

LA NUEVA LEX MERCATORIA: NATURALEZA Y ALCANCES

Alejandro Faya Rodríguez¹

Introducción

Cuando incursionamos en el terreno del Derecho Internacional Privado mucho se habla de la *lex mercatoria* y sus componentes, sin que realmente se defina y precise su concepto y alcance. Las relaciones comerciales internacionales son ciertamente complejas, por lo que es menester clarificar, en la medida de lo posible, aquellos conceptos que puedan representar confusión o incertidumbre. El tema que nos ocupa no es meramente de matiz académico, sino también de una naturaleza práctica.

Hablar sobre la *lex mercatoria* es problemático; el tema es vago y difuso. Académicos han utilizado tales vocablos para hacer referencia a los anales del derecho mercantil, al derecho comercial transnacional,² a los usos y costumbres internacionales, a los principios generales del derecho comercial e, inclusive, a la equidad y justicia. Ante la creciente fuerza globalizadora y la evidente presencia de diversos mecanismos legales de tipo internacional, es útil definir los parámetros y naturaleza de la *lex mercatoria*, concepto que diversos juristas europeos han puesto de moda en los círculos académicos y que, bajo diferentes facetas, ha influido en los procesos armonizadores del derecho comercial internacional. Es propósito del presente artículo efectuar tal labor.

Hemos visto durante las últimas décadas fuertes movimientos armonizadores que han arrojado un sinnúmero de convenciones internacionales y otros instrumentos no obligatorios³ que pretenden regular operaciones de comercio internacional. Tres principales razones explican dicho fenómeno: (i) las diferencias importantes en los sistemas

1 Abogado por la Universidad Iberoamericana, con cursos especializados en Derecho Internacional Público y Privado por la Academia de Derecho Internacional de La Haya y Maestría en Derecho (*Magister Juris*) por la Universidad de Oxford. Ha sido pasante y abogado asociado, respectivamente, de los bufetes Camil Abogados y López Velarde, Heftye y Soria. Actualmente, es Director de Asuntos Jurídicos y de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, de la Dirección General de Inversión Extranjera de la Secretaría de Economía, y Maestro de Asignatura de Contratos Civiles en la Universidad Iberoamericana. Agradezco la revisión y comentarios respecto del presente artículo vertidos por Jorge Jiménez y Mónica Arellano; por supuesto que cualquier error u omisión queda del autor. afaya@economia.gob.mx, alejandrofaya@yahoo.com.

2 Que puede definirse como el conjunto de reglas que regulan el comercio transnacional, elaboradas en el contexto internacional y no por un sólo país. Dentro del derecho comercial transnacional tenemos, pues, convenciones internacionales, leyes modelo, reglas modelo no-obligatorias y demás.

3 Los llamados *soft-law instruments*.

jurídicos nacionales, que impiden la consolidación de un marco legal uniforme para el mercado global de negocios; (ii) la incapacidad de las leyes locales de regular operaciones complejas de tipo transnacional; y (iii) la creciente consolidación del arbitraje como medio de resolución de las disputas que derivan de operaciones transnacionales, y la recepción positiva de la figura del arbitraje por las leyes locales.⁴ Ello, independientemente de los avances en las vías de comunicación que permiten la celeridad en las operaciones internacionales, y la consolidación de un sistema bancario internacional que permite financiarlas. Tenemos los exitosos trabajos de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”), entidad privada (con sede en París) que ha emitido importantes instrumentos, como es el caso de los INCOTERMS⁵ o las reglas UCP500.⁶ La Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, por su parte, ha producido varias Convenciones en las áreas de conflicto de leyes, asistencia judicial y asuntos de familia. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional (“UNIDROIT”), con sede en Roma, es una entidad intergubernamental que ha venido trabajando desde 1926 para promover la armonización del derecho comercial. Dicho instituto emitió hace poco los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales,⁷ y apenas ha finalizado la propuesta de la Convención de Capetown.⁸ Otra entidad fuertemente activa es la UNCITRAL, comisión de las Naciones Unidas que, al igual que las ya mencionadas, busca unificar reglas relativas a diversas áreas comerciales. Dicha entidad emitió una Ley Modelo para arbitraje,⁹ así como un conjunto de reglas para regular arbitrajes tipo *ad-hoc*.¹⁰ En suma, este activismo armonizador, algunas veces exitoso, muchas otras frustrante, nos presenta un sinnúmero de instrumentos internacionales, tales como convenciones, principios y usos codificados, modelos de leyes y contratos, recomendacio-

4 A Goldstajn, “The New Law Merchant Reconsidered” en Law of International Trade (ed. Friz Fabricius).

5 Los INCOTERMS, o Reglas para la Interpretación Uniforme de Términos Comerciales, son un conjunto de reglas para interpretar los términos comúnmente utilizados en la distribución y asignación de los riesgos en operaciones de compraventa internacional. Es muy común encontrar su inclusión expresa en contratos de esa naturaleza.

6 UCP500, o las Reglas de Costumbre y Práctica Uniforme para los Créditos Documentarios, son la última versión elaborada por la CCI relativa a las operaciones de créditos documentarios. Casi de manera unánime, todas las cartas de crédito hacen referencia a tales reglas. Las reglas regulan tanto el modo de cobro entre banco y beneficiario, como el cobro entre bancos, cuando la operación presenta matices transnacionales.

