

LA NUEVA “LEX MERCATORIA” Y SU VALOR PARA LA COMUNIDAD EMPRESARIAL INTERNACIONAL

CLAUDIO RODRÍGUEZ GALÁN*

Sumario

I. Introducción, II. Necesidad de nuevas fuentes para el derecho de los negocios internacionales, III. Costumbre Mercantil Internacional o lex mercatoria, IV. Creación de lex mercatoria, V. Utilidad práctica actual para la comunidad empresarial, VI. Conclusiones, VII. Bibliografía.

I. Introducción

El crecimiento exponencial en el comercio internacional durante el siglo pasado, trajo inevitablemente un interés en nuevas disciplinas jurídicas como lo es el derecho empresarial internacional, el cual abarca temas tales como comercio internacional, contratos de agencia, distribución internacional, protección de los derechos de propiedad industrial, inversión extranjera, transporte internacional, pagos internacionales, comercio electrónico, entre muchos otros. En adición, tal interés trajo concatenadamente a la disciplina jurídica, una serie de cambios en la forma de hacer, planear y sobre todo implementar negocios internacionales, dando origen de forma paralela a figuras inéditas y desconocidas incluso para la comunidad de negocios de principios del siglo XX, tales como mecanismos novedosos

* Maestro en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad de Exeter (Inglaterra). Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle.

de cerrar contratos por medios electrónicos, transporte contenedorizado, la franquicia, mecanismos alternos de solución de disputas derivado del incesante y creciente tráfico jurídico, instrumentos jurídicos que aseguren el cumplimiento de sentencias y laudos extranjeros (cooperación procesal internacional) y quizá más importante, la revaloración de las fuentes internacionales del Derecho que regulen las transacciones comerciales privadas internacionales.

Por otro lado, uno de los factores más decisivos para la consolidación de las estructuras y procedimientos jurídicos surgidos en el ámbito de la globalización (entre los que destacan la legislación producida por organismos internacionales, el surgimiento de un “derecho privado inter-organizacional, el resurgimiento de la *lex mercatoria* y otras formas de normas flexibles (*soft law*)), son justamente las relaciones inter-empresariales globalizadas, lo cual ha hecho a su vez más profunda la interdependencia de los diferentes aspectos de un negocio con aspectos transfronterizos y en consecuencia, con legislaciones de diversos países.

Así, el Derecho mercantil general, que originalmente nació como una rama autónoma del Derecho civil aplicable a los comerciantes, ha evolucionado y ampliado notablemente su ámbito de aplicación para convertirse, modernamente, en un conjunto de normas que regulan relaciones de la más diversa índole relativas a la actividad económica y a los empresarios a nivel internacional.¹ Sin embargo, se puede afirmar válidamente —como lo señala Goode— que *si vemos al Derecho mercantil como un todo respecto a la respuesta del Derecho a nuevas tendencias y necesidades de la comunidad mercantil, entonces, de hecho el Derecho mercantil por definición se adapta a sí mismo de forma constante a nuevos procedimientos, instrumentos y nuevas demandas económicas.*²

En consecuencia, el Derecho comercial puede ser definido como la totalidad de la respuesta de la ley a las necesidades y prácticas de la comunidad mercantil la cual se adapta asimismo constante-

¹ Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1989, p. 5.

² Goode, Roy, *Commercial Law*, Ed. Penguin Books, Londres, 1995, p. 1205.

mente a nuevos procedimientos de negocios, nuevos instrumentos y nuevas demandas, siendo entonces la esencia del Derecho comercial el de acomodar las reglas, usos y documentos creados por la comunidad empresarial internacional y facilitar, más que obstruir, el desarrollo comercial legítimo.³

En adición, el derecho que rige a la comunidad empresarial internacional se encuentra enraizado en principios de buena fe y sobre todo, en el reconocimiento de costumbres mercantiles como fuente de derechos contractuales más que en el derecho positivo doméstico, lo cual ha fomentado el sentimiento cada día más creciente de que las leyes individuales nacionales son insuficientes para las transacciones internacionales lo cual ha creado una cooperación internacional⁴ dirigida a la armonización del Derecho y en especial respecto a las transacciones comerciales.

De hecho, un acontecimiento singular se produjo después de la Segunda Guerra Mundial, "en que resultó insuficiente el Derecho comercial ante los complejos problemas de la realidad económica y en consecuencia, el Derecho de los negocios internacionales, *international business law*, se abrió paso ante este reclamo".⁵ De acuerdo con el respetado tratadista inglés Clive Schmitthoff, "mientras el Derecho comercial tradicional, se contenta con describir las reglas positivas de Derecho, aplicables a la organización de los negocios y a las operaciones comerciales, el Derecho de los negocios internacionales empezó a comprender el estudio de la aplicación práctica de estos principios que él se esfuerza por unir a las circunstancias económicas y sociales, por lo que el Derecho de los negocios es por lo tanto una elaboración, un ahondamiento del Derecho comercial, que trata de establecer su contacto con las fuerzas de la vida económica",⁶ es decir, con la práctica.

³ Goode, *op. cit.*, p. 1205.

⁴ Entre los trabajos tendientes a la armonización internacional de las prácticas comerciales internacionales, resaltan aquellos emitidos por la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) con sede en Viena y la Cámara Internacional de Comercio (CIC), con sede en París.

⁵ Serra, Andrés, *Derecho Económico*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1999, p. 170.

⁶ Schmitthoff, Clive, *Export Trade, The Theory and Practice of International Trade*, Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 2000, p. 56.

Así, la *lex mercatoria* es un conjunto de normas de carácter transaccional elaboradas por las partes en las transacciones internacionales, que condujeron a la formación de prácticas y usos internacionales, por contratos tipos de adhesión y las decisiones de tribunales arbitrales privados de carácter internacional que validaron esos principios,⁷ siendo justamente su proceso *sui generis* de formación y su valor para los métodos alternos de solución de controversias mercantiles internacionales, lo que le otorga importancia adicional a esta fuente.

