruselas en el año 1924.⁹⁸ Con el tiempo, continúan creándose costumbres de los operadores mercantiles, que con ayuda de los Estados, se transforman en normas uniformes del comercio internacional.

8.- Las leyes modelo, constituye una guía para los Estados, son *soft law*, buscan la armonización del derecho, mediante la formulación de normas para guiar y sustituir las ya existentes en los Estados, son recomendaciones, con el fin que el legislador nacional, las tome en cuenta y de estimarlo conveniente, las convierta en ley, no son obligatorias, sino ejemplos, para legisladores

⁹⁶ Guía jurídica de CNUDMI, Para la redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales, Naciones Unidas, Nueva York, 1988, se trata del documento A/CN.9/SER.B/2.

⁹⁷ En 1921 en la Haya, el CMI y la Asociación de Derecho Internacional redactaron los artículos que posteriormente fueron adoptados en 1924 en Bruselas.

⁹⁸ Reglas de la Haya 1924, Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque, suscrito en Bruselas el 25 de Agosto de 1924

internos, para que en sus debates, las adopten en todo o en parte, como un importante referente, sirven de información internacional, los Estados poseen libertad de usar o no las leyes modelos, incorporarlas o no al ordenamiento nacional o completar con ellas los textos nacionales, con soluciones propias del Estado, armonizan leyes, por ejemplo: la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de la UNCITRAL.⁹⁹

9.- **El derecho flexible o *soft law***, son las llamadas normas blandas, existen códigos de conducta, recomendaciones, dictámenes, etc., referentes para la actuación judicial y desarrollo legislativo.

10.- Las reglas de la jurisprudencia arbitral, Agrupan en un conjunto un derecho, basado en las causas, en las cuales, se fundamentan los árbitros internacionales, para sus laudos, por ejemplo, la CCI armoniza, consolida y perfecciona la *lex mercatoria*, gracias a estas herramientas, muchos conflictos internacionales son solucionados, a través del arbitraje.

Todas estas fuentes del comercio internacional, son de carácter flexible, es decir deben ser reconocidas por los ordenamientos jurídicos de los Estados, los cuáles deben adherirse a las convenciones que los reconocen, para que sean efectivos, en nuestras transacciones internacionales, sin embargo en un futuro podría surgir la necesidad de protegernos internacionalmente, en conflictos, no solo comerciales, sino de toda índole, lo cual nos obligaría a generalizar estas reglas, para un cabal desenvolvimiento como ciudadanos del mundo.

Entonces las características principales del derecho transnacional, las normas comunes del derecho uniforme del comercio internacional, son la internacionalidad, uniformidad, y el contenido obligacional de las normas. Es internacional, por su campo de aplicación, pues rigen el comercio internacional entre dos o más Estados u operadores internacionales; son uniformes, porque buscan

⁹⁹ Sara Lidia Feldstein de Cárdenas, *Contratación electrónica Internacional, Una mirada desde el Derecho Internacional Privado*, Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, en <http://www.eumed.net/libros/2008c/435/ley%20modelo%20uncitral%20sobre%20arbitraje%20comercia%20internacional%20tendencias.htm>

establecer internacionalmente reglamentaciones de validez universal, para normar una conducta transfronteriza; poseen contenido obligacional, porque el contrato, es una de las formas, más utilizadas de derecho internacional, y la relación jurídica obligacional, nace en el mismo momento de la celebración de un contrato, entre las partes, con que estas podrán exigir el cumplimiento del mismo, pues justamente el contrato sinalagmático,¹⁰⁰ genera obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes. El derecho uniforme, se forma de un conjunto de reglas sustantivas, es previsor, y no solo resolutor, privado, no público, no interfiere en la soberanía económica de los Estados, sino el de las personas jurídicas o individuos, sus fuentes son de base plural, ya que provienen del Estado, y de las sociedades mercantiles, y se basan primero en usos y costumbres del comercio.

2.4. Órganos que llevan a cabo la unificación de la normativa comercial internacional

Los Estados desarrollados de la orbe internacional, se percataron que diversos de sus problemas generalizados, no podían ser solucionados, con su leyes domésticas o nacionales, es decir el llamado marco jurídico interno de cada país, y llegaron a la conclusión, que la solución se encontraba, en la cooperación, en leyes que serían integrales, para todos y sobre todo, este conjunto de normas estarían unificadas.

Se crean instituciones y organizaciones con personalidad propia, que buscan objetivos comunes, para todos los países del mundo, investigan la solución de modo permanente e institucionalizado, de los problemas, que atañen en el planeta, de esta manera una Organización internacional se forma, cuando varios Estados se asocian libremente, en base a un tratado internacional, en la cual se forman órganos, que disfrutarán el carácter de ser permanentes y totalmente independientes, el deber de estos será el tramitar beneficios, para el grupo bajo las normas Derecho Internacional. En la actualidad, los organismos internacionales, desempeñan un papel fundamental, en la tarea de armonización del derecho y su consecuente unificación, con el fin

¹⁰⁰(J.Albarrán Hola, *Clasificación de los Actos Jurídicos y Contratos*, p. 8).

de consolidar las normas de los negocios internacionales.

Entre estos organismos tenemos a la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas, para el Derecho Mercantil Internacional o UNCITRAL), la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, la Unidroit o el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, y la CCI, cuya sede se encuentra en París, entre otras instituciones, que han servido, al fin unificador del derecho comercial internacional, a través de la difusión de instrumentos de *soft law*, de tratados internacionales, de leyes modelo, recomendaciones, de guías jurídicas, entre otros.

Un ejemplo de la participación de estas organizaciones, en la consecución de un derecho uniforme, es su contribución a regular con un carácter internacional el contrato de compraventa de mercaderías, en 1929, el profesor Ernst Rabel, bajo el auspicio del Instituto Internacional, para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT),¹⁰¹ pretendió implementar una serie de normas, que gobiernen la compraventa internacional de mercaderías, posteriormente en 1964 se expidieron las leyes uniformes de la Haya, *la Ley Uniforme sobre el Contrato de Compraventa internacional (LUCI)*, y *la Ley Uniforme sobre la formación del Contrato de Compraventa internacional (LUFC)*.¹⁰²

En 1968, la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL), emprendió la tarea de ratificar las Leyes Uniformes de 1964; fusionándose, estos dos proyectos en las Leyes Uniformes de la Haya de 1978. En 1980 se aprobó el texto de la actual Convención de las Naciones Unidas, sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías; siendo la Convención de Viena el principal instrumento que enmarca las normas internacionales, relativas a este tipo de contratación. *La Asociación de Derecho Internacional (International Law Association)*, en la reunión que tuvo lugar en 1924 en Estocolmo-

¹⁰¹ La UNIDROIT: <http://www.unidroit.org/english/presentation/statute.pdf>

¹⁰² Lorenzo Borja Navarro, *La compraventa internacional de mercaderías: La Convención de Viena de 1980*, España, 2008, p. 7.

*Suecia, también designó una comisión para discutir la posible unificación normativa de la compraventa internacional. Esta comisión preparó un proyecto de ley uniforme, cuya discusión se llevo a cabo en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de 1928.*¹⁰³

Por otro lado, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido como UNIDROIT o Instituto de Roma,¹⁰⁴ encomendó a un grupo de reconocidos juristas de Inglaterra, Francia, Alemania y Suecia, la redacción de un proyecto de ley uniforme de la compraventa internacional, sobre la base del anteproyecto, se elaboró un segundo anteproyecto titulado “*Proyecto de ley uniforme sobre la venta internacional de objetos mobiliarios corporales*”.

En 1939, luego del primer esfuerzo por la unificación del derecho comercial en 1930, un segundo intento va a ser dado por la Liga de las Naciones, formulando un segundo proyecto de Roma de 1939, empero la guerra mundial limitó el impulso para la unificación del derecho comercial, el mismo que va a recobrar su auge después de la guerra; “*así con la creación de la Comunidad Europea, de Libre Comercio, creada a través del Tratado de Roma de 1952, se crearon grupos regionales y se adoptaron textos y prácticas uniformes*”¹⁰⁵

Luego, ante un pedido de Holanda, en 1951, se convocó a una conferencia internacional en La Haya, para la constitución de una nueva comisión especializada, que trabajó, en un anteproyecto que fue terminado en 1956, esta comisión especial, se volvió a reunir en 1962, a fin de estudiar las observaciones presentadas al anteproyecto anterior, elaborándose dos anteproyectos: uno designado a regir la formación del contrato y otro a la venta internacional de cosas muebles. En el año de 1966, “*la Asamblea General de las Naciones Unidas fundó la Comisión de las Naciones Unidas, sobre el*

¹⁰³ Miguel Alejandro Garro, “*La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: su incorporación al orden jurídico argentino*”, Argentina, La Ley, 1985,p.3, en www.Marisolqueiruga.com.ar/.../Garro.doc

¹⁰⁴ Miguel Alejandro Garro y Luis Alberto Zuppi, *Compraventa Internacional de Mercaderías*, Buenos Aires, Ed. La Roca, 1990, p. 30.

¹⁰⁵ (Jorge Barrera, *La reglamentación uniforme...*, p. 12).

Derecho Mercantil Internacional, (CNUDMI)¹⁰⁶ o UNCITRAL, con el propósito de eliminar las barreras jurídicas al comercio internacional y con el objeto de promover la armonización y unificación progresiva del derecho mercantil internacional.