7 Los Principios son un estudio finalizado en 1994, que establece una serie de principios aplicables a los contratos comerciales internacionales. Las partes pueden hacerlos aplicables a una operación si el derecho del foro así lo permite, y casi en todos los casos si el contrato prevé una cláusula arbitral. Asimismo, pueden ser útiles a modo de “*check-list*” en la negociación de contratos internacionales. Aunque más inclinado al sistema civil, los Principios también presentan algunos matices de *common law*. La realidad es que este instrumento ha tenido más efectos académicos que prácticos.

8 El documento fue finalizado por la UNIDROIT en marzo del 2002, y puesto a la disposición de los países miembros para su ratificación. La propuesta de la Convención dispone sobre la constitución y efectos de garantías internacionales sobre ciertas categorías de equipo movable (como satélites, aviones, trenes) y derechos asociados a los mismos.

9 Misma que ha sido un éxito rotundo. La Ley Modelo ha sido adoptada por un sinnúmero de países, entre ellos México (el Código de Comercio adoptó la Ley casi en los mismos términos). La Ley pretende unificar el sistema arbitral alrededor del mundo, e instaurar un sistema arbitral liberal y moderno. Otorga a los árbitros amplias facultades, ordena a las cortes el respeto a la cláusula arbitral, y confiere sobre las mismas facultades de jurisdicción y asistencia sobre el arbitraje, pero no de intrusión.

10 Aquellos que no se organizan bajo reglas de entidades arbitrales. Las reglas de arbitraje de la UNCITRAL son frecuentemente utilizadas en los llamados arbitrajes mixtos (Estado-inversionista extranjero). De hecho, el capítulo XI del TLC prevé que las reglas de la UNCITRAL podrán ser utilizadas por las partes a efecto de dirimir una controversia en materia de inversión.

nes, estudios y demás. ¿Qué papel juega aquí la *lex mercatoria*? La respuesta a tal interrogante también será tema del presente artículo.

¿Qué es?

La *lex mercatoria* ha sido explorada bajo diferentes formas, y muchas de ellas implican necesariamente un vistazo hacia atrás. Es común encontrar en la doctrina la idea de que, a través de la historia, ha existido una “ley” que ha gobernado las relaciones privadas de los mercaderes internacionales. En épocas medievales, es cierto que los propios mercaderes, en ciertos lugares, forjaron un conjunto de reglas que la práctica comercial demandaba. Principios generales como la “buena fe” y “equidad” condujeron a reglas específicas relativas a la distribución de los riesgos asociados con la pérdida o deterioro de los bienes, la transferencia de la propiedad, las obligaciones relativas al pago del flete y seguro de transporte, y demás. Estas antiguas reglas y el sistema general agrupaban las siguientes características: (i) los principales puntos de contacto eran los puertos y ferias abiertas, (ii) los mecanismos para la resolución de disputas eran conducidos en tales lugares, y administrados por los propios mercaderes, (iii) las decisiones eran tomadas bajo principios de equidad, (iv) los procesos eran extremadamente ágiles y flexibles, (v) los tribunales se avocaron a la tarea de compilar las reglas aplicables a operaciones transnacionales y, por consiguiente, su aplicación uniforme era relativamente posible en diferentes países.¹¹ La *lex mercatoria* fue muy importante en Italia y otras naciones del Mediterráneo. Asimismo, en Inglaterra, es posible obtener referencias suficientes que indican que los abogados ingleses se referían a la *lex* como algo diferente al *common law*.¹²

Claro que cada país tenía su propio derecho interno, pero cuando se trataba de disputas comerciales internacionales suscitadas en puntos estratégicos como puertos y ferias, las mismas eran resueltas bajo reglas transnacionales ajenas a un país en particular. Las reglas de este antiguo sistema *sui generis* propulsaron algunas reglas del derecho mercantil moderno. Dentro de las normas que los antiguos mercaderes establecieron mediante el uso y práctica, y que pasaron a formar parte de legislaciones nacionales, podemos mencionar, *inter alia*, las siguientes: (i) los acuerdos informales pueden llegar a ser legalmente válidos, y obligan a las partes; (ii) el comprador de buena fe de bienes robados es protegido respecto del original propietario, cuando tales bienes hayan sido adquiridos en mercados abiertos; (iii) la mera posesión de una letra de cambio otorga el derecho al pago; (iv) el vendedor tiene el derecho a detener el tránsito de bienes vendidos si el comprador incumple el contrato respectivo; (v) los socios pueden demandarse entre sí.

Los Estados absorbieron algunas de estas reglas y, al paso del tiempo, la antigua *lex mercatoria* quedó enteramente nacionalizada. Por ejemplo, Inglaterra, a través de su sistema del *common law*, incorporó una gran gama de las mismas y Francia, por su parte, elaboró enormes compilaciones comerciales. Como consecuencia, el antiguo sistema

¹¹ Brand, Ronald. A., “Fundamentals of International Business Transactions” (2001), Kluwer Law International,

¹² JH Baker, “The Law Merchant and the Common Law before 1700” (1979), Cambridge Law Journal.

desapareció, y los asuntos que en algún momento eran tratados de manera expedita bajo normas que surgían de la práctica trasnacional quedaron bajo la jurisdicción de tribunales locales. La antigua *lex mercatoria* perdió su carácter trasnacional, su consistente referencia a la costumbre, su administración *ad hoc*,¹³ su informal y ágil aplicación y su énfasis en el concepto medieval de justicia. Los antecedentes de este antiguo sistema motivaron a algunos autores a revivir la idea de que hoy, en pleno siglo XXI, existe un conjunto de normas que comparten algunas características con las antiguas reglas que operaban en épocas medievales entre los mercaderes. Tal conjunto de normas es entonces llamado la nueva *lex mercatoria*. Pero, ¿qué normas?

Precisando el término

Básicamente, podemos decir que la *lex mercatoria* es definida ya sea en relación a sus fuentes o a su ámbito de aplicación. Schmitthof toma la segunda postura; *lex mercatoria* significaría entonces todas aquellas reglas que gobiernan las transacciones comerciales internacionales, incluyendo por ende convenciones internacionales, usos codificados y no-codificados, instrumentos de *soft-law*, laudos internacionales, y aún leyes nacionales cuyo sólo propósito es el regular operaciones comerciales de tipo trasnacional; *lex mercatoria* sería entonces sinónimo de derecho comercial trasnacional. Por otro lado, Goldman ve a la *lex mercatoria* de acuerdo a sus fuentes, o sea, como un conjunto de principios generales y reglas de uso y costumbre elaboradas o referentes al contexto del comercio internacional, que nacen de manera espontánea, y sin referencia a un sistema legal nacional en particular. En la doctrina, es más fuerte la definición de la *lex*, atendiendo a sus fuentes. La idea es asociar a la *lex mercatoria* con reglas que básicamente: (i) nacen de la práctica, bajo el contexto internacional, (ii) no derivan de un sistema legal en particular, y (iii) aplican a operaciones trasnacionales. Diferentes definiciones de la *lex* han sido propuestas en este sentido, como las siguientes: (i) “un conjunto de principio generales, y de costumbres espontáneamente referidas a o elaboradas bajo el marco del comercio internacional, sin referencia a un sistema nacional de derecho específico”, (ii) “un cuerpo de leyes autónomo creado por la comunidad internacional de los comerciantes”, (iii) “un fenómeno de reglas uniformes al servicio de las necesidades básicas del comercio internacional y la cooperación económica”.¹⁴ Roy Goode, abogado y académico británico pionero en temas mercantiles internacionales, afirma que el derecho comercial trasnacional es utilizado para describir la totalidad de principios y reglas, sean de costumbre, convencionales, contractuales o derivadas de cualquier otra fuente, que son comunes a varios sistemas legales, mientras que el término *lex mercatoria* es utilizado para indicar aquella parte del derecho comercial trasnacional que no está codificada y consiste en la costumbre internacional, reglas consuetudina-

¹³ O sea, proceso especial para cada caso.

¹⁴ Mustill, LJ, “The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years” en *Liber Amicorum for Lord Wilberforce* (eds Bos and Brownlie), Capítulo 9.

rias de evidencia y proceso y principios generales de derecho comercial, incluyendo política pública internacional.¹⁵

¿Cuáles son las reglas que integran la *lex mercatoria*?

Algunos autores han incluido en la *lex mercatoria* diversos elementos; Ole Lando, por ejemplo, identifica ocho elementos constitutivos de la *lex*: derecho internacional público, leyes modelo, principios generales del derecho, reglas de las organizaciones internacionales, usos o costumbres no codificados, formatos estándares de contratos y laudos arbitrales.¹⁶ Es nuestra opinión que tal concepto es vago y difuso. Consideramos que es más correcto reducir la susodicha *lex mercatoria* a dos componentes básicos: usos y costumbres comerciales internacionales y principios generales del derecho comercial. Descartamos los otros componentes, que vienen a formar más bien parte del llamado derecho comercial trasnacional, y no de la *lex*. Nuestra definición de *lex mercatoria* sería entonces aquél conjunto de principios jurídicos internacionales y reglas derivadas de la costumbre y uso comercial internacional, aplicables, cuando esto sea posible, a las operaciones de comercio trasnacional. No obstante, es importante mencionar que dentro del proceso de búsqueda de un uso o principio, por supuesto que tanto leyes locales como instrumentos codificados podrán ser útiles. Por ejemplo, podría establecerse un principio a través de una coincidencia entre dos sistemas legales (para lo cual, es necesario utilizar leyes locales a efecto de compararlas y extraer un común denominador a través de la utilización de métodos de derecho comparado), o un uso o costumbre en una convención o instrumento codificado. Lo importante es que un uso, costumbre o principio existe si se dan ciertos elementos básicos que a continuación explicaremos, independientemente de que dicho uso, costumbre o principio esté o no codificado bajo algún instrumento internacional. Descubrir usos, costumbres y principios generales bajo el contexto internacional es fácil cuando existe consenso. El problema es cuando no lo hay. El tribunal o la corte que aplique un uso, costumbre o principio deberá efectuar una difícil labor que, muchas veces, corre el riesgo de reducirse a un análisis subjetivo.

Costumbre

En el caso de *Asylum*, la Corte Internacional de Justicia de La Haya dictaminó que la parte que se apoye en una costumbre debe probar que la misma ha sido establecida, de tal manera que es obligatoria entre las partes.¹⁷ La resolución de dicho caso refleja algu-

15 Roy Goode, "Usage and its Reception in International Commercial Arbitration" (1997), *International Comparative Law Quarterly*.

16 *Idem*.

17 Dice parte de la sentencia: "...los datos presentados a la Corte presentan tantas contradicciones e incertidumbre, tanta fluctuación y discrepancia en el ejercicio del derecho de asilo y en el de los puntos de vista oficiales expresados en diferentes ocasiones: existe tanta inconsistencia respecto de la rápida sucesión de tratados de asilo, ratificados por algunos Estados y rechazados por otros, y la práctica ha sido tan influenciada por consideraciones de eficacia política, que no es posible discernir algún uso constante y uniforme, aceptado como ley".

nos de los elementos de la costumbre internacional, aceptados ya por las autoridades y la doctrina, a saber: (i) práctica consistente de un acto, o abstención del mismo; (ii) continuación de dicha práctica constante por un periodo de tiempo; (iii) concepción de que la práctica es requerida o es consistente con el Derecho Internacional; y (iv) el reconocimiento de que dicha práctica es obligatoria (*opinio juris necessitates*). No es fácil determinar una costumbre internacional, motivo por el cual el derecho internacional público moderno es básicamente un derecho de tratados internacionales. Estos principios aplican de igual manera al contexto de las relaciones transnacionales, a efecto de discernir la existencia de una costumbre comercial internacional. La costumbre puede estar o no codificada en instrumentos escritos, pero es importante mencionar que un instrumento escrito no necesariamente contiene una verdadera costumbre internacional. Muchos instrumentos son elaborados bajo un matiz académico y no práctico, y difícilmente reflejan la práctica comercial. Por ejemplo, los principios aplicables a contratos comerciales internacionales de la UNIDROIT están muy lejos de ser costumbre internacional y reflejar práctica efectiva, no obstante dichos principios se autoproclaman en el preámbulo como práctica comercial y parte de la *lex mercatoria*. De la misma manera, la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, aún y habiendo sido ratificada por un sinnúmero de países es, difícilmente, una base confiable para descubrir una costumbre.¹⁸ Esta Convención es un ejemplo de un híbrido jurídico que derivó de un esfuerzo diplomático más que de técnica jurídica. En cambio, otros instrumentos sí reflejan costumbre efectiva, como es el caso de los INCOTERMS o las reglas UCP500. Estos instrumentos sí reflejan costumbre internacional porque los mismos fueron elaborados por los comerciantes, mediante la codificación y regulación de una práctica existente. No son, como los otros, reflejo de lo que debería ser (*lex ferenda*) en lugar de lo que es (*lex lata*). Cuando la costumbre internacional es altamente reconocida, o consta en un instrumento escrito de conocida eficacia, los problemas terminan. Pero cuando la costumbre no está codificada, la costumbre tiene entonces que probarse. Labor difícil, pues habrá que efectuar un análisis que variará de caso a caso. No hay reglas generales en este respecto. ¿Duración? El tiempo necesario a efecto el uso sea considerado práctica efectiva. ¿Alcance? El alcance de un uso puede extenderse de diferentes maneras: (i) por referencia a un puerto, ciudad o región; (ii) políticamente, por referencia a un grupo ideológicamente afín; (iii) económicamente, por referencia a un sector del comercio en particular, o (iv) legalmente, por referencia a un sistema legal en particular.¹⁹ Tendremos entonces costumbres propias del *common law* o de los sistemas civiles, del mercado del

18 Aunque en algunas ocasiones se ha sostenido lo contrario. En el caso No. 5713 de la CCI de 1989, el comprador de ciertos bienes, bajo un contrato firmado en 1979, reclamó una compensación en el pago del precio por haber recibido los bienes en condiciones distintas a las pactadas. El tema en cuestión fue si el comprador había emitido su inconformidad en el tiempo debido. El tribunal arbitral determinó que la ley aplicable a la operación era la ley del país del comprador. Sin embargo, dicha ley fue considerada como inapropiada, y el tribunal arbitral aplicó en su lugar la Convención de Viena, bajo el argumento de que dicho instrumento era un reflejo de los usos comerciales prevalecientes. Al momento de la firma del contrato, la Convención no había entrado en vigor.

19 Roy Goode, "Usage and its Reception in International Commercial Arbitration" (1997), *International Comparative Law Quarterly*.

maíz o textiles, o costumbres específicas del puerto de Rotterdam o Estambul.²⁰ ¿Generalidad? El acto debe llevarse a cabo por un considerable número de los miembros del círculo correspondiente. ¿Por cuánta gente? Otra vez, no existe regla. El requisito de que un uso o costumbre comercial debe ser general trae consigo el problema del objetor persistente. En las relaciones comerciales internacionales, un uso comercial, aún generalizado y efectivo, no aplicará a las partes, si una de ellas expresa o tácitamente lo ha rechazado. Esto porque las relaciones privadas se rigen fundamentalmente, en todo lo que no contrarie a leyes de orden público, por la voluntad de las partes. ¿Aplica el principio de *opinio juris et necessitates*? La respuesta debe ser afirmativa, aunque con algunas consideraciones adicionales. Como hemos dicho, uno de los elementos de la costumbre internacional es el elemento “psicológico”, o sea, el sentido que una conducta u abstención es requerida por ley. No obstante, en el comercio internacional, los usos a menudo son actos muy específicos, y en muchos casos, poco claros. Además, muchos actos son llevados a cabo por cortesía o simple y sencillamente por eficacia organizativa comercial. Si un individuo no sabía sobre la existencia de una costumbre comercial, ¿cómo se supone que está obligado a seguirla? Un método frecuentemente utilizado es el analizar si el uso comercial creó legítimas expectativas en la otra parte, o sea, si un comerciante regular bajo las mismas circunstancias hubiera esperado el mismo acto si éste hubiera estado en la relación jurídica. Por ende, se presume que un comerciante está obligado a ejecutar un acto que al menos debió saber (si el derecho aplicable permite la aplicación de usos, claro está), a menos se pruebe que la parte no se adhirió al mismo, expresa o tácitamente.