II. Necesidad de nuevas fuentes para el derecho de los negocios internacionales

A fin de establecer con un margen de certeza el límite de los derechos y obligaciones de las partes, existen, en el comercio exterior, reglas internacionales, usos y prácticas cuyo objetivo es establecer el alcance de los principales términos empleados en los contratos de compraventa internacional, brindando, a los hombres de negocios, certeza y seguridad en sus transacciones,⁸ que se derivan de los propios comerciantes.

En efecto, se ha establecido reiteradamente que el vehículo de creación de normas más importante del Derecho mercantil, dentro del cual se incluye naturalmente al internacional o de los negocios internacionales, lo constituye principalmente la empresa [transnacional], la cual constituye el fundamento unitario de la materia de comercio,⁹ por lo que, en adición a los anteriores principios, el entendimiento de tal unidad en todos sus aspectos (legal, operativo, financiero) resulta imprescindible. Más aún, son las necesidades específicas, como los procedimientos normativos nacidos de las prácticas mercantiles adoptadas por las empresas transnacionales, la que contribuyen a la erosión del monismo jurídico y abre camino

⁷ Marzorati, *Derecho de los Negocios Internacionales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 50.

⁸ Marzorati, *op. cit.*, p.161.

⁹ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1995, p. 11.

al advenimiento de una situación de efectivo pluralismo normativo, es decir, —como lo señala Faria— “se abre camino a la existencia de distintos ordenamientos jurídicos autónomos en un mismo espacio geopolítico y que se interpenetran constantemente, lo que sitúa al pensamiento jurídico ante problemas nuevos de difícil integración en los conceptos, premisas y categorías convencionales.”¹⁰

Respecto de las fuentes internacionales y siguiendo la postura sociológica¹¹ con la cual acordamos totalmente, debemos partir de la base y aserto de que existe una descripción aceptable de los modos de creación de las normas internacionales, contenidas en el artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que define y delimita las fuentes válidas del Derecho de la siguiente forma:

Artículo 38(1) La Corte, cuya función es el decidir de acuerdo con el Derecho internacional sobre las controversias que le son sometidas, deberá aplicar:

- a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, estableciendo reglas expresamente reconocidas por las partes contratantes.
- b) La costumbre internacional, como evidencia de una práctica general aceptada como Derecho.
- c) Los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas.
- d) Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 59, las decisiones judiciales y las enseñanzas de los doctrinarios más reconocidos de varias naciones, como medios subsidiarios para la determinación de las reglas de Derecho.

¹⁰ Faria, José Eduardo, *El Derecho en la Economía Globalizada*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 15.

¹¹ “La tesis sociológica viene a ser una protesta contra la concepción ortodoxa del derecho como emanación de una sólo autoridad, o como un cuerpo de proposiciones explícitas y comprensivas aplicables, por interpretación certera, a todas las pretensiones, relaciones o conflictos de interés. Al analizar el factor socio-político que sirve de infraestructura al derecho, como lo están haciendo ya desde hace algún tiempo partidarios de esta escuela, se está prestando un señalado servicio a la doctrina general de las fuentes, pues así podría encontrarse que éstas serían una descripción general de los procesos y de las instituciones capaces de dar cuerpo a una norma jurídica internacional y que no hay nada metafísico detrás de ellas”. (*vide* Sepúlveda, César, *Derecho Internacional*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1999, p. 93).

Dicha lista implica en la práctica, sin que la Corte Internacional de Justicia lo establezca en estricto Derecho, una jerarquía u orden por medio de la cual dichas fuentes deben ser aplicadas. Esto es, los tratados y convenciones internacionales tienen una mayor jerarquía que la costumbre internacional, y esta última lo es frente a los principios generales de Derecho. En consecuencia, la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales fundan sus resoluciones en primera instancia, en los tratados internacionales con base en el hecho de que los tratados contienen generalmente disposiciones claras y precisas sobre las reglas respecto a la controversia a resolver. Por otro lado, “la impresionante proliferación de organizaciones interestatales —de fines generales o específicos, universales o intercontinentales (casi un centena) o regionales (cerca de trescientas)— así como la diversificación de sus estructuras y medios de acción y, con ellos, su creciente papel en los más diversos ámbitos de las relaciones internacionales (negocios internacionales) es elocuente”,¹² lo cual ha posicionado a los tratados a un primer plano, sin embargo, no existiendo muchos tratados en materia de negocios internacionales o aún habiéndolos, existen cuestiones prácticas que por su “flexibilidad” o novedad, no han sido cubiertas por los mismos, por lo que será la segunda fuente; la costumbre mercantil internacional, de suma importancia para la práctica de la materia.

Ahora bien, se ha asumido de forma reiterada que la creación de legislación por la comunidad internacional se encuentra limitada por las fuentes enumeradas en tal Artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia,¹³ sin embargo, el creciente número de puntos de origen en el Derecho internacional, tales como las transacciones internacionales llevadas a cabo por agencias o entidades especializadas a través de nuevas tecnologías, y nuevos métodos de crear normas de conducta, demuestran la vitalidad y la flexibilidad de la nueva capacidad de la comunidad internacional actual. A tales elementos se les ha denominado “nuevas” fuentes del Derecho

¹² Remiro Brotons, Antonio, *Derecho Internacional*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 298.

¹³ Phatak, R.S., y Dhokalia, R.P. (Ed.) *International Law in Transition*, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Holanda, 1992, p. 190.

internacional, y para efectos del presente, su existencia no debe de ser desapercibida por la comunidad de negocios.¹⁴ Así las cosas, "el Derecho internacional relativo a los negocios internacionales actúa como una caja de resonancia de las transformaciones de la sociedad contemporánea",¹⁵ lo cual conlleva a la creación de nuevas reglas.

Así, el volumen y complejidad creciente de las operaciones mercantiles internacionales llevadas a cabo por la comunidad empresarial ha guiado hacia el resurgimiento del interés en una nueva *lex mercatoria*, y en consecuencia, el trabajo de organismos internacionales, tales como la UNCITRAL o la UNIDROIT dirigidas hacia la codificación progresiva del derecho comercial internacional indica el resurgimiento del espíritu de internacionalismo que prevaleció durante el antiguo *law merchant* medieval, actividades que serán aceleradas por la conciencia creciente que con la globalización de los mercados y transacciones se han estado moviendo las leyes domésticas hacia una mayor armonización transnacional comercial.

III. Costumbre Mercantil Internacional o *lex mercatoria*

Si bien es cierto que el artículo 38(1) del Estatuto no hace la categoría de "mercantil internacional",¹⁶ también lo es que hoy día no

¹⁴ *Supra. cit.*, p. 199.

¹⁵ González Campos, Julio, *Derecho Internacional Privado*, p. 196 (*fide* Silva, Jorge A., *Derecho Internacional Privado*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1999, p. 3).

¹⁶ Aclaración: Aunque el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no establece el carácter mercantil, es justamente la costumbre de tal especie la que ha dado lugar históricamente al Derecho de los negocios internacionales, por lo que para efectos del presente entenderemos como mercantil a la costumbre mercantil. Por ello, nos referiremos a la *lex mercatoria* en *stricto sensu* y diferenciada de la costumbre internacional como pudiera entenderse *latto sensu* en el Derecho internacional, cuyos casos pueden referirse a la obligación de los Estados de ejecutar sentencias extranjeras, regulaciones de ayuda mutua jurídica entre autoridades judiciales para la comunicación de ciertos actos, entre otros (*fide* Niboyet, J.P., *Derecho Internacional*, Ed. Editora Nacional, México, D.F., 1975, p. 56). Por otro lado, siendo que la costumbre general como fuente internacional de derecho ha sido criticada por unos y apoyada por otros, simplemente analizaremos a aquella de carácter comercial, es decir a la *lex mercatoria*. (*cfr* con Sepúlveda, *op. cit.*, p. 103).

existe regla jurídica internacional en el mundo de los negocios que aspire a la generalidad y que no esté relacionada con la costumbre de alguna manera,¹⁷ por lo que siendo el derecho de los negocios internacionales por esencia pragmático, es justamente la costumbre “mercantil” internacional, una de las fuentes más importantes para la comunidad empresarial ya que, al contrario de otras áreas del Derecho, el Derecho que regula a los negocios internacionales es fruto de la creación pragmática de los hombres interesados en el comercio.

Así, la costumbre¹⁸ mercantil internacional o *lex mercatoria*, es una riquísima fuente¹⁹ para la comunidad comercial internacional creada sin la intervención de un cuerpo legislativo propiamente hablando, es decir, sin la intervención del imperio de Estado y por ende, derivado de la propia necesidad de regulación mercantil internacional, es decir —como lo define Dávalos Mejía—, son “normas que provienen de la lógica pura, del sentido común del equilibrio severo de la partida doble y de cientos de años de tortuosas experiencias, que las convierten en normas de hechura impecable y, por tanto, de una importancia insoslayable para el gobernante, aun como fuente histórica y de inspiración”.²⁰

¹⁷ Sepúlveda, *op. cit.*, p. 96.

¹⁸ La costumbre debe distinguirse del uso técnico, en cuanto es fuente autónoma del Derecho, mientras que el uso se aplica sólo porque una norma de ley hace expresa referencia a él. El uso, pues, no es por sí mismo fuente del Derecho, sino que sirve solamente para dar el contenido a una determinada norma de ley, que le da eficacia. También el uso en sentido técnico supone la existencia de un elemento subjetivo que, sin embargo, es menos intenso que la *opinio iuris sive necessitatis*, y consiste sólo en la conciencia de la generalidad del uso. En este caso el elemento formal se encuentra la norma que confiere eficacia al uso”. Pugliatti, Salvador, *Introducción al Estudio del Derecho Civil* de Vázquez del Mercado, Alberto, México, 1943, p. 97. (*vide* García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1999, p. 66). Denominada inicialmente por los romanos como *mores maiorum* ‘costumbre de nuestros mayores- y posteriormente *consuetudo* (*vide* Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neoromanistas*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1979, p. 79).

¹⁹ Ya la escuela holandesa en el siglo XVII, había definido que existe una noción jurídica superior, conforme a la cual, una costumbre, debe conservar su efecto útil, en las relaciones internacionales, en la medida en que la independencia de los Estados no se oponga a ello (*vide* Niboyet, J.P., *Principios de Derecho Internacional Privado*, Ed. Editora Nacional, México, D.F., 1975, p. 223).

²⁰ Dávalos Mejía, Carlos, *Títulos y Operaciones de Crédito*, Ed. Harla, México, D.F., 2000, p. 16.

Por su parte Rodríguez y Rodríguez, manifiesta que “la costumbre [en general], como la ley, es la exteriorización de una norma jurídica; pero, en vez de ser una creación deliberada y reflexiva de organismos competentes, es un producto espontáneo de las necesidades del comercio”²¹ aportando además que “el ejercicio repetido de la acción humana, el ejercicio en masa, masivo, cuantioso, produce en general efectos [jurídicos] importantes”.²² Finalmente, García Máynez, claramente basado en la definición de Du Pasquier²³ la define como “un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el Derecho nacido consuetudinariamente, el *jus moribus constitutum*”.²⁴

Así, el concepto de *lex mercatoria*, como un conjunto autónomo de reglas y prácticas comerciales aceptadas por la comunidad internacional de negocios para regular sus transacciones, ha sido promovida activamente por un número importante de autoridades eminentes, principalmente en Europa, y ha seguido creciendo a través de los años, fenómeno que, como veremos más adelante, en un futuro otorgará fuerza adicional a esta fuente.