[...] Durante el tercer período de sesiones en 1970, decidieron trabajar en un proyecto que sea aceptado, por los países de diferentes sistemas legales, en relación a la ley uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías, de diferentes sistemas legales sociales y económicos, de 1970 a 1978, fue entonces que se aprobó el proyecto celebrándose el 16 de junio de 1978, ese proyecto de ley, se trabajó en nueve sesiones a través de un grupo de trabajo, presidido por el insigne jurista mexicano Jorge Barrera Graff, en una conferencia de plenipotenciarios, que tuvo lugar en Viena en 1980, con la presencia de 62 Estados, organizaciones internacionales, como el Banco Mundial, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y el Instituto UNIDROIT.¹⁰⁷

El 11 de abril de 1980, en la sede de esta organización, se aprobó la Convención y un protocolo modificatorio, a la convención sobre prescripción, en materia de compraventa Internacional de Mercaderías de 1974. Los Textos auténticos están en idioma árabe, chino, español, francés, inglés y ruso. Conforme a lo establecido en su artículo 99, la Convención entró en vigor el 1 de enero de 1988.¹⁰⁸ Hasta el momento ha sido ratificada por 78 países. “*La Convención, en consecuencia, hace parte del intento por unificar, el derecho privado a nivel nacional, salvando los escollos surgidos, por la aplicación de las leyes nacionales, a los contratos, y en particular al contrato de compraventa internacional de mercaderías*”.¹⁰⁹

[...] El proceso de unificación del derecho comercial internacional ha requerido el concurso de varios actores, y para lograr esta acometida fue necesario la participación de eminentes juristas e instituciones, como el Instituto de Roma, para la Unificación del Derecho Privado (1930), o la Conferencia de la Haya, sobre Derecho Internacional Privado, (1964), o el *American Law Institute*, que elaboró y promulgó el texto del *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos.¹¹⁰

El producto de este enorme esfuerzo de instituciones como la UNCITRAL, la UNIDROIT y la CCI, que mencionamos en este acápite, ha servido para armonizar las normas de derecho material,

¹⁰⁶ Ricardo Galán Barrera, “*La Compraventa internacional de Mercaderías y su integración en el ordenamiento jurídico colombiano*”, Cali, Criterio Jurídico, N° 3, 2003, p.77, en http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/0373_drgalan_compra_venta_internacional.pdf

¹⁰⁷ UNCITRAL: <http://www.uncitral.org/>

¹⁰⁸ Iván Oré Chávez, “*Derecho en General*”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2012, en <http://derechogeneral.blogspot.com/2012/02/un-nuevo-orden-internacional-de-los.html>

¹⁰⁹ (J.Oviedo Albán, *Compraventa Internacional...*, p. 173).

¹¹⁰ (J. Barrera Graf, *La reglamentación uniforme...*, p. 11).

sobre la compraventa internacional de mercaderías a nivel mundial, sin duda que la norma más importante es la CISG,¹¹¹ pero no podemos dejar de mencionar el valor, que tienen los usos y costumbres, por su permanente incorporación a los contratos. A continuación nos referiremos a estas organizaciones y al aporte que han tenido en otras áreas, además de la de la compraventa internacional, que hemos aludido en líneas anteriores.

2.4.1. La Cámara de Comercio Internacional.-

Es una organización, que agrupa y ofrece, protección a los comerciantes provenientes de los distintos países, en sus operaciones comerciales internacionales, fue creada en 1919, en Francia, y posee una naturaleza jurídica asociativa. La CCI incide sobre el comercio y la negociación, entre empresas del mundo, y provee a las empresas mundiales e internacionales, ayuda para los problemas y desafíos que el mundo globalizado presenta, suministra servicio especializado, por medio de unidades que ofrecen servicios de resolución de conflictos; a través del instituto de derecho mercantil internacional.

Además, constituye la federación mundial de cámaras de comercio y cuenta con servicios de prevención de delitos comerciales. La CCI es creadora de instrumentos que ayudan al comercio y negocios internacionales, como los Incoterms, recopilación de usos comerciales internacionales y la elaboración de reglas y códigos de conducta empresariales, que ayudan en los negocios internacionales.

Dentro del seno de la CCI, se creó en 1923, la Corte Internacional de Arbitraje, precursora, del arbitraje como medio oportuno, de solución de las controversias transfronterizas. La CCI cuenta con más de 100 miembros, de diferentes continentes, con sistemas jurídicos variados. La Corte administra los arbitrajes de la CCI, agilizando el proceso y asegurando que los laudos arbitrales, sean

¹¹¹ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html

ejecutados. Entre las funciones más importantes de la Corte están el análisis de los efectos de las nuevas políticas y prácticas de arbitraje internacional. El aporte más importante de la CCI al derecho uniforme, son los INCOTERMS. Según la introducción de la versión 2000 de los mismos

[...] La Finalidad de los INCONTERMS consiste en establecer un conjunto de reglas internacionales, para la interpretación de los términos comerciales más utilizados, en las transacciones internacionales, de este modo, podrán evitarse las incertidumbres, derivadas de las distintas interpretaciones de dichos términos en países diferentes o, por lo menos, podrán reducirse en gran medida.¹¹²

Los Incoterms, constituyen una auténtica reglamentación en cuanto a las condiciones de entrega, transporte y transmisión del riesgo, sobre las mercaderías objeto de una transacción, son utilizados para estandarizar y establecer normas claras, en relación a los costes en las transacciones internacionales, aclarando las responsabilidades y deberes tanto del comprador como del vendedor, y reflejan la práctica actual de transporte internacional de mercancías.

Es la CCI, la que desde el año 1936, ha elaborado los Incoterms, de acuerdo a como ha ido evolucionando el comercio de negocios internacionales, la última versión de estos términos data de 2010, *“La condición de los Incoterms es meramente facultativa dependiendo su aplicación de la voluntad de las partes inserta en el marco de la “autonomía material”. Son instrumentos que configuran la cristalización, de una serie de prácticas comerciales internacionales, que se han normalizado e incorporado a los distintos sistemas estatales”*.¹¹³

Otra contribución de la CCI a la formación del derecho uniforme, son los principios que emanan a partir de la jurisprudencia de su órgano arbitral, muchos de estos principios, justifican su existencia, en razón de su efectividad, en las sentencias de carácter internacional, y se convierten, en reglas unificadas, que nacen y adquieren fuerza, a partir de la práctica reiterada, por parte de los operadores comerciales, estos principios se clasifican en instrumentales y sustanciales.

¹¹² INCONTERMS 2000, *Reglas oficiales de la CCI para la interpretación de términos comerciales*, CCI, Cámara de Comercio Internacional, Comité español, Barcelona, 1999, pág. 7

¹¹³ José Carlos Fernández Rozas, *Lex Mercatoria y la autonomía conflictual, en la contratación transnacional*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2004, p. 8

Instrumentales, son los que se unificaron en razón de los problemas del arbitraje internacional, y las soluciones posibles que se les brindaron. Así, tenemos:

- a) **La Competencia Arbitral.-** condicionamiento *sine qua non*,¹¹⁴ para el efectivo desenvolvimiento de las partes en el contrato. El árbitro es quien adopta una decisión en relación a su propia competencia. Este principio sirve para identificar la validez de una cláusula arbitral.
- b) **La Separabilidad de la Cláusula Arbitral.-** totalmente independiente del contrato que la contenga, posee autonomía jurídica indiscutible, por lo que su nulidad no afecta al resto del contrato.
- c) **La Interpretación de la Cláusula Compromisoria.-** Los acuerdos de arbitraje, solo consentirán una definición prohibitiva y corresponde ajustarse al texto.

Por su parte, los principios sustanciales, son aquellos aplicados a temas específicos:

- a) **Presunción de Competencia Profesional.-** Se presume que las partes tienen la capacidad profesional, y experiencia en negocios internacionales, para ser contratantes, prudentes y sensatos, los árbitros internacionales no admitirían, el hecho que uno de los operadores del comercio parte del contrato, no haya conocido los compromisos contractuales que adquirió, para lo que se les obliga a resguardarse, de lo que pueda suceder a futuro, dentro de la relación contractual.
- b) **Principio de Buena Fe.-** esto va relacionado con: **I.- Deber de Cooperación de las Partes;** es decir las partes, se comprometen a auxiliar con la prueba, es un deber de comunicar al otro, sobre cualquier tipo de situación, que podría afectar en el fin del contrato, de tal manera que no se perjudicaría de ninguna manera al otro; **II.- Deber de Minimizar Pérdidas,** el demandante, de una obligación inejecutada, debe utilizar las medidas, que estén a su mano para minimizar sus pérdidas, quien sufre el hecho, que no se le ha cumplido una obligación, solo podrá exigir la pérdida, en la

¹¹⁴ *Sine quo non o condicio sine qua non* es una locución latina originalmente utilizada como término legal para decir «condición sin la cual no». Se refiere a una acción, condición o ingrediente necesario y esencial (de carácter más bien obligatorio) para que algo sea posible.

medida que se haya protegido en el contrato, es decir, limita el daño que podría sufrir con anterioridad en el contrato; **III.- *Culpa in Contrahendo***, quien causare un daño en un contrato, o negociación, incumpliendo sus deberes o a las obligaciones ligados a la buena fe y equidad, debe enmendarlo, ese deber es obligatorio, en las negociaciones, se prohíbe la solicitud de proposiciones no adaptables a la buena fe, que lleven a un fin negativo en la negociación; **IV.- Principio de Diligencia.-** se supone que las partes de una negociación actuarán de manera normal, útil, razonable, por sus intereses futuros.

c) **Otros Principios Aplicables a la *Lex Mercatoria*:** **I.- el derecho aplicable:** los árbitros pueden desapegarse de los ordenamientos jurídicos nacionales y aplicar un derecho transnacional, el fundamento de la competencia de un árbitro se encuentra en la voluntad de las partes; **II.- El Principio de *Pacta Sunt Servanda*:** para negociaciones internacionales, de primordial importancia, para la seguridad de éstas, por tal motivo, lo establecido como estipulación en un contrato, es imposible que se discuta, a menos que en el mismo contrato, se haya previsto el que sean adaptados, o modificados, o se encuentre en el derecho aplicable, es decir los pactos deben cumplirse;

III. *Exceptio non Adimpleti Contractus*.- De darse un incumplimiento sustancial del contrato por una parte, la otra podría ser excusada del cumplimiento de sus obligaciones, se agota la reclamación, hasta que no se realice la prestación de la contraparte, la excepción demanda, que se trata del incumplimiento de una obligación principal, no es suficiente el cumplimiento imperfecto de la prestación, ni la inobservancia, de las prestaciones accesorias o complementarias, el contratante que intente resguardarse en esta excepción, debe comprobar, que el daño causado por el incumplimiento del demandante, fue de gran importancia.

d) **Los Principios de la *Unidroit***, estos principios son aplicados por los árbitros en sus laudos, cuando así corresponde, como veremos a continuación:

2.4.2. UNIDROIT o Instituto para la Unificación del Derecho Privado

Es una organización con sede en Roma, creada en 1926, con el auspicio de la Liga de Naciones, se estableció con el propósito de unificar el derecho privado internacional, entre sus aportes al derecho uniforme, se encuentran los Principios sobre la Contratación Comercial Internacional, existe una fuerte discusión, en torno a la naturaleza, de estos Principios. Algunos deliberan, que se tratan de reglas superiores, anteriores a todo derecho positivo, y otros, dicen que se trata de costumbres y reglas sobre las cuáles, acordaron un grupo de juristas.

Los Principios de la UNIDROIT, constan de siete capítulos, y ciento veinticuatro artículos, son aplicables, cuando en el contrato se exprese, que se gobierna por los mismos, o, regido, por los principios generales de derecho o por la *lex mercatoria*, intentan acoplar las distintas soluciones normativas, que existen respecto a un mismo supuesto, en las diferentes tendencias jurídicas, así, constituyen la sistematización, de normas comunes de dispersas codificaciones jurídicas.

Para Oviedo *“Los Principios de UNIDROIT, al recoger principios de distintas culturas jurídicas y económicas permitirán el acceso a innovadores soluciones que contribuirán a enriquecer y renovar nuestra jurisprudencia, por otra parte, son un paso adelante en la necesidad planteada de armonizar y unificar el derecho privado a nivel internacional, como una respuesta jurídica al fenómeno económico de integración”*¹¹⁵.

En aquellos casos en los que las partes, hayan escogido la ley nacional, para su contrato, los Principios de la UNIDROIT, pueden ser aplicados, cuando sea haga difícil determinar, reglas específicas en la ley nacional aplicable, en relación a esto, los principios han sido manejados, para llenar vacíos en las leyes internas, así como para dar una interpretación internacional, a las normas nacionales. Es decir que los Principios pueden ser utilizados, para interpretar o complementar a la

¹¹⁵ Jorge Oviedo Albán, *“La Unificación del Derecho Privado: Unidroit y los principios para los contratos comerciales internacionales”*, Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia, p.19.

ley nacional y también a las convenciones internacionales. *“En general, los papeles fundamentales asignados a los Principios, que han sido desarrollados por la jurisprudencia, especialmente, laudos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), se puede resumir en: papel o función normativa, y papel o función interpretativa”*.¹¹⁶ Entre estos Principios encontramos:

a) **Principio de libertad de**

contratación.- el artículo 1.1 establece que: *“Las partes gozan de libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido”*,¹¹⁷ las partes no están obligadas a obedecer ninguna ley, sino que se pondrán de acuerdo, como mejor les convenga, tiene límites entre los cuales están, el de sus reglas imperativas nacionales y las internacionales, más aplicables, tienen la obligación de actuar con buena fe y lealtad negocial, desde luego deberán limitarse, a los usos internacionales, y sus prácticas establecidas precedentemente. La libertad de contratación, que tienen los comerciantes de decidir a quién ofertan o no sus productos, es uno de los fundamentos del derecho contractual contemporáneo y del comercio mercantil internacional.

b) **El Principio de la Libertad de Forma**

y de Prueba, el artículo 1.2.- establece: *“Nada de lo expresado en estos Principios, requiere que un contrato, sea celebrado o probado por escrito. El contrato podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”*,¹¹⁸ estableciéndose en base de esta libertad contractual, que queden como registros utilizables los realizados computarizadamente, los datos enviados y recibidos vía correo electrónico, según este principio no es necesario que sea escrito, se puede probar por otros medios, como pruebas o testigos.

c) **El Principio “Pacta Sunt Servanda”**

el artículo 1.3 dice: *“Un contrato celebrado válidamente obliga a las partes, el contrato sólo puede*

¹¹⁶ (J. Oviedo Albán, *“La Unificación del Derecho Privado...”,*p.19).

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 116.

¹¹⁸ (J.Oviedo, *“La Unificación del Derecho Privado...”,* p.33)

ser modificado o resuelto conforme a su tenor, por acuerdo de las partes o de otra manera dispuesta por estos principios".¹¹⁹ Este principio establece un efecto vinculante entre las partes, obligándolas entre ellas, a cumplir lo pactado. Cada contrato reconocido como válido, por las partes, debe cumplirse, como se estipuló en sus cláusulas, empero se puede modificar o extinguir, efectos del contrato gracias a la autonomía de la voluntad de las partes.

d) **El Principio de las Reglas**

Imperativas, el artículo 1.4 dice: "*Estos Principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.*",¹²⁰ se limita la libertad de los contratantes, quienes no pueden irse en contra de las normas imperativas en sus contratos, del derecho aplicable y nacional, supone respeto de los ordenamientos nacionales.

e) **El Principio de la Naturaleza**

Dispositiva de los Principios, el artículo 1.5 señala: "*(Exclusión o modificación de los Principios por las partes) Las partes pueden excluir la aplicación de estos Principios, así como derogar o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones, salvo que en ellos se disponga algo diferente*".¹²¹

f) **Los Principios de Internacionalidad**

y de Uniformidad, el artículo 1.6 señala "*1) En la interpretación de estos Principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación. (2) Las cuestiones que se encuentren comprendidas en el ámbito de aplicación de estos Principios, aunque no resueltas expresamente por ellos, se resolverán en lo*

¹¹⁹ *Ibíd.*, p33

¹²⁰ Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010, en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

¹²¹ Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010, en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

*posible según sus principios generales subyacentes”*¹²² Las normas de los Principios son internacionales, de tal manera, que cuando, sobrevenga incertidumbre en un término, para su adecuada conceptualización, se deberá recurrir a los principios y no a una ley nacional.

g)

El Principio de Buena Fe y Lealtad

en los Negocios.-Es un principio fundamental por la obligación de las partes en un contrato, como proceder imperativo, durante toda la duración de la contratación. El artículo 1.7 señala: *“Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial, en el comercio internacional, no pueden excluir, ni restringir la aplicación de este deber”*,¹²³ sería una norma imperativa y obligación de las partes, los deberes en base a la buena fe: el de la confidencialidad y el de orientar el negocio a su realización, la confidencialidad es importante, pues las partes no pueden utilizar la información, que se les dio en el momento de la negociación para beneficio propio.

h)

El Principio de Primacía de los Usos

y las Prácticas, el artículo 1.8 dispone: *“Las partes están obligadas, por cualquier uso, en cuya aplicación hayan convenido y por cualquier práctica, que hayan establecido entre ellas. Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el tráfico mercantil de que se trate por sujetos participantes en dicho tráfico, a menos que la aplicación de dicho uso no sea razonable”*¹²⁴. En base a este principio, las partes tienen la obligación de respetar los usos y costumbres convenidos internacionalmente.

i)

El Principio de Llegada, en su

artículo 1.9 de los Principios señala: *“(Usos y prácticas) (1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. (2)*

¹²² Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010, en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

¹²³ (J.Oviedo, Compraventa..., p120)

¹²⁴ María del Pilar Perales Viscasillas, *“El Derecho Uniforme del Comercio Internacional: Los Principios de UNIDROIT*, Universidad Carlos III de Madrid, p.28, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pcci.html>

*Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable*¹²⁵, es decir que cualquier comunicación es válida, se relaciona a todas las comunicaciones establecidas, entre las partes de un contrato.

j) *Exceptio non Adimpleti Contractus*, si se da un incumplimiento importante del contrato, por una de las partes, la otra puede ser perdonada de su obligación; por ejemplo, si un comprador no paga, el vendedor no deberá entregar o embarcar, es decir es una excepción de contrato no cumplido, cuándo en los contratos bilaterales, cualquiera de las partes no cumpla con su prestación o no se allane a cumplirla simultáneamente; por excepción la otra puede abstenerse de cumplir la suya.

El conocimiento y utilización de estos Principios resultan importantes, pues otorgan soluciones eficaces e ingeniosas, para resolver los conflictos de carácter transnacional, se debe reconocer que los Principios se han transformado en herramientas utilísimas, al momento de solución de problemas contractuales, pues: **I.-** Los legisladores podrían inspirarse en ellos, para las leyes nacionales, en vista de sus favorables soluciones. **II.-** Dotan de reglas a las Cortes Nacionales de los países y a los árbitros privados, para la interpretación. **III.-** Los operadores del Comercio Internacional, pueden usar los Principios, como ejemplos bases para la formulación de sus contratos. **IV.-** Las partes de un contrato, podrían utilizar estos principios, como ley para su contrato, poniéndose de acuerdo en una cláusula del contrato. **V.-** Los árbitros en un conflicto internacional transnacional, podrían utilizarlos, en base a los usos y costumbres de comercio internacional.