La determinación de una costumbre internacional, cuando la misma no está sólidamente reconocida, debe desentrañarse mediante la aplicación de métodos diversos, mismos que pueden ser utilizados alternativa o simultáneamente. Entre dichos métodos podemos mencionar, entre otros, los siguientes (i) inferir usos de convenciones internacionales, (ii) dictámenes periciales, (iii) decisiones arbitrales, (iv) análisis de relaciones jurídicas semejantes previas, etc. Pero en todos los casos, es fundamental el analizar las circunstancias específicas de cada caso, a efecto de acudir a los medios de prueba más apropiados.

Principios generales

En la literatura es común ver que existen reconocidos principios generales del derecho, algunos tanto para los sistemas de *common law* y derecho civil, y otros sólo aplicables a uno de ellos. Ejemplos de principios son los siguientes: (i) las partes deben cumplir lo pactado (*pacta sunt servanda*) (ii) los contratos, *prima facie*, deben ejecutarse de confor-

20 Para ejemplificar los usos comerciales tal vez la mejor área es la bancaria; es ya reconocido que, tratándose en cartas de crédito, el tiempo razonable para el examen y revisión de los documentos presentados no debe pasar de unos cuantos días, o que a los bancos sólo les concierne que los documentos estén aparentemente en orden, y no el examen de la autenticidad de los mismos. Asimismo, existen asociaciones de comerciantes relativas a distintos productos, mismas que por virtud de la práctica han establecido estándares a efecto de corroborar la calidad del producto de que se trate. Dichos estándares son altamente útiles a efecto de determinar la no-conformidad del bien en contratos de compraventa internacional.

midad con sus términos, (ii) el principio de *culpa en contrahendo*, o sea, que las partes tienen la obligación de negociar los contratos en buena fe, y no romper abruptamente y sin justificación dichas negociaciones (iii) los contratos deben ser cumplidos bajo el principio de buena fe, (iv) si circunstancias inesperadas cambian las circunstancias bajo las cuales un contrato fue negociado, las partes, de buena fe, deben renegociar y ajustar los términos del mismo (*rebus sic stantibus*), (v) la parte que sufre de un incumplimiento debe tomar las medidas pertinentes a efecto de mitigar sus daños, (vi) los contratos deben construirse bajo el principio *ut magis valeat quam pereat*, (vii) no es válido ejercitar un derecho sin beneficio para el titular y con el sólo propósito de perjudicar a alguien (*abus de droit*), (viii) las relaciones contractuales deben atender a la mayor reciprocidad de intereses (principio de equidad). Como mencionamos, no todos los principios son universales. Algunos sistemas del *common law*, por ejemplo, desconoce el principio de buena fe,²¹ y los de derecho civil son ajenos a la obligación de la mitigación de daños. Un principio general es precisamente general porque regula diferentes conjuntos de actos, en contraposición a un uso, que regula un acto específico.

Descubrir ciertos principios generales es muy fácil, precisamente porque son demasiado generales. Por tal motivo, muchos de aquellos principios son poco operativos cuando se trata de aplicarlos a una situación concreta. Todos sabemos que las partes deben de obligarse a lo que han pactado, pero, existen limitaciones a dicho principio. O, ¿cómo aplicamos un principio general para determinar la tasa de interés aplicable a un caso concreto? ¿O a la manera en que se transmite el riesgo? Casi todas las disputas versan sobre este tipo de temas específicos.

Aplicación de la *lex mercatoria* o de sus componentes

La aplicación como tal de la *lex mercatoria* es casi imposible bajo un sistema legal nacional, en una operación en la que no se haya pactado una cláusula arbitral. En la mayoría de los países, son dos métodos los que se utilizan respecto de la selección del derecho aplicable: (i) se permite a las partes pactar válidamente un derecho aplicable, bajo ciertos parámetros,²² o (ii) se permite a las partes pactar un derecho aplicable, siempre y cuando el mismo guarde una conexión material con el asunto.²³ Ante la ausencia de selección del derecho aplicable por las partes, los jueces aplican generalmente un conjunto de reglas conflictuales a efecto de determinar el mismo, tales como *lex res sitae*,²⁴ *locus regit actum*²⁵ y *lex loci executionis*.²⁶ Podemos ver entonces que las legislaciones permi-

21 El extremo es Inglaterra, donde el principio de "buena-fe" es desconocido en su totalidad. El sistema legal inglés contrarresta situaciones de injusticias a través de figuras específicas, como el *estoppel*, el *statutory breach* y los *implied terms*. Esto deriva de que el derecho inglés no es afín a declaraciones generales de principio, sino a la regulación de actividades caso a caso.

22 Por ejemplo, que la selección del derecho se haya realizado bajo el cumplimiento de todos los requisitos de existencia y validez, que la aplicación del mismo no vaya en perjuicio de una norma de orden público.

