

La lex mercatoria una ley procesal global

The lex mercatoria a global procedural law

DR. MARTIN EDUARDO PÉREZ CÁZARES

Investigador. Universidad de Guadalajara, Jalisco, México

mperezcazares@yahoo.com.mx

Recibido: 10/01/2018

Aceptado: 10/03/2018

RESUMEN: En esta era de la globalización, el derecho ha generado ordenamientos jurídicos, en especial del comercio exterior, desarrollándose normas *supra* nacionales con la idea de resolver las controversias que se susciten en las actividades de las empresas transnacionales, prevaleciendo normas necesarias para una economía global.

Ante esta internacionalización del derecho, en este artículo se pretende reflexionar sobre la extraterritorialidad del derecho procesal mercantil, que a través del método analítico exponemos la trascendencia de la *lex mercatoria*, buscando encontrar el reconocimiento de su aplicación a nivel global, mediante una discusión de quienes la aceptan como norma anaestatal pero aplicable en todos los países y quienes la rechazan por no ser una norma emanada de los órganos del Estado, pretendiendo generar la idea de la necesidad de un código de comercio internacional, y un tribunal internacional que lo aplique.

PALABRAS CLAVES: Legislación, Globalización, Concepto, Procedimiento, Resoluciones.

SUMMARY: In this era of globalization, the law has generated legal systems, especially foreign trade, developing supra-national standards with the idea of resolving disputes that arise in the activities of transnational corporations, prevailing rules necessary for a global economy.

Faced with this internationalization of law, this article aims to reflect on the extraterritoriality of mercantile procedural law, which through the analytical method we expose the transcendence of the mercantile law, seeking the recognition of its application at a global level, through a discussion of those who make. the measure as an anastate norm but applicable in all countries and those that reject it because it is not an official norm of the organs of the State, pretending to generate the idea of an international trade code, and an international tribunal that applies it.

KEYWORDS: Legislation, Globalization, Concept, Process, Resolution.

SUMARIO

I. Introducción. II. Legislación Mercantil Internacional. III. Naturaleza Jurídica de la Lex Mercatoria. IV. Concepto de Lex Mercatoria. V. Breve reseña histórica del Derecho Mercantil y su procedimiento. VI. Aplicación de la Lex Mercatoria. VII. Lex Mercatoria Producto de la Globalización. VIII. Razones y Oposiciones para la existencia de un Código Mercantil Internacional. IX. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

El auge del comercio internacional, el neoliberalismo, la crisis de funcionalidad de la justicia local, el creciente activismo de las grandes corporaciones en las decisiones de los Estados, han dado origen a una nueva normatividad internacional para resolver conflictos de comercio exterior.

La globalización del derecho, en especial del derecho mercantil y su procedimiento, ha permitido las relaciones comerciales entre países diversos inclusive con ideas y costumbres ajenas, dispares en ocasiones, pero con el interés de traficar mercancías, esto ha llevado a que el poder del Estado se ha ido mermando, pues el derecho ha traspasado soberanías y los gobiernos han tenido que ceder su acción legislativa e intereses del Estado, por legislaciones internacionales. Podemos decir entonces que la economía mueve al mundo y el derecho la regula.

Ante este fenómeno el derecho se ha convertido en un derecho supranacional o lo que yo llamo la extraterritorialidad de la norma. Por lo tanto, el derecho extraterritorial delimita el poder político y las soberanías de los Estados, siendo ya una realidad que se ve en la actual economía global.

En este contexto, existen legislaciones que son aplicadas en ámbitos internacionales, reconocidas por las partes que intervienen en un acto jurídico mercantil de carácter internacional, conocida como la *lex mercatoria*, pero cabe

preguntarse ¿cuáles son los límites de la *lex mercatoria*?, ¿que alcances tiene la *lex mercatoria*?, cuestionamientos que damos respuestas en este artículo.

II. Legislación Mercantil Internacional

La presencia de elementos extranjeros en una relación jurídica genera un dilema sobre la legislación aplicable, cuya solución es suministrada por las normas indirectas del derecho internacional privado. No obstante los remedios provistos, son insatisfactorios, puesto que imponen costos a las partes en conflicto, en las que se sufre demoras por el procedimiento local, mientras que las condiciones del mercado cambian constantemente, por ello se requiere una regulación uniforme y una nueva universalidad del derecho (Ruiz, 2016, p. 347).

La dimensión mundial de los mercados, hace necesario un derecho global, y ese derecho es el derecho mercantil y su procedimiento y/o el derecho procesal mercantil, puesto que para la actualidad resulta imperioso un nuevo orden jurídico internacional que regule la actividad mercantil a nivel global, un solo derecho mercantil que sea vinculante para todos los países, con sanciones en caso de incumplimiento en las prácticas de la actividad mercantil internacional.

Ante esta falta de un derecho procesal uniforme en materia mercantil internacional, las empresas transnacionales, han insertado en sus contratos cláusulas arbitrales en caso de conflicto entre las partes, para someterse a un tribunal de arbitraje internacional y aún y cuando existen muchos tribunales de arbitraje internacionales, en muchas ocasiones no existe un poder coercitivo para dar cumplimiento a un laudo arbitral.

En sus orígenes la *lex mercatoria* estaba formulada por los usos y costumbres de los comerciantes, constituía el derecho de los contratos aplicado independientemente del lugar de la ley personal de los partícipes, para ser colocados en situación de igualdad, cuya intención era más importante que los signos con que se exteriorizaba el contrato (derecho-comercial.com).

En 1475 el *Chancellor*¹ de Inglaterra expreso que: “Los mercaderes no están obligados a nuestras leyes, sino que deben ser juzgados de acuerdo a la ley natural a la cual algunos llaman *lex mercatoria*, que es universal en el mundo” (derecho-comercial.com).

El uso de esta ley comenzó a declinar en el momento de las grandes codificaciones y en la actualidad emerge una nueva *lex mercatoria*, constituyendo un cuerpo de normas jurídicas escritas o no, que rigen las relaciones internacionales del comercio, como un ordenamiento independiente del derecho positivo de los estados. Esto es así, porque para el comercio internacional la utilización del método conflictual para la solución de litigios presenta características de inseguridad y de imprevisibilidad inaceptables para su dinámica. De esta forma su vocación universalista del derecho mercantil y su procedimiento debe de tomar en cuenta las necesidades del comercio internacional, la especialidad de sus relaciones y no solo las legislaciones internas de los estados (derecho-comercial.com).

Es así que la nueva *lex mercatoria* se está formando por organismos internacionales para fijar reglas al comercio internacional, pero el problema a que se enfrenta es que debe ser aceptada por todos los países.

Pese a las diferencias de los sistemas políticos y económicos, ha surgido un nuevo ordenamiento de las relaciones comerciales internacionales que evidencia la efectividad de un derecho autónomo, nacido de las propias exigencias de éste, que se ha desarrollado con independencia de los sistemas jurídicos nacionales, elaborado por las asociaciones mercantiles o por organismos internacionales. La frenética actividad de los servicios jurídicos de las empresas multinacionales no es ajena a esta evidencia, en la medida en que la utilización de instrumentos jurídicos equivalentes a todos los países donde actúan. (Fernández, 2013, p. 96)

De ahí que la *lex mercatoria*, sea un referente de solución de conflictos a nivel internacional, constituyéndose como una ley internacional cada día mas aceptada entre quienes se dedican al comercio.

1 Canciller de justicia.

III. Naturaleza Jurídica de la Lex Mercatoria

Existe un debate sobre la naturaleza jurídica de la *lex mercatoria*, la cual este trascendiendo en américa latina, puesto que en Europa y Estados Unidos ha sido ya discutida.

Un sector de la doctrina europea considera que la *lex mercatoria* es un mero recurso interpretativo de las cláusulas de los contratos mercantiles internacionales, para el caso de duda o sentido del clausulado de un contrato, se pueda recurrir a la *lex mercatoria* para tratar de precisarlo (Giménez, 2004, p. 346).

Esta situación en México ha quedado dilucidada al establecerse en el artículo 78 del Código de Comercio que la interpretación de los contratos mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos en que aparezca que quiso obligarse.

Otra postura considera que la *lex mercatoria* es una especie de derecho intersticial, que se aplicaría solamente en aquellos intersticios, vacíos o lagunas que dejan abiertos los ordenamientos jurídicos nacionales (Giménez, 2004, p. 346).

La práctica arbitral reiterada, ha producido principios consolidados en los laudos que han hecho la naturaleza jurídica de la *lex mercatoria*, siendo los siguientes:

- Las prestaciones contractuales deben ser equilibradas, no deben de ser cargadas a un lado o a otro.
- La interpretación de buena fe de los convenios debe de prevalecer en los contratos mercantiles.
- La presunción de competencia profesional.
- El compromiso para el acreedor de una obligación inejecutada, de minimizar el perjuicio que pueda ocasionar.

- La presunción a falta de acción, de renuncia a las acciones contractuales.
- El deber de cooperación entre las partes.
- La exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes, en el cuidado de sus intereses.
- La validez de la aceptación tácita de un contrato.
- Las reglas de interpretación de los contratos (buena fe, verdadera intención de las partes, norma del efecto útil).
- La transparencia sustantiva en un grupo de sociedades y la aplicación del efecto relativo de los contratos (Labariega, histórico.juridicas.unam.mx).

Constituye en tal caso por su naturaleza, un derecho espontaneo consuetudinario que se va dando por los usos y costumbres entre los comerciantes para resolver sus conflictos y de cierta manera universal al ser aceptado por todos los comerciantes, determinando el derecho que regirá en una relación jurídica comercial.

Cabe señalar que el arbitraje comercial internacional juega un papel importante en la naturaleza jurídica de la *lex mercatoria*, puesto que se han constituido en una fuente de normas y reglas que van enriqueciendo el bagaje de esta ley en cuanto a procedimiento se refiere.

De acuerdo a la teoría originaria, la *lex mercatoria* está constituida por los principios del derecho comunes a las naciones involucradas en el comercio internacional y por los usos del comercio internacional (Grande, 2008, p.204).

Silvana Grande citando a Michael Mustill señala que en la *lex mercatoria* no existe ninguna autoridad internacional con el poder normativo necesario para crear un ordenamiento jurídico al cual deba someterse toda la comunidad internacional de negocios. Señala también que esta ley no puede ser autónoma porque no se basta así misma para ser impuesta a los tribunales nacionales ni para la ejecución de un laudo arbitral sobre la base de esta ley y por tanto deben

de aplicarse las reglas de jurisdicción del lugar de ejecución del laudo (Grande, 2008, p. 204).

Esto implica que la fuerza jurídica de la *lex mercatoria* depende de la aceptación de la misma por la comunidad internacional, debiéndose crear en tal caso tribunales internacionales en materia mercantil para dilucidar las controversias del comercio internacional que hoy en día por el fenómeno de la globalización se hace necesaria su creación.

Eduardo Rodríguez (2017) señala que: “*Las obligaciones asumidas en los contratos internacionales parten del principio de pacta sunt servanda, que ofrece garantías de seguridad para el desarrollo del comercio internacional. Sin embargo puede suceder que el cumplimiento de las obligaciones previstas en dichos contratos tal cual fueron pactadas inicialmente, puede resultar injusto o perjudicial para algunas de las partes, a pesar de que la momento de obligarse no fuera así, debido al acaecimiento de situación que desproporcionan el equilibrio inicial del contrato*”.

Lo que conocemos como la teoría de la imprevisión o del riesgo en materia de contratos y por lo tanto en esos casos se acudirá a la *lex mercatoria* como una manera de salvar la imprevisión para el cumplimiento del contrato, de aquí entonces que la *lex mercatoria* sea un instrumento no solo valido sino necesario para el cumplimiento del contrato de comercio internacional y no resulte ser solo una regla interpretativa de los contratos.

Pero este autor señala que para ello no es necesario acudir a la *lex mercatoria* sino que fue creado un principio denominado *rebus sic stantibus*, (Rodríguez, 2017) como mecanismo para restablecer el equilibrio contractual entre las partes.

Otro aspecto en el que coinciden varios autores es que la *lex mercatoria* es hecha por oligopolios jurídicos y financieros y que ha sustraído a los Estados muchas prerrogativas soberanas y en su lugar ha impuesto un derecho amorfo

que admite el shopping del derecho, con normas pactadas por desiguales y que aplican en tribunales arbitrales una ley acorde a sus intereses (Schujman, 2012).

Gregor Barschi (Schujman, 2012) señala que la *lex mercatoria* es un nuevo derecho que no emerge de la voluntad de los Estados soberanos, sino que es surgido del derecho del comerciante, que van desde operaciones comerciales internacionales, inversiones, transacciones electrónicas e incluso nuevas formas de personalidad jurídica.

Emerge así un nuevo derecho trasnacional establecido en la *lex mercatoria* como un derecho de textura abierta, cuya aplicación se da en la justicia privada y no en la justicia estatal, que rebasa a la cultura jurídica tradicional.

Surge así de los contratos mercantiles internacionales de comercio exterior, de los laudos arbitrales, de las normas uniformes redactados por los organismos trasnacionales como la Organización Mundial de Comercio (OMC), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) entre otros, y la mas importante, de los usos y costumbres comerciales, no de normas de origen estatal nacidas de un congreso o parlamento, son normas creadas por los propios comerciantes y que prevalecen por encima de las leyes de los Estados.

Siendo así la *lex mercatoria* un producto de la globalización y de la mercantilización de la economía, en la que el derecho es parte esencial para normar esta actividad, pero que requiere para su aplicación el establecimiento de un tribunal mercantil internacional reconocidos por todos los Estados, puesto que si existe un tribunal internacional de justicia penal, de igual manera debe de existir un tribunal internacional de justicia mercantil o de comercio exterior.

IV. Concepto de Lex Mercatoria

A la *lex mercatoria* se le han dado innumerables conceptos, dependiendo de la posición teórica de los propios autores, aquí mencionamos algunos con posiciones claras, entendibles y tratamos de construir un concepto acorde a la realidad de

nuestro derecho que pueda ser comprensible.

Ley mercante o ley del comerciante, del latín *lex mercatoria*, fue inicialmente un sistema jurídico utilizado por los comerciantes en la Europa medieval. Conjunto de normas y principios establecidos por los propios comerciantes, para regular sus relaciones (derecho-comercial.com).

Pedro Alfonso Labariega Villanueva, citando a Berthold Goldman señala que es un conjunto de principios, instituciones y reglas provenientes de fuentes distintas que nutre continuamente las estructuras legales y la actividad específica de los operadores del comercio internacional.

Goldman insiste en que se trata de normas transnacionales que se van dando paulatinamente a sí mismos los socios en los intercambios comerciales. La concibe como conjunto de principios generales y de reglas consuetudinarias aplicadas espontáneamente o elaboradas por el comercio internacional

Es un conjunto normativo con carácter supranacional desligado del poder/capacidad de los estados para dictar normas, con autonomía e independencia respecto a los ordenamientos estatales y es considerada la norma apropiada para la regulación de las relaciones económicas internacionales (Rodríguez, 2012).

En otras palabras, se ha entendido por *lex mercatoria*, en su expresión genuina y latina, en contraste con la terminología anglosajona (*The Law Merchant*), al conjunto de normas derivadas como consecuencia de los usos de comercio internacional elevados a rango de “sistemas”, o bien a un orden jurídico distinto y diferente al derecho nacional, bautizado sistema transnacional o a-nacional (Rodríguez, 2012).

Algunos autores la consideran como una expresión de la voluntad de los contratantes y no de una normatividad propiamente dicha, entre ellos Esperanza (Castellanos Ruiz 2006, p. 59).

Maximiliano Rodríguez Fernández, citando a Lew, Mistelis y Kroll, se trata de un conjunto de normas creadas por y para los comerciantes que participan en el comercio internacional y que son aplicadas fundamentalmente, aunque

no exclusivamente, por árbitros, para resolver controversias propias de dicho comercio.

La *lex mercatoria* puede entenderse como un conjunto de reglas que conforman un ordenamiento jurídico surgido de la práctica comercial internacional. Esta práctica comercial se verifica en los contratos internacionales como fuente de usos comerciales, condiciones generales de contratación, contratos-tipo, entre otros, y el arbitraje internacional como órgano administrador de justicia (Rodríguez, 2012).

Cuerpo de normas y resoluciones arbitrales que rigen al comercio mercantil internacional entre particulares (Konradi, 2006, p. 294).

Frignani, citado por Jorge R. Albornoz, ha sostenido que la *lex mercatoria* es una serie de usos y prácticas frecuentes en el comercio internacional y que los particulares asumen en sus relaciones con la *opinio juris* de su vinculación jurídica (Albornoz, 2013, p. 11).

Para los denominados apóstoles de la *lex mercatoria*, ésta conforma un sistema jurídico universal, autónomo, flexible, informal y abierto porque se va constituyendo a través de conjuntos de reglas, principios y estándares en constante elaboración por parte de abogados, árbitros, y operadores comerciales internacionales. De esta forma puede sostenerse que es un derecho híbrido que articula elementos del derecho comercial y del derecho internacional público (Albornoz, 2013, p. 15).

En consecuencia, podemos decir que la *lex mercatoria* es un derecho trasnacional consuetudinario, que presenta fuentes diversas, como los usos y costumbres del comercio internacional, los contratos internacionales, los laudos arbitrales, los principios generales del derecho mercantil internacional.

En síntesis la *lex mercatoria* son los usos, costumbres y prácticas que se dan en el comercio internacional y que los comerciantes asumen como normas para la solución de conflictos entre ellos, esto es, asume el papel de una ley procesal internacional para resolver las controversias del comercio exterior.

V. Breve reseña histórica del Derecho Mercantil y su procedimiento

Ante la ausencia de un fuerte poder central en la edad media, todos aquellos que tenían intereses comunes que defender el comercio, se unieron en asociaciones para aumentar su fuerza. Los Comerciantes, quienes fueron de los primeros que formaron gremios, corporaciones o universidades. En el siglo IX ya existían corporaciones de mercaderes en Inglaterra, pero fue hasta principios del siglo XI para encontrar constancias documentales de la existencia de una comunidad de mercaderes, la de *Tiel an der Wall* (Holanda), de quienes consta que se sustraían al poder público y resolvían conforme a normas propias sus litigios por autorización del emperador. Las corporaciones eran presididas por uno o más funcionarios llamados cónsules. (Dhondt, 1971, p. 155)

Varias eran las funciones de estos gremios: organizaban y presidían las ferias y mercados; enviaban cónsules al extranjero para proteger a los asociados y asistirlos en caso de infortunio o enfermedad; protegían la seguridad de las comunicaciones, y, por último, como función importantísima, dirimían las contiendas que pudiesen surgir entre los socios. Los tribunales mercantiles en sus estatutos y en sus decisiones, pusieron por escrito los usos de los mercaderes, los interpretaron y generalizaron, dándoles formas concretas y certeras. Los cónsules crearon el derecho procesal mercantil, necesario para el funcionamiento de sus tribunales; pero además, y tomando como materia prima la costumbre no escrita de los mercados, el *ius mercatorum*, crearon el derecho mercantil. No fue obra del legislador ni de la doctrina jurídica, sino que nace en cuna procesal, como obra de jueces. Los cónsules, empeñados en obra práctica y no en dialéctica, dictan las normas necesarias, sin distinguir entre derecho sustantivo y adjetivo, al contrario mezclándose entre sí. (Rocco, 1981, p.12) Es tal vez este el antecedente de lo que hoy conocemos como arbitraje comercial.

Es así que el origen procesal del derecho mercantil, lo podemos encontrar en los mercados y ferias, sin diferenciar entre normas sustantivas y procesales, considerando que hasta nuestros días todavía está previsto la utilización de la costumbre en materia mercantil que es un aporte que a trascendido al tiempo y

cuyo reconocimiento se encuentra legislado en México en el artículo 2 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito².

A decir de Alfredo Rocco, los Tribunales Mercantiles administraban justicia sin formalidad alguna (*sine strepitu et figura iudicij*), siguiendo las reglas de la equidad (*ex bono et aequo*). El procedimiento era verbal. Las reglas aplicables en los diversos países europeos respecto a los juicios tendieron a uniformarse, dando el carácter internacional de la actividad mercantil.³

Los comerciantes desempeñaban su actividad en las ciudades, y pronto constituyeron una gran aristocracia, con mucha influencia política. Los habitantes de las ciudades sometidas al poder obispal o al de los señores feudales, tenían constantemente presente el régimen jurídico privilegiado del que gozaban los comerciantes en el interior de sus corporaciones y en las ciudades eminentemente mercantiles, en tanto que el proceso común seguía aceptando las ordalías y, en general aplicando el proceso germánico. Esta dualidad desfavorable para los no comerciantes, iba a dejar lugar paulatinamente a un acercamiento entre el procedimiento mercantil y el procedimiento común. Por una parte los habitantes de las ciudades iban a luchar por obtener privilegios que les permitieran liberarse del proceso primitivo que se les aplicaba. Por la otra los tribunales mercantiles se abrieron ante ellos compareciendo no comerciantes cuando el litigio versaba sobre un acto mercantil. (Le Goff, 1998, p. 186 - 187) El Tribunal Mercantil de Florencia fue reconocido como Tribunal público en 1037.

Los privilegios estatutos o carta arrancadas por las ciudades a los obispos y señores feudales en los siglos XI y XII principalmente, entregan a la ciudad la

2 Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior, se rigen:

I. Por lo dispuesto en esta ley, y en las demás leyes especiales relativas; en su defecto,

II. Por la Legislación Mercantil general; en su defecto,

III. Por los usos bancarios y mercantiles y, en defecto de éstos,

IV. Por el Derecho Común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal.

3 En Inglaterra las Jurisdicciones especiales que se les reservan a los comerciantes se llamaban *courts of piepowders* porque los mercaderes son hombres con los pies cubiertos por el polvo del camino, *pieds poudreux*. Como explica perfectamente un texto de la primera mitad del siglo XII: “El mercader extranjero o aquel que recorre el reino sin tener un domicilio fijo sino que vaga, es llamado *Piepowdrous*.”

facultad jurisdiccional sobre sus habitantes, y suprimen las ordalías, mencionando en forma expresa la prueba de batalla o duelo judicial. El cuarto concilio de Letrán abolió las ordalías en 1215.⁴ Podemos afirmar entonces que los Tribunales Mercantiles, a más de crear el Derecho Procesal Mercantil y de contribuir en forma capital a la creación del Derecho Mercantil sustantivo, representaron un ejemplo y una avanzada en la evolución del Derecho Procesal Civil.

Históricamente el Derecho Procesal Civil comenzó a mercantilizarse, manifestándose en la importancia otorgada a la prueba documental, en la desaparición del primitivo sistema probatorio germánico, en la tendencia a la uniformidad internacional del Derecho, en el principio de la libertad de ofrecimiento y valoración de pruebas, y fundamentalmente, en el principio de que el proceso debe ser breve, nacido en el proceso mercantil y convertido hoy en desiderátum de todo derecho procesal.

Como vemos el inicio del derecho mercantil y su procedimiento fue a base de la costumbre que se daba entre los comerciantes, costumbres que eran tomadas como la ley misma para la solución de conflictos y que aun en la actualidad son un referente para aquellos casos que no están legislados.

VI. Aplicación de la *Lex Mercatoria*

La expansión global de las empresas transnacionales no puede entenderse sin tener en cuenta el concurso de otros actores, claves para la consolidación y ampliación de la fortaleza de la *lex mercatoria*, como son los Estados tanto de origen como de destino de las inversiones, las instituciones internacionales económico-financieras y los tribunales de arbitraje.

Es indudable que, en el marco de los procesos de globalización económica y financiera, los Estados tienen que ceder buena parte de sus competencias en todo lo que tiene que ver con el derecho mercantil, de lo contrario verán mermado su

4 No obstante la desaparición total de las ordalías en Occidente, se haría esperar aún. En Inglaterra, un procesado invocó la ordalía de batalla en fecha tan tardía como 1818, lo que llevo a su abolición por ley en 1819.

comercio internacional. Las políticas de un Estado cerrado no pueden concebirse ante un mundo globalizado, por lo tanto, el reconocimiento del derecho mercantil tiene que abrirse ante un mundo en el que las fronteras se vuelven inexistentes, y se debe de ir eliminando progresivamente lo que en su momento llegó a conocerse como el derecho estatal cuya magnitud era concebida y delimitada a su territorio, cediendo parte de su soberanía legal, para permitir la aplicación de un derecho extraterritorial.

En esta línea, se ha flexibilizado para cambiar el sistema jurídico procesal y poder aplicar un derecho que pueda sujetar al Estado a cumplir y ejecutar las resoluciones que se den en tribunales internacionales, un derecho que sujete a más de un país, puesto que la globalización provoca la universalización del derecho.

Este conjunto de principios de la contratación internacional se inserta como formulas normativas en el dominio de los contratos internacionales, como normas anacionales, pudiendo constituirse en una fuente distinta al binomio normativo tradicional: derecho interno y derecho internacional (Herdegen, 2012, p. 8).

Regular los contratos y las relaciones jurídicas comerciales basadas en una normatividad jurídica internacional es el gran reto actual del derecho mercantil y su procedimiento, puesto que, en el presente, existe una asimetría normativa que provoca un desajuste en la equidad y que trasciende a las resoluciones, dado que se enfrenta a distintos derechos con distintas interpretaciones. Ahora, más que nunca en la historia del derecho, se hace necesaria una homogenización de las normas mercantiles tanto sustantivas como adjetivas para que, en el ámbito internacional, se pueda actuar sin contrapesos normativos y con un alto grado de efectividad.

En esto también ha sido fundamental el trabajo que han llevado a cabo instituciones internacionales como la Organización Mundial de Comercio (OMC), la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM). Todos estos organismos han tratado de aprobar y aplicar normas

de derecho mercantil internacional, sin embargo, su aplicación e interpretación se ha topado con la negativa de muchos países y por lo tanto la garantía de su aplicación o protección a ciertos derechos se ve débil y disminuida al no tener el reconocimiento universal de todos los derechos en materia de comercio internacional y se encuentra con barreras en su aplicación y ejecución de sentencias o laudos; la toma de decisiones, el contenido normativo de las mismas, la crisis de la multinormatividad y la reinterpretación unilateral de los principios jurídicos sobre todo el de igualdad normativa para la homogenización del derecho mercantil sustantivo como adjetivo, resulta ser una necesidad jurídica para dar la seguridad legal a quienes comercian a nivel internacional.

Junto a ello, una de las fortalezas más reseñables del derecho mercantil es que es un derecho global cuya fortaleza reside en la existencia de tribunales arbitrales internacionales, pero hasta que grado es la efectividad de sus laudos en cuanto a su ejecución⁵. Pero la fuerte asimetría existente entre todos los países redundando en una falta de garantías y de efectividad jurídica en la ejecución de los laudos, y algunas veces grandes diferencias en los derechos humanos, en la manera de aplicarlos, interpretarlos, garantizarlos y protegerlos, no obstante que existe una gran fortaleza del sistema de solución de diferencias de la OMC (Organización Mundial de Comercio), y de los sistemas de arbitraje previstos en los tratados de comercio, ello sitúa al derecho mercantil como un derecho transnacional, que debe de ser en plano, jerárquicamente superior a los derechos sustantivo y adjetivo mercantil de los países. Las sanciones de la OMC, por ejemplo, suelen ir acompañadas de modificaciones legislativas, sanciones comerciales y cuantiosas indemnizaciones, pero a la vez está el incumplimiento de los laudos arbitrales con amenazas de bloqueo económico internacional que podría generar la inejecución de los laudos.

Por ello es necesario una normatividad mercantil internacional establecido en un código cuya base sea la *lex mercatoria*, normando los usos y costumbres del comercio internacional y el establecimiento de un tribunal internacional

5 En México, el Código de Comercio establece un título sobre el arbitraje comercial y dentro de este, un capítulo de reconocimiento y ejecución de laudos, normado en los artículos 1461 al 1463.

especializado en derecho mercantil que conozca y resuelva las controversias que se susciten en el comercio internacional y en el que aplique entre otros este nuevo código mercantil internacional, pues resultaría ilógico jurídicamente hablando que un juez nacional aplique una ley internacional, misma que debe de ser aceptada en todos los países, pues prácticamente en todos se compra y se vende a nivel internacional.

La extrapolación de un foro jurisdiccional especializado y un derecho material o sustantivo adecuado al derecho comercial internacional son imperativos (Boutin, 2013, p. 78).

Al existir un vacío legal por no tener confianza en las legislaciones nacionales, y buscando un equilibrio entre las partes contratantes en el comercio internacional, en este nuevo escenario de la globalización, se hace necesario contar con un instrumento jurídico que establezcan reglas claras para la solución de conflictos que sean aceptables por todos los contratantes, intentando desplazar los efectos negativos de las prácticas comerciales dado el laberinto jurídico del derecho mercantil para resolver las controversias entre ellos, por eso nació la *lex mercatoria* actual.

En este contexto, frente al nuevo derecho mercantil global que se ha ido construyendo en los últimos cuarenta años, a través de tratados comerciales, miles de normas en la OMC, (Organización Mundial de Comercio), la CNUDMI, (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), el FMI (Fondo Monetario Internacional), el banco mundial, (BM), los tribunales internacionales de arbitraje y mecanismos de resolución de disputas, se hace necesario contar con contrapesos suficientes y mecanismos efectivos para el control del comercio internacional y la solución de controversias.

La *lex mercatoria* como fuente jurídica normativa, se sitúa fuera de un derecho nacional y sancionado por un derecho consuetudinario supranacional aún endeble, que para algunos deviene en un sistema jurídico, se trata de un cuerpo normativo de naturaleza transnacional material. La *lex mercatoria* es, pues, el nuevo *droit commun* de los mercaderes u operadores del comercio

internacional que opera en función de dichos agentes económicos en pro de una justicia mercantil supranacional de orden dispositivo y material (Boutin, 2013, p. 78, 80).

Por eso, la fuerza de la *lex mercatoria*, ha de convertirse en la pirámide normativa, del derecho mercantil internacional, la cual no solo debe de ser reconocida y aceptada por todos los países, sino aplicada en tribunales especializados de comercio internacional, cuyas sentencias puedan ser ejecutadas en todos los países.

En la esfera del derecho escrito positivo, cabe localizar cual es su fundamento o espacio jurídico de la *lex mercatoria*, si existe una justificación frente al juez estatal para aplicarla; tratándose de una norma anacional no positiva que sea vinculante al juez, y luego establecer si existe la jurisdicción de la norma mercatoria, y de tal suerte poder equipararla en pie de igualdad tanto con la ley positiva interna como una ley extranjera (Boutin, 2013, p. 84).

Esta situación es lo que se busca en un afán por igualar las legislaciones nacionales a un código de comercio internacional, que sea aplicado en cualquier Estado, pues no podemos negar la globalización, en la que el derecho no puede ser ajeno y pasar a ser un invitado de piedra.

La *lex mercatoria* debe ser examinada bajo el criterio de saber si la misma ha sido reconocida en cuanto a su derecho de ciudadanía y examinar los presupuestos que conllevan la aplicabilidad del derecho mercatorio, es decir su entorno jurídico y valorado por el derecho judicial local (Boutin, 2013, p. 84).

Por lo tanto, debe de existir una amalgama entre el derecho supranacional de la *lex mercatoria*, con los ordenamientos nacionales, que estandarice las reglas no solo del comercio internacional, sino de la solución de controversias mercantiles internacionales, tanto entre estados, como entre particulares o de los estados con los particulares, pues esto es una necesidad actual de la globalización.

VII. La Lex Mercatoria producto de la globalización

En la era de la globalización, el derecho tiene una transformación y una redefinición de nuestros conceptos jurídicos tradicionales en cuanto a la aplicación territorial de la norma; surge así un nuevo derecho, que no es producto de la soberanía de los estados, sino de las grandes empresas, produciendo un debate que enfrenta el alcance de aplicación de las normas internacionales frente al derecho del Estado, surgiendo la polémica de la autonomía de la *lex mercatoria*, si resulta obligatoria o no para los tribunales nacionales.

Es así que, en la globalización económica el derecho no puede quedar al margen de un desarrollo mundial mercantil, en donde las fronteras para el comercio han desaparecido y el derecho tiene que adecuarse a esta realidad, mediante una nueva normativa que debe de ser aceptada por todos los países, de lo contrario producirá su aislamiento no solo jurídico sino económico.

El derecho tiene que ser factor de integración de todas las naciones, factor que no ha sido aprovechado a nivel mundial para generar un norma extraterritorial que pueda ser aceptada por todos los países, oponiéndose la gran mayoría en base a su soberanía que sientes que se ve afectada ante la aceptación de una norma que no ha salido de su poder legislativo, argumentando un nacionalismo que en materia mercantil no conduce a un progreso económico.

Ante esto, los comerciantes han visto al arbitraje como un mecanismo idóneo para resolver los problemas suscitados por las relaciones jurídicas transnacionales, que debería de estar regulado por normas transnacionales, que no se viera afectadas por normas aplicables a procedimientos locales (González, 2011, p. 75).

Surge así cuestionamientos sobre las sociedades mercantiles internacionales o transnacionales que intervienen en la generación de normas internacionales para la solución de conflictos entre ellos mismos, dejando aun lado al Estado, pero donde se hace necesario también reconocer la personalidad de las sociedades mercantiles, esto es, la representación de las mismas mediante documentos reconocidos mundialmente, homogenizando los requisitos para

comparecer como apoderado de una corporación internacional.

Es por tanto que la *lex mercatoria*, constituye un instrumento esencial en la elaboración de convenios internacionales como de su interpretación de sus cláusulas que conforman reglas que son asumidas por los particulares en virtud de la existencia de una convicción de su carácter vinculante que llena los requisitos de las necesidades del comercio internacional que exige la aplicación de un ordenamiento neutral (Fernández, 2013, p. 99, 100).

De ahí que podamos concluir que la *lex mercatoria* es un ordenamiento supraestatal producto de la globalización que es aceptada por quienes comercian a nivel internacional, gestado por las necesidades de resolver las controversias que se suscitan en el propio mercado, con reglas mucho mas eficaces que las dadas por los estados.

VIII. Razones y opociones para la exixtencia de un Código Mercantil Internacional

1. Los derechos y obligaciones de las empresas que comercializan a nivel internacional y que por obvias razones realizan transacciones mercantiles, deben de estar regidas en un ordenamiento jurídico global tantos sustantivo como adjetivo basado en reglas de comercio que resuelva las controversias que se susciten, con características imperativas, coercitivas y ejecutivas, que puedan aplicarse.
2. El ordenamiento jurídico que pudiera darse, debe de ser reconocido por todos los Estados, puesto que debe de ser un ordenamiento mundial, y las normas de dicho ordenamiento que no se contrapongan con las legislaciones nacionales deben de ser incluidas en estas.
3. Este ordenamiento de comercio, debe de proteger los derechos humanos, de manera que su exigibilidad y justiciabilidad estén garantizados en tribunales internacionales.

4. Las normas en este ordenamiento no deben ser de derecho blando, sino con códigos de conducta y de costumbres basadas en la historia del derecho mercantil y su procedimiento, en el que prevalezca el principio de buena fe, en cualquier transacción comercial como en la solución de controversias. Normas que tengan el poder de ser aplicables en todos los países con la idea de un plus normativo. Esta normatividad que se propone debe de verse traducida en el clausulado de las sociedades mercantiles, esto es, en sus estatutos, en la que se adhieran a esta normatividad, mediante un sometimiento expreso en caso de una controversia por algún acto jurídico mercantil.

5. Al día de hoy, únicamente pueden aplicarse a cada sociedad mercantil las disposiciones legales del país en que se encuentra localizada, siendo el derecho nacional el eje actual sobre el que gira su responsabilidad jurídica y el derecho mercantil internacional solo les resulta aplicable a las empresas transnacionales a través de la acción estatal. Esto ha implicado que en muchas ocasiones para defender sus derechos, o eximirse de responsabilidades las empresas transnacionales pueden cambiar el domicilio sin dificultad, en aquellos países que no se reconoce la legislación mercantil internacional como la *lex mercatoria*. Esta situación cambiaría si existe una ley internacional que regule la actividad mercantil.

6. El nuevo derecho mercantil global debe de dar seguridad jurídica a quienes realizan transacciones mercantiles a nivel internacional, no solo debe de haber acuerdos bilaterales, multilaterales y regionales promovidos desde la OMC, la CNUDMI, el FMI y el Banco Mundial.

7. Ante la debilidad de los ordenamientos nacionales de los Estados encargados de controlar el cumplimiento de las obligaciones por parte de las multinacionales, muy pocos estados han aprobado instrumentos para exigir indirectamente responsabilidades en el país sede de la empresa matriz. Ni las empresas transnacionales, ni el Estado han impulsado, de ninguna manera, avanzar en la posibilidad de que exista esta extraterritorialidad de la norma mercantil, ni directamente incorporando mecanismos en sus códigos de comercio.

8. Lamentablemente muchas empresas transnacionales se reúsan a la regulación en el ámbito global y no quieren atenerse ni atarse a ninguna norma. Prefieren hablar de la responsabilidad ética que en la responsabilidad legal.

9. Los tribunales internacionales de arbitraje se sustentan en la idea de dotar de plena seguridad jurídica al comercio internacional y a las multinacionales frente a los Estados receptores. El incumplimiento de las sanciones de la OMC o de los laudos de los tribunales arbitrales daría lugar a mecanismos coercitivos con implicaciones económicas muy difíciles de sostener para los países periféricos; son sentencias de obligado cumplimiento. Pero al mismo tiempo, los sistemas universales del derecho mercantil internacional y sus jurisdicciones son frágiles; no existe la obligación de acatar el derecho, ya que se cuestiona su carácter material de norma, su origen no estatal y por tanto las sanciones de la OMC o los laudos arbitrales se consideran como una mera recomendación.

10. La negativa de las empresas transnacionales a aprobar un código externo de carácter vinculante en el seno de Naciones Unidas y un tribunal internacional para el control de sus operaciones, así como la oposición a que pueda crearse un centro que fiscalice sus prácticas, inspeccione sus incumplimientos y articule las denuncias, colisiona con sus reiterados llamamientos al respeto a los derechos humanos. Parece evidente que prefieren definir ellas mismas los contornos de su responsabilidad, oponiéndose a cualquier injerencia externa de control. Prefieren la responsabilidad social a la ley internacional.

IX. Conclusiones

PRIMERA. Es necesario elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades del comercio internacional mediante un código de derecho mercantil internacional que obligue a todos los países a su reconocimiento y aplicación y un tribunal internacional en donde se aplique este nuevo código y juzgue las controversias del comercio exterior. Ante la falta de este tribunal,

debe de otorgarse facultades juzgadoras a la Organización Mundial de Comercio (OMC) para que conozca y dirime controversias no solo entre países, sino entre particulares que realicen transacciones mercantiles internacionales.

SEGUNDA. En esta nueva perspectiva normativa se deben de incluir propuestas alternativas de regulación que tome en cuenta, entre otros factores, como:

- El reconocimiento a un derecho mercantil global por todos los países.
- Los gobiernos deben regular las importaciones, exportaciones e inversiones de forma que estas sirvan a sus propias estrategias de desarrollo sostenible, pero teniendo en cuenta el derecho mercantil internacional.
- Debemos de cambiar de paradigma en la normatividad nacional por una normatividad extraterritorial reconocida en todos los Estados, que regule el comercio internacional que no sea solo de complementariedad con respeto a las legislaciones nacionales.
- Jerarquía normativa: debe haber una primacía del derecho mercantil internacional sobre las normas de comercio nacionales que traten las transacciones del comercio exterior.
- Soberanía judicial internacional en el que los tribunales internacionales, sean instancias reconocidas por toda la comunidad internacional y sean órganos para el control de conflictos en el comercio exterior.

TERCERA.- Ante la negociación de tratados comerciales y de inversión, es necesario restablecer la competencia de tribunales internacionales mediante su reconocimiento de la ONU, OMC, FMI, para recuperar su papel de garante de conflictos entre empresas trasnacionales y/o sobre actos jurídicos mercantiles trasnacionales.

Por tanto, el Estado debe de plantear medidas para hacer respetar las sentencias de los tribunales internacionales, teniendo el control y sanción; su labor habría de ser la de exigir el cumplimiento de las normas que regulan la actividad mercantil

internacional. Porque las corporaciones transnacionales tienen la obligación de respetar la ley a escala nacional e internacional y, en su caso, sufrir las sanciones, correspondientes.

En esta línea, el Estado debería aprobar y reformar distintas normas jurídicas en esta dirección, implantando un sistema de incentivos, sensibilización y reconocimiento de buenas prácticas mercantiles para afrontar los incumplimientos de una normativa de obligado cumplimiento.

CUARTA. Es necesario reafirmar la obligación de los Estados de proteger los derechos tanto de acreedor deudor ante un conflicto mercantil internacional, detallando medidas específicas que los Estados han de asumir al respecto.

Para empezar, estas deberían incluir el establecimiento de mecanismos efectivos a nivel nacional para posibilitar la ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales internacionales, como facilitar el acceso a la justicia internacional y respetar la reparación del daño en caso de una sentencia condenatoria a una empresa asentada en su territorio. Igualmente, los Estados deben garantizar las obligaciones extraterritoriales de las grandes corporaciones; esto es, que las empresas que tienen su sede principal en su territorio respeten todos los derechos humanos cuando operen en el exterior.

QUINTA. El Derecho marítimo, al igual que el Derecho Mercantil terrestre, tiene una profunda inclinación internacional, por lo tanto debemos de homologar en todos los Estados sus procedimientos en la solución de conflictos, puesto que en la globalización el comercio marítimo ha tenido un gran desarrollo y siendo este derecho parte del derecho mercantil, no puede quedar al margen de su internacionalización.

Bibliografía

Albornoz Jorge R. y Mar Paula. La Lex Mercatoria, el Soft Law y el Derecho Internacional Privado en estudios sobre lex mercatoria una realidad internacional coord. Silva Jorge Alberto. Et al. Editorial

- Unam. 2013.
- Boutin I. Gilberto. *La Lex Mercatoria en el Derecho Comercial Internacional Moderno: en su Dimensión Doctrinal, Convencional y Judicial del Nuevo Orden Mercático en América Latina*, en estudios sobre *lex mercatoria*, una realidad internacional coord. Silva Jorge Alberto. Et al. Editorial Unam. 2013.
- Dhondt Jan. *La Alta Edad Media*. Editorial Siglo XXI España 1971.
- Fernández Rozas José Carlos. *Un nuevo Mundo Jurídico: La Lex Mercatoria en América Latina en estudios sobre lex mercatoria una realidad internacional* coord. Silva Jorge Alberto. Et al. Editorial Unam. 2013.
- Grande, Silvana. *La lex mercatoria en los laudos de la cámara de comercio internacional*. En *Revista Dikaion*. Vol. 22 N° 17 Diciembre 2008. Universidad de la Sabana, Colombia.
- Giménez Corte Cristian. *Lex Mercatoria, garantías independientes y coacción extraestatal*. En *Revista International Law*, N° 3 Junio 2004. Bogotá Colombia.
- González de Cossio, Francisco. *Arbitraje*. Editorial Porrúa. 3ª edición. México 2011.
- Herdegen Matthias. *Derecho Económico Internacional*. Editorial Universidad del Rosario 9ª edición. Colombia 2012.
- Konradi Wioleta, Fix Fiero Héctor. *La Lex Mercatoria en el espejo de la investigación empírica*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N° 117 México 2006.
- Labariega Villanueva, Pedro Alfonso. *La moderna lex mercatoria en el derecho internacional*. En <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/26/dtr/dtr3.pdf> Consulta 21/09/2017.
- La Lex mercatoria y autonomía privada en materia de contratos internacionales*”, en *Nueva Lex mercatoria y contratos internacionales*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2006.
- La moderna lex mercatoria en el derecho internacional*. En <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/26/dtr/dtr3.pdf>. Consulta 22/09/2017.

- Le Goff Jacques. *La Baja Edad Media*. Editorial Siglo XXI de España 1998.
- Rocco Alfredo. Principios de Derecho Procesal. Editorial Nacional 1981.
- Rodríguez Eduardo. EL REBUS SIC STANTIBUS EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL. Revista Boliviana de Derecho N° 16 (en línea) Julio 2013, p. 44 consulta: 28/10/2017 Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539913003>>
- Ruiz Castellanos Gerardo. *La nueva Lex Mercatoria*. En Revista Bolivariana de Derecho. N° 21 Enero de 2016. Bolivia.
- Rodríguez Fernández Maximiliano. Reconocimiento de la Lex mercatoria como normativa propia y apropiada para el comercio internacional. En Revista e mercatoria vol. 11 N° 2 2012. Universidad Externado de Colombia. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/3333/3340> Consulta 22/Octubre/2017.
- Schujman, Mario. Reseña “América Latina: Estado y derecho en la era de la mundialización” de Francisco José Iturraspe Oviedo, Servando Álvarez Villaverde y otros. Revista Politeia Volumen 35 N° 49 (Julio- Diciembre) (en línea), 2012: Consulta 28/10/2017, disponible en www.redalyc.org/articulo.oa?id=170029498004.
- <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/lexmerc.pdf>. Consulta 17/09/2017
- <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/lexmerc.pdf>. Consulta 21/09/2017

