

LA *LEX MERCATORIA* EN EL DERECHO COMERCIAL
INTERNACIONAL MODERNO: EN SU DIMENSIÓN DOCTRINAL,
CONVENCIONAL Y JUDICIAL DEL NUEVO ORDEN
MERCÁTICO EN AMÉRICA LATINA

Gilberto BOUTIN I.*

SUMARIO: I. *Introducción. Basamento lógico y deontológico de la lex mercatoria.* II. *Noción y naturaleza de la lex mercatoria.* III. *Lex mercatoria y dinámica en el derecho positivo: atisbos de la lex mercatoria en el Código de Comercio. Sobre la juridicidad de los usos de comercio como regla genérica internacional.* IV. *Lex mercatoria ante la valoración jurisprudencial: reconocimiento de la lex mercatoria vía pretoriana, de los presupuestos para la aplicabilidad de la lex mercatoria.* V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN. BASAMENTO LÓGICO Y DEONTOLÓGICO
DE LA *LEX MERCATORIA*

Lógica y deontológicamente *la nueva lex mercatoria* va asociada a la libertad contractual¹ inmersa en el espacio jurídico del comercio transnacional.

Tal aseveración cobra sustento en el dominio de la contratación internacional expresamente, en la convención de México de 1994, relativa al derecho aplicable a los contratos internacionales en su disposición convencional décima, cuyo temperamento e inteligencia normativa concentra en sí misma los reglones de la libertad de elección del derecho por los contratantes y la implementación del nuevo método *jus mercatorio*, traducido en la aplica-

* Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá y catedrático de derecho internacional privado.

¹ Rongean-Oudin, Federica y Oudin, Martín, *Revue de Droit des Affaires*, núm. 6, 2009, p. 697.

ción de los usos, costumbres y prácticas comerciales afines a la naturaleza de la especialidad de cada tipo de contrato internacional.² De haber sido conocido el derecho mercatorio como una norma de naturaleza secundaria *praeter legem*³ en sus inicios, hoy ella contiene normas fundamentales para el desarrollo del comercio mundial. De ahí el comprender la extensión y sentido del resurgimiento de la *lex mercatoria* en el derecho moderno.⁴ Así, la ascensión del orden propiciado por la *regla mercatoria* de carácter material constituye un modo afable de derogatoria del método conflictual tradicional, para dar paso a soluciones de aplicación prácticas, contractuales, profesionales y no estatales.

Se trata de un método no legalista ni positivista sino *voluntarista-neonaturalista* del derecho contemporáneo, formando así un orden complementario cuya ductilidad es bien ponderada en su dinámica práctica y dando pie a un resurgimiento de dicha fuerza normativa en la propia América Latina.⁵

La presente monografía tiene por objeto dar a conocer la estructuración doctrinal y metodológica relativa al descubrimiento del nuevo *ius mercatorio* en los ámbitos convencional y no convencional que informan al derecho internacional privado panameño y comparado. El estudio comporta un examen de la noción y naturaleza de la *lex mercatoria*, y un análisis del lugar de la Convención de México de 1994 y el derecho mercático dentro del giro que oferta el nuevo derecho interamericano de los contratos internacionales, así como un *approche* relativo a la cohesión y el nuevo orden público contractual en la Convención de México que permite consolidar la libertad de los contratantes y la justificación de la aplicación del derecho mercático en las relaciones transnacionales. No podemos desatender el hecho de la valoración del derecho mercático vía jurisprudencial, que le concede un *droit de cité* en los países latinoamericanos, así como un examen sobre los presupuestos para la aplicabilidad de la *lex mercatoria* por parte del juzgador, tratándose de una realidad de orden internacional como fuen-

² Pascale, Deumier, *Lex mercatoria entre ordre et desordre. Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 305.

³ Hargain, Daniel y Mihali, Gabriel, *Direito do comércio internacional e circulação de bens no Mercosul*, Editora Forense, 2003, p. 15.

⁴ Silva, Jorge Alberto, *El resurgimiento de la lex mercatoria: regulación de las relaciones comerciales internacionales*, 2004, p. 24.

⁵ Fernández Rozas, José Carlos, *Anuario de Derecho Internacional Privado Español*, 2004, p. 4

te normativa que invita a reflexionar sobre su adaptabilidad en el tiempo, a modo de introducción, para luego adentrarnos a delimitar en una primera parte, la noción y naturaleza jurídica de la *lex mercatoria* dentro de los negocios jurídicos de carácter internacional. Subsecuentemente, ahondaremos el lugar y el método de la *lex mercatoria* dentro de la Convención de México de 1994 y el nuevo orden público contractual que introduce en el régimen de la contratación latinoamericana. De igual manera, se examinará la dinámica de la *lex mercatoria* y el derecho positivo, para finalmente abordar la valoración jurisprudencial sobre la *lex mercatoria* como fuente vinculante. Una conclusión se impone para establecer la racionalidad y practicidad de la aplicación del *ius mercatoria* como normativa idónea a las relaciones de derecho comercial internacional moderno en el hemisferio latinoamericano.

II. NOCIÓN Y NATURALEZA DE LA *LEX MERCATORIA*

Se entiende por *lex mercatoria* el conjunto de normas anacionales empleadas por grupos profesionales o comerciantes, llamados operadores del comercio internacional, tales como: comerciantes, banqueros, operadores, transportistas, abogados, mediadores, etcétera, con el propósito de concluir aquellos contratos de comercio internacional.

En su expresión genuina y latina,⁶ en contraste con la terminología anglosajona, *the new law merchant* se refiere al conjunto de usos de comercio internacional elevados a rango de “sistemas”, o bien a un orden jurídico distinto y diferente al derecho nacional, bautizado como sistema transnacional o anacional.⁷ Se trata de un derecho material internacional necesario a toda relación jurídica internacional, reconocido y señalado a inicios de la década 1962 por la doctrina esbozada por el gran jurista holandés Alfred E. von Overbeck,⁸ pues existe, a este respecto, consenso entre los juristas de

⁶ Kasirer, Nicholas, “Lex-icographie Mercatoria”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 47, 1999, pp. 653 y 654. “In other words, there is a growing sense that the *lex mercatoria* is not merely and English language ‘law merchant’ assuming that global private law is possible, global law expressed only in English is not global law”.