23 En México no aplica este principio de "conexión". Aplica, en cambio, en los Estados Unidos y algunos países europeos.

24 Los bienes se rigen por la ley del lugar donde éstos se ubiquen.

25 La forma de los actos se rige por la ley del lugar donde éstos se celebren.

ten a las partes pactar un “derecho”, y que las reglas conflictuales conducen siempre a la selección de un “derecho”. Entiéndase “derecho” como el derecho mexicano, francés o chino, pero no como una convención internacional específica, la *lex mercatoria* o los Principios de la UNIDROIT. Bajo Convenciones Internacionales que pretenden armonizar reglas conflictuales entre los signatarios, la situación es similar. La Convención de Roma de 1980 relativa al derecho aplicable en las obligaciones contractuales, por ejemplo, dispone en su artículo 4(1) que ante la ausencia de selección de derecho aplicable, el juez aplicará el derecho del país signatario que guarde la relación mas estrecha con el asunto. En alguna ocasión, la Corte Suprema de Holanda consideró que “derecho” podía ser equivalente a una Convención Internacional, decisión que fue ampliamente criticada y cuestionada. Podemos decir que, como regla general, las partes deben siempre señalar un derecho nacional como aplicable, a menos que incluyan una cláusula arbitral, y que los jueces deben también señalar siempre un derecho aplicable cuando las partes no lo hagan, de conformidad con la mayoría de las reglas conflictuales y los tratados internacionales en la misma materia. Tal vez la excepción a la regla sea la Convención Interamericana del Derecho Aplicable a Contratos Internacionales, misma que en su artículo 10 dispone que las guías y principios de derecho comercial, así como la costumbre y practicas aceptadas (componentes de la *lex mercatoria*), podrán ser aplicadas por el tribunal a efecto de resolver con justicia y equidad un caso concreto, mismo que demanda la aplicación de tales normas. Parece que esta disposición se refiere a una aplicación directa y no supletoria de algo que no es un sistema legal particular, situación que ciertamente llama la atención. No obstante podemos afirmar que, por regla general, la aplicación de la *lex mercatoria* no es factible bajo la mayoría de los sistemas legales, cuando las partes no hayan incorporado una cláusula arbitral. Claro que lo anterior no va en perjuicio de que la ley aplicable permita la aplicación supletoria de usos y costumbres o principios, situación que procedemos a explicar.

Algunos códigos comerciales modernos requieren a los jueces la aplicación de usos comerciales al menos en dos maneras: (i) expresamente, disponiendo que los acuerdos de las partes incluyen usos, o (ii) imponiendo obligaciones de buena fe sobre las partes. El Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos de América, por ejemplo, dispone en su artículo 2 que los usos comerciales y maneras de comerciar dan significado y complementan o califican los términos de un acuerdo. La Sección 1-203 del mismo Código dispone que cada contrato u obligación bajo el Código impone una obligación de buena fe en su cumplimiento, siendo la buena fe definida como la “honestidad de hecho y la observancia de los estándares comerciales razonables de buen comercio”. El Código de Comercio Uniforme no es obligatorio, pero muchos códigos estatales de los Estados Unidos lo han adoptado. Claro que las cortes generalmente son afines a la recepción de usos comerciales locales y no trasnacionales. Ello dependerá de cada jurisdicción local.²⁷

26 Las obligaciones se rigen por la ley del lugar donde éstas hayan de ejecutarse.

27 Un ejemplo de la aplicación de un uso internacional es la decisión de las cortes alemanas del 18 de junio de 1975, misma que determinó que si las partes habían acordado que los bienes se entregarían vía FOB (*Free on Board*), los INCOTERMS eran aplicables aún y a pesar que las partes no habían incorporado tales reglas de manera expresa en el contrato.

Si por virtud de la ley una Convención Internacional es aplicable a una operación transnacional, entonces la costumbre toma un papel mucho más relevante. Lo anterior debido a que una Convención que regula actividades tan dinámicas como lo son el comercio internacional, no puede contener un conjunto de reglas suficientes. Por ende, una manera de llenar vacíos y lagunas es precisamente a través de referencias a los usos y costumbres internacionales. En este sentido, la Convención más relevante es la de Viena, referente a la Compraventa Internacional. Dicho instrumento prevé en su artículo 9(1) que “las partes están obligadas a cualquier uso que hayan acordado, y a cualquier práctica establecida entre ellos”. El citado artículo, en su parte (2), dispone que “se considera a las partes, a menos que exista acuerdo en contrario, haber hecho aplicables de manera implícita al contrato o a su formación, los usos que las partes conocían o debieron de haber conocido, altamente reconocidos en el comercio internacional, y regularmente observado por las partes en contratos de ese tipo”. Por lo tanto, la Convención reconoce dos tipos de usos internacionales: (i) aquellos establecidos por las partes en tratos, y (ii) aquellos aceptados por la rama específica del comercio.

Cuando la Convención fue elaborada, los usos constituyeron un tema muy controversial. Algunos delegados vieron un peligro de dominio occidental al tratamiento del uso. Influenciados por el gran peso dado a las prácticas comerciales por la *lex mercatoria*, algunos miembros del UNCITRAL argumentaron que los usos comerciales debían ser reconocidos como un elemento importante del comercio internacional. Esta postura favoreció la inclusión del artículo 9, misma que fue de gran preocupación para los delegados de las naciones en vía de desarrollo, cuyos mercaderes típicamente son nuevos en el mundo del comercio internacional; ellos vieron que los usos establecidos se forjaron sin su participación, y que reflejaban los intereses de las naciones poderosas *vis-á-vis* el de las naciones pobres. Esta parte de la Convención es entonces problemática. Si un uso comercial es impuesto sobre una parte débil que desconocía su existencia, puede existir un conflicto, pues dicha situación atentaría contra el principio de buena fe establecido en la misma Convención en su artículo 9.

En suma, tenemos dos posibles interpretaciones del artículo 9(2) de la Convención: (i) los usos comerciales son un cuerpo de ley independiente que se desarrolla a través del tiempo, aún si las partes desconocían su existencia, o (ii) es necesario también efectuar un análisis, respecto de si las partes verdaderamente querían o no estar ligados por el uso en cuestión. Claro que no ayuda el hecho que la Convención no contempla definición alguna sobre “uso” o “costumbre”.²⁸ La postura que asumimos es que existe una presunción de que las partes quedan obligadas por aquellos usos fuertemente reconocidos, a menos prueben que no querían sujetarse a los mismos. Esta postura es consistente con el principio de buena fe de la Convención, el principio de *opinio juris et necessitates* ya referido y la autonomía de las partes para contratar y sujetarse a los términos que deseen. En adición al artículo 9, la Conven-

28 Algunos autores han expuesto que los usos deben ser interpretados mediante referencia a leyes locales: nada más erróneo, pues la necesidad de promover la uniformidad en la interpretación de la Convención plasmada en el artículo 7(1) sería minada si se recurriera a jurisdicciones locales.

ción contiene referencias específicas a los usos, como aquellas hechas en los artículos 8(3), 18(3), 32(2) y 35(2)(a).

Además de la aplicación supletoria de usos y costumbres, ciertamente sucede lo mismo en algunos casos respecto de los principios generales.

Arbitraje comercial internacional y *lex mercatoria*

El arbitraje comercial internacional, en su proceso actual, presenta escenarios muy interesantes para la práctica transnacional, simple y sencillamente porque casi todas las legislaciones en materia de arbitraje dan gran libertad a las partes respecto del sistema legal que podrán seleccionar como derecho aplicable a la transacción. No únicamente pueden seleccionar algún sistema legal que no guarde conexión material alguna respecto de la disputa, sino que además son libres de seleccionar como derecho aplicable tratados internacionales, usos internacionales, principios generales del derecho, conceptos vagos como *la lex mercatoria*, combinaciones de derecho internacional con algún sistema legal,²⁹ combinaciones de dos sistemas legales,³⁰ reglas de derecho comunes a los países que comercian, y demás. Por supuesto que los sistemas jurídicos nacionales no llegan a tanto. A lo mucho permiten la aplicación de un derecho ajeno, pero muy difícilmente una norma conflictual permitirá la aplicación de algo que no sea un sistema legal específico. La situación llega a ser tan liberal que los árbitros pueden, si así lo acuerdan las partes, resolver la disputa bajo el método *ex aequo bono* o *amigable compositeur*, o sea, bajo meras consideraciones de equidad y lógica. La Ley Modelo de la UNCITRAL dispone en su artículo 6(1) que las partes podrán seleccionar como derecho aplicable cualquier regla de derecho que crean conveniente. Lo importante es que el término “reglas de Derecho”, acorde a interpretaciones académicas y judiciales en casi todos los países que han adoptado la Ley, significa prácticamente cualquier sistema de reglas, independientemente de si las mismas son las de un sistema legal nacional o no. Esto a contraposición de la referencia “derecho” realizada por las normas conflictuales de las leyes del foro.

Cláusula especial. Ole Lando comenta que en Europa, los árbitros, cada vez aplican más la *lex mercatoria* en disputas internacionales, y que cláusulas que prevén la *lex* son frecuentemente incorporadas en contratos celebrados entre un gobierno y una empresa, o entre dos empresas.³¹ Dice el autor que mediante tal selección las partes evitan los tecnicismos inherentes a los sistemas legales nacionales y reglas que no son aptas para ser aplicadas a casos transnacionales. La realidad no es esa. Es realmente raro encontrar un contrato en el cual se pacte la *lex mercatoria* (en su término literal) como derecho aplicable a una eventual disputa arbitral; no obstante, lo que si es fácil encontrar es que

29 En el arbitraje de los Contratos de Concesión para la Explotación Petrolera en Libia, se pactó la aplicación del derecho libanés, siempre y cuando el mismo fuera consistente con el Derecho Internacional Público.

30 Tal y como se hizo en el “*Channel Tunnel Agreement*”, en el que se pactó que aplicaría el derecho francés e inglés en todo lo coincidente.

31 Ole Lando, “The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration” (1985), *International Comparative Law Quarterly*.

algunos de los susodichos integrantes de la *lex* sean seleccionados, tales como principios generales, usos o costumbres o el derecho internacional. Pero aún y si las partes decidieran aplicar la *lex mercatoria* como ley aplicable a la disputa, tal elección sería enteramente válida; los árbitros aplicarían entonces lo que ellos entiendan por la *lex*. En nuestra opinión, dicha elección no sería conveniente, pues la misma traería consigo confusión e incertidumbre; pero ello no significa que la elección no sea válida. Bajo las reglas estándar de arbitraje comercial, lo sería.