El objeto de los principios es constituirse, en un conjunto de reglas y normas, que puedan

¹²⁵ Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010, en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

utilizarse en cualquier sistema jurídico del globo, evitando, los conflictos al determinar la ley de foro y la ley a ser aplicada, en los contratos del comercio internacional. Cuando hablamos del Derecho Uniforme del Comercio Internacional, debemos señalar, que uno de los instrumentos, más avanzados son los principios de la UNIDROIT, dado su nivel de perfeccionamiento, que ha permitido elevar la confianza que las partes tienen en ellos. Los Principios han conseguido, agrupar y sistematizar el derecho de la contratación comercial internacional, de una forma bastante imparcial y manejable. En el inciso tercero del preámbulo de los Principios se dice que “*Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado, que el contrato se rija por los principios generales del derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes*”¹²⁶, como los usos y costumbres del comercio internacional.

[...] El profesor GARRO, indica tres razones para aplicar los Principios como *lex mercatoria* cuando las partes así lo han estipulado en su contrato: 1) el deseo de las partes de someter su contrato, a algún tipo de regulación, que no está conectada con un determinado derecho nacional; 2) los Principios establecen un conjunto de reglas bien definidas, por lo que se reducen las incertidumbres e incoherencias típicas de la *lex mercatoria*; y 3) las reglas de los Principios están especialmente diseñadas, para las disputas que surgen en el comercio internacional.¹²⁷

Es así que en lo relativo a la aplicación de los principios, como *lex mercatoria*, llegamos a la conclusión, que los mismos pueden aplicarse, cuando las partes han acordado, para que se aplique en el contrato principios generales del derecho, *lex mercatoria*, o expresiones semejantes.

En definitiva estos principios, abarcan la mayoría de herramientas optimizadoras, de las negociaciones mercantiles internacionales, y de tránsito internacional, así como de cualquier contrato entre operadores transnacionales.

¹²⁶ Jorge Oviedo Albán, “*Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías (Comparación con la legislación privada colombiana*”, Colombia, 2001, p.4., en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/alban.html>

¹²⁷ Edward Garro, “*The contribution of the Unidroit principles*”, p. 104, citado en la tesis de Jennifer Rebeca Morales Morales, “*Relevancia de la aplicación de la Lex Mercatoria en Controversias sometidas ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*”, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, 2007, p.91.

2.4.3. CNUDMI o UNCITRAL

Esta organización, fue creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 17 de diciembre de 1966, mediante la Resolución 2205 (XXI). Su fin es el promover la armonización del derecho mercantil internacional, pues se evidenció la necesidad de crear un organismo, que juegue un papel más importante, dentro del cada vez más desarrollado comercio internacional. En los años 60 el mundo empezó su rápido desarrollo y los países desarrollados, decidieron crear normas y reglas para armonizar la reglamentación nacional, regional e internacional. Así, la CNUDMI busca neutralizar los impedimentos legales, que obstaculizan el libre tránsito, del comercio internacional, concordar y unificar las leyes mercantiles internacionales.

Inicialmente sus miembros fueron apenas 29 Estados, para 1973 la Asamblea General de la Naciones Unidas los amplió a 34, y para el 2002, a 60 estados miembros. La CNUDMI es el órgano jurídico central del Sistema de Naciones Unidas, en el ámbito del derecho mercantil internacional. La Asamblea General le demandó el deber de fomentar la unificación y sistematización del derecho mercantil internacional, en un inicio, esta organización trabajó, sobre tres temas en específico: Compraventa Internacional, Pagos Internacionales y Arbitraje Internacional, posteriormente ha ido ampliando su quehacer hacia otras áreas.

La Convención de Viena o CISG, nacida de la UNCITRAL, es uno de los intentos más claros, de unificación el derecho privado, a un nivel globalizado, procura de una manera unificada, controlar el tráfico de mercancías, es reconocida por varios países del mundo; como el conjunto de reglas normalizadas y unificadoras, que regulan, la parte más importante del comercio internacional, es el ensayo más exitoso de unificación de la legislación aplicable, a los contratos internacionales, y es el resultado de una labor de varias décadas, que se remonta incluso a las iniciativas de finales del siglo XIX, que produjeron como resultados *“la ley uniforme sobre ventas de mercancías, de 1905 de los*

países Escandinavos y the sale of goods act de 1893, de gran Bretaña”,¹²⁸ “*de la primera etapa del siglo XX como es el trabajo de la International Law Association, reunida en el año de 1984 en Estocolmo, donde se trabajó en un proyecto de ley uniforme para la unificación de la legislación sobre compraventa internacional.*”¹²⁹

En su preámbulo, la Convención, establece que debido al desarrollo del comercio internacional, se tiende a adoptar normas uniformes, que sean aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, para que se supriman, los obstáculos jurídicos del comercio internacional y se promueva el desarrollo del mismo. En esta Convención, encontramos las principales funciones del derecho uniforme, de la compraventa internacional, entre las que están: eliminar las barreras jurídicas, que la existencia de distintos ordenamientos jurídicos imponen al tráfico internacional de mercaderías; y buscar el desarrollo de una regulación autónoma, propia e inherente a las características y naturaleza del comercio internacional.

2.5. Los contratos internacionales.-

Una de las fuentes principales del comercio internacional son los contratos, algunos son el resultado de condiciones generales, y otros surgen en base a los usos y costumbres, en la actualidad, el instrumento principal para realizar el comercio internacional, es el contrato internacional, con el cual se busca, que exista una cierta seguridad, en el campo jurídico internacional, objetivo que es difícil de lograr, por la falta de uniformidad de las leyes nacionales, dado que en el orbe internacional, conviven sistemas jurídicos diferentes. “*El carácter internacional del contrato viene determinado, por la presencia en el mismo de vínculos con más de un ordenamiento jurídico. Por el contrario, será interno el contrato que presente todos sus elementos vinculados a un único*

¹²⁸(Miguel Garro y Luis Zuppi, *Compraventa...*, pág. 29).

¹²⁹ *Ibíd.*, p.30

ordenamiento jurídico”.¹³⁰

Los contratos internacionales, se tratan en el campo internacional, algunos autores establecen, que para que un contrato sea internacional, es necesario que sus partes residan en diferentes Estados o sus nacionalidades sean distintas, otros toman en cuenta el efecto jurídico de la transacción.

[...]Los contratos son la categoría jurídica por excelencia sobre la que descansa la nueva *lex mercatoria*. Ante un derecho, la *lex mercatoria*, sin fundamentación en un ordenamiento jurídico estatal, la pregunta es inevitable: ¿cuáles son los presupuestos no contractuales de los contratos globales? Ahora bien, la autovalidación de un contrato conduce automáticamente a una paradoja, su variante positiva (“estamos de acuerdo en que nuestro acuerdo es válido”), equivalente a un tautología¹³¹, su variante negativa, (“acordamos que nuestro acuerdo no tiene validez”) nos sitúa ante la paradoja autorreferencial que conduce a un sinfín de oscilaciones (válido-Inválido-válido) y al bloqueo. El resultado es la imposibilidad de tomar una decisión. En virtud de esta paradoja subyacente, los juristas declaran inconcebibles los contratos que se auto validan realizando así una reducción al absurdo de la *lex mercatoria*.¹³²

Se han expedido dos convenciones generales, que buscan definir cuándo un contrato es internacional: la Convención de Roma de 1980¹³³ y la de México de 1994.¹³⁴ La primera, suscrita dentro del marco de la Comunidad Europea, y la segunda, dentro de la OEA, Organización de Estados Americanos. Dentro de un contrato pueden haber varios criterios que permitirían pensar en su carácter internacional, tales como: “*la nacionalidad de la partes intervinientes, la ubicación de los bienes objeto del contrato, el lugar de celebración, el lugar de ejecución, el domicilio de las partes o la localización de su establecimiento, el lugar de pago, el lugar de destino de los bienes, el transporte del mismo, entre otros*”.¹³⁵ Lo fundamental para que un contrato sea internacional es que

¹³⁰ Ricardo Valdivia Rueda y Ángeles Aguado Lara, *fundamentos jurídicos y Económicos del Comercio Internacional*, Madrid, UNED, 2002.

¹³¹ José Ríos Martínez, *Interpretación en la Dogmática Jurídica, como posibilidad de Ciencia del Derecho*, México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones de la UNAM, 2007, p. 150, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt8.pdf>

¹³² Francisco López Ruiz, *El papel de la societates mercatorum en la creación normativa: la lex mercatoria*, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 2010, p. 16-17.

¹³³ Convención de Roma de 1980 sobre la Ley Aplicable a Obligaciones, en [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126\(02\):ES:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126(02):ES:HTML)

¹³⁴ Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales suscrita en México, d.f., México el 17 de marzo de 1994, en la quinta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado

¹³⁵ José Joaquín Caicedo Castilla, *Derecho Internacional Privado*, México, Temis, 1960, pág. 32

exista un elemento de extranjería en la relación jurídica.

En relación a la estructura y contenido típico de los contratos, así como a sus características, debemos mencionar, que estas variarán en función de cuál sea el objeto del contrato. Por ejemplo, en un contrato de compraventa afirmariamos, que estamos ante un acuerdo de voluntades; que es un contrato nominado o típico, bilateral, oneroso, consensual, y conmutativo; para que sea internacional, los establecimientos de las partes contratantes, deben encontrarse en países distintos; la mercancía debe ser entregada, en un país diferente al que se encuentra originalmente; y, debe existir de por medio la transferencia del bien y de riesgo.

Los contratos internacionales, se rigen por las leyes emanadas, de cada ordenamiento jurídico, pero también pueden estar sometidos a ordenamientos transnacionales, a tratados o convenciones internacionales, y a la *lex mercatoria*. En resumen, no existe un derecho de aplicación universal a los contratos de los negocios internacionales, pues se debe determinar este derecho, o ley aplicable, en el contrato, y podrá ser el derecho del país del vendedor, del comprador, o de un tercer país, los contratos son una de las principales fuentes de la *lex mercatoria* moderna, principalmente, como consecuencia de la repetición de los mismos.

Entre los más modernos contratos que se conocen en la actualidad, gracias al desarrollo actual de la tecnología y de otros medios de comunicación podemos citar a:

- a) **Los contratos electrónicos**, Moderna forma de hacer negocios, son deslocalizados, por lo que su ley aplicable, no admite criterios territoriales, toda la transacción entre las partes, se realiza de manera telemática,¹³⁶ mediante el uso de computadores u otra tecnología, ubicados en países distantes.
- b) **Los contratos internacionales de distribución**, se realiza la comercialización por terceros, existen tres tipos: el de comisión, de agencia, y de concesión. **i.- El contrato de comisión** contiene diferentes

¹³⁶ J. Carlos Pascual Viñe, *Introducción a la Telemática y a las Redes de Datos*, Madrid, Dirección de servicios de Formación de Telefónica de España, 2000, p.16.

elementos, entre estos extranjeros, porque debe cumplirse en el extranjero o la residencia de las partes se encuentra en diferentes Estados. **ii.-El contrato de agencia**, el agente (representante o vendedora), persona natural o jurídica, se obliga con otra, que sería el fabricante, comerciante, principal, o prestador, etc., a suscitar operaciones comerciales, como intermediario no dependiente, que actúa a cambio de una remuneración, sin asumir el riesgo, pues el agente es independiente y autónomo. **ii.-Contrato de concesión**, su fuente es el derecho privado, sirve para expandir un negocio fuera de las fronteras nacionales, el empresario introduce su *know how*,¹³⁷ en otro país para ser explotado, la ley aplicable es con la cual el contrato presente, vínculos más estrechos, es decir la ley del país donde el concesionario presta servicios.

- c) **Los contratos de propiedad intelectual**.- su característica principal es la territorialidad, tienen validez exclusivamente en el Estado que la reconoce como tal, hay convenios como el de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886) y el de Paris 1971, que establecen los principios de territorialidad e independencia.
- d) **Los contratos de transporte internacional de mercaderías** son considerados internacionales, en los casos específicos, que el lugar de origen y de destino, estén ubicados en lugares o países diferentes, posee carácter propio en el derecho del transporte, la internacionalidad, dada la interrelación, entre los países gracias a la globalización. El transporte será interno o internacional, según afecte a uno o más ordenamientos, *existen situaciones donde la internacionalidad del transporte, no están clara, con lo cual se ha dado lugar, a distintas posiciones doctrinarias y diferentes soluciones normativas.*¹³⁸

¹³⁷ Hesbert Benavente Chorres, *El contrato de know how o de provisión de conocimientos técnicos: aspectos a ser considerados para su regulación normativa*, México, Revista Ius et Praxis-año 14- No 2 Universidad Autónoma de México, 2008, p.3.

¹³⁸ Fernando Aguirre Ramírez, *Transporte*, citado por Diego Fernández Arroyo, *Derecho Internacional Privado de los estados del Mercosur*, Madrid, Tecnos, 2da edición, 2005, p. 1242.

Lo fundamental en el tema de contratos internacionales de transporte, es que la internacionalidad es independiente, definida especialmente, porque se contrata entre dos o más estados diferentes.

En culminación al tema de los contratos internacionales, debemos decir, que son una de las fuentes fundamentales del derecho uniforme actual transnacional, es el método más utilizado por los operadores transnacionales y transfronterizos, se pueden obtener grandes beneficios para las empresas multinacionales, no solo en costes económicos, sino en generalización de reglas, para realizar futuros contratos, que convengan para llevar a cabo óptimas negociaciones internacionales, solucionando los conflictos entre las partes, de una manera más eficaz y rápida, evitándose, los grandes conflictos, que suelen formularse por culpa de los ordenamientos nacionales.

2.6. La Jurisprudencia Arbitral.-

El Arbitraje es una instrumento, es la principal herramienta para la solución extrajudicial de conflictos, entre las partes de un negocio, o de un contrato, a la que las partes se someten, para la determinación de un tercero, llamado el árbitro, es decir se salen de la circunscripción legal, de las leyes nacionales, internacionales, etc., y se someten a la decisión o resolución, de un tercero, que se basa en principios, reglas, normas, transnacionales, y este solucionador de conflictos transnacionales, no necesariamente es abogado, o de la rama judicial.

En esta herramienta tan particular, se fundamenta el arbitraje internacional, el mismo que está representado, por organizaciones especializadas, en la solución de conflictos, los casos por ella resueltos, llegan a un final armonioso, con mayor celeridad, igualdad e imparcialidad, en la tramitación de sus controversias, mejor que las ya caducas y lentas soluciones por la vía nacional judicial, es decir los ordenamientos jurídicos nacionales. La voluntad de las partes valida el arbitraje, y se basa principalmente en los usos y costumbres internacionalmente reconocidos, por los países, así se escapa a la realidad, tan reducida, de las legislaciones u ordenamientos nacionales y se basan, en

un escenario, cada vez más globalizado, en base al arbitraje, se escoge la ley aplicable, a cada caso, las partes o el árbitro determinará esa ley.

Para llegar a la solución de una controversia, el árbitro se centrará en la realidad directa del contrato, es decir al caso en particular, y la voluntad que las partes decidan en relación a la ley aplicable, el árbitro impone su decisión entre las partes, el arbitraje usa comúnmente la *lex mercatoria*, razón por la que “el árbitro” es un intérprete de las normas jurídicas y principios de derecho, cuyo fin es el crear jurisprudencia, es un mediador de cuestiones, que el derecho uniforme, no ha divisado hasta el momento, concentrándose en cada caso en particular.

Actualmente existe un gran número de laudos arbitrales, mismos que sustentan en el campo transnacional, de jurisprudencia mercantil, en base a las resoluciones de los tribunales, en la materia mercantil, esta jurisprudencia se nutre tanto de sentencias de tribunales públicos, como de laudos arbitrales venidos de tribunales de arbitraje.

[...]El arbitraje internacional se basa en dos principios mundialmente reconocidos: el contractual, por el que, no existe arbitraje, sin el acuerdo escrito de las partes y por el que el laudo, es nulo si el tribunal arbitral, no se ha constituido conforme a la cláusula de arbitraje, o si el árbitro se excede, en las facultades decisorias, que las partes le han conferido contractualmente; así como por el principio judicial, conforme al cual los árbitros, deben ser imparciales, seguir criterios de justicia natural, como el carácter contradictorio del proceso, la inmunidad, de la que debe disfrutar el árbitro y la necesaria ejecución del laudo de la misma forma que una decisión judicial.¹³⁹

Tanto las sentencias como los laudos, tienen poder obligatorio para las partes comprometidas en el proceso, no son considerados, como normas de obligatorio cumplimiento, pues solo obligan a las partes. Existen dos clases de arbitraje, el de derecho y el de equidad, el primero se basa en la ley, ajustable al caso en concreto y el segundo tipo de arbitraje, es aquel, en el cual los árbitros, llegan a una decisión basándose en su leal saber y entender, así como en la experiencia de cada árbitro, intentando ser lo más justo posible.

Los Laudos Arbitrales, tienen varias características: Públicos; esto en razón que serán

¹³⁹ *Ibidem*.

publicados internacionalmente; Confidenciales porque son laudos dictados en centros de arbitraje internacional, se lo realiza sin el nombre de las partes involucradas en el proceso, es decir de manera anónima, y esta publicación depende del consentimiento de las partes, deberán ser motivados, de lo contrario podría ser objeto de anulación (deber de motivación se encuentra contemplado en el reglamento de arbitraje de la CNUDMI, y en el convenio Europeo de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional), las partes cuando sea decisión en derecho, podrán escoger las reglas jurídicas y la ley aplicable al caso en concreto, si aplica en la equidad se apegara a la buena fe, reconocida internacionalmente, se basará el árbitro en las cláusulas y estipulaciones del contrato, así también a los usos reconocidos internacionalmente, los laudos pueden ser revisados judicialmente, para que los tribunales puedan, estudiar y justificar, que el convenio arbitral, está en orden, de esta manera se verifica, que no se cometió, errores o excesos en cuanto a las decisiones del mismo, al ser plural, se debe neutralizar las culturas siendo el resultado de un combinado de costumbres legales, dentro del arbitraje están fusionados tanto el *common Law* y *el civil Law*, dándole entonces una naturaleza, propia variada y puntual.

Los laudos arbitrales, además de constituir una solución, a un conflicto, establecen una declaración de derecho, aceptada por la mayoría de agentes internacionales y transnacionales, se han reconocido internacionalmente, por medio de la Convención de New York de 1958, pues están obligados todos los países firmantes, y serán ejecutados por la autoridad estatal.

Se puede afirmar que existe jurisprudencia arbitral, si no tenemos una institución cimentada en torno a ella?, algunos dicen que es imposible, esta aseveración, pues al no existir, una estructura, como se coordinaran las decisiones?, la respuesta más probable es que los laudos son motivados, y públicos, los tribunales son totalmente, independientes, pero hay elementos circunstanciales, que sirven de unificación para estos, la experiencia de un tribunal usa positivamente otro, se vuelven semejantes y análogas las respuestas arbitrales, gracias a convenciones internacionales, leyes,

contratos tipo, creación de instituciones encargadas de arbitraje y reglamentos, existen los tratados tipo o modelo, hay cláusulas idénticas en tratados diferentes, sin embargo las particularidades, exclusivas, de cada árbitro, como su cultura, nacionalidad, resultan en laudos diferentes entre sí.

En virtud de lo señalado, podemos afirmar, que el derecho uniforme o la llamada nueva *lex mercatoria*, posee herramientas fuera del contexto de los ordenamientos nacionales, su importancia, radica en la voluntad de las partes y no en un sistema jurídico determinado, basado en decisiones arbitrales, laudos, los cuáles se encuentran cimentados, ya no en una aplicación estricta del derecho, sino en la flexibilidad de los usos del comercio internacional basados en la buena fe internacional.

El arbitraje es entre las partes, es decir es privado e independiente, no está dentro de un orden institucionalizado, sus decisiones, son dictadas, por tribunales, los cuales se basan en el derecho y en situaciones similares, para esto se apoyan, en precedentes, lo cual no es de obligatorio cumplimiento, y sirven para motivar los laudos, la tarea actual de las instituciones arbitrales, debería de ser enumerar taxativamente estos antecedentes, los árbitros no son simples ejecutores de la justicia en una controversia, son quienes aclararan las dudas, de las partes, llenan vacíos del arbitraje, y modernizan las reglas a la actualidad, formando parte del derecho uniforme internacional.

2.7. Naturaleza jurídica del Derecho Uniforme, o de la nueva *lex mercatoria*.-

Existen varias teorías al respecto, algunos juristas afirman que la *lex mercatoria* o derecho uniforme, se encuentra subordinado al derecho de las naciones, es decir al derecho doméstico o estatal; mientras que otra rama de juristas, la consideran, una rama del derecho, que poseen los comerciantes internacionales, para administrar sus negociaciones internacionales, mediante un sistema jurídico, que no es internacional sino transnacional. Los más pluralistas, estiman que el derecho no solo proviene del Estado, y otra rama no acepta que sea un ordenamiento jurídico, al no ser una regulación positiva.

Para entender la naturaleza jurídica de la *lex mercatoria* moderna, razonamos dos conceptos: uno afirma que es la ley de los comerciantes, rama que dependería del Estado; y, otra aclara que es un sistema autónomo, y sostiene que la nueva *lex mercatoria*, no tiene vínculo estatal. Según la rama positivista del derecho, la nueva *lex mercatoria*, se ejecuta en base al principio de autonomía de voluntad privada, y, por ende, del derecho estatal de naciones; mientras que la tendencia pluralista, asegura que el derecho uniforme, se basa en una realidad social, y establece que la *lex mercatoria* moderna es autónoma, transnacional y que no posee correspondencia, con algún derecho estatal.

En definitiva la *lex mercatoria*, es autónoma, los comerciantes forman sociedades para satisfacer intereses comunes, con reglas y procedimientos; para los cuáles se han puesto de acuerdo, éstos principios, superan el ámbito nacional, por esto la *lex mercatoria*, es un sistema jurídico que contiene normas de aplicación, para un grupo de comerciantes o sociedades internacionales.

Las normas que integran el derecho uniforme, al igual que las que forman parte de los Estados, no son homogéneas y se sistematizan gradualmente, su naturaleza jurídica es diferente, las normas DUCI son más complejas, que las leyes de un derecho nacional, fundamentalmente en el derecho uniforme del comercio internacional, es esencial que las partes, pacten la ley a ser utilizada.

Al enfrentarnos a la tarea de definir la naturaleza jurídica del derecho uniforme, encontramos un derecho meramente legal, consuetudinario, y convencional, ya que es un acuerdo de someter la relación comercial a reglas preexistentes, no imperativas y su aplicación al caso comercial concreto depende, a la declaración expresa de las partes de someterse a las normas uniformes.

Los instrumentos normativos de unificación del DUCI, se han utilizado porque permanentemente,

[...]Así lo expresa HERDEGEN al afirmar que cada vez más se consolida el conjunto de normas con las cuales los ordenamientos jurídicos nacionales, el derecho internacional y el derecho de las comunidades europeas dirigirán, el intercambio económico internacional, la creciente expansión del ámbito nacional económico y los esfuerzos mundiales por la reducción de los obstáculos comerciales (liberalización), llevan a dejar de lado hoy en día, la consideración aislada, de los

complejos normativos particulares, por ejemplo, el derecho internacional privado de cada Estado o el derecho internacional económico.¹⁴⁰

Es decir se busca la sistematización armónica de las leyes, tratados, principios, convenios, que normativicen los negocios del comercio internacional, así nace la necesidad, de crear normas uniformes, aplicables a personas de diferentes lugares, en relación a sus negocios internacionales, se forma un derecho transnacional, despolitizado, las fuentes de este derecho son los usos, tratados internacionales, convenios, costumbre mercantil internacional, leyes modelo, etc.

La naturaleza jurídica del DUCI, está en discusión, por parte de los doctrinarios, algunos jurisconsultos, lo califican como derecho independiente, de carácter transnacional, y otros creen que es un conjunto de reglas, que todavía no llegan a ser consideradas derecho, sino que simplemente son reglas, normativa de representación transnacional, para llenar vacíos de la ley nacional.

2.8. Reflexiones finales de la *lex mercatoria* transnacional.

El comercio analizado desde la moderna *lex mercatoria*, se lo comprende como una de las actividades humanas mas antiguas, que ha evolucionado a lo largo de la historia, formando el derecho mercantil, siendo una materia de estudio económico, comercial, pero también jurídico, para ser analizado ampliamente en el campo nacional, regional, internacional y transnacional, en la sistematización paulatina de un derecho uniforme del comercio internacional que en la actualidad su legislación ha progresado sistematizando conceptos y estandarizando normas para los negocios internacionales, formando el llamado derecho uniforme.

Entre las características de la nueva *lex mercatoria* o derecho uniforme, están su generalidad, publicidad, temporalidad, especificidad y universalidad, El moderno derecho del comercio internacional, consta de normas, prácticas y usos recopilados, por organizaciones internacionales,

¹⁴⁰ Mathias Herdegen, *Derecho Económico Internacional*, Diké, 1994, p.8, citado por Jorge Oviedo Albán, “*La Unificación del Derecho Privado: Unidroit y los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales*”, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2003,p.6, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html>

este derecho es el mismo en todos los países del mundo, los principios fundamentales de este derecho se basan en dos principios reconocidos en todo el mundo como son el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y el *Pacta Sunt Servanda*.

El derecho transnacional siempre deberá remitirse a los distintos órdenes jurídicos, sin embargo, con la globalización y la sistematización de leyes, que han surgido de la costumbre internacional surge el derecho uniforme internacional, una *lex mercatoria moderna*, de costumbres, basada en sistemas modernos, que en un futuro sus fuentes serán taxativamente regladas por el ámbito empresarial internacional y no por legislaciones nacionales, mediante su progresiva sistematización, se pretende superar las deficiencias de los ordenamientos nacionales, para la cual se necesita de una red de relaciones entre comerciantes de todo el mundo.

La *lex mercatoria* en relación a lo antes expuesto, es un ordenamiento jurídico horizontal y vertical, que nace de la autoridad, nacional o internacional, pero no imperativamente, sino de forma supletoria y voluntaria, las partes se someten a esta *lex mercatoria*, a los contratos, y a sus cláusulas arbitrales, y reglas, a pesar de no poseer fuerza obligatoria.

Todavía el derecho uniforme en la actualidad, no goza de total autonomía, sin embargo en los últimos tiempos se ha desarrollado de manera acelerada, el cual se detiene por el necesario reconocimiento estatal, para la ejecución de los laudos arbitrales u obligaciones emanadas de los negocios o relaciones internacionales.

En conclusión la *lex mercatoria* moderna o derecho transnacional, es un conjunto de normas, las cuales forman una herramienta jurídica, misma que es utilizada por los operadores comerciales internacionales, para la solución de conflictos de carácter transnacional, empero hasta el momento no esta formalizada como una ley, sino como un grupo de principios, normas, reglas, etc. todavía no codificados de manera taxativa, y que debe ser reconocida, por los sistemas jurídicos internos, de los Estados, para ser aplicada, sin embargo, no se descarta como un derecho en formación continua, que

terminara de sistematizarse gracias a las necesidades, de los operadores en el comercio internacional y a la globalización.

CONCLUSIONES

Apoyándonos en el estudio integral durante el tiempo de desarrollo de esta tesis, en relación a la *lex mercatoria*, plasmado en dos capítulos, que componen la presente investigación, de conformidad con los objetivos planteados en la misma, obtuvimos las siguientes conclusiones finales:

Para estudiar el progreso de una sociedad, se llegó a la conclusión, en base al análisis de la *lex mercatoria*, que es necesario, el estudio de dos materias en conjunto en razón de su evolución, y éstas son tanto el derecho, como la economía, por lo que verificamos, que los seres humanos a lo largo de la historia, han realizado negocios comerciales, que han sido base, para buscar nuevas formas de relacionamiento, fuera de los límites territoriales de una legislación, así como de un país en particular.

Los seres humanos, parten de un grupo, ceñido por un territorio, el cual forma una sociedad, pero el hombre es ciudadano del mundo, desarrolla actividades fuera de la esfera de su territorio, En este mismo orden el progreso acelerado del comercio, ha presionado a la sociedad, para que busque seguridad en las transacciones internacionales, esto permitió el avance de una serie de fenómenos económicos, que han provocado la búsqueda incesante de soluciones jurídicas, y de una normativa unificada, que encierre a todos los sistemas legales en general, con el fin del progreso económico comercial internacional.

La *lex mercatoria*, es una herramienta jurídica, y desde sus orígenes ha consentido dinamizar

el comercio internacional, regulando las relaciones entre los comerciantes, a través de usos y costumbres internacionales, los cuales paulatinamente fueron asumidos, en el ámbito internacional, revelándose la importancia de la costumbre, como fuente del derecho, en materia mercantil.

Entendimos que el derecho está ligado a la sociedad, en base a órganos estatales, que forman instituciones, las cuales son base del derecho regulador, creando de esta manera la sociedad, y a sus instituciones protegidas, por esta misma colectividad, porque gracias a ellos se aparta del anarquismo y se ciñe a un grupo social organizado, en base a normas, reglas, convenios, etc.

Concluimos entonces que nuestra mentada *lex mercatoria*, no posee, estas características regulatorias, de todo derecho cimentado, en instituciones sociales o jurídicas, por eso lo complicado de su aplicación.

Existen diferencias sustanciales, entre la *lex mercatoria* y el derecho comercial internacional, este último, es el conjunto de principios, usos, fuentes, comunes entre sí, en diferentes sistemas jurídicos, y la *lex mercatoria*, es una especie de subconjunto del derecho del comercio transnacional, que no tiene una codificación y se basa fundamentalmente en usos, reglas, principios y costumbres acuñados consuetudinariamente.

Los sistemas económicos de los países, han buscado esta unificación de leyes, creando una serie de instituciones como por ejemplo (UNCITRAL, la CNUDMI y la CCI, etc), las cuáles buscan consolidar, los temas comerciales, y estudian, el derecho privado de los Estados, con el fin de armonizar y coordinar sus normativas, buscando reglas uniformes; Así también estudian la manera para superar los obstáculos existentes resultado de la variedad de legislaciones nacionales, que regulan drásticamente al comercio internacional impidiendo su desarrollo.

En cuanto a como definen los doctrinarios a la *lex mercatoria*, existen juristas, con un pensamiento enquistado en las teorías ya caducas, que consideraban solo al derecho estatal o internacional, sin entender el acelerado desarrollo de esta sociedad, que busca soluciones a sus

conflictos, en base al pluralismo jurídico, y está claro que la dinámica de la realidad actual se desarrolla en un espacio transnacional, otros autores consideran a la *lex mercatoria*, como una tercera rama fundamental de derecho, diferente a la nacional e internacional, estos tratadistas plantean la completa deslocalización, de las negociaciones mercantiles Internacionales, formando la normativa que la ampararía, es decir la *lex mercatoria*, una especie de derecho transnacional, la catapultan como un sistema jurídico independiente, y entre sus razones esta el fuero arbitral, este sería el mecanismo de solución de conflictos, dándole según éstos fuerza obligatoria, a sus normas, ya que para las controversias, que surgen en los contratos celebrados internacionalmente, se busca solución a través del arbitraje, Por el contrario otros teóricos la consideran como una herramienta jurídica, que sirve para llenar vacíos de leyes nacionales, complementando la ley formalizada, por los legisladores nacionales.

Sin embargo se advirtió que lo fundamental, no solo es la forma de legislación a ser aplicada, sino que los negocios en si mismo y su problemática, son la base de la discusión en los mercados internacionales, pues en general, lo que interesa a la mayoría de los doctrinarios, es consolidar la transacción internacional basándose para esto, en todo lo que sea viable, dentro del marco de la ley internacional, para lograr la negociación.

Ultimamos así también que el arbitraje es actualmente la herramienta más eficaz, para resolver conflictos transnacionales, con un trámite menos costoso, mas rápido, y flexible, sin embargo se limita a la *lex mercatoria*, porque debe ser de carácter voluntario el someterse a la solución de controversias, pues en general los tratados internacionales estipulan que la competencia de un árbitro, debe estar claramente establecida en un pacto por escrito, además existen litigios que deberán ser resueltos no por árbitros, sino por jueces nacionales, sin embargo a pesar de este aspecto la *lex mercatoria* amplificó todo aquel campo en el que se desarrollaban las relaciones económicas internacionales, pues ya no se ve al comerciante desde el punto de vista estatal, sino dentro de este

relacionamiento transfronterizo, en el marco de una reglamentación transnacional.

Por otra parte el derecho uniforme, no es un método básico de solución de conflictos, sino complementario, al que acuden los jueces o árbitros, para dar tramitación a las controversias surgidas en las transacciones del comercio internacional, esta herramienta se basa en derecho material, creado por tratados o convenios internacionales, que antes tienen que ser aceptados por los Estados, sin embargo, no existe obligación de las naciones para adherirse a ellos, o de incorporarlas a su derecho interno.

En definitiva La *lex mercatoria* moderna, es un método de aplicación, una herramienta jurídica, pues no se la puede considerar, como un cuerpo sustantivo de normas, ya que su aplicación dependerá del tema, circunstancias y personas, varios de los principios y usos empleados por la *lex mercatoria*, todavía no han sido codificados, es decir no se los ha enumerado taxativamente, por este motivo, no puede considerarse, como una ley pues su aplicación está sujeta a la aprobación de un sistema, por esta razón no se podría proclamar su independencia, como la de un tercer derecho, pues actualmente es una herramienta jurídica para llenar vacíos de las legislaciones nacionales

En conclusión la *lex mercatoria*, a pesar de no ser considerada, como un sistema jurídico, de raíz legislativa nacional o internacional, debe ser reflexionada como una herramienta jurídica, así también como un sistema jurídico en formación de carácter transnacional, es decir se la reconoce como un derecho en gestación, es decir embrionario, que con el avance acelerado de tecnologías, se terminará de forjar como un tercer derecho, buscando volverse autónomo, empero por el momento, depende de las legislaciones nacionales para ser aplicado, siempre que antes se hayan adherido los países a los tratados o convenciones internacionales, y las partes mediante los contratos hayan aceptado la ley aplicable, es decir la ley de un país en específico, o las normas de la *lex mercatoria* y las cláusulas que los remiten al arbitraje internacional, para la solución de cualquier controversia que surja en el negocio internacional.

BIBLIOGRAFÍA.

1. Aguirre Ramírez, Fernando, *Transporte*, citado por Diego Fernández Arroyo, *Derecho Internacional Privado de los estados del Mercosur*, Madrid, Tecnos, 2da edición, 2005.
2. Alvarado Lemus, José Rolando, *La lex mercatoria*, en <http://canalegal.com/contenido.php?c=210>.
3. Arellano, Carlos, *Primer curso de Derecho Internacional Público*, Ed. Porrúa, México, 2002, en Carlos Arellano, *Primer curso de Derecho Internacional Público*, Ed. Porrúa, México, 2002, en Tesis Doctoral de Homero Tapia Pérez, “*Resoluciones de los organismos internacionales como fuente de derecho*”, México, 2006, en http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/tapia_p_h/capitulo2.pdf
4. Barrera Graf, Jorge, *La reglamentación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1965, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/1/art/art3.pdf>.
5. Benavente, Hesbert, *el contrato de know how o de provisión de conocimientos técnicos: aspectos a ser considerados para su regulación normativa*, México, Revista Ius et Praxis-año 14- No 2 Universidad Autónoma de México, 2008.
6. Borja Navarro, Lorenzo, *La compraventa internacional de mercaderías: La Convención de Viena de 1980*, España, 2008.
7. Cadena Afanador Walter René, *La nueva lex mercatoria, Un caso pionero en la Globalización del Derecho*, Bogotá, Papel Político No. 13, 2001.
8. Calduch, R., *los actores transnacionales (II): las empresas multinacionales, Relaciones Internacionales*, Ediciones Ciencias Sociales, Madrid 1991.
9. Cañella, Anselmo Martínez, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de Abril de 1980*, Granada,

Biblioteca Colmares de Ciencia Jurídica, 2004.

10. Castrillón Luna, Víctor, *La Recodificación Sustantiva del Derecho Mercantil*, en la Revista de Derecho Privado, 2004, <http://www.juridicas.unam.mx/pública/rev/derpriv/cont/7/dtr/dtr1.htm>.
11. CNUDMI: http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html
12. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Segundo periodo de sesiones Ginebra, Condiciones Generales de Venta y Contratos tipo, 1969, Informe del Secretario General.
13. Convención de Roma de 1980 sobre la Ley Aplicable a Obligaciones, en [http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=celex:41998a0126\(02\):es:html](http://eur-lex.europa.eu/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=celex:41998a0126(02):es:html).
14. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html
15. Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales suscrita en México, d.f., México el 17 de marzo de 1994, en la quinta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado.
16. Diccionario de la lengua española, 2005 Espasa-Calpe en <http://www.wordreference.com/definición/recipiendario>
17. Diccionario Manual de la Lengua Española Vox, Larousse Editorial, S.L, 2007.
18. Ermida Uriarte, Óscar, *El concepto de empresa transnacional y algunas de sus repercusiones en el derecho del trabajo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1985.
19. Fernández Rozas, José Carlos, *Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho Uniforme en la regulación del tráfico privado externo*, México, Escriba, 2000.
20. Fernández Rozas, José Carlos, *Lex Mercatoria y la autonomía conflictual, en la contratación transnacional*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2004.
21. Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, *Contratación electrónica Internacional, Una mirada desde el Derecho Internacional Privado*, Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, en <http://www.eumed.net/libros/2008c/435/ley%20modelo%20uncitral%20sobre%20arbitraje%20comercia%20internacional%20tendencias.html>.
22. Franco Vélez, Juliana, *La lex mercatoria, elemento signante para superar el formalismo jurídico*, Medellín, Semillero Grupo de Investigación en Derecho Procesal, Fragua - Universidad de Medellín, Vicerrectoría de Investigaciones, 2008.

23. Galán Barrera , Ricardo, “*La Compraventa internacional de Mercaderías y su integración en el ordenamiento jurídico colombiano*”, Cali, Criterio Jurídico, N° 3, 2003, en http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos /0373_drgalan_ compra_venta_internacional.pdf
24. Galgano Francesco y Marrella Fabrizio, *Interpretación del contrato y Lex mercatoria*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001.
25. García Garrido, Jesús Manuel, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Madrid, Ed. Dykinson, 1998.
26. Edward Garro, “*The contribution of the Unidroit principles*”, citado en la tesis de Jennifer Rebeca Morales Morales, “*Relevancia de la aplicación de la Lex Mercatoria en Controversias sometidas ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*”, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, 2007.
27. Garro, Miguel Alejandro, “*La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: su incorporación al orden jurídico argentino*”, Argentina, La Ley, 1985, p.3, en www.Marisolqueiruga.com.ar/.../Garro.doc
28. Garro, Miguel Alejandro y Zuppi, Luis Alberto, *Compraventa Internacional de Mercaderías*, Buenos Aires, Ed. La Roca, 1990.
29. Giménez, Cristian, *Lex mercatoria, garantías independientes y coacción extraestatal*, Colombia, Revista colombiana de derecho internacional, 2004, en http://www.javeriana.edu.co/jurídicas/pub_rev/international_law/revista_3/11.pdf
30. Cristian Giménez Corte, “*Lex Mercatoria, Garantías independientes y coacción extraestatal*”, *Internacional law Revista colombiana de derecho internacional* , No. 003, Colombia, 2004, en <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/824/82400311.pdf>
31. Graham Tapia, Luis Enrique, *La cláusula arbitral: aspectos prácticos*, en *Revista de Derecho Privado* año 9 No 26, Mayo- Agosto 1998, México, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/26/pr/pr0.pdf>
32. Gutiérrez, Antonio Aguilar, *Notas sobre un Régimen Internacional del Transporte Terrestre en América*, México, Instituto de Derecho Comparado de México, 1998.
33. Guzmán-Barrón, César, *Nuevo Orden Económico y El Derecho del Comercio Internacional*, citado por Beatriz Ramacciotti, Fabián Novak y otros, *Derecho Internacional Económico*, Lima, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.
34. Herdegen, Mathias, “*Derecho Económico Internacional*”, Diké, 1994, citado por Jorge Oviedo Albán, “*La Unificación del Derecho Privado: Unidroit y los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales*”, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2003, en

- <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html>
35. Holdsworth citado por Francesco Galgano y Fabrizio Marrella, *Interpretación del contrato y lex mercatoria*, Revista de Derecho Comparado: Interpretación de los contratos, 2000.
36. <http://www.ojocientifico.com/3578/que-es-y-cuales-son-las-relaciones-simbioticas>.
37. <http://domiarmo.iespana.es/index-193.htm>
38. <http://derecho.laguia2000.com/parte-general/el-common-law>
39. Isawa, Michiro, *Historia del comercio Marítimo Mundial*, Agencia de cooperación internacional del Japón. 1998.
40. Joachim Bonnell, Michael, *Unification of law by non. Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts*, *The American Journal of Comparative Law*, 1992, p. 622, citado por Jorge Oviedo Albán, *Compraventa Internacional de Mercaderías*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas Departamento de Derecho Privado. 2003.
41. La UNIDROIT: <http://www.unidroit.org/english/presentation/statute.pdf>
42. López Rodríguez, Carlos, “*El derecho comercial en la edad media*”, p. 1, en <http://www.derechocomercial.edu.uy/RespDerComHist02.html>.
43. López Ruiz, Francisco, *El papel de la societas mercatorum en la creación normativa: la lex mercatoria*, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. 2010, en ojs.uv.es/.../196/250.
44. López Francisco, *Reflexiones sobre la Nueva Lex Mercatoria*, Alicante, DeCive, No. 0, 2010, en http://www.uned.es/revistadecive/publicaciones/numero_00/articulos/0-07.pdf
45. Machicado, Jorge, *La Costumbre*, Apuntes Jurídicos, 2010, p. 4. Citado por Alejandro Bunge, *las costumbres*, Argentina, Facultad de Derecho Canónico, Pontificia Universidad Católica de Argentina, 2004.
46. Martínez Cañellas, Anselmo, *la interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980*, Granada, 2004.
47. Martínez Cañellas, Anselmo, *Derecho del Comercio Internacional, Bloque temático I: La Nueva Lex Mercatoria. Instrumentos de Derecho Mercantil Uniforme: de CNUDMI, de UNIDROIT, de la CCI, y otras fuentes*, Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagògic Universitat de les Illes Balears, 2009.
48. Matute Morales, Claudia, *La lex mercatoria y los Principios Jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Carabobo, Anuario No. 27, Facultad de

Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo, 2004.

49. Morales, Jennifer, *Relevancia de la Aplicación de la Lex mercatoria en Controversias sometidas ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2007.
50. Olé, Landó, *The Lex mercatoria in Internacional Comercial Arbitration*, en *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, 1985.
51. Oré Chávez , Iván, “*Derecho en General*”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2012, en <http://derechogeneral.blogspot.com/2012/02/un-nuevo-orden-internacional-de-los.html>
52. Jorge Oviedo Albán, “*Campo de aplicación y criterios de interpretación de la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías (Comparación con la legislación privada colombiana*”, Colombia, 2001, p.4., en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/alban.html>
53. Oviedo Albán, Jorge, *Compraventa Internacional de Mercaderías Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo*, Valparaíso, Iaden, 1994, en <https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:sFIHqPjPh1oJ:www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.pdf>
54. Oviedo Albán, Jorge, Urbina Galiano, Liza y Posada Núñez, Laura, “*La Formación del Contrato en los Principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales*”, revista Universitas No. 96 de la Pontificia Universidad Javeriana, 1999, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban1.html>.
55. Oviedo Albán, Jorge, “*La Unificación del Derecho Privado: Unidroit y los principios para los contratos comerciales internacionales*”, Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia.
56. Pascual, Carlos, *Introducción a la Telemática y a las Redes de Datos*, Madrid, Dirección de servicios de Formación de Telefónica de España, 2000.
57. Perales Viscasillas, María del Pilar, *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*, Pace Law School Insitute of International Commercial Law, en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>.
58. Perales Viscasillas, María del Pilar, “*El Derecho Uniforme del Comercio Internacional: Los Principios de UNIDROIT*”, Universidad Carlos III de Madrid, p.28, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pcci.html>.
59. Pirenne, Henri, *Historia Económica y social de la Edad Media*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

60. Principios Unidroit *sobre los contratos comerciales internacionales 2010*, en <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>
61. Quintana Adriano, Elvia Arcelia, *Régimen jurídico de los contratos atípicos en un orden jurídico nacional*, México, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, p. 2, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1590/17.pdf>
62. Rearte, Martín Facundo, *La Nueva lex mercatoria* como orden de repartos horizontal y vertical, Cuyo, Cartapacio de Derecho, Vol. 19, 2010.
63. Reglas de la Haya 1924, *Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque*, suscrito en Bruselas el 25 de Agosto de 1924.
64. Ríos, José Martínez, *Interpretación en la Dogmática Jurídica, como posibilidad de Ciencia del Derecho*, México, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones de la UNAM. 2007, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt8.pdf>
65. Salcedo Carrillo, Juan Antonio, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Tenos, 1983, citado por José Carlos Fernández Rozas, *El derecho del Comercio Internacional en el Contorno de la globalización*, México, Escriba, Revista del Colegio de Notarios del Estado de México, 2000.
66. Silva, Jorge Alberto, *Estudios sobre Lex Mercatoria*, México, 1era Edición, 2006, p 203, citado por José Rolando Alvarado Lemus, *La lex mercatoria*, Canal Legal, Aguilar y Aguilar, Corporación de Abogados, en <http://canalegal.com/contenido.php?c=210>.
67. Sartori, Giovanni, *Lo que no es la Democracia*, Cap. VI, biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1135/10.pdf
68. Valdivia Rueda Ricardo y Aguado Lara Ángeles, *fundamentos jurídicos y Económicos del Comercio Internacional*, Madrid, UNED, 2002.
69. Villacres Ruiz Hugo Marcelo, *Mecanismos de Financiamiento del Comercio Internacional*, Quito, Universidad Tecnológica Equinoccial, 2010.
70. Villalba Zabala, Agustín, *Introducción al Derecho*, Cantabria, Universidad de Cantabria, Creative Commons, Open Course Ware, 2011, en <http://ocw.unican.es/ciencias-sociales-y-juridicas/introduccion-al-derecho/materiales/Tema2.pdf>.
71. Villegas Lara, René Arturo, *Relevancia de la Aplicación de la lex mercatoria en controversias sometidas ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2007.
72. Virally, Michael, *El devenir del Derecho Internacional*, México, Fondo Cultura, 1998.