

## CONSIDERACIONES EN TORNO A LA *LEX MERCATORIA*: EL CASO DE MÉXICO

Leonel PEREZNIETO CASTRO\*

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *Consideración sobre la enseñanza*. III. *Consideración normativa*. IV. *Consideración práctica*. V. *Conclusión*.

### I. INTRODUCCIÓN

De la *lex mercatoria* se ha escrito mucho y muy docto. En los ensayos que el lector encontrará en esta obra colectiva podrá conocer las diferentes facetas de los debates contemporáneos sobre el tema. Me complace acompañar en esta publicación a tan destacados juristas. Se trata de una obra auspiciada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y coordinada por el profesor Jorge Alberto Silva, quien contribuye también con un ensayo que nos brinda las amplias perspectivas de la *lex mercatoria*.

Uno de los ejercicios académicos más fructíferos es reabordar un mismo tema a lo largo del tiempo. Siempre se aprenden diversas facetas, y con los años, la problemática se va estrechando. En esta ocasión intentaré sacar viejos argumentos que, presentados de manera diferente, puedan contribuir a la discusión. Esto me lleva a los siguientes temas: la enseñanza en México del derecho internacional privado (DIPr) que, en los últimos años ha comenzado a modificar concepciones rígidas, pero que en el caso de la *lex mercatoria* aún no ha logrado explicarla con claridad para todos, y en aquellos casos en que la claridad se ha alcanzado hay resistencia a aceptar

\* Profesor titular de carrera de la Universidad Nacional Autónoma de México e investigador nacional nivel III.

un fenómeno jurídico de esta naturaleza. Existen causas que el profesor Fernández Rozas explica con amplitud en su trabajo y a las que sólo me permitiré agregar algún comentario. Enseguida haremos una consideración de tipo normativo que pueda contribuir al mejor entendimiento del concepto. Nos referiremos después a cuestiones que se discuten en la práctica profesional sobre el tema, con referencia especial al arbitraje comercial internacional, e intentaremos, finalmente, un esbozo de lo que existe en México sobre la *lex mercatoria*. Antes de entrar en los temas planteados, haremos un breve acercamiento al objeto de nuestro estudio.

Desde los inicios modernos del concepto, *lex mercatoria* sirvió para connotar a ese complejo sistema que la doctrina y la jurisprudencia nacionales se han encargado de definir como una normatividad que se genera paralelamente y autónomamente a los sistemas jurídicos nacionales, por lo que resulta difícil aportar una palabra más. Sin embargo, el análisis debe ser hecho, y quisiéramos dejarlo planteado en uno de sus aspectos centrales que nos servirá para el desarrollo posterior de este trabajo: el de los usos y costumbres.

La *lex mercatoria*, según algunos autores, constituye un sistema de reglas y, según otros, es únicamente una acumulación de las mismas; sin embargo, en cualquier posición que se tome uno de sus elementos esenciales lo constituyen los usos y costumbres. Éstos pasaron de ser usos reiterados en el tiempo a reglas emitidas por las entidades internacionales.<sup>1</sup> Se trata en este último caso del impulso de los operadores del comercio internacional que están interesados en mantener reglas eficientes para el desarrollo de sus actividades. Son las tecnologías que han acelerado los procesos. Una vida más rápida de intercambios obliga al incremento de estas reglas y promueve su variedad. De ahí que deban ser identificadas y acotadas en una doble dimensión: la normativa y la práctica a fin de hacer más entendible el fenómeno cuando pensamos en la *lex mercatoria*. Una cuestión de connotación, indispensable en el derecho. Abordaremos ahora el primer tema señalado.

<sup>1</sup> En este trabajo me refiero a entidades u organismos internacionales descentralizados a instituciones tales como la CCI, la Unidroit, la Uncitral, la Conferencia Permanente de La Haya y la Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado, además de todas las organizaciones gremiales, cámaras de comercio y otras agrupaciones que emiten periódicamente sus reglas de comportamiento en el gremio, el comercio o la industria.

## II. CONSIDERACIÓN SOBRE LA ENSEÑANZA

Los estudiantes latinoamericanos de la década de los sesenta y los ochenta diez años después, debimos conocer y más tarde enseñar una amplia serie de fenómenos jurídicos que no coinciden con los lineamientos del derecho local. Sobre todo en los derechos en donde las corrientes del formalismo jurídico, del sistema jurídico autosuficiente, normativamente hablando, aislado del resto de sistemas, fue el tema recurrente.<sup>2</sup> Una estructura que satisfizo dos necesidades: respaldó el discurso de la soberanía nacional y escondió a los caudillos detrás de la estructura formalista. La enseñanza de este tipo de derecho hasta la década de los años setenta dificultó a los juristas mexicanos distinguir las múltiples relaciones jurídicas que surgen entre los operadores internacionales, relaciones que se desarrollan de manera independiente de los sistemas jurídicos nacionales y que cada vez son más numerosas y complejas.

Sin embargo, el tema se ha debatido ampliamente en el medio académico mexicano sin que se pueda decir que se trata de un conocimiento plenamente adquirido. Pero lo que es un hecho, es la apertura, aunque lenta, de los viejos moldes del derecho interno ante el dinamismo internacional, y eso contribuye a que exista mayor interés por el tema. Volveremos sobre este último punto en la parte tercera de este trabajo.

En Europa, con una enseñanza del derecho más avanzada y en parte desarrollada al ritmo del crecimiento de la Comunidad Europea, obligó a los académicos a un debate más detallado sobre este tipo de relaciones, que Yves Fortier ubica a partir del arribo al viejo continente de las grandes firmas de abogados de los Estados Unidos “y de sus primos los británicos”, “...que trajeron promesas de eficacia y el costo de esta como piezas clave en el mundo de los negocios”.<sup>3</sup> A ese fenómeno se le llamó *lex mercatoria*. Para el profesor Berthold Goldman, uno de los primeros en advertir el fe-

<sup>2</sup> Para una crítica sobre el particular consultar: Stephen Zamora, *et al.*, *Mexican Law*, Nueva York, Oxford, 2004, pp. 456 y ss.

<sup>3</sup> *Arbitration International, The Journal of LCIA Arbitration International*, Londres, 2001, vol. 17, p. 124. An entirely new challenge arose: the arrival on the European, in particular the Parisian, legal scene of some of the major US law firms, followed by their British cousins, bringing “promises of efficacy and cost-effectiveness”, keys to the world of business.

nómeno,<sup>4</sup> lo entendió como la existencia de un sistema aparte de los sistemas jurídicos nacionales, con sus propias fuentes, sus propias respuestas y con un sistema como el arbitraje que le sirve para solucionar sus disputas.<sup>5</sup>

La discusión en la época se centró más en el carácter de las reglas. Se discutió si las costumbres eran equivalentes a los usos comerciales internacionales,<sup>6</sup> y como siempre sucede en el derecho ante tesis antagónicas, surge la síntesis, y ahora sabemos que son las dos, pero en diferentes momentos: la costumbre, de acuerdo con el derecho interno, es obligatoria; los usos en algunos sistemas no lo son; sin embargo, su vida está destinada a servir de manera completa a la transacción internacional; de ahí que ahora, a través de la autonomía de la voluntad, los usos también se pueden volver obligatorios para las partes. Sin embargo, el punto que vale la pena subrayar aquí es que en Europa desde mediados de la década de los sesenta ya existía una viva polémica entre académicos y abogados que indudablemente benefició a los estudiantes. De ahí que el fenómeno de la *lex merca-*

<sup>4</sup> En un artículo publicado en el periódico *Le Monde* el 4 de octubre de 1956 con relación a la Sociedad Administradora del Canal de Suez, este autor mencionó lo siguiente: Dado que esta compañía se formó en París y con socios franceses, ingleses y de otras nacionalidades y su gestión era internacional, “Mais il faut aller plus loin: la Compagnie du canal, qui n’est pas égyptenne, n’est pas d’avantage française ou franco-anglaise. Elle est, par la composition de son capital et de ses organes de gestion, comme par l’objet et les fasonances de son activité, une société internationale, relevant directement de ordre juridique international: concept nouveau, certes, voire en gestation, mais ont la nécessité, pour a informer a une réalité déjà ancienne, est depuis plussieurs années reconnue. La naissance et le fonctionnement nécessairement territoriaux de toute société n’y dovent n’pas faire obstacle : on a cité, à juste titre l’exemple de la Banque des Réglements Internationaux, ou de la Croix Rouge Internationale, personnes morales formées en Suisse et selon le droit suisse, ont on ne pourrait cependant concevoir quelles dépendent de la seule souveranaite helvétique. A leur égard, comme l’égard de Suez, nul souverain territorial n’est doté de pouvoire exclusif pour status juridique, même a’il est materiallement conforme aux lois d’un ou plusieurs pays déterminés dont il emprunte les dispositions, est de source et le nature essentiellement internationales, résultant de conventions conclues par l’Etat territorial avec des organismes publics internationaux: il ne peut done être de la compétence de l’Etat territorial d’y porter atteinte par une nationalization, une expropriation ou un retrait de concession”.

<sup>5</sup> *Diritto del Comercio Internazionale, Practica internazionale e diritto interno*, Génova, Giuffré, 2000, p. 558; “Frontières du droit et de *lex mercatoria*”, *Archives de Philosophie du droit*, París, Sirey, 1964, p. 165; y “La *lex mercatoria* dans les contrats et l’arbitraje international”, *Journal de Droit International*, 1979, pp. 106 y ss.

<sup>6</sup> En la obra de Antoine Kassiss, *Theorie Generale des Veages du Commerce*, París, LGDJ, 1982, pp. 311 y ss., se puede consultar esta interesante polémica.

*toria* no sólo se ha conocido a través de las últimas cinco décadas sino que además se vive hoy con la Unión Europea. Esta perspectiva dista mucho de la que actualmente se tiene en Latinoamérica sobre el mismo fenómeno.

En efecto, la concepción autárquica del derecho nacional que se desarrolló a través de dos siglos, que en la gran mayoría de países latinoamericanos fue producto de una actitud de autodefensa frente al derecho internacional dictado por los imperios coloniales, resulta una razón que todavía impide explicar la existencia de un sistema normativo paralelo al Estado nacional. Hay resistencias de todo tipo, y a muchas de ellas no les falta razón. Habría que recordar que México, después de 300 años de colonia española, fue invadido una vez por Francia y 14 veces por los Estados Unidos. Con otro agravante: con frecuencia resulta difícil explicar dentro de un sistema rígido y formalista como el mexicano a abogados y jueces, la naturaleza jurídica de las normas emitidas por los organismos internacionales descentralizados. A pesar de todas las limitaciones que ha tenido el acceso a la *lex mercatoria*, hoy es posible discutir sobre normas internacionales que pueden ser aplicadas aun por encima de la Constitución, especialmente en el terreno de los derechos humanos,<sup>7</sup> eso muestra que la enseñanza del DIPr y del derecho internacional público han contribuido a esclarecer el panorama.

Es importante para la enseñanza de la *lex mercatoria* en México abordar el problema en su dimensión normativa, ya que los abogados y jueces mexicanos tienen un arraigo exagerado a la letra de la ley, y en esas condiciones la interpretación que pueden hacer de ésta resulta con frecuencia limitada. Un problema semejante se presenta cuando el profesor trata de explicar el contenido del llamado *soft law* o “derecho suave”, tan importante hoy en día en las directivas y recomendaciones que se derivan del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sobre todo en la Unión Europea.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> El tema se planteó y discutió por la Suprema Corte de Justicia de México, aunque finalmente fue resuelto sobre la base de otro argumento de tipo procesal, véase en este sentido: Amparo en revisión 2119/99. Tesis aislada XVI/2001 y el comentario sobre esta tesis: Pereznieta Castro, Leonel, “Supremacía de la Constitución y de los tratados internacionales en México”, *El Foro, Barra Mexicana-Colegio de Abogados*, primer semestre de 2001, pp. 245 y ss.

<sup>8</sup> Sobre el particular véase Cosowa, A. Hákon y Wish, Richard, “Soft Law in the Field of WU Competition Policy”, *European Business Law Review*, The Hague, Kluwer Law, 2003, vol. 14, pp. 26 y ss. Y Snyder, Francis, “Soft law e prassi istituzionale nella comunità europea”, *Sociologia dell Diritto*, 1993, XX/1, pp. 79 y ss.

La enseñanza del DIPr en México presta grandes ayudas metodológicas para la explicación de la *lex mercatoria*, sobre todo para su reconocimiento e incorporación en el sistema nacional, aunque el problema de la naturaleza de las reglas emitidas por organismos internacionales descentralizados todavía es ampliamente discutida en el sentido de si constituyen o no una verdadera norma jurídica.

Hay que anotar, finalmente, que el estudiante mexicano se encuentra expuesto cada vez más a una mayor información que le permite entender el desarrollo del sistema internacional del comercio regido por sus propias reglas, a pesar de que en sus estudios generales haya pocas menciones sobre dicho sistema. Esta actitud abierta del estudiante mexicano de hoy en día constituye uno de los pasos fundamentales en la enseñanza no sólo del derecho, sino de otras ciencias y, sobre todo, lo prepara para el camino de la modernización de su sistema. Hoy como nunca en la historia del país, un elevado número de estudiantes mexicanos realizan estudios de posgrado en universidades estadounidenses, y en menor medida en universidades europeas. El conocimiento acumulado por esta nueva generación de juristas será la quilla que finalmente rompa las ataduras anquilosadas del sistema jurídico mexicano tradicional.

### III. CONSIDERACIÓN NORMATIVA

El intento de adentrarse en el tema normativo de las reglas internacionales del comercio apareció en la primera hora que se discutió el nuevo concepto de *lex mercatoria*.<sup>9</sup> Sin embargo, esos antiguos argumentos, puestos de una manera diferente, nos darán la oportunidad de retomar el tema.<sup>10</sup>

Para entender el fenómeno normativo de la *lex mercatoria* se pueden intentar diversas aproximaciones. Una de ellas parte de los derechos nacionales mediante su regla de reconocimiento.<sup>11</sup> Así, se puede decir que se trata de un derecho creado por delegación efectuada por los derechos nacionales a los órganos internacionales descentralizados.

<sup>9</sup> Kassis, *op. cit.*, nota 6, pp. 307 y ss.

<sup>10</sup> Los argumentos que me permitiré desarrollar a continuación los planteo por primera vez en *Derecho internacional privado*, 3a. ed., México, Harla, 1980, pp. 225 y ss.

<sup>11</sup> Por este tipo de reglas nos referimos a lo que Hart planteó como las reglas para identificar a una regla primaria de obligación ya que se trata precisamente de reglas que identifican a otras. *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, traducción de Genaro Carrió, pp. 91 y ss.

El Estado está atento al acontecer nacional, y en esa función emite leyes; sin embargo, hay conciencia en los poderes de ese Estado en el sentido de que existe una realidad externa del comercio que se desarrolla en el mundo conforme a sus propias reglas, cuya naturaleza, además, requiere de una mutación dinámica por el rápido desarrollo de las actividades de los operadores internacionales. De esta manera, el Estado parece estar dispuesto a aceptar que exista una descentralización normativa que, en ocasiones, el propio Estado debe asumir cuando se le requiera a través de sus tribunales el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes en sus contratos conforme a dichas reglas.

El hecho de que se trata de normas procedentes de un sistema diferente y autónomo de creación normativa que no suelen coincidir con las normas establecidas en el orden interno provoca dificultades en su comprensión. El orden jurídico interno, por otra parte, resulta con frecuencia estar más atrasado de lo que internacionalmente se discute y se aplica, de ahí que los jueces han empezado a entender que esto suele suceder. Hace tiempo la discusión fue sobre la naturaleza jurídica de estas normas, discusión que pronto acabó con el reconocimiento prácticamente universal de la autonomía de la voluntad de los contratantes.<sup>12</sup>

Veamos ahora a este mismo fenómeno desde una perspectiva diferente, la de la recepción centralizada, en los derechos nacionales, de una normativa creada de manera descentralizada. Este punto de vista nos da la oportunidad de asomarnos a las normas internas que facilitan esta interacción, como lo son fundamentalmente las que regulan la autonomía de la voluntad. Ésta permite a los contratantes incluir en sus acuerdos ese tipo de reglas que han sido creadas en un sistema jurídico paralelo. Lo que Walter Biagi considera "...la capacidad natural de la persona de inducir el cambio dentro del ámbito jurídico mediante su voluntad".<sup>13</sup> Por otro lado, encontramos todas las demás normas que facilitan su reconocimiento y ejecución, como son, principalmente, las normas procesales internas.

Las reglas internacionales suelen ser implícitamente derogatorias de las normas internas que con el tiempo obsolecieron. Aquéllas se aplican por los operadores del comercio internacional, y son las que hoy se acep-

<sup>12</sup> En su obra, Fouchard, Gaillard y Goldman, *On International Commercial Arbitration*, La Haya, Klower, 1999, pp. 802 y ss., nos muestran un panorama completo del estado de la cuestión.

<sup>13</sup> *Rivista di Diritto Civile*, Padua, CEDAM, 1997, volume 43, issue 5, Padova, p. 774.

tan; un ejemplo es el de los bancos, con la carta de crédito y otros documentos en materia de garantías. Instituciones frecuentemente previstas a nivel interno cuya regulación por lo general perdió eficacia y sus normas han quedado relegadas al abandono. De ahí que los propios tribunales nacionales hagan caso omiso de la ley interna y privilegien la aplicación de reglas internacionales como es el caso de la UCP-500,<sup>14</sup> que es emitida por la CCI o los Incoterms que también son emitidos por este mismo organismo internacional,<sup>15</sup> y que se modifican periódicamente pero que contienen determinados elementos que le dan certeza al juez nacional: la seguridad que la regla fue emitida por un organismo descentralizado ampliamente reconocido y que representa el consenso de los operadores internacionales en ese sector del comercio. La certeza de la fecha de publicación y el principio general que se sigue en el sentido de que se aplique la regla de la fecha de celebración del contrato, a menos que las partes acuerden otra cosa. La seguridad de que los comerciantes han escogido esas reglas con pleno conocimiento, ya que conocen la actividad que practican todos los días. Son, en fin, reglas que contienen elementos parecidos formalmente a las normas internas y que pueden ser discernidos por los jueces.

También puede enfocarse el fenómeno que nos ocupa de otra manera. Conforme a este punto de vista, se tratará de un sistema descentralizado, convalidado por la costumbre internacional y admitida por los sistemas nacionales. En este caso la discusión se centra en lo que debe entenderse por “costumbre internacional”. Al inicio de este trabajo empezamos a acotar este concepto. Mencionamos que la costumbre y los usos que la forman han cambiado dramáticamente. Durante siglos conocimos el proceso lento de los usos que luego se convirtieron en costumbres. La *opinion Juras et necessitatis* a la que se refiere Bolaffio cuando agrega “La práctica, la reiteración de los actos, no crea ni establece el derecho, porque éste está ya en la conciencia del pueblo o de aquella clase social en que se ha formado”.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Por sus siglas en inglés *Uniform Customs and Practices for Documentary Credits, Publication 500* (revision 1993) of the *International Chamber of Commerce*.

<sup>15</sup> Los Incoterms por su abreviación en inglés *International Commerce Terms* de la Cámara de Comercio Internacional. Su finalidad consiste en establecer un conjunto de reglas internacionales que regulan a los derechos y obligaciones de las partes en el contrato de compraventa internacional, y al mismo tiempo sirven para que los operadores del comercio internacional puedan elaborar sus “cotizaciones comerciales”.

<sup>16</sup> *Derecho comercial, leyes y usos comerciales. Actos de comercio*, México, Oxford University Press, t. I, p. 53.

Pero ahora con la costumbre, y con los usos,<sup>17</sup> sucede algo diferente. Son reglas que emiten los órganos descentralizados, mismos que las modifican periódicamente. Llamamos “costumbre” de esta manera a un proceso de creación distinto del que solemos conocer como costumbre en su sentido tradicional.

Las reglas internacionales son normas de comportamiento comercial emitidas en una fecha cierta, son claras, evolucionan constantemente y cubren las posibles alternativas de actuación para todo operador internacional; de esta manera el fin que persiguen la costumbre y los usos comerciales, se cumple. Son, por otro lado, las reglas que se aplican y se asimilan al concepto de los usos y costumbres, ya que se nutren precisamente del quehacer cotidiano de los operadores del comercio, sólo que su proceso de creación ahora ha cambiado y requieren de mayor especialidad y rapidez.<sup>18</sup> En estas condiciones, se aplica el dispositivo previsto por el sistema interno que acepta a la costumbre como fuente integradora del derecho o, quizá, lo más seguro, que el concepto de la costumbre como el de otras tantas instituciones jurídicas ha debido cambiar ampliándose para cubrir fenómenos jurídicos inéditos. Aunque el procedimiento de creación no es el mismo, su origen es igual, y por tanto es asimilable.

Veamos ahora el mismo fenómeno jurídico, pero desde la perspectiva “de afuera”. Hemos dicho que las reglas se producen por organismos descentralizados. Son vigentes hasta la fecha en que son modificadas, y toman validez en el momento en el que las partes en el contrato las escogen, y su vigencia es limitada a ese negocio y a sus efectos. Se trata de un ámbito estrictamente personal y específico del negocio jurídico. Su funcionamiento es parecido al de la costumbre tradicional: las reglas gremiales siempre fueron aplicables entre los comerciantes del gremio teniendo en cuenta su vigencia.<sup>19</sup>

Esa especificidad de su ámbito de aplicación es tal, que los mismos contratantes en otro contrato sobre el mismo objeto podrán acordar reglas diferentes. No hay una obligatoriedad en escoger tales o cuales reglas, a condición de que sean las reglas aprobadas por el gremio o las que sencillamente las acuerden las partes. Su ámbito temporal es conocido, y no cuentan con un ámbito espacial definido, ya que se aplican en el mundo entero.

<sup>17</sup> Estamos concientes de la polémica entre la diferencia de usos y costumbres (veáse Kassiss, *op. cit.*, nota 6), pero aquí los utilizaremos con el significado que les hemos dado.

<sup>18</sup> Los Incoterms y las reglas sobre cartas de crédito, que ya se mencionaron, son renovadas cada cinco años, en promedio.

<sup>19</sup> Bolaffio, León, *op. cit.*, nota 16, pp. 64 y ss.

Un deslinde en esa dirección puede ser interesante en la medida en que nos ayuda a conocer las reglas que estamos tratando; sin embargo, en la práctica profesional, el concepto de la *lex mercatoria* resulta todavía ambiguo para muchos, por lo que conviene insistir en qué tipo de derecho estamos hablando.

#### IV. CONSIDERACIÓN PRÁCTICA

Tomemos por caso el de una cláusula arbitral en la que se ha acordado por las partes como aplicable *lex mercatoria*.<sup>20</sup> El árbitro deberá buscar en este concepto su acepción correcta. Tendrá que aplicar la o las reglas que las partes han decidido. La Regla 17. Normas Aplicables al Fondo de las reglas de arbitraje CCI (versión 1998), establecen que a falta de acuerdo entre las partes “el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes”. Estos “usos pertinentes”, entendidos en el sentido amplio a que hemos aludido, serán parte de la *lex mercatoria* en tanto reglas. La explicación que nos dan dos especialistas en arbitraje es ilustrativa sobre este punto, permítasenos citarlos:<sup>21</sup>

Debido a que tanto la *lex mercatoria* como los usos comerciales están relacionados, hasta cierto punto, con las prácticas habituales, no siempre se percibe la frontera entre ambos. Pero el término *lex mercatoria*... se refiere a las reglas legales que se derivan del comercio internacional. El uso comercial está incluido en el acuerdo entre las partes (a menos que sea excluido). Es decir, las partes esperan que los contratos que concluyen, a menos que específicamente acuerden otra cosa, se ejecutarán de acuerdo con las prácticas usuales observadas en su esfera de negocios.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Sobre la consideración práctica de la *lex mercatoria* se puede consultar: Brunetti, Mauricio, “The *lex mercatoria* in practice: the experience of the Iran-United Status claims tribunal”, *Arbitration Internacional*, LCIA, vol. 18, núm. 4, 2002, pp. 355 y ss.

<sup>21</sup> Derains, M. Yves y Schwartz en, Erick A., *El nuevo Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, Guía de arbitraje comercial internacional*, México, Oxford University Press, 1998, pp. 266 y ss.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 276.

En los “usos y prácticas de los Principios de la Unidroit sobre los contratos internacionales, se encuentra una idea en el mismo sentido que los propios autores citados indican.<sup>23</sup>

“Artículo 1o. (8) 1. Las partes tienen la obligación legal con cualquier uso que hayan acordado y con las prácticas que hayan establecido entre sí”. Y en el párrafo siguiente se expresa: Las partes tienen la obligación legal con el uso que sea conocido por las partes y observado por las mismas en la esfera particular invocada, excepto cuando la aplicación de dicho uso sea poco razonable.<sup>24</sup>

Esta idea es confirmada por el artículo 9o., segundo párrafo, de la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable de los Contratos Internacionales, de la que México es Estado parte, que establece: “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz...” (el tribunal tomará también en cuenta) “los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por los organismos internacionales”.

Dicho lo anterior, es necesario hacer un nuevo deslinde. El árbitro ante la cláusula que le indica aplicar *lex mercatoria* podrá interpretar que su mención por las partes es un referente general a un sistema que engloba, entre otras, a las reglas o a los usos específicos que las partes han acordado que les sean aplicables. Éstos serán parte de la *lex mercatoria* por su naturaleza (normas expedidas por órganos descentralizados). Debido a que se estará indicando expresa o tácitamente la naturaleza de esas reglas, se podrá saber de qué reglas se trata, ya que habrán de quedar perfectamente acotadas por el tipo y naturaleza del contrato en cuestión, por el carácter de los contratantes, por la actividad en que estén involucrados; es decir, por “los usos pertinentes” que el árbitro deberá identificar a partir de las estipulaciones del contrato, pero siempre, desde una perspectiva de interpretación más amplia, si esos “usos pertinentes” no fueran suficientes.

En los extractos de los laudos CCI,<sup>25</sup> entre muchos ejemplos sobre este punto hay un caso en el que los árbitros aplicaron la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a bienes muebles corporales de 1964, por conside-

<sup>23</sup> Se puede consultar también el *Suplemento Especial de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, 2002 de los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales y su aplicación en el uso internacional del arbitraje.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> *Bulletin International Court of Arbitration*, CCI, vol. 12, núm. 2, verano de 2001, pp. 57 y ss.

rar que así estaba prevista en la cláusula arbitral. Sin embargo, la mención de las partes a esta Convención la hicieron como “*Uniform Law on the international sale of goods of the Hague*”, designación que fue considerada por la demandada como una mención errónea. No obstante, el tribunal arbitral decidió que el punto controvertido a resolver era la validez del contrato, no previsto por la Convención de La Haya, y por tanto, aplicó los Principios de Unidroit, que son reglas internacionales no mencionadas expresamente por las partes en su cláusula, pero que los árbitros consideraron que las partes al señalar un instrumento internacional de aplicación de la ley, interpretaron que la voluntad de éstas fue someterse a reglas internacionales.

Con este ejemplo damos cerrada la discusión acerca del carácter de estas reglas y de su aplicación.<sup>26</sup>

### *El caso de México*

Aquí no hay una tradición cultural en materia de aceptación de usos y costumbres de origen internacional; sin embargo, el profesor Jorge Silva ubica en 1986 lo que él llama “la apertura judicial hacia el exterior”, y en su magnífica obra de recopilación de precedentes judiciales<sup>27</sup> nos dice con relación a la tesis sostenida por la Suprema Corte de la Nación (SCJN) en 1986: tal “apertura” consistió en aceptar como válido un título de crédito (una letra de cambio) aun cuando no reunía los requisitos de la ley interna, a lo cual el autor agrega: “En este sentido el alto tribunal sacrificó lo dispuesto por la ley interna (para las relaciones de tráfico interno), evadiendo el territorialismo y admitiendo que cualquier denominación es aceptable, bastando únicamente que no deje lugar a dudas la obligación consignada”. Este precedente, y desafortunadamente otros menos claros, han sentado un criterio que en principio los jueces federales —al menos— deben de seguir. Sin embargo, quedan fuera de esta dirección los tribunales locales en donde los jueces tienen dificultades para aplicar una regla de esta naturaleza.

<sup>26</sup> Para mayor información sobre el tema veáse Freeman, Paul, “*Lex mercatoria: a legal basis for the resolution of international disputes*”, *International Commercial Arbitration*, Londres, Jordans, 2000, pp. 121 y ss.

<sup>27</sup> *Derecho internacional privado*, México, Porrúa, 1999, pp. 141 y ss.

A este desarrollo judicial sigue el hecho de que México participa activamente en los organismos descentralizados internacionales,<sup>28</sup> discutiendo las normas que después se convertirán en parte de la *lex mercatoria*. Asimismo, la CCI, a través de su representación en México, es muy activa a través de sus comisiones nacionales con los distintos gremios en fomentar mediante cursos y otro tipo de reuniones, el conocimiento de este fenómeno jurídico y en atender a grupos de comerciantes y banqueros para llevar a cabo las adecuaciones legislativas que permitan el reconocimiento expreso de esas reglas creadas paralelamente. Un caso actual es el debate auspiciado por el Capítulo Mexicano de la CCI, con diferentes autoridades para modificar el artículo 71 de la Ley de Instituciones de Crédito en materia de Cartas de Crédito, que establezca expresamente que en esta materia se acepten las reglas emitidas por organismos descentralizados.<sup>29</sup>

México sostiene desde hace más de 30 años una representación oficial permanente ante organismos internacionales descentralizados en materia mercantil internacional. Este es el caso de la Uncitral, la Unidroit y la Conferencia Permanente de La Haya, aunque en esta última, como se sabe, no se tratan únicamente temas mercantiles. De esta forma se ha participado en los diversos grupos de trabajo. Lo mismo ha sucedido con la Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado, desde 1979, en los temas mercantiles y, por supuesto, en los de otro tipo (familiares y procesales).

<sup>28</sup> Gracias principalmente al impulso que siempre ha dado la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores a su grupo de asesores externos, que son abogados y profesores universitarios que participan en los diferentes grupos de trabajo de unos organismos internacionales.

<sup>29</sup> En el proyecto de la exposición de motivos puede leerse, entre otras consideraciones, que: “no obstante la relevancia de las cartas de crédito, el marco jurídico vigente de nuestro país no es acorde a las necesidades y prácticas comerciales internacionales y domésticas, por lo que, para poder contar con seguridad jurídica, los participantes —principalmente las instituciones de crédito— han tenido que aplicar los usos y prácticas publicados por la Cámara Internacional de Comercio, tales como las Reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentarios, conocidos como “UCP500”, las Prácticas Internacionales Standby “ISP98” y las Reglas Uniformes para Garantías de Demanda “URGDG458”.

“Por lo anterior, la presente iniciativa tiene por objeto actualizar y mejorar la regulación de nuestro país en materia de cartas de crédito prevista en la Ley de Instituciones de Crédito, a fin de adecuarla en lo posible a las referidas prácticas y usos internacionales en la materia, con la finalidad de dotar de mayor seguridad y certeza jurídicas a dichos instrumentos y, por ende, a los comerciantes y demás contratantes de bienes y servicios que los utilizan.”

En gran medida las normas modernizadoras del sistema mexicano han venido de dos fuentes: de las reglas emitidas por los organismos descentralizados como la Ley Modelo Uncitral sobre arbitraje, el comercio electrónico, los concursos mercantiles, las garantías mobiliarias, etcétera, de los que ha habido, unas veces más que otras, una paulatina aceptación de estas reglas internacionales y la segunda fuente, de normas de los Estados Unidos de América y de otros países, como lo veremos más adelante.

En una tesis reciente<sup>30</sup> la SCJN declaró constitucional el artículo 1435 del Código de Comercio que establece que los árbitros pueden conducir el arbitraje como lo estimen conveniente, facultad que había sido atacada en un juicio de nulidad del laudo. Esta manera de darles flexibilidad a los árbitros fue discutida en varias instancias judiciales mexicanas hasta que la SCJN declaró que no se violaba al derecho mexicano con una disposición semejante ni se atacaba a las garantías individuales, porque en todo momento los árbitros deben tomar en cuenta las normas del Código de Comercio y las disposiciones constitucionales correspondientes.

Por esta vía el alto tribunal se ha mostrado dispuesto a adoptar una posición más flexible cuando se trata de normas que tienen origen en la *lex mercatoria*, no obstante que no concuerden con el sistema interno. En un campo cercano, la propia SCJN ha aceptado, como ya lo mencionamos, y no sin dar un vericuetto en su solución final, que las normas sobre derechos humanos pueden aplicarse aun por encima de la Constitución.

La fuente más prolífica en México, en materia de *lex mercatoria*, es el arbitraje comercial internacional, en la medida que se admiten regularmente los laudos dictados por tribunales arbitrales constituidos conforme a las reglas emitidas por organismos internacionales descentralizados cuya función es la solución de conflictos. La tendencia, como dijimos, ha sido uniforme, y conforme a la Convención de Nueva York, de la que México es Estado parte.<sup>31</sup> Con mayor frecuencia los jueces mexicanos deben conocer de estos casos y resolver en consecuencia.

En México ha habido en los últimos años otra fuente modernizadora importante de normatividad interna que proviene principalmente de los Estados Unidos y que conviene acotar. En aquel país del Norte se trata de nor-

<sup>30</sup> Amparo en revisión 759/2003, aún no publicado.

<sup>31</sup> En este sentido veáse Von Wobeser, Claus, "Chapter Seven. México", en Blackaby, Nigel *et al.*, *International Arbitration in Latin America*, La Haya, Kluwer Law International, 2002, pp. 155 y ss.

mas jurídicas, pero la aceptación que se hace en México de ellas es a nivel de modelo a seguir. Por ejemplo, en los ámbitos de la energía, el medio ambiente, de las telecomunicaciones y específicamente en el de la competencia económica, lo que se elaboró fueron resúmenes de las diversas legislaciones y principios jurisprudenciales principalmente estadounidenses en la materia. Se trató de un ejercicio en materia de derecho comparado que fue exitoso. Estuvieron involucrados todos los sectores y sólo se desecharon aquellas normas inaplicables en México por la diferencia económica y social con los Estados Unidos. También contribuyeron al proyecto despachos importantes de abogados de los Estados Unidos, principalmente de Nueva York y de las diferentes comisiones de la Barra Mexicana-Colegio de Abogados. Desafortunadamente la participación del mundo académico fue escasa. El objetivo se logró, no sin tropiezos, pero se alcanzaron a concertar los intereses de muchos sectores involucrados, incluyendo a abogados mexicanos calificados en los diversos temas para que se encargaran de la redacción final de esas normas.

El procedimiento que se sigue en la elaboración y emisión de las reglas por organismos internacionales descentralizados tiene grandes diferencias con el que se llevó a cabo en México en el ejemplo al que nos acabamos de referir. Sin embargo, el objetivo fue el mismo: modernizar al sistema jurídico mexicano, armonizar sus leyes con las que existen en otros países con los que comercia.

Hemos caracterizado a las reglas internacionales como resultado de la febril actividad de los organismos descentralizados para abordar los temas más urgentes a fin de darle mayor armonía al tráfico jurídico internacional. Las leyes mexicanas que se elaboraron con base en un modelo (el estadounidense, en este caso, aunque no fue el único) dio como resultado que amplios sectores de la economía mexicana debieran abrirse a una estructura jurídica moderna para servir al objetivo de la globalización.

Lo que se incluyó en las normas mexicanas con motivo de “la americanización de derecho mexicano”, como acertado lo señaló el profesor Stephen Zamora en la época,<sup>32</sup> fue un material normativo semejante a las reglas emitidas por organismos internacionales aunque con diferencias de grado muy importantes, como es el de las fuentes. La pregunta que de

<sup>32</sup> “The Americanization of Mexican Law: non Trade Sigues in the North American Free Trade Agreement”, *Law and Policy in International Business*, Washington, vol. 24, núm. 2, invierno de 1993.

inmediato surge es: ¿estas normas adoptadas por México siguiendo un modelo, pueden considerarse también *lex mercatoria*? De aceptar que son parte de la naturaleza de las reglas a que nos referimos, nuestra definición de éstas no sería la misma. Pero la diferencia de naturaleza de las fuentes desaparece en su objetivo final: armonizar a las normas mexicanas con las del mundo en que se desenvuelve.

Aunque no sea un caso igual, un fenómeno con el que se podría encontrar cierta relación es lo que ha sucedido en la Unión Europea con las grandes codificaciones que están en curso.<sup>33</sup> Éstas serán algún día norma jurídica en los territorios de la Unión, mientras tanto se habrán generado como siempre se generan las grandes codificaciones: en la mente de los involucrados: la propuestas y críticas de los académicos, los escritos de los abogados, las decisiones de los jueces, y la habilidad de los legisladores para darse cuenta de que el mundo ha cambiado.

El trabajo de redacción de textos de organismos internacionales descentralizados no es diferente. Se trata de grupos de trabajo formados por los especialistas en la materia de los países que representan y por gente de la industria que participan como observadores. En estos mismos grupos de trabajo están presentes, además, otros organismos descentralizados. Como podemos ver desde esta perspectiva, las fuentes son muy parecidas. Si decimos que la *lex mercatoria* designa a ese conjunto de reglas internacionales que se aplican de manera paralela por los operadores de comercio internacional, estamos connotando a un tipo de reglas cuya característica es precisamente esa: la de su aplicación internacional en los casos que hemos mencionado (con un ámbito personal y exclusivo del negocio jurídico). Aunque no es el caso del ejemplo de México con la aplicación de reglas extraídas fundamentalmente de la legislación estadounidense, en el que no hay ese objetivo, al menos inmediatamente; sin embargo, por otra parte, esas normas adoptadas por México para modernizar y dinamizar internacionalmente sus sectores tienen como objetivo que los operadores internos y externos del comercio puedan contar con una normativa moderna y armonizada con el ambiente internacional de los negocios, que es el fin último que al menos nosotros podríamos derivar de la *lex mercatoria*.

<sup>33</sup> Sobre este tema puede consultarse Lando, Ole y Beale, Hugo (eds.), *Principios de derecho contractual Europeo*, Colegios Notariales de España, 2002; y la reseña sobre esta obra *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, abril de 2004, pp. 242 y 243.

Para finalizar esta presentación, haremos una breve referencia a un tema que no se puede soslayar: el del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. De acuerdo con éste, cabe señalar que se han derivado una amplia serie de reglas, las que han tenido un carácter directo, como el caso de regulaciones aduaneras, fitosanitarias, etcétera, muchas de ellas obligatorias, y algunas recomendaciones, y otras que han derivado de los criterios de los laudos de paneles arbitrales. En este caso, principalmente sobre *antidumping* e impuestos compensatorios (capítulo XIX), y en menor medida sobre disputas entre inversionista Estado (capítulo XI). Estos paneles han ya generado criterios, y cabría preguntarse en qué medida son obligatorios o no, o bien, ¿de qué tipo de reglas internacionales se trata? Aún no hay una opinión definida en este campo, pero la realidad demuestra que en los paneles (capítulo XIX) se siguen criterios establecidos por otros paneles, y que en la legislación mexicana, al menos, han influido para afinar cambios en la materia, pero sobre todo para generar reglas para los oficiales gubernamentales encargados de manejar este tipo de casos. En estos dos ejemplos, independientemente de su obligatoriedad o no, el hecho es que se aceptan y se regulan conductas conforme a ellas. Si se considera que su fuente es internacional y que se refieren a la aplicación de usos y costumbres en el comercio entre los países miembros del Tratado, podrían ser consideradas reglas internacionales en el sentido que hemos venido apuntando, pero, si por el contrario se consideran “normativas” o “direcciones”, se estaría frente a un derecho más parecido al “*soft law*”, pero que los países finalmente toman en consideración para ajustar los procedimientos de su comercio, como ha sucedido en Europa con las directivas emitidas por los órganos de la Unión.<sup>34</sup>

## V. CONCLUSIÓN

Hemos intentado describir algunos elementos nuevos de lo que constituye hoy el concepto de la *lex mercatoria* que, como se ha visto, se trata de un sistema de selección normativa para determinar las reglas más eficientes para las transacciones comerciales internacionales. Un sistema aparte

<sup>34</sup> Parja Pujado, A. S., “Los efectos de las directivas comunitarias. Una visión crítica de la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de noviembre de 1996”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1997, pp. 126-136.

de los sistemas nacionales, los que a través de su regla de reconocimiento incorporan un derecho creado por delegación efectuada a los órganos internacionales descentralizados y a los operadores del comercio a quienes se les reconoce la capacidad natural de inducir el cambio dentro del ámbito jurídico mediante su voluntad. Es decir, un sistema descentralizado, convalidado por la costumbre internacional, en el que las partes asumen la obligación legal con el uso pactado que le es conocido y es observado por ellas mismas.