No cláusula. La Ley Modelo establece que si no existe cláusula especial, entonces los árbitros seleccionarán el derecho utilizando las reglas conflictuales que consideren más apropiadas. Lo mismo aplica en las reglas para arbitrajes *ad-hoc* de la UNCITRAL (33(1)), y en la Convención de Washington que regula los arbitrajes mixtos del Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversión (28(2)). Es fundamental señalar aquí que los árbitros están obligados a seleccionar un derecho nacional específico (pues la ley o regla aplicable les dice que seleccionen la “ley” que consideren más apropiada) pues una regla conflictual jamás señalará un principio o uso internacional, y si lo hacen, se corre el riesgo inminente que el juicio arbitral o laudo sea anulado por una corte de la *lex loci arbitri*, o su ejecución sea rechazada posteriormente,³² pues los árbitros estarían actuado *ultra vires*. Bajo tal tesis, parece evidente que la llamada *lex mercatoria* pierde su relevancia. Efectivamente, es menos importante, pero no insignificante. La misma Ley Modelo establece en su artículo 28(4) que los árbitros deberán decidir de conformidad con los términos del contrato, y deberán tomar en cuenta los usos comerciales aplicables a la transacción”. Las reglas de la UNCITRAL, diseñadas para arbitrajes *ad-hoc*, dispone que los árbitros deberán de tomar en cuenta los usos comerciales (artículo 33(3)). Asimismo, la mayoría de las reglas institucionales de arbitraje, como las de la CCI o la AAA, incorporan disposiciones similares. Por ejemplo, el artículo 17(2) de las reglas de la CCI dispone que “en todos los casos el Tribunal Arbitral tomará en cuenta los usos del comercio aplicable al contrato”. Casi todas las principales instituciones de arbitraje contienen provisiones similares, siendo la excepción la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, la Cámara de Comercio de Estocolmo y el Centro de Internacional de Arbitraje de Singapur. Tales reglas serán siempre válidas, en la medida que no contraríen normas de orden público de la *lex loci arbitri*.³³ En suma, es válido pactar en los arbitrajes internacionales la costumbre internacional o los principios, pero aún y no se haga tal cosa, la costumbre comercial será supletoria al derecho que finalmente sea elegido, de conformidad con la mayoría de las reglas arbitrales que se utilizan actualmente en los arbitrajes comerciales internacionales.

32 Bajo la Convención de Nueva York para el Reconocimiento y Ejecución de los Laudos Arbitrales, la actuación *ultra vires* (fuera del mandato) de un árbitro es motivo suficiente para rechazar la ejecución de un laudo arbitral. Tal causal también es razón para que las cortes del lugar donde se lleva a cabo el arbitraje suspendan el proceso arbitral o declaren como nulo el laudo emitido, situaciones que también, bajo la Convención citada, son motivos para rechazar la ejecución de un laudo arbitral.

33 La ley del lugar donde el arbitraje se lleva a cabo.

Conclusiones, *lex mercatoria* como método y no como cuerpo de normas sustantivas

De lo expuesto hasta ahora, es fácil notar la dificultad que encierra el concepto de la *lex mercatoria*. Casi todos insisten en ver a tal *lex* como un cuerpo sustantivo de normas, cuando en realidad, la aplicación de las mismas varía caso a caso, dependiendo de las circunstancias y contexto específico de cada situación. Algunos inclusive ven a la *lex mercatoria* como una verdadera ley en sí misma. Tal afirmación implicaría que los principios de la *lex* están suficientemente identificados, de tal manera que los mismos pueden traducirse al equivalente de un sistema legal funcional en miniatura. Claro que aquél no es el caso. La *lex mercatoria* es meramente un concepto alimentado de principios y usos, la mayoría de ellos no codificados. Los mismos proponentes de la *lex* reconocen sus limitaciones. Goldman afirma que la *lex* no ofrece reglas de uso transnacional para todos los problemas, y que, por ende, a veces es necesario recurrir a sistemas jurídicos. Por su parte, Lando afirma que la *lex mercatoria* sigue siendo un cuerpo desfragmentado de normas, que nunca alcanzará el nivel organizativo y funcional de un sistema legal. Pero lo más importante, la *lex mercatoria* no puede ser jamás una ley en sí misma, pues su aplicación queda sujeta siempre a la aprobación o remisión que efectúe un sistema local en particular. Ninguna situación jurídica puede estar “flotante”, o sea, sin liga a un sistema jurídico nacional.

Como ya hemos visto, el establecimiento y aplicabilidad de un principio general o de un uso comercial dependen de muchos factores, que van desde el sistema jurídico al cual las partes pertenecen, hasta el ramo específico comercial del que estemos hablando. La teoría de Kelsen respecto de la naturaleza de una norma fue sintetizada de una manera muy simple: si es A (hecho que encuadra con el supuesto jurídico), entonces debe ser B (consecuencia legal). Con la *lex mercatoria*, si es A, puede ser B, C, D, E ó F. Por ello, nos inclinamos más a la idea de que la *lex mercatoria* es más que un conjunto de normas un método que, a través de un análisis comparativo y fáctico, nos arroja soluciones concretas para resolver un problema transnacional, a través de la utilización y aplicación de usos y costumbres gestados en el seno internacional. Claro que lo anterior sólo será posible si la disputa se resuelve bajo un sistema que permita aquello, algo factible en arbitrajes internacionales, y poco común en cortes nacionales. Nuestra postura encuentra respaldo en Lord Mustill, quien ve a la *lex*, simple y sencillamente, como un sistema de *laissez-faire*. Dice el Lord que los proponentes de la *lex mercatoria* aseguran que la misma es la ley de la comunidad de comerciantes internacionales, lo cual significaría una ley adoptada bajo el consenso de todos los países que comercian. Se pregunta el inglés, ¿cuáles principios de derecho, además de aquellos que por ser tan generales son inútiles, son comunes a todos los sistemas legales? “*La idea no parece ser viable*”, se contesta.³⁴ Coincidimos absolutamente con tal opinión. Una *lex* universal es simple y sencillamente imposible. En cambio, un método liberal

34 Mustill, LJ, “The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years” en *Liber Amicorum for Lord Wilberforce* (eds Bos and Brownlie), Capítulo 9.

que permita dar soluciones a problemas transnacionales, sin usar un sistema legal en particular, es posible y a veces conveniente. Sería cuestión de analizar si un sistema legal lo permite y a través de qué mecanismos, y si a las partes del negocio internacional les conviene someterse al mismo.