Ahora bien, aunque la antigua *lex mercatoria*, la ley mercante (*law merchant*) de la época medieval, fue por primera vez descrita por un autor anónimo a finales del siglo trece como parte de la *Colección Colford*, en el “Pequeño Libro Rojo de Bristol” y fue definida con posterioridad por Gerard Malynes en su famoso tratado *Consuetudo Vel Lex Mercatoria*, publicado en 1622, el concepto fue redescubierto por Berthold Goldman de Francia y otros,²⁵ y en la actualidad la ahora denominada *nueva lex mercatoria*, provee un medio vital para afrontar los retos de a globalización,²⁶ que ha afectado naturalmente a la comunidad empresarial internacional.

²¹ Rodríguez y Rodríguez, *op. cit.*, p. 20.

²² *Supra.cit.*, p. 8.

²³ Du Pasquier, *Introduction a la théorie générale et a la philosophie du Droit*, p. 36 [*fide*, Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1998, p. 32].

²⁴ García Maynez, *op. cit.*, p. 60.

²⁵ Principalmente Clive Schmitthoff de Inglaterra y Pierre Lalive de Suiza.

²⁶ Schmitthoff, *op. cit.*, p. 171.

En efecto, la necesidad del tráfico comercial ágil y seguro, tanto desde el punto de vista económico y tecnológico, como desde la perspectiva ha sido, es un imperativo en el mundo globalizado del comercio. En él, las soluciones pragmáticas del empresario —la nueva *lex mercatoria* o *new law merchant*— habitualmente reconocidas en usos y costumbres ha superado —casi sin excepción— la producción legislativa de los órganos gubernamentales y la aplicación eficaz de convenios internacionales”,²⁷ tomando *de jure*, una nueva fuerza como fuente de derecho internacional para la comunidad empresarial internacional. De hecho, al operar en forma de redes formales e informales de intereses que implican a un número variable de actores empresariales con distintos grados de influencia y poder (los cuales están preocupados sólo por negociar acuerdos específicos sobre materias determinadas y especializadas) este orden tiende a adoptar las reglas flexibles de la *lex mercatoria* en lugar de las normas del derecho positivo.²⁸

Para efectos del presente ensayo, debemos señalar que si bien es cierto y se ha discutido mucho acerca de la costumbre nacional o internacional como fuente de Derecho, también lo es que cuando la costumbre internacional *no contraviene* a la ley doméstica, su observancia es obligatoria, con independencia de que exista o no disposición legal que lo autorice.²⁹ En ese mismo orden de ideas, es Silva quien señala textualmente que “aunque no ha sido mucho lo que los tribunales judiciales mexicanos han decidido sobre la base de las normas materiales propias de la *lex mercatoria*, si existen casos o tesis jurisprudenciales dadas a conocer por los tribunales. No obstante —añade— he de reconocer que los tribunales mexicanos no las han designado con este nombre, muy posiblemente por ignorancia de los juzgadores”.³⁰

²⁷ Enriquez Rosas, David, *Transporte Internacional de Mercancías*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1999, p. 257.

²⁸ Faria, *op. cit.*, p. 30.

²⁹ Góngora Pimentel, Genaro, *Costumbre Mercantil* (concepto), Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, D.F., 1998.

³⁰ Silva, *op. cit.*, p. 141.

Niboyet por su parte señala que “lo mismo que existe una costumbre propia a cada país [designada como tal o no], puede igualmente formarse una costumbre internacional común a varios países”. Sin embargo —para Schmitthof nuevamente—, “no puede haber una *lex mercatoria* universal, sino simplemente una variedad de sistemas de *lex mercatoria* que dependen de cada sector o región”,³¹ idea con la que desgraciadamente no coincidimos, ya que es justamente dicha concurrencia o similitudes la que otorga el valor a la nueva *lex mercatoria* como fuente de derecho para la comunidad empresarial y no obstante su escasa proporción, no por eso deja de ser la costumbre una fuente de Derecho internacional, y es ella, precisamente, la que puede contribuir a un desenvolvimiento verdaderamente internacional”³² de la práctica de los negocios internacionales en adición a las legislaciones escritas o derecho positivo. De hecho, “las normas de derecho internacional —según Hatschek—, se crean o por la legislación paralela entre varios o todos los Estados, o por reglas internas consuetudinarias que después se vuelven reglas internacionales de conducta”.³³

En consecuencia, la *lex mercatoria* puede ser aplicada en su plenitud como un marco jurídico independiente de la ley nacional (a excepción de disposiciones obligatorias), y las decisiones pueden ser reconocidas como válidas por las cortes locales. De igual forma, de ser instruido en tal sentido, tanto en el arbitraje como en las cortes nacionales, puede aplicarse la *lex mercatoria* a efecto de cumplir la función de llenado de espacios de la ley nacional seleccionada. En esencia entonces, la *lex mercatoria* es un concepto policéntrico e integrador que ha eludido una definición precisa, siendo vaga su naturaleza, ámbito, contenido y aplicación.

³¹ Para discusiones relativas a la *lex mercatoria* se sugiere en Goldman, Berthold, *Frontières du droit et lex mercatoria*, Archives de philosophie du droit, Culnet Journal du Droit international, París, 1964; Cremades, *The New Lex Mercatoria and the Harmonisation of the Laws of International Commercial Transaction*, 3 Boston University International Law Journal, 317 (1984); Mustill, *The New Lex Mercatoria; The First Twenty-five years*, Ensayo, University of Oxford, 1987, pp. 149-183; Goode, Roy, *Commercial Law*, Ed. Penguin Books, Londres, 2001, p. 1205 y ss.

