

LA NUEVA LEX MERCATORIA

THE NEW LEX MERCATORIA

Revista Boliviana de Derecho N° 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 340-351



Gerardo
RUIZ
CASTELLANOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de julio de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 07 de agosto de 2015

RESUMEN: El presente trabajo, ilustra el surgimiento de una nueva lex mercatoria a nivel global, semejante al derecho de los comerciantes en la Edad Media, diseñada para regular las relaciones empresariales transnacionales, superando la discontinuidad jurídica provocada por las codificaciones de los estados nacionales.

PALABRAS CLAVE: Nueva lex mercatoria, pluralismo jurídico, contratación transnacional, modelos contractuales atípicos, justicia arbitral internacional, derecho mercantil, revolución industrial, globalización.

ABSTRACT: This work illustrates the emergence of a new lex mercatoria at global level, similar to the merchant law of the Middle Ages, designed to regulate the transnational entrepreneurial relationships, overcoming the legal discontinuity caused by the codifications of the national estates.

KEY WORDS: New lex mercatoria, legal pluralism, transnational contracting, international arbitration, business law, industrial revolution, globalization.

SUMARIO.- I. Introducción.- II. Origen del Derecho mercantil.- III. El Derecho mercantil como derecho de Estado.- IV. Revolución Industrial y contratación masiva.- V. La nueva *lex mercatoria*.- I. Codificación no vinculante de principios generales de contratación transnacional.- 2. Difusión planetaria de modelos contractuales atípicos.- 3. Desarrollo de un sistema privado de justicia arbitral internacional.- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

Propulsada por la Globalización, la comunidad empresarial, desarrolla operaciones en todos los continentes, enfrentando la disparidad jurídica provocada por las codificaciones nacionales.

Las tentativas de unificación materializadas en tratados internacionales, arriesgan a menudo quedar sin aplicación, por lo que se multiplican las voces a favor de medios no legislativos de armonización.

En las últimas décadas de nuestro tiempo, para adecuar el derecho a la dimensión global de los mercados, se empezó a construir un nuevo orden social sin la intervención del poder estatal, recibiendo el nombre de “nueva *lex mercatoria*” por presentar un atrayente paralelismo con el derecho desarrollado por los comerciantes en la Edad Media.

El presente trabajo ilustra el surgimiento de esta nueva *lex mercatoria* a nivel global, realizando una explicación acerca del origen del Derecho mercantil y su posterior evolución en el marco del estado nacional.

II. ORIGEN DEL DERECHO MERCANTIL.

El origen del Derecho mercantil, está relacionado con la historia del comercio desarrollado durante los siglos que sucedieron a la caída del Imperio Romano de Occidente¹. En aquellos tiempos, las invasiones bárbaras, abatieron Europa, ocasionando el colapso de los intercambios durante un periodo extenso.

1 MITCHELL, W.: *An essay on the early history of the Law Merchant*. New Jersey (2010): The Lawbook Exchange, p. 22.

• Gerardo Ruiz Castellanos

Abogado de profesión, graduado por excelencia de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”, con la valoración “Distinguido con Honor”. Magíster en Derecho Empresario Económico y Diplomado en Derecho del Petróleo y Gas Natural. Reconocido con Diplomas al mérito universitario por eminentes servicios prestados a la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Director del Estudio Jurídico CASTELLANOS & RUIZ CASTELLANOS, Profesor Invitado de Derecho de las Obligaciones y Profesor Titular de Derecho de la Empresa en la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”.

Alrededor del siglo XI, en la época de las Cruzadas, el comercio, comenzó su recuperación, especialmente, en las ciudades del Norte de Italia y los Países Bajos. Se trata del surgimiento del capitalismo comercial, caracterizado por el predominio del comercio sobre la producción: “El artesano y el labrador, si bien eran propietarios de los medios de producción, se hallaban a merced del comerciante; no producían para el mercado, sino para el comerciante, quien hacía los pedidos imponiendo precios y cualquier otra condición de la producción”².

El comerciante, era una persona que buscaba la oportunidad de comprar bienes para revenderlos, con ánimo de lucro, en algún otro lugar. Para materializar su ganancia, debía realizar una serie de actividades enfrentando tres problemas fundamentales:

- a) obtención de capital para la adquisición de mercaderías;
- b) actuación en mercados distantes;
- c) protección del crédito otorgado a sus clientes³.

El derecho común de aquella época, fue incapaz de regular adecuadamente los problemas relativos a la actividad comercial. Consiguientemente, los comerciantes, sucesivamente, generaron una serie de prácticas profesionales, destinadas a satisfacer las necesidades del comercio, que llegaron a difundirse por toda Europa. Estas normas consuetudinarias, inicialmente, se aplicaron en las ferias y mercados medievales para resolver las disputas derivadas de la actividad comercial que allí se concentraba.

El comerciante, no desarrollaba sus actividades aisladamente, se asociaba con sus camaradas para la prestación de asistencia recíproca. La forma típica de organización comercial en las ciudades medievales, fue la gilda mercantil. Estas asociaciones de comerciantes, negociaban privilegios económicos con los gobernantes, ejecutaban forzosamente obligaciones incumplidas entre sus miembros, concedían garantías a sus afiliados, informaban acerca de las condiciones de mercado, proveían infraestructura para el comercio y cumplían otras funciones que favorecían el desarrollo de los negocios⁴.

Las gildas mercantiles, a partir del siglo XII, realizaron una labor de compilación de las normas consuetudinarias relativas al comercio, que se plasmó en unos documentos conocidos como estatutos mercantiles, dando nacimiento al Derecho mercantil de nuestros días. En este sentido, “como fuentes originales (...) del

2 GALGANO, F.: *Derecho comercial*. Bogotá (1999): Temis S.A., Tomo I, p. 12.

3 KOHN, M.: “Commerce in pre-industrial Europe: An introduction” (July, 2003), p. 4, available at Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=427742>.

4 Cfr. KOHN M.: “Merchant associations in pre-industrial Europe” (July, 2003), available at Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=427763>.

Derecho mercantil, los estatutos comerciales italianos son de un valor incalculable, pues, ellos arrojan un torrente de luz sobre el origen y desarrollo de las normas comerciales que, en aquel momento, fundaron el camino de las leyes mercantiles europeas”⁵.

Los comerciantes, paulatinamente, se sintieron desatendidos por los jueces ordinarios, acostumbrados a tratar asuntos civiles. Por ello, voluntariamente, sometieron sus disputas comerciales a conocimiento de una jurisdicción especial, capaz de resolver los asuntos de manera rápida y equitativa⁶. La justicia comercial diferenciada, fue administrada por los *consules mercatorum*, miembros directivos de las gildas, quienes aplicaron los estatutos mercantiles para solucionar los conflictos de su competencia, acudiendo al derecho común, únicamente, a falta de norma comercial expresa.

El Derecho mercantil primigenio, conocido como *lex mercatoria*, fue creado y aplicado directamente por los comerciantes en toda Europa, emergiendo como un derecho universal de clase, enlazado armónicamente con el sistema económico medieval, pues, sobre la figura central del comerciante, se construyeron los cimientos de ambas estructuras.

III. EL DERECHO MERCANTIL COMO DERECHO DE ESTADO.

El descubrimiento de América, en 1492, originó grandes transformaciones en todos los campos de la actividad humana, poniendo fin al Medioevo. En el campo económico, la circulación de enormes cantidades de metales preciosos extraídos del Nuevo Mundo, desató un proceso inflacionario, conocido como revolución de los precios, que generó el empobrecimiento de la nobleza, propietaria de la tierra, favoreciendo a la clase de los comerciantes.

En el campo político, se elabora la doctrina del absolutismo, caracterizada por propugnar la concentración de todo el poder en manos del monarca, no reconociendo a los súbditos más que el deber de obedecer⁷. Por ello, el poder de autorregulación, asociado a los comerciantes, se consideró contrario al régimen. A partir de ese momento, la burguesía, dejaría de ser artífice de su propio derecho, el Derecho mercantil, estaría a cargo exclusivo del poder monárquico.

5 MITCHELL, W.: *An essay on the early history of the Law Merchant*, cit., p. 30.

6 Los comerciantes de aquella época, debían completar sus transacciones en una determinada feria o mercado e, inmediatamente, desplazarse al próximo lugar. Una disputa, tenía que resolverse rápidamente para minimizar los efectos derivados de la interrupción de los negocios (BENSON, B. L.: “The Spontaneous Evolution of Commercial Law”, *Southern Economic Journal* (1989), Vol. 55, Iss. 3, p. 650).

7 Cfr. TOUCHARD, J.: *Historia de las ideas políticas*. Madrid (2001): Tecnos, pp. 200 y ss.

Con la suscripción de la Paz de Westfalia, en 1648, nace el Estado absolutista, dividiendo el territorio europeo en diversas partes, cada una de las cuales siguió, desde entonces, su propio camino legislativo.

Con la Revolución Francesa de 1789, desaparece el Rey como sujeto de derecho, sin producirse grandes variantes en nuestro campo, pues, el Estado secular, heredaría todas las prerrogativas de la soberanía real. "El universo jurídico, anteriormente bastante complejo, repentinamente, fue simplificado: en lo sucesivo, sería habitado, únicamente, por el individuo y el bloque estatal"⁸. En adelante, todo el derecho será de producción estatal, las variaciones introducidas a las tradiciones jurídicas universales, no sólo serán aceptadas sino valoradas como evidencia de la cultura e ideales nacionales.

Así, el Derecho mercantil, experimenta una doble transformación: era derecho de clase y se convierte en derecho de Estado, era derecho universal y muta a derecho nacional.

IV. REVOLUCIÓN INDUSTRIAL Y CONTRATACIÓN MASIVA.

En la segunda mitad del siglo XVIII, la industria de la lana, era la columna de la prosperidad inglesa. En todas las casas de la aldea, se encontraba una rueca y, en todas las aldeas, había un telar. Este método de fabricación, se conoce como el sistema doméstico de producción.

La introducción de la máquina de vapor al proceso productivo, desbarató este viejo mundo y construyó uno nuevo. A partir de este invento, los pueblos, se convirtieron en ciudades y, las industrias, se mudaron de los tranquilos hogares a las fábricas. Esta transformación es lo que llamamos Revolución Industrial.

En la era del capitalismo industrial, los grandes capitales comerciales, formados en la época anterior, fueron convertidos en capital industrial, es decir, se emplearon en la adquisición de nuevos y costosos medios de producción. Al mismo tiempo, se generó una gradual proletarización de los artesanos y agricultores, quienes afluyeron en grandes masas a las fábricas, separados de la propiedad de los medios de producción, para ponerse al servicio de las máquinas.

El advenimiento de esta nueva fase del capitalismo, provoca la desincronización entre la economía y el derecho. El sujeto activo del sistema económico, generador del desarrollo, ya no es el comerciante, sino el fabricante. No obstante, el Derecho mercantil, permanece como un conjunto de normas que regulan la circulación de la riqueza, es decir, el comercio. La etapa relevante de la economía, la industria

8 MERRYMAN, J. H.: *The Civil Law Tradition*. California (2007): Stanford University Press, p. 18.

o creación de nueva riqueza, ahora se desenvuelve dentro de un espacio vacío de derecho. Este hecho no provoca escándalo, pues, en aquellos tiempos, estaba en boga la teoría de espontánea autorregulación de los mercados, descrita, metafóricamente, por la “mano invisible” de ADAM SMITH. Por estas razones, se abre una contradicción creciente entre la economía, que se expande cada vez más en ámbitos internacionales, y el derecho que, en modo opuesto, se contrae y fragmenta al interior de las unidades estatales individuales⁹.

La población, se aglomera en las grandes ciudades, incrementando las necesidades de consumo. Ante la imposibilidad de negociar contratos individuales con cada uno de sus clientes, los empresarios, comenzaron a imponer cláusulas predispuestas donde los consumidores se limitaban, simplemente, a aceptar o rechazar el acuerdo. Surge entonces, el fenómeno de la contratación masiva, inspirado en la brevedad para regular las relaciones de intercambio económico¹⁰.

En éste periodo, se generaron un número considerable de inventos, dirigidos a mejorar las máquinas. Asimismo, las relaciones de intercambio, se despersonalizaron, ocasionando la necesidad de identificar los productos ofertados en el mercado. Por estas razones, se desarrolló el moderno Derecho de la propiedad industrial.

La producción industrial masiva, requiere cada vez mayores inversiones de capitales. La sociedad anónima, se convierte en el instrumento para atraer el ahorro masivo, permitiendo el financiamiento de grandes empresas. Sus innovadoras características, incentivan al ahorrista: la responsabilidad limitada, impide perder más allá del valor aportado y; la libre transferibilidad de las acciones, permite desinvertir, en cualquier momento, los recursos colocados. Así, la sociedad anónima, se convierte en la forma típica de organización jurídica del capitalismo moderno.

Para el Derecho mercantil, este fue el periodo de las grandes codificaciones, desde la francesa de 1807 a la alemana de 1900. A su vez, estos dos modelos, se combinaron de distintas formas en otros múltiples códigos nacionales. Así, la *lex mercatoria*, perdió su universalidad originaria, retrocediendo a la condición de una pluralidad de dialectos jurídicos, una Babel de derechos nacionales.

V. LA NUEVA LEX MERCATORIA.

La globalización de los mercados, es una novedad propia de la economía contemporánea, cuya esencia radica en la expansión planetaria de la empresa. En la

9 Cfr. GALGANO, F.: *La Globalización en el espejo del Derecho*. Santa Fe (2005): Rubinzal–Culzoni, p. 55.

10 Las primeras en desarrollar, sistemáticamente, sus propias normas contractuales, fueron las empresas de seguros y transporte. A comienzos del siglo XIX, estas dos industrias, organizaron la *contratación masiva* con sus clientes, mediante el uso de *formularios contractuales* [RÖDER, T. J.: “The Roots of the New Law Merchant: How the international standardization of contracts and clauses changed business law”, *Forum historiae iuris magazine* (2006), article 4, paragraph 6].

era industrial, la producción, era siempre nacional; internacionales eran los mercados de materias primas y la colocación de productos terminados. En la economía global, no sólo las mercaderías circulan más allá de los confines nacionales, también la misma organización productiva deambula internacionalmente, buscando ventajosos mercados de capitales, mano de obra competitiva y sistemas fiscales benignos.

Los empresarios transnacionales, se relacionan económicamente en todos los continentes, requiriendo hacerlo en condiciones uniformes. Sin embargo, contrariamente, el mercado global, está compuesto por una diversidad de estados con derechos nacionales dispares.

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, pues, imponen costos ineficientes a las partes. Bajo el esquema del Estado westfaliano, "litigar significa aguardar en la fila por un juez y, luego, sufrir las demoras impuestas por el procedimiento, mientras que el ambiente de los negocios puede cambiar en cuestión de semanas o inclusive horas"¹¹. Por ello, la globalización de los mercados, reclama una regulación uniforme de los tráficos internacionales, solicitando una nueva universalidad del derecho.

La pregunta sobre cómo realizarla, divide la cultura jurídica contemporánea. Para los fieles al dogma positivista de la estatalidad del derecho, no hay más que un modo: los tratados internacionales. Desde hace más de un siglo, los estados, buscan elaborar un derecho uniforme a través de iniciativas interestatales, sin embargo, los resultados, han sido frustrantes. Numerosas convenciones, encontraron resistencia al momento de ser ratificadas, debido al temor que genera la idea de erosionar la soberanía nacional. Un primer intento fallido, se remonta a la CONVENCIÓN DE LA UNIÓN DE PARÍS de 1883, dirigida a la protección ultra nacional de la propiedad industrial.

Afortunadamente, los tratados internacionales, no son el único camino para adecuar el derecho a la dimensión global de los mercados. Hace algunas décadas, la comunidad económica internacional, comenzó la construcción de un nuevo orden social, sin la intervención del poder estatal, avanzando por tres frentes relacionados entre sí:

I. Codificación no vinculante de principios generales de contratación transnacional.

Se trata de sistemas normativos blandos, elaborados por organizaciones independientes, sin fuerza vinculante general, pues, precisamente, no cuentan con sanción estatal. No obstante, gozan de amplia adopción voluntaria entre la comunidad

¹¹ SWEET, A. S.: "The new *Lex Mercatoria* and transnational governance", *Journal of Public Policy* (2006), Vol. 13, p. 632.

empresarial, gracias a su calidad técnica que permite acompañar la práctica mercantil con el desarrollo económico y tecnológico, pudiendo señalarse como ejemplos paradigmáticos:

- a) Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales;
- b) INCOTERMS o Términos Internacionales de Comercio.

2. Difusión planetaria de modelos contractuales atípicos.

En la era postindustrial, el sistema económico, cambia incesantemente requiriendo al derecho instrumentos versátiles capaces de adaptarse a nuevas exigencias. Las regulaciones estatales, no satisfacen esta necesidad a raíz de su conocida rigidez.

La circulación global de modelos contractuales uniformes, representa el principal instrumento de innovación jurídica de nuestro tiempo: "se trata de contratos atípicos, creados no por legisladores sino por departamentos legales de grandes multinacionales o asesores jurídicos de diversas asociaciones internacionales de empresarios"¹².

Sus denominaciones, casi siempre en idioma inglés, testimonian el origen estadounidense de estos modelos difundidos en el planeta entero: *leasing*, *factoring*, *franchising*, *joint venture*, *underwriting*, entre otros.

Un juez, aplicando el derecho nacional, difícilmente podrá considerar inválido un modelo contractual practicado en todas partes, salvo que quisiera ubicar a su país en una situación de aislamiento respecto del contexto internacional al cual pertenece.

3. Desarrollo de un sistema privado de justicia arbitral internacional.

Por diferentes razones de conveniencia, usualmente, los contratantes transnacionales, insertan en sus acuerdos cláusulas arbitrales donde se estipula que cualquier conflicto entre las partes, será sometido ante un tribunal arbitral internacional. La *ratio decidendi*, adoptada para resolver una disputa presentada, adquiere el valor de precedente que otros árbitros siguen. Los centros de arbitraje internacional más reconocidos son:

- 1) ICC International Court of Arbitration;
- 2) American Arbitration Association;
- 3) London Court of International Arbitration;

¹² GALGANO, F.: "The new Lex Mercatoria", *Annual Survey for International & Comparative Law* (1995), Vol. 2, Iss. 1, article 7, p. 105.

- 4) Hong Kong International Arbitration Center;
- 5) Stockholm Chamber of Commerce;
- 6) Venice Chamber of International Arbitration.

No obstante, estas resoluciones, carecen de órganos propios encargados de su aplicación compulsiva. Por ello, se requiere del poder coercitivo de los estados para ejecutar las decisiones contenidas en los laudos arbitrales. En este sentido, la “NEW YORK CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS” de 1958, ratificada por Bolivia el 28 de abril de 1995, es uno de los instrumentos más notables para lograr el reconocimiento y ejecución de las obligaciones impuestas a las partes dentro de los procesos arbitrales internacionales.

VI. CONCLUSIONES.

El desarrollo efectuado precedentemente, nos permite formular las siguientes conclusiones:

Más allá del poder de los estados, esta en curso, la formación de un derecho uniforme espontáneo, administrado por los tribunales arbitrales internacionales, al que se le dio el nombre de nueva *lex mercatoria*.

Esta expresión quiere aludir al renacimiento de un derecho semejante al ordenamiento desarrollado por los comerciantes medievales. Al igual que la primera *lex mercatoria*, se trata de normas universales, creadas por la clase empresarial sin intervención estatal.

La nueva *lex mercatoria*, se empeña en superar la discontinuidad jurídica provocada por los estados, disolviendo los particularismos introducidos por las codificaciones.

Así, la globalización de los mercados, conduce al ocaso del monopolio jurídico estatal; siendo la nueva *lex mercatoria*, el mejor ejemplo de pluralismo jurídico, fundamento del Estado Plurinacional de Bolivia, conforme el art. I de su Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

BENSON, B. L.: "The Spontaneous Evolution of Commercial Law", *Southern Economic Journal* (1989), Vol. 55, Iss. 3, p. 644.

GALGANO, F.:

- *Derecho comercial*. Bogotá (1999): Temis S.A., Tomo I.

- *La Globalización en el espejo del Derecho*. Santa Fe (2005): Rubinzal-Culzoni.

- "The new Lex Mercatoria", *Annual Survey for International & Comparative Law* (1995), Vol. 2, Iss. 1, article 7.

KOHN, M.:

- "Commerce in pre-industrial Europe: An introduction" (July, 2003), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=427742>.

- "Merchant associations in pre-industrial Europe" (July, 2003), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=427763>.

MERRYMAN, J. H.: *The Civil Law Tradition*. California (2007): Stanford University Press.

MITCHELL, W.: *An essay on the early history of the Law Merchant*. New Jersey (2010): The Lawbook Exchange Ltd.

RÖDER, T. J.: "The Roots of the New Law Merchant: How the international standardization of contracts and clauses changed business law", *Forum historiae iuris magazine* (2006), article 4.

SWEET, A. S.: "The new Lex Mercatoria and transnational governance", *Journal of Public Policy* (2006), Vol. 13, pp. 627-646.

TOUCHARD, J.: *Historia de las ideas políticas*. Madrid (2001): Tecnos.