⁷ Kassis, Antoine, *Théorie Générale Des Usages Du Commerce*, LGDL, 1984, pp. 269 y ss.

⁸ Von Overbeck, Alfred E., “Les Règles de Droit International Privé Matériel”, *Nederlandsche Tijdschrift Voor International Recht*, vol. IX, octubre de 1962, p. 363. Il faut se

la existencia de un espacio transnacional forjados por los agentes económicos del mercado.⁹

La sistematización y valoración de la nueva *lex mercatoria* dentro de las relaciones económicas internacionales está ligada a los nombres de los juristas: Clive Schmitthoff, por un parte, y, por otra, a Berthold Goldman.

Schmitthoff¹⁰ propone una distinción entre costumbre comercial y uso comercial con base el criterio de la formalización, hecho por un organismo internacional, y con un grado de certeza. Él llama *costumbre comercial internacional* a la costumbre formulada por un organismo internacional, y uso o práctica a la costumbre que no ha sido así formulada. Evidentemente, el criterio sobre los usos de comercio invocado por el autor descarta la tradicional concepción inglesa y se inclina por el criterio del Código de Comercio uniforme de los Estados Unidos,¹¹ que permite darle la proyección necesaria a esta nueva norma de carácter anacional. Concluye el autor: cabe remarcar que este *approche* y consideración yacía en Francia con mucha antelación a la Ley 13 de julio de 1866, sobre la codificación de los usos generales y especiales,¹² que la nueva *lex mercatoria* es el inicio de un derecho comercial internacional autónomo.

Goldman, por su lado, observa que la nueva *lex mercatoria* constituye un derecho sustantivo o de fondo, aplicable a una relación internacional sin pasar por el filtro del método conflictual.¹³ La *lex mercatoria* convoca al conjunto de reglas materiales aptas a gobernar las relaciones económicas

turner vers la doctrine pour dégager une tendance affaire une place aux règles matérielles dans l'application du droit international privé national, même à défaut de dispositions légales ou de jurisprudence établie.

⁹ Kahn, Philippe, *Droit International Economique, Droit du développement, Lex Mercatoria: Concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ?*, Mélanges Berthold Goldman, p. 99.

¹⁰ Kassis, Antonie, *op. cit.*; la comunicación *Schmitthoff the Sources of the Law of International Trade* del coloquio International Association of Legal Science, Londres, 1964, p. 280.

¹¹ *Código Uniforme de Comercio* (español-inglés) publicado por The American Law Institute y The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. En su artículo 1-205, Curso de negocio y uso de comercio, cuyo numeral 2 es de nuestro interés, señala: "Un uso de comercio es cualquier práctica o método de negocio que se observe regularmente en un lugar, ocupación o ramo que justifique la probabilidad de que será observado con respecto a la transacción en cuestión", traducción del texto oficial de 1962 por Equity Publishing Corporation, p. 31.

¹² Riput, Georges, *Tratado elemental de derecho comercial*, París, LGDJ, p. 15.

¹³ Kassis, Antoine, *op. cit.*, p. 282.

internacionales.¹⁴ Ella comporta en su interior fuentes interestatales: convenios de leyes uniformes o estatales, así como aquellas sentencias arbitrales que recaen sobre las relaciones de comercio internacional, siendo un derecho experimental¹⁵ que surge como modo de intervención dentro de la solución de las relaciones económicas internacionales. Ambos autores coinciden en el hecho de que la *lex mercatoria* constituye un sistema¹⁶ de derecho, aunque incompleto, en crecimiento.

Las reglas forjadas por la práctica por aquellos llamados operadores del comercio internacional,¹⁷ que establecen una especie de derecho espontáneo,¹⁸ no vinculado a ningún orden jurídico nacional, es lo que hoy en día se conoce como la *lex mercatoria* o *the new law merchant*. La constatación y aparición de este nuevo derecho sustantivo permite desembocar en un nuevo derecho internacional privado de carácter sustantivo.

Esta recepción y advenimiento de la nueva *lex mercatoria* fragua irremediablemente un nuevo derecho internacional privado sustantivo que confirma la crisis del método tradicional de los conflictos de leyes¹⁹ o *crise*

¹⁴ Goldman, Berthold, *La Lex Mercatoria Dans Les Contrats et L'Arbitrage Internationaux*, Travaux Du Comité Français De Droit International Privé, Droit International Privé, año 1977-1979, p. 224.

¹⁵ Battifol y Lagarde, *Droit International Privé*, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, núm. 578. Terminología empleada por ellos de un derecho experimental esbozado inicialmente en 1971 a un término de derecho espontáneo.

¹⁶ Goldman, Berthold, "Lex Mercatoria est bel et bien un système des lors qu'elle comporte ses règles de droit, ses autorités professionnelles, ses sanctions professionnelles, ses propres juges – les arbitres du commerce international". *La Lex Mercatoria Dans Les Contrats...*, clunet 498.

¹⁷ Audit, Bernad, *Flux et Reflux de la Crise des Conflits de Lois*, Travaux du Comité Français de Droit International Privé, Journée Du Cinquantenaire, Editions UCNR, 1989, p. 61.

¹⁸ Kunz, Josef L., "Ago's Theory of a «Spontaneous» International Law", *American Journal of International Law*, enero de 1958, p. 90.

¹⁹ Gerhard Kegel señala en su curso de La Haya la presencia y construcción de un método distinto a la concepción tradicional del método conflictualista que hace una evaluación de la *proper law* en la aplicación emergente del derecho sustantivo y la participación de las leyes del silencio bajo el influjo de la doctrina del interés gubernamental del jurista americano Currie. Véase *Recueil the Crisis of Conflict of Laws*, t. 112, 1964, p. 92: "In speaking about a 'crisis' in the conflict of laws and not about a revolution, we anticipate two results or our studies. We see on the one hand *serious critics*, men from whose constructive and well-reasoned suggestions we can learn a great deal and who are not to community. On the other hand, we see the old fundamentals still unshaken, and we come to the conclusion that only they are solid enough to support the house of conflict of laws".

d'analyse.²⁰ Es revelador el curso magistral de La Haya del profesor de Colonia que efectúa un análisis gradual y sistemático del nuevo método complementario y conflictual de la *proper law* o del *impresionismo jurídico*,²¹ de un lado, y por otro lado constata la excesiva aplicabilidad de la *lex fori*,²² siendo el mismo un obstáculo a la unificación del derecho internacional privado, dándose la imposibilidad dentro del marco de la oscilación del derecho *proper law* la posible elaboración de un derecho sustantivo único aplicable a una situación jurídica internacional.