³² Niboyet, *op. cit.*, p. 59.

³³ Hatschek, *Das Völkerrecht als System rechtlich bedeutsamen Staatsakte*, Leipzig, 1923 (*vide* Sepúlveda, *op. cit.*, p. 47).

Recapitulando entonces, la costumbre mercantil es importante pues plasma fielmente el consentimiento tácito de la comunidad de negocios internacional y satisface dentro de un lapso razonablemente corto *vis-à-vis* el proceso creativo internacional ordinario, las necesidades regulatorias de actos mercantiles internacionales, los cuales, por la misma dinámica característica del comercio de la que hemos hablado, necesitan de un marco confiable que refleje fielmente los verdaderos objetivos de regulación de quienes la realizan, esto es, de los comerciantes internacionales, debiéndose cuidar, sin embargo, que su codificación, que se antoja necesaria a efecto de dar mayor armonía y seguridad en su aplicación práctica, no la estanque en una inflexibilidad que vaya en detrimento de sus valores útiles que hemos señalado.

IV. Creación de *lex mercatoria*

Si bien es aceptado que el legislador reglamente ciertos contratos o actos para asegurar la defensa de intereses supremos o generales, ello no termina de ser una realidad poco grata y hasta indeseable para los hombres de negocios. No ven justificación para la intervención del Estado, en contratos o actos comerciales celebrados entre hombres de negocios. Por otra parte, entienden que dicha intervención no es conveniente, ya que conduce a cristalizar [rigidez] las situaciones y relaciones comerciales, impidiendo de esta manera las adaptaciones indispensables.³⁴

Por su parte, la *lex mercatoria* está basada en dos elementos *sine qua non* constitutivos y formativos flexibles frente a la rigidez de las normas derivadas de los procesos legislativos convencionales, a saber: (i) la práctica comercial (elemento objetivo o material) y, (ii) la opinión generalizada de los beneficios de su uso y aplicación (el elemento subjetivo o espiritual).

³⁴ Marzorati, *op. cit.*, p. 11.

En efecto, para que una práctica se convierta en costumbre como fuente del Derecho internacional se deben satisfacer dichos elementos, de los cuales uno se refiere a un elemento de conducta y el otro contiene un elemento psicológico. El primero, denominado *inveterata consuetudo*, se refiere al uso consistente y recurrente de la costumbre dentro de un tiempo determinado. El segundo elemento, es decir el psicológico, se denomina *opinio iuris sive necessitatis*, y se refiere a que la comunidad lo reconoce como una práctica útil, necesaria y que debe ser obligatoria. Sobre el particular, "tradicionalmente, la práctica suele ser anterior a la *opinio iuris*. Es posible que los primeros precedentes carezcan de esa convicción, incluso pueden estar motivados por intereses distintos, como el deseo de persuadir a la colectividad de la necesidad de una regulación determinada o la reacción frente a una norma que se considera injusta o insuficiente en un momento dado. Pese a ello, para que la norma cristalice es imprescindible que esa convicción de actuar conforme a Derecho exista en el momento final de formación de la norma".³⁵

En cuanto al primer elemento, se ha discutido cuál es el tiempo que requiere dicho requisito para considerarse satisfecho. Sobre el particular obviamente no existe una consistencia o pauta determinada que permita definir el tiempo necesario. Sin embargo, se ha discutido a nivel doctrinal internacional que "el tiempo que requiere para consolidarse el elemento *inveterata consuetudo* va en relación directa con la importancia del cambio que implica dicha costumbre",³⁶ debiendo ser además una práctica constante y uniforme. Por ello, "el proceso normal y habitual de formación de la costumbre ha experimentado ciertas alteraciones como consecuencia de los cambios que ha experimentado la estructura socio-política de la sociedad internacional. En ese sentido, es preciso destacar que el proceso de formación es ahora más flexible".³⁷

³⁵ Remiro Bortons, *op. cit.*, p. 318.

³⁶ Thirlway, H.W.A., *International Customary Law and Codification*, Ed. A.W. Sijhoff-Leiden, Holanda, 1972, p. 42.

³⁷ Remiro, *supra. cit.*

Así las cosas, una costumbre que afecte de forma importante esquemas jurídicos predeterminados o preestablecidos, necesitará más tiempo que aquélla que sólo tenga una afectación mínima en los mismos. Sin embargo, también se ha discutido que los cambios tecnológicos que se viven cotidianamente y que tienen una afectación en las transacciones o negocios internacionales (*v.gr*, *e-commerce*), requerirían un tiempo considerable para su aceptación en la comunidad internacional y dicha posición es delicada, ya que no existiría en tal caso una legislación internacional que regule de forma satisfactoria o total la complejidad de formas de hacer negocios a nivel telemático internacional. En consecuencia, la doctrina europea y específicamente la inglesa, refuerza el concepto de “nueva *lex mercatoria*”, por medio de la cual, el proceso sería inverso, es decir, el resultado regulatorio se conoce *a priori* y la práctica se va encausando de tal forma que al final del tiempo necesario para su conocimiento y aplicación, se llegue justamente a dicho resultado.³⁸

Esta nueva forma de estructurar la creación de la *lex mercatoria*, se deriva de la necesidad de contar con prácticas homologadas a nivel empresarial internacional dentro de tiempos relativamente cortos y derivado también del creciente dinamismo que ha tomado el comercio internacional a raíz de los avances tecnológicos. Remiro Brotons apoya lo anterior al manifestar que “las características de la sociedad internacional contemporánea —universal, heterogénea y polimórfica— y las necesidades de proceder de manera rápida a la regulación de nuevos ámbitos o materias —nuevas funciones del Derecho Internacional— [nueva *lex mercatoria*], que en muchos casos exigen reglas muy técnicas, han hecho dudar la idoneidad de la costumbre para su creación oportuna de nuevas normas generales”.³⁹ Es decir, la [antigua] costumbre mercantil internacional, como habíamos señalado, resulta ahora inoperante para seguir en algunos casos el paso de los avances y prácticas mercantiles no regulados en el mundo de los negocios internacionales, para lo cual ha surgido esta nueva doctrina.

³⁸ Goode, *op. cit.*, p. 890.

³⁹ Remiro, *op. cit.*, p. 317.

Respecto al segundo elemento bajo las corrientes de sociología institucional, se ha discutido hasta donde llega la participación social real en la creación del Derecho internacional. En efecto, es claro y se ha discutido mucho en materia de teoría del Derecho internacional, que las fuerzas mundiales son inequitativas, por lo que "si tomamos en cuenta que el segundo elemento *opinio iuris sive necessitatis* requiere del "consenso" internacional para que la costumbre se convierta en Derecho internacional, entonces tal elemento estaría incluido en la larga lista de aspectos que quedan recludos en la teoría legal únicamente."⁴⁰

Por ello y siguiendo la postura adoptada por Rodríguez y Rodríguez, al ser los actos mercantiles (domésticos o internacionales), actos en masa que se reducen a una serie de características que se imponen al Derecho que las regula, los mismos exigen una reducción al máximo de las formalidades que deben cumplirse y tienden a reducirse, en su estructura jurídica a simples esquemas, en consecuencia, existe un predominio de las costumbres, como elementos interpretativos [creativo] de esas operaciones, provocando en adición la unificación de las materias más importantes del Derecho mercantil.⁴¹ Bajo tal hipótesis entonces, el segundo elemento se formará reduciendo formalidades y dando lugar a procesos basados en las necesidades de la comunidad empresarial internacional más que en consensos públicos internacionales.

Ahora bien, no obstante su importancia y en consecuencia directa de la necesidad de reunir los dos requisitos de formación anteriormente señalados, la costumbre internacional tiene una limitante denominada dentro de la doctrina internacional como objeción persistente (*persistent objection*),⁴² la cual se refiere a la negación activa y en primera instancia de una práctica o costumbre interna-

⁴⁰ Pathak, R.S. & Dhokiala, R.P. *op. cit.*, p. 97.

⁴¹ Rodríguez y Rodríguez, *op. cit.*, pp. 8, 9.

⁴² La Corte Internacional de Justicia ha considerado que la costumbre general obliga a todos los Estados, hayan contribuido o no con a la formación de la norma, con excepción de aquellos que se hayan opuesto a ella, en el periodo de su formación, de manera permanente, persistente e inequívoca (*objector persistente*) (*vide* Remiro, *op.cit*, p. 326).

cional por parte de otros Estados que no desarrollan dicha costumbre,⁴³ lo cual constituye lógicamente la no satisfacción del requisito de *opinio iure sive necessitatis*, doctrina que Remiro Brotons denomina “oponibilidad de la costumbre general”.⁴⁴ En efecto, las costumbres varían dependiendo de las realidades históricas, sociales, políticas y económicas de los países, por lo que la práctica mercantil reconocida y llevada a cabo por un país o grupo de países puede no ser reconocida en otros, lo cual constituye, como hemos señalado una limitación importante a ser considerada respecto a la aplicación de la *lex mercatoria* como fuente internacional del Derecho.

Así las cosas por ejemplo, la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, establece que *los usos convenidos por las partes, las prácticas que hayan establecido entre ellas y los usos de que las partes tenían o debían tener conocimiento y que sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate pueden todas ellas ser obligatorias para las partes en el contrato de compraventa*, con lo cual se establece una vez más la necesidad imperativa de reconocimiento uniforme de las prácticas y costumbres mercantiles internacionales.

Por otro lado, con independencia a las distintas percepciones de reconocimiento que se le pueda dar, la costumbre mercantil internacional, no es fija y está muchas veces sujeta a interpretaciones,⁴⁵ regionalismos y cambios culturales y políticos diversos. Más aún, el simple hecho de que las prácticas o costumbres han sido seguidas por la comunidad internacional, no significa que sigan vigentes, de hecho, el desarrollo y evolución de la costumbre inter-

⁴³ Así las cosas y en ese orden, en términos del Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, *infra*, se deberá resolver en base a los principios generales de Derecho y a la doctrina.

⁴⁴ Remiro, *op. cit.*, p. 325.

⁴⁵ Siguiendo las ideas de Jorge Silva, “cuando los actores interpretan una obra jurídica o disposición, para su interpretación influye su sentido de moral, de justicia, su formación, sus intereses, algunos elementos condicionantes, etc.” [Silva, *op. cit.* p. 4] lo cual necesariamente nos lleva a sopor-
tar y fundamentar argumentos en diversas fuentes.

nacional está constantemente en un estado de cambio. Por lo anterior es que el exacto cumplimiento y observancia de los elementos de formación de la costumbre internacional (subjetivo y objetivo) anteriormente descritos, se revisten de importancia, y donde la codificación de las mismas se antoja imprescindible, reiterando que se debe alcanzar un equilibrio entre la seguridad jurídica que brinda una codificación y la flexibilidad natural de la *lex mercatoria*.

V. Utilidad práctica actual para la comunidad empresarial

Sea como fuere, la *lex mercatoria* ha sido y seguirá siendo en especial una fuente importantísima dentro del Derecho mercantil internacional y aún mas importante, un elemento de unificación y armonización internacional. Así las cosas, las materializaciones de dicha costumbre internacional han sido plasmadas en diversas "leyes modelo"⁴⁶ o "documentos tipo" emitidas de tiempo en tiempo por diversos organismos supranacionales, tales como Ley Uniforme sobre Letras de Cambio Internacional, Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional y la Ley Modelo sobre la Transferencia de Créditos Internacionales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés),

⁴⁶ Una ley modelo es un texto legislativo que se recomienda a los Estados para su incorporación al derecho interno. A diferencia de lo que sucede con un convenio internacional, el Estado que adopte su régimen no está obligado a dar aviso de ello a las Naciones Unidas o a otros Estados que tal vez hayan también adoptado su régimen. Al incorporar la Ley Modelo a su derecho interno, todo Estado puede modificar o suprimir algunas de sus disposiciones. En el supuesto de una convención, la posibilidad de que un Estado modifique el texto uniforme (conocida por el término de "reserva") está mucho más restringida; las convenciones de derecho mercantil suelen proscribir toda reserva o autorizar únicamente algunas reservas bien definidas. La flexibilidad inherente a toda ley modelo es aún más de desear si es probable que el Estado desee introducir diversas modificaciones en su texto uniforme previas a su incorporación a su derecho interno. Cabe prever ciertas modificaciones en casos en los que el texto uniforme tenga alguna vinculación estrecha con el derecho procesal o jurisdiccional interno (como sucede con la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre la insolvencia transfronteriza). Ello significa, no obstante, que será menor el grado de armonización y menor también la certidumbre de conseguirla que si se hubiera recurrido al régimen de una convención. Por ello, en aras de esa armonización y certidumbre, se recomienda a los Estados que, al incorporar la Ley Modelo, introduzcan el menor número posible de cambios en su texto uniforme al incorporarlo a su derecho interno.

los INCOTERMS y las Reglas UNCTAD/ICC sobre Documentos de Transporte Multimodal emitidos por la Cámara Internacional de Comercio⁴⁷ (ICC, por sus siglas en inglés), las Costumbres y Prácticas Uniformes para los Créditos Documentarios, publicación 500 (“UCP 500”), emitidos de igual forma por la ICC, la Convención sobre Factoraje Internacional y Arrendamiento Financiero Internacional de la UNIDROIT, entre otros. Más aún, tal es el reconocimiento de la *lex mercatoria* dentro del ámbito de estudio y práctica de los negocios internacionales que esfuerzos interesantes se han hecho a efecto de establecer catálogos de principios de *lex mercatoria* que puedan servir de consulta internacional.⁴⁸

Así, sean instrumentos de armonización obligatorios u optativos, su objetivo es el mismo, es decir, asegurar en la medida de lo posible que cuando un asunto mercantil internacional llegue a las cortes,⁴⁹ la misma ley sea aplicada para determinar el derecho de las partes,⁵⁰ con lo cual, en adición, se estará otorgando un marco confiable a la inversión extranjera, pues es el mismo marco que aplica a nivel internacional.

No obstante la *lex mercatoria* tiene las suficientes credenciales intelectuales para merecer un estudio serio, la misma no cuenta

⁴⁷ La ICC es el primer promotor de la codificación de la *lex mercatoria* a nivel internacional. Las distintas comisiones de la ICC han adoptado distintas normas uniformes que son adaptadas por incorporación dentro de los contratos dentro de tres áreas principales: banca y seguros, comercio internacional y transporte internacional.

⁴⁸ Tal es el caso de *Transnational Law Data Base* del Centro de Derecho Transnacional de la Universidad de Colonia, Alemania que elaboró un catálogo de principios de *lex mercatoria* para consulta y obvia armonización de principios al momento de negociar o interpretar un contrato internacional (cfr. con www.tldb.de).

⁴⁹ Nuestra postura radica en la tesis de que las cortes conocerán cada día más acerca de aspectos internacionales en sus decisiones, y en consecuencia, el lugar que ocupará la nueva *lex mercatoria* en dichas sentencias, tendrá paulatinamente un valor cada día mayor para lo cual la comunidad de negocios internacional dependerá cada día más de su debido estudio y conocimiento. Así, por ejemplo, Goode cita el caso de una sentencia emitida en el Reino Unido por Lord Mansfield, a quien califica de “uno de los mayores jueces mercantiles que este país jamás ha conocido” [*Luke v. Lyde* (1759) 2 Burr 882] donde se hizo referencia a Cicerón, the Consolato de Mare, las Leyes de Rodesia, las Leyes de Oleron, las Leyes de Wisby, *Roccus de Navibus et Naulo* y las Ordenanzas de Luis XIV a efecto de resolver una disputa sobre Derecho marítimo comercial (Goode, *op. cit.*, p. 1211).

⁵⁰ *Supra. cit.*

todavía con la necesaria aceptación generalizada para escapar del ojo del escéptico. Afortunadamente, en algunas jurisdicciones o bloques, tales como la Unión Europea, la *lex mercatoria* es un hecho y la misma es aplicada por igual por las cortes que los paneles arbitrales, con lo cual se adelanta su reconocimiento próximo por otras legislaciones.

Como adelantamos, nuestro Derecho ha emitido escueta jurisprudencia donde la costumbre internacional ha servido de base y en particular sobre marcas, prácticas desleales, usos mercantiles de la industria o comercio y prácticas comerciales,⁵¹ siendo a nuestro juicio el caso más significativo el siguiente, y que puede ser el reflejo de un primer esbozo de reconocimiento judicial a esta fuente lo cual sería naturalmente bien recibido por la comunidad internacional de negocios que invierten en nuestro país, a saber:

PAGARÉ. NO ES NECESARIO QUE SE APORTE EN JUICIO LA TRADUCCIÓN DE LAS PALABRAS *PRIME RATE*. Si en el pagaré de la acción se establece una cláusula de interés variable que alude al *prime rate* vigente en los Estados Unidos de Norteamérica y en la propia cláusula se señala que éste es el interés preferencial al que operan los bancos norteamericanos, debe considerarse que no es necesario que se aporte en el juicio la traducción al castellano de dichas palabras pues en la propia cláusula se establece su significado, *el que además es comúnmente conocido en la práctica comercial*, máxime si dichos intereses no fueron reclamados en juicios.⁵²

VI. Conclusiones

Creemos que la tendencia de aplicación de esta valiosa fuente del derecho internacional no puede ser detenida y pronto, por voluntad o necesidad, nuestras cortes le darán el reconocimiento que se ha

⁵¹ Para Silva, los tribunales mexicanos han partido de la falsa idea de que sólo existe el Derecho escrito y codificado habiendo ignorado la enorme riqueza que para el Derecho internacional privado proporciona la costumbre (*fide* Silva, *op. cit.*, p. 217).

⁵² Tercera Sala, séptima época, vol. 205-216, cuarta parte, p. 126, AD 7053/83. 17 de febrero de 1986, (*fide* Silva, *supra cit.*, p. 598).

ganado en otras jurisdicciones. Sin embargo, creemos también que el sentimiento nacionalista todavía imperante en nuestro sistema judicial *vis-á-vis* la aplicación y reconocimiento del derecho internacional, es una barrera importante para el reconocimiento de nuevas formas que coadyuvan (lejos de estorbar) a la expedita impartición de justicia, lo cual, como lo señalan diversos estudios internacionales, alientan de forma real a la inversión extranjera a través de las multinacionales.⁵³

En ese mismo sentido —para Robinson—, “puede afirmarse y defenderse que mientras existan diferencias importantes entre las naciones en el plano de impuestos, *judicial*, política comercial, estabilidad monetaria y restricciones a las remesas de fondos, son insuperables los conflictos de intereses en toda operación en participación entre empresas internacionales”.⁵⁴ Así, la atracción de la inversión extranjera directa (IED) depende, en muchos casos (i) del adecuado funcionamiento y regulación no sólo de disciplinas jurídicas que necesariamente tendrán una correlación práctica con la IED, tales como comercio internacional y propiedad intelectual, que conjuntamente con la propia disciplina de la IED, conforman los tres pilares de los negocios internacionales, sino del óptimo desempeño de las cortes que otorgará certeza jurídica tanto a la inversión como a los inversionistas, y (ii) la función de los consultores y especialistas en dichos pilares conformará un aliciente, que si bien a nivel particular, es necesario para el debido desarrollo de la promoción de la IED.

En consecuencia, es mucho lo que un Estado puede hacer para atraer a la IED para lo cual, con independencia de los procesos legislativos internos que sean necesarios para adoptar una legislación marco adecuada, se deberán de analizar las tendencias y fenómenos de armonización que busca la comunidad internacional

⁵³ Cfr. con WORLD INVESTMENT REPORT 2002: *Transnational Corporations and Export Competitiveness* (Nueva York y Ginebra, United Nations Sales No. E.02.II.D.4), ONU, 2003. La UNTAD y la OCDE han emitido reportes en la misma tesitura.

⁵⁴ Robinson, Richard D., *International Management*, Ed. MIT Press, Cambridge, 1966, p. 133.

de negocios, lo cual es justamente lo que ofrece la propia nueva *lex mercatoria*.

Así, con independencia a la utilidad para la comunidad internacional de negocios como fuente de derecho flexible, fiel y contemporánea a los cambios mercantiles vertiginosos, la *lex mercatoria* constituye, en definitiva, un elemento de atracción de inversión y promoción de negocios en nuestro país, por lo que, en una primera etapa, su estudio y divulgación académica primero y su reconocimiento y valoración adecuada por las cortes nacionales, después, se antoja indispensable en un futuro cercano.

VII. Bibliografía

BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José de Jesús, *Historia del Derecho Romano y de los Derecho Neoromanistas*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1979.

CREMADES, *The New Lex Mercatoria and the Harmonisation of the Laws of International Commercial Transaction*, 3 Boston University International Law Journal, 317, 1984.

DÁVALOS MEJÍA, Carlos, *Títulos y Operaciones de Crédito*, Ed. Harla, México, D.F., 2000.

ENRIQUEZ ROSAS, David, *Transporte Internacional de Mercancías*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1999.

FARIA, José Eduardo, *El Derecho en la Economía Globalizada*, Ed. Trotta, Madrid, 1999.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1999.

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, "Costumbre Mercantil" (concepto), *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, D.F., 1998.

GOODE, Roy, *Commercial Law*, Ed. Penguin Books, Londres, 1999.

MARZORATI, Osvaldo, *Derecho de los Negocios Internacionales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993.

MUSTILL, *The New Lex Mercatoria; The First Twenty-five years*, University of Oxford Int. L.J., 1987.

NIBOYET, J.P., *Derecho Internacional*, Ed. Editora Nacional, México, D.F., 1975.

PATHAK, R.S. & DHOKIALA, R.P. (ED.), *International Law in Transition*, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Holanda, 1992.

REMIRO BORTONS, Antonio, *Derecho Internacional*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1997.

ROBINSON, Richard D., *International Management*, Ed. MIT Press, Cambridge, 1966.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Ed. Porrúa, México, D.F., 1998.

SCHMITTHOFF, Clive, *Export Trade; The Law and Practice of International Trade*, Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 2000.

SEPÚLVEDA, César, *Derecho Internacional*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2002.

SILVA, Jorge, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Porrúa, México, D.F., 2000.

THIRLWAY, H.W.A., *International Customary Law and Codification*. Ed. A.W. Sijhoff-Leiden, Holanda, 1972.