Una especie de *jus gentium*²³ de los comerciantes u operadores del comercio internacional reclama la doctrina de la *lex mercatoria*, estando enraizada tanto en la fuentes del derecho comercial interno como en las fuentes consuetudinarias de carácter internacional, cuyo ancestro inmediato lo encontramos en el Alto Medioevo europeo y en el Medioevo colonial español americano.²⁴ Ello genera un derecho basado en los usos y prácticas propios de los comerciantes, constituyéndose así en un lenguaje común²⁵ de la

²⁰ Lipstein, Kurt, *Les normes fixant Leur proper domaine d'application: Les expériences anglaise et américaines*, Travaux du Comité française de Droit International Privé, año 1977-1979, p. 201.

²¹ Loussouarn, Yvon y Bourel, Pierre, *Droit International Privé*, París, Dalloz, 1978, pp. 178 y ss. Esgrime que el método de la *proper law* como un método complementario, al método tradicional conflictual, no resuelve los problemas de la imprevisibilidad achacados al método conflictual y que sus formulaciones a este respecto pueden ser resumidas y calificadas como un método impresionista.

²² Kegel, Gerhard, *op. cit.*, p. 216.

²³ Berger Klaus, Peter, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Kluwer Law International, 1999, p. 10. Refiriéndose al método conflictual, constata el autor alemán en esta rescención: The unpredictability of conflicts of laws decisions has long since been criticized as a "jump in the dark", expresión de Raape, IPR, p. 90; véase también Zweigert, Festschrift Raape, p. 35 ('atomic physics of jurisprudence').

²⁴ René David, el preclaro jurista comparativista, aprecia el fenómeno de un derecho ascendente como el *jus gentium* moderno como un derecho independiente de los derechos nacionales y haciendo parte de la esfera del derecho internacional. "Il ne suffit pas d'établir des Conventions interétatiques ni de compiler des code nationaux pour régler les opérations du commerce international. Il importe de restaurer l'idée de *jus gentium*, c'est-à-dire d'un droit qui est, dans son essence, autre chose que les droits nationaux. Cette idée s'est perpétué dans le droit international public ; il faut reconnaître qu'elle s'impose de même manière dans le droit international privé". *Le Droit du Commerce International*, París, Economica, 1987, p. 138.

²⁵ Boutin, Gilberto, "Autour de la réception de la *lex mercatoria* en droit positif panaméen: Développement historique et définition d'un *jus mercatorium* au Panama", *Uniform Law Review*, vol. III, 1998, pp. 305 y ss. Realmente las ferias que permitía España

contratación internacional. Subsecuentemente, este conjunto de reglas generadas por el “gueto” de los comerciantes de derecho sustantivo o de fondo sufre una movilidad que no se reduce a su permanencia en el derecho comercial internacional, sino que el mismo fenómeno asciende a transita hacia el derecho económico internacional,²⁶ interviniendo en la nueva relación Estado-persona privada extranjera. Este conjunto de principio de la contratación internacional se inserta como fórmulas normativas en el dominio de los contratos internacionales,²⁷ como normas anacionales, pudiendo constituirse en una fuente distinta al binomio normativo tradicional:²⁸ derecho interno y derecho internacional, posición esta última minoritaria, ya que la opinión dominante consiste en establecer que los principios que informan a la *lex mercatoria* en la esfera de la relación negocial contractual hacen parte de las fuentes del derecho internacional.

Con el advenimiento de la Revolución Francesa se borra todo vestigio del Medioevo; con la revolución de los jacobinos y la codificación napoleónica se dan dos fenómenos: la sistematización del derecho frente al espectro del derecho no escrito y luego la consolidación del Estado y su monopolio y control de la administración de justicia como reflejo de la soberanía interna. Habrá que esperar hasta la segunda mitad del siglo XX, luego de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, para revisar los errores de la paz de Versalles de 1918 para retomar los “valores” del Alto Medioevo.

Concluida la Segunda Guerra Mundial y contabilizados los daños producto de la paz de Versalles emerge un nuevo orden jurídico internacional. Este orden jurídico es consecuencia de los Acuerdos de Bretton Woods de

en la América colonial eran las ferias de Portobelo de Panamá, que era el paso de la mercadería del Pacífico al Atlántico, y las ferias de Veracruz en México.

²⁶ Hinesrosa, Fernando, *Los principios de UNIDROIT: una nueva lengua franca*, Congreso Interamericano, Valencia, Venezuela, 6 de noviembre de 1996, pp. 185 y ss.

²⁷ Herdegen, Matthias, *Derecho económico internacional*, Biblioteca Jurídica, 1994, pp. 8 y ss. En un sentido próximo aparecen las obras *Derecho internacional económico*, por Beatriz Ramacciotti, Fabián Novak y Dante Negro, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993; Guzmán Barrons, César, *Nuevo orden económico y el derecho comercial internacional*, pp. 49 y ss. Aparece también la concepción humanista francesa de Maurice Flory en torno al *Droit International Du Développement*, Presses Universitaires de France, 1977, pp. 16 y ss., con un intento de darle rostro a las nuevas relaciones económicas internacionales. Nuestra opinión es que la terminología no es clara dentro de la relación de los países Norte-Sur, o por lo menos no bien asentada en nuestro hemisferio.

²⁸ Strenger, Irineu, *Contratos Internacionales Do Comércio*, Revista Dos Tribunais, LTDA, 1986, pp. 177 y ss.

1944. Los cambios fundamentales fueron monetarios, el dólar americano sustituye la libra esterlina, la Sociedad de las Naciones en Ginebra es reemplazada por la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York y el idioma francés es reemplazado por el inglés americano.

La extrapolación de un foro jurisdiccional especializado y un derecho material o sustantivo adecuado al derecho comercial internacional son imperativos. De donde la creación de la Convención auspiciada por la Organización de Naciones Unidas bajo la rúbrica del *Reconocimiento y Ejecución de los Laudos Extranjeros de 1958*. Es decir, la materialización de la convención de Nueva York es el inicio del desarrollo de una nueva *justicia supranacional*.

Más tarde, el derecho de los comerciantes, motivado por el desarrollo de una sociedad profesional en el plano mundial, denominados agentes económicos, o bien operadores del comercio mundial, tiene lugar en 1964, en el International of Comparative Law en Londres, el desarrollo de la doctrina que justifica y explica los pilares del nuevo derecho *mercatorio*, basado en dos piezas claves: un foro *autárquico* arbitral y en un derecho sustantivo o material *mercático*.²⁹ Estos dos pilares del nuevo derecho comercial internacional son producto de una sociedad profesional que genera normas reiterativas conocidas entre las partes, creando así un sistema paralelo al derecho positivo de los Estados. Este movimiento filosófico-jurídico erige un sistema no positivo del derecho destinado tan solo a los operadores del comercio mundial, entendiendo por operadores del comercio mundial los actores o sujetos generadores de riqueza. Finalmente, se produce el impulso del nuevo derecho internacional económico, o mejor dicho el nuevo derecho de la protección de la inversión extranjera, cuyo marco convencional es la *Convención de Washington* de 1965.

Es fundamental destacar que el nuevo orden económico ha producido una norma de naturaleza neutra en cuanto a su origen, sino un derecho sustantivo o de fondo e igualatorio en el sentido cognoscitivo, entre comerciantes o profesionales en el plano internacional y cuyo lenguaje es perfectamente válido, pues conlleva principios comunes pertenecientes al hombre moderno, como son: la buena fe y la lealtad contractual, el principio de justicia conmutativa y la equidad. Paralelo a ello, y conjuntamente, emerge dentro de este derecho mercatorio el foro de justicia arbitral internacional que pretende for-

²⁹ Seraglini, Christophe, "Du Bon Des Principes UNIDROIT Dans L'arbitrage International", *Revue De L'Arbitrage*, núm. 4, 2003, pp. 1145 y ss.

jar un espacio de justicia desnacionalizada en pro de un nuevo derecho mercatorio profesional.

La *lex mercatoria*, como fuente jurídica normativa, se sitúa fuera de un derecho nacional y sancionado por un derecho consuetudinario³⁰ supranacional aún endeble,³¹ que para algunos deviene en un sistema jurídico. Esta afirmación, que rebasa la fase inicial doctrinaria, se ve consumada, o más bien legitimada, mediante el proceso de unificación de los principios³² de los contratos de comercio internacional elaborados por UNIDROIT.³³ Principios difícilmente aceptados por los ordenamientos jurídicos territorialistas.³⁴ Cabe preguntarse, entonces, si este mismo derecho *mercatorio* tiene cabida en el derecho positivo panameño. Con todo, tal interrogante a este respecto jurídico obliga a examinar la *lex mercatoria* a un doble nivel: por un lado, frente a la postura de la jurisprudencia panameña y su receptibilidad, y luego encaminar el fundamento y justificación legal de la *lex mercatoria* en el derecho positivo panameño.

³⁰ Klaus Berger, Peter, *op. cit.*, p. 2. “Opinions about terminology and the legal quality of the *lex mercatoria* diverge widely, especially with respect to its nature as a third legal system alongside domestic law and public international law”.

³¹ Kegel, Gerhard (*op. cit.*), en el cual cita como fuentes materiales: Incoterms 1953, Uniform Customs and Practice for Commercial Documentary Credits. General Conditions of Contract and Standard Forms of Contracts, *inter alia* (ECE). Independientemente de los tratados sobre transporte, conocimiento de embarque y cheques, así como el arbitraje citado por Schmitthoff-Customary Law, p. 258.

³² Belandros Santos, Rubén, *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, Fundación de Cultura Universitaria, 1998, p. 89, quien cita a Pérez Nieto.

³³ Bonell, Michael Joachim, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *Transnational Law in Commercial Legal Practice*, Münster, Alemania, Center for Transnational Law, Quadis Publishing, 1999, pp. 11, 12 y 19: “The UNIDROIT Principles are intended to remedy many of the deficiencies currently encountered in international trade law. In order to understand better how they many achieve this objective; one should know first what the UNIDROIT Principles actually are. Los objetivos de estos principios lo señala claramente Bonell así. In the introduction it is stated that objective of the UNIDROIT Principles is to establish a balanced set of rules designed for use throughout the World irrespective of the legal traditions and the economic and political conditions of the countries in which they are to be applied...”. Realmente ha sido una tarea de derecho comparado donde intervino un pequeño comité formado por los profesores René David, Clive Schmitthoff y Tudos Popescu en representación del derecho civil, sin descontar la participación de la *common law* y del antiguo sistema socialista.

³⁴ Ferrari, Luigi, “La contribución de UNIDROIT al proceso de unificación del derecho privado”, *Los principios de UNIDROIT. ¿Un derecho común de los contratos para las Américas?*, Valencia, Venezuela, 1998, p. 13.

1. *Lex mercatoria en tanto que regla material de derecho internacional privado*

Enunciada la noción y alcance descriptivo de la *lex mercatoria*, su naturaleza, más que sus características, se inscribe en las denominadas reglas materiales de derecho internacional privado.

Se entiende por reglas de derecho internacional privado material o sustantivo, el conjunto de reglas sustanciales que han sido específicamente definidas a situaciones jurídicas internacionales y que son en principio destinadas a ser aplicadas en dicho contexto.³⁵ Se trata de normas adaptadas al realismo de la vida jurídica de orden internacional que son intrínsecas a la relación de derecho internacional pura.

Luego entonces, se trata de un cuerpo normativo de naturaleza transnacional material. Así, ellas pueden ser clasificadas en reglas materiales: *nacionales, convencionales y anacionales*.

Ciertas reglas promulgadas en el derecho material interno sirven de soporte para dar respuesta a conflictos de leyes mediante una regla interna adaptable, por ejemplo, a la distinción entre sociedades panameñas con actividad extraterritorial y sociedades panameñas con actividad meramente doméstica. Otro ejemplo sería la distinción que hace el Decreto Ley 5 de 1999 entre arbitraje interno y arbitraje internacional. En el propio derecho de sucesiones la prohibición de testar mancomunadamente, situación legal contraria a la cultura jurídica de la *common law*.

En el dominio convencional, las reglas dirigidas a regular los derechos de autor de 1886, que se traduce en la Convención de París. Las reglas relativas al transporte marítimo que son forjadas por la fuerza del mercado entre embarcadores, transportistas y aseguradoras, son los actores que erigen el nuevo sistema de presunción de responsabilidad en los convenios de Bruselas de 1924 y las Reglas de Hamburgo de 1978.

En cuanto a las reglas *anacionales* o *apátridas*, que son aquellas reglas producto no de la voluntad del Estado sino de los mercaderes y agentes económicos directamente, que generan usos y costumbres de orden internacional comercial, nos encontramos con los Incoterms que fueron codificados en 1932 por la Cámara de Comercio Internacional, así como los principios de UNIDROIT. Las referidas normas son reglas de comportamiento

³⁵ Clavel, Sandrine, *Droit International Privé*, Dalloz Hiperours, 2011, p. 96.

como bien señala Sandrine Clavel, es decir, son normas de naturaleza ética que deben inspirar al comercio mundial.

La *nueva lex mercatoria* deviene a finales del siglo XX, la base de un nuevo sistema normativo, rector de las relaciones comerciales aplicables a toda operación dentro de un espacio transnacional o anacional gestada o perfeccionada por agentes u operadores del comercio mundial. Este nuevo derecho mercático o mercantil se desprende directamente de los usos y prácticas pertenecientes al comercio internacional.

La *nueva sociedad* de comerciantes ha engendrado un espacio de autorregulación en sus transacciones, inspiradas en un principio de igualdad profesional y de conocimiento. Dicha autorregulación normativa ha generado normas anacionales, neutras, espontáneas y consensuales, las cuales tienen vigencia paralela y funcional con el derecho positivo estatal. El dominio de la *nueva lex mercatoria* se centra en el libre mercado, en la dinámica del intercambio de bienes, servicios y capital extensible al marco de las relaciones entre sociedades multinacionales y el Estado en el orden de la inversión y del nuevo derecho económico internacional, el cual señala François Rigaux.

El derecho mercatorio es un derecho entre profesionales o comerciantes válidamente escogidos que opera paralelo al derecho estadual en la esfera exclusivamente transnacional, producto de la necesidad del comercio mundial.

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.

Finalmente, ese *jus mercatorio* descansa en normas generadas por grupos interprofesionales del comercio mundial, creando reglas especializadas sustantivas anacionales, conocidas entre los agentes económicos; toda interpretación o conflicto interprofesional queda sometido al foro arbitral de comercio internacional para su recta interpretación y decisión.

En suma, el nuevo derecho comercial internacional descansa en dos pilares: la *lex mercatoria* de orden sustantivo y el foro arbitral internacional de carácter procesal.

Realmente, el nuevo derecho comercial es la derivación directa del mundo de los usos de comercio y su evolución de su fase contractual a su carácter genérico vinculante que invade la técnica de los contratos mercantiles modernos con efectos extraterritoriales entre ausentes.

2. *Del lugar de la Convención de México en el nuevo orden mercatorio*

La doctrina europea evoca un regionalismo exótico sobre una eventual *lex mercatoria* euro-mediterránea que agrupe la cultura de los países circunvecinos. Tal vez pequen un poco de chauvinismo,³⁶ pues el derecho mercático es de orden transnacional por esencia y decididamente puntual. Cada cultura jurídica y comunidad política tiene una visión puntual de la ética de los contratos y del comercio, sin perder de vista el fondo común que se reduce a la expresión de la libertad de comercio. Sin embargo, el derecho internacional privado interamericano esboza todo una normativa en el plano de la contratación en un orden jurídico transnacional basado en la libertad contractual y en las reglas anacionales que permiten hablar de un derecho mercático interamericano consustancial al derecho del hemisferio americano.

3. *De la cohesión y nuevo orden público contractual de la Convención de México de 1994*

A decir verdad, el nuevo derecho mercático sólo puede tener lugar dentro de una gama normativa independiente que se desprenda o no de la voluntad de una norma positiva estatal. Y ello es así, pues todo el método del derecho mercatorio se desprende del fenómeno económico del siglo XIX, es decir de la reformulación del acto de comercio más allá de los simples sistemas de codificación de los códigos de comercio y en la coronación del reino del consensualismo.³⁷ Esta necesidad la cumple la convención interamericana de México en su doble expresión: regla de mercado y libertad contractual.

Sobre este aspecto hay que remarcar que el rol de la Convención de México se centra en darle cohesión al sistema contractual internacional de los países sudamericanos, no previsto en la dispersa codificación de Montevi-

³⁶ Filali, Osman, *Vers une lex mercatoria euromediterranea: la légistique au service de la codification, unification et harmonisation du droit des affaires de l' Union pour la Méditerranée*, RDAI, 2009, p. 575.

³⁷ Torre Shaub, Marthe, *Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché*, LGDJ, 2002, p. 19.

deo de 1889-1940 y en la tímida concepción del autonomismo contractual de Bustamante en el congreso panamericano de 1928.

La Convención de México conduce al gran salto cualitativo de inferir en sus artículos convencionales el de introducir la libertad de disposición del derecho en el plano del comercio internacional, en particular en su artículo séptimo.

Por vez primera se enriquece el nuevo orden público contractual al poder consagrar la libertad de los particulares contratantes en escoger el derecho positivo y las reglas materiales de carácter *anacional* o *apátridas* consignadas en su primer artículo convencional.

Ciertamente, podemos aseverar que desde el inicio, en el párrafo tercero del artículo primero de la comentada Convención, permite aplicar la regla de la contratación tanto a los particulares como a las entidades centralizada o descentralizadas, siempre que las partes así lo dispongan.

La Convención no reduce la libertad y la justificación del derecho material internacional al aspecto sólo del mundo arbitral, sino que lo rebasa, pues ella plantea su beneficio entre el sector estatal y el particular en materia de contratos.

No podemos pasar por alto que la Convención de México introduce la regla del *dépeçage* prevista en el párrafo primero del artículo 8o. de la precitada Convención. Dicha regla permite que un contrato pueda ser sometido a más de dos normas internacionales. En la conclusión de un contrato de compraventa de trigo, la forma se somete a la ley del lugar de la celebración, mas sus efectos a la ley del lugar donde se produce la entrega. Esta viabilidad conducida por la Convención permite a las partes salvar ciertos obstáculos de orden accidental y normativo en beneficio de la confianza del derecho más real y próximo a la prestación.

El devenir y fundamento de un desarrollo maduro de la aplicación de reglas materiales, usos, costumbres, prácticas mercantiles o profesionales va a depender en nuestro hemisferio de la consolidación que nuestros países tenga a bien realizar en función del reconocimiento y ratificación de la Convención Interamericana de 1994, que como mecanismo normativo logra poner en pie de igualdad, a América Latina con el viejo continente europeo, en el dominio del nuevo derecho espontáneo mercantil.

III. *LEX MERCATORIA* Y DINÁMICA EN EL DERECHO POSITIVO:
ATISBOS DE LA *LEX MERCATORIA* EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.
SOBRE LA JURIDICIDAD DE LOS USOS DE COMERCIO
COMO REGLA GENÉRICA INTERNACIONAL

El método y sistema mercatorio constituye una reacción en contra del método tradicional conflictual o conflictualista.

Desde la concepción del jurista alemán Gerthard Kegel de denunciar la crisis de los conflictos de leyes en su curso magistral de La Haya, pasando por la nueva concepción economista del derecho internacional, se ha vislumbrado un método distinto al inspirado en la regla de conflicto, mejor conocida como el método conflictual o conflictualista.

El método a seguir por el derecho mercatorio se limita a la utilización del método de la ley uniforme o de la aplicación del *derecho material internacional*.

En la esfera del derecho escrito positivo, cabe localizar cuál es su fundamento o espacio jurídico de la *lex mercatoria*, si existe una justificación frente al juez estatal³⁸ para aplicarla; tratándose de una norma anacional no positiva que sea vinculante al juez, y luego establecer si existe la juridicidad de la norma mercatoria, y de tal suerte poder equipararla en pie de igualdad tanto con la ley positiva interna como con la ley extranjera.

1. *La lex mercatoria en el Código de Comercio*

El marco de referencia de la *lex mercatoria* como una expresión de usos y prácticas de los comerciantes aparece tanto en el derecho comercial interno como en el derecho comercial internacional, prorrogándose ella al derecho económico internacional vigente.

Es con la disposición 5a. del Código de Comercio que se infiere la aplicabilidad de los usos y prácticas de comercio que informan y dinamizan la *lex mercatoria*, creándose así una especie de *jus mercatorio* interna para lo referente a los usos y prácticas efectuados dentro del derecho doméstico y un *jus mercatorio* afianzado más bien a la realidad de la actividad del comercio internacional, incorporándose como fuente consuetudinaria.

³⁸ Boutin, Gilberto, *op. cit.*, p. 27.

El artículo 5o. del Código de Comercio en cuestión encierra la hipótesis de una fuente normativa no nacional que no hace distinción alguna entre uso interno y uso internacional, sino que ambas le son vinculantes al juez, por cuanto que la misma dispone, según el temperamento de ella, que:

Si las cuestiones sobre derechos y obligaciones comerciales no pudieren ser resueltas ni por el texto de la ley comercial ni por su espíritu ni por los casos análogos en ella previstos, serán decididos con arreglo a los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de éstos, se estará a lo que establezca el derecho civil.

Este resorte legal arriba invocado fue el basamento formal para dar lugar al fallo del 27 de febrero de 1996, dentro del negocio jurídico Banco Exterior de los Andes y de España vs. Banco Cafetero de Panamá, S. A.; su ubicación en el Código de Comercio se debe, por un lado, al carácter profesional de los contratantes, es decir, que se trate de actos de comercio,³⁹ y como corolario de lo anterior, la fuente del derecho mercatorio descansa en una sociedad profesional de operadores del comercio que es generada de sus propias normas sustantivas manifestadas o expuestas en sus usos, prácticas y costumbres, en los contratos internacionales.

Su legitimidad responde a su autoridad generadora de riquezas entremezcladas entre los propios operadores de comercio como relación horizontal igualitaria; y por otro lado, una relación vertical entre la versión del nuevo Estado y los operadores internacionales o personas extranjeras como agentes económicos complementarios a la relación de derecho económica internacional.

El nuevo “Estado mercatorio”⁴⁰ y la modalidad de la empresa moderna mercática constituyen en gran medida los protagonistas de la producción de normas de competencia mercática y económica moderna.

Lo que corresponde examinar de cerca es el saber si esas reglas generales en sí tienen un valor meramente contractual interno, o bien responden a un valor genérico consuetudinario de carácter internacional. Si en verdad

³⁹ Fouchard, Philippe, *L'Etat Face aux usages du Commerce International Travaux du Comité fra cause de Droit International Privé*, 1973-1975, pp. 71 y ss.

⁴⁰ Artículo 3o., párrafo 1: “Los contratos y obligaciones de los comerciantes se considerarán siempre actos de comercio...”.

nos encontramos frente a usos y reglas como una proyección genérica y que gozan de una verdadera juridicidad estructurada.⁴¹

2. De la juridicidad de los usos como reglas genéricas internacionales

A diferencia de los usos meramente contractuales, en los que su valor solamente depende de su contractualización, la *lex mercatoria*, entendida como conjunto de usos, prácticas y costumbres, elevada a un rango de sistema, comporta un cambio cualitativo en su evolución y deviene una regla genérica y sólo puede ser apreciada de tal manera, en el derecho convencional uniforme moderno, que le concede una proyección de interés general y de efectividad a la *lex mercatoria*. Ello es así, pues la Convención de Viena⁴² del 11 de abril de 1980, en su artículo 9o., párrafo 2, admite la presunción de la aplicabilidad de aquellos usos que son propios de la naturaleza de la transacción, distinguiéndolos de los usos contractualmente pactados.

En el derecho latinoamericano de los contratos, la Convención de México de 1994⁴³ establece la aplicabilidad automática de los usos como normas aplicables, en tanto que derecho en sentido amplio establecido así en el artículo 10 de la Convención.⁴⁴ En este sentido, el desarrollo *anacional* del nuevo derecho *mercatorio* sufre una transformación en su forma normativa y vinculante.

⁴¹ El Estado mercático, visto como un operador o agente de comercio internacional. La participación de la *lex mercatoria* no escapa de este fenómeno, tal como lo describe Jacques, Jean-Michel, *L'Etat, Opérateur Du Commerce International*, JDI, 1989, p. 627.

⁴² Filiali, Osman, *Les Principes Généraux De la Lex Mercatoria. Contribution À L'Etude D'Un Ordre Juridique anational*, LGDJ, p. 417.

⁴³ Garro, Zuppi, *Compraventa Internacional de Mercaderías*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1990, p. 312. Convención de Viena de 1980, comentada. Reproducimos el artículo 9o., párrafo 2: "Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que en el comercio internacional sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate".

⁴⁴ Vásquez, Eliécer, *Análisis de la Convención Interamericana de México de 1994*, trabajo de tesis, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, 2000, p. 152.

Por otra parte, en el régimen relativo al arbitraje comercial internacional en Panamá,⁴⁵ se reconocen reglas anacionales y la aplicabilidad de principios generales de la contratación privada, codificados por la organización de UNIDROIT⁴⁶ para ser aplicados por los árbitros⁴⁷ cuando sea así necesario al caso.

El carácter jurídico de la *lex mercatoria* no se limita a la repetitividad de los mismos, ni a su carácter generalmente cognoscitivo, sino más bien, la *lex mercatoria* reviste su juridicidad por la finalidad ético-normativa que comporta, con lo cual lo hace equiparable en pie de igualdad a una norma internacional por parte del juez o árbitro.

Dado el estado actual de la cuestión de la juridicidad de la *lex mercatoria*, el fenómeno vinculante de la suma de reglas anacionales, así como su reconocimiento por vía pretoriana, supera la discusión bipolar de la aplicabilidad de la *lex fori* y de la *lex cause* o extranjera por parte del juez del foro como norma cognoscitiva, así como norma probatoria para el derecho judicial interno⁴⁸ y convencional panameño.⁴⁹ Es sabido que el derecho extranjero y el derecho del foro, de acuerdo a la ideología convencional y positi-

⁴⁵ Artículo 10. Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

⁴⁶ Boutin, Gilberto, *Legislación de arbitraje*, Decreto Ejecutivo No. 5 de 1999, comentado, Editorial Mizrahi & Pujol, en prensa. Gilberto Boutin fue designado ante la Asamblea Nacional por el Colegio Nacional de Abogados para la redacción de Normas de Arbitraje Internacional.

⁴⁷ Decreto Ley No. 5 de 1999, por moción del Colegio Nacional de Abogados ante la Asamblea General, se incorpora el artículo 27, publicado en la *Gaceta Oficial* núm. 23,837 del 10 de julio de 1999. Artículo 27: El tribunal arbitral apreciará las estipulaciones del contrato para la aplicación del derecho que gobierna la relación contractual, y tendrá en cuenta los usos y las prácticas mercantiles y los principios de los contratos de comercio internacional de UNIDROIT.

⁴⁸ Berger Klaus, Peter, "International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *American Journal of Comparative Law*, 1998, pp. 135 y ss.

⁴⁹ Artículo 789 del Código Judicial. Habría que observar si la noción del derecho extranjero puede ser interpretada más allá de la ley extranjera, entendiéndose de manera amplia la noción de derecho extranjero definido en el Código Judicial, cuando el artículo 789 dispone: "El derecho extranjero se podrá probar mediante copia de las normas pertinentes, decisiones de los tribunales, estudios doctrinales o dictámenes rendidos por abogados idóneos. No obstante lo anterior, el juez podrá investigar directamente el derecho extranjero acudiendo a cualquier fuente o medio idóneo".

vista del derecho panameño, se aplican en pie de igualdad dentro de una relación jurídica, asimilando el derecho extranjero con la misma simetría y jerarquía de la norma positiva⁵⁰ del derecho del foro.

Lo exótico de la aplicabilidad de una norma anacional por la Corte Suprema de Panamá es que dio pie al fundamento que la parte afectada o vendida en primera y segunda estancia formulará Recurso de Casación por violación directa no de una ley extranjera estatal sino con base a un uso general internacional, concretamente una práctica interbancaria transnacional que dio lugar a la casación⁵¹ de fondo, casando las dos sentencias inferiores. El objeto de la casación en este caso rebasa el concepto tradicional del control de la legalidad del derecho interno y del derecho extranjero, y acude al control de la protección y juridicidad de una norma anacional cercenada por el juez del foro panameño. Hay sistemas⁵² que se resisten al control de la interpretación del derecho extranjero y de fuentes de derecho extralegal que carezcan de carácter general.⁵³

De ahí la utilidad de la discusión ético normativa de la naturaleza de la *lex mercatoria*, que tiene una importancia capital en el derecho judicial interno frente a un negocio jurídico internacional, en saber si la *lex mercatoria* vista como fuente internacional, su violación por parte del juez del foro panameño permite recurrir en casación⁵⁴ en el concepto de violación direc-

⁵⁰ Véase el artículo 408 de la Ley 15 de 1928 o Código Bustamante, el cual señala la aplicación de oficio del derecho extranjero en los casos internacionales como obligación del juez panameño y latinoamericano, al señalar el texto de dicha norma que: “los jueces y los tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás, sin perjuicio de los medio probatorios a que este capítulo se refiere”.

⁵¹ Artículo 408 de Código Bustamante, Ley 15 de 1998, La Habana, Cuba.

⁵² Fábrega, Jorge, *Casación civil*, Editora Jurídica Panameña, 1985, p. 7. Observa Fábrega que una de las finalidades de este recurso extraordinario de la casación, más que el de simple uniformidad de los fallos, es el de desagaviar a una de las partes y que realmente deviene un instituto más inclinado al carácter de desagravio que de uniformidad.

⁵³ Boré, Jacques, *La Cassation en Matière Civile*, Sirey, 1988, pp. 368 y 369-1046. “D’une part, la Cour de cassation ne sanctionne pas indistinctement le respect de toute norme juridique: elle module au contraire son contrôle, selon la valeur et l’origine de cette norme. Ainsi nouer verrons qu’elle se refuse à contrôler l’interprétation des sources de droit extralégales, sans caractère général, telles que les contrats et les usages, ou celles des courses étrangères”.

⁵⁴ Rigaux, François, *La Nature du contrôle de la Cour de Cassation*, Bruselas, Etablissements Émile Bruylant, núm. 233, pp. 347 y ss. No existe un criterio bien definido a este respecto, es decir, sobre el control del derecho extranjero y de la costumbre internacional, pese al resumen evocado por el jurista belga.

ta del derecho de fondo, o bien por causales reconocidas en el plano convencional,⁵⁵ lo cual podemos contestar afirmativamente.

El *affaire* Banco Exterior de los Andes y de España vs. Banco Cafetero de Panamá, S. A., muestra la solución afirmativa cuando la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema casa la sentencia de primer y segundo grado por virtud de violación de una práctica interbancaria internacional cuya fuente normativa descansa en un régimen anacional conocido entre las partes, dándole la jerarquía de norma vinculante a un uso internacional en igual condición que una norma positiva interna.

Por otro lado, si bien es cierto que la Sala Primera de lo Civil omitió o guardó silencio a este respecto, la decisión de casar dos sentencias panameñas por violación de una fuente internacional se sustenta no tan solo en el artículo 5o. del Código de Comercio, es decir, en la autonomía de la voluntad de las partes como regla supletoria, sino también en la regla de conflicto judicial del Código de 1986 que contempla la hipótesis de aplicar el derecho extranjero por remisión que haga la regla de conflicto del foro panameño cuando estatuye lo siguiente: “Artículo 1112: Todos los recursos concedidos en este Código serán admitidos para los casos en que se decida aplicar las leyes extranjeras, por remisión de la ley nacional”.

Si nosotros analizamos que la autonomía de la voluntad de las partes designa dentro de una relación contractual un uso de comercio internacional, es por virtud de esa designación que debe ser tratada dicha fuente consuetudinaria-contractual para los efectos de ampararse frente a cualquier desconocimiento o violación que genere el ejercicio jurisdiccional de los tribunales panameños; sin embargo, por otro lado, queda demostrado que en el caso del reconocimiento de la práctica interbancaria, la corte de casación de Panamá se refiere a un uso general de aplicación internacional incito en el giro de la actividad bancaria, teniendo vocación a regir el conflicto entre las partes.

⁵⁵ Calamandrei, Piero, *Casación civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Euro-América, 1959, p. 48. Señala el preclaro autor italiano que: el recurso de casación figura entre las acciones de impugnación; en efecto, debe concebirse como una acción dirigida no a provocar inmediatamente, ante el juez de casación, un nuevo examen del mérito, sino a hacer que se decida por primera vez por él sobre la acción de anulación que el recurrente propone contra la sentencia de mérito que se afirma viciada por uno de sus defectos (motivos) enumerados por la ley...

IV. *LEX MERCATORIA* ANTE LA VALORACIÓN JURISPRUDENCIAL:
RECONOCIMIENTO DE LA *LEX MERCATORIA* VÍA PRETORIANA,
DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA APLICABILIDAD DE LA *LEX MERCATORIA*

La *lex mercatoria*, como fuente jurídica normativa, se sitúa fuera de un derecho nacional, y sancionada por un derecho consuetudinario⁵⁶ supranacional aún endeble⁵⁷ para algunos, deviene en un sistema jurídico. Esta afirmación que rebasa la fase inicial doctrinaria se ve consumada, o más bien legitimada, mediante el proceso de unificación de los principios⁵⁸ de los contratos de comercio internacional elaborados por UNIDROIT.⁵⁹ Principios difícilmente aceptados por los ordenamientos jurídicos territorialistas.⁶⁰

En todo caso, los principios de UNIDROIT sólo se aplican por iniciativa de las partes. No son reglas obligatorias sólo si son pactadas ello deroga la concepción egoísta del derecho estadual. La razón de los principios de UNIDROIT responde al principio de la libertad de la contratación internacional, al principio del equilibrio contractual, al auxilio de la técnica de la contratación y a la aplicación, ya sea implícita o explícita, de los principios de UNIDROIT que engloban la ciencia y sistema de la *lex mercatoria*.⁶¹

⁵⁶ Kegel, Gerhard, *op. cit.*, p. 258. Cita como fuentes materiales: Incoterms 1953, Uniform Customs and Practice for Commercial Documentary Credits. General Conditions of Contract and Standard Forms of Contracts, *inter alia* (ECE). Independientemente de los tratados sobre transporte, conocimiento de embarques y cheques, así como el arbitraje citado por Schmitthoff-Customary Law.

⁵⁷ Belandros Santos, Rubén, *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, *cit.*, p. 89, quien cita a Pérez Nieto.

⁵⁸ Bonell, Michael Joachim, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *op. cit.*, pp. 11, 12 y 19: "The UNIDROIT Principles are intended to remedy many of the deficiencies currently encountered in international trade law. In order to understand better how they many achieve this objective, one should know first what the UNIDROIT Principles actually are. Los objetivos de estos principios lo señala claramente Bonell así. In the introduction it is stated that objective of the UNIDROIT Principles is to establish a balanced set of rules designed for use throughout the world irrespective of the legal traditions and the economic and political conditions of the countries in with they are to be applied..."

⁵⁹ Ferrari, Luigi, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁰ Péreznieto, Leonel, *Recueil La Tradition Territorialiste en Droit International Privé dans les pays de l'Amérique Latine*, 1988, t. I, pp. 323 y ss.

⁶¹ Fontaine, Marcel, *Les Principes UNIDROIT, guide de la rédaction des contrast internationaux*, ICC, 1995, p. 77.

La *lex mercatoria* debe ser examinada bajo el criterio de saber si la misma ha sido reconocida en cuanto a su “derecho de ciudadanía” por la concepción pretoriana del momento, y luego examinar los presupuestos que conllevan la aplicabilidad del derecho mercatorio, es decir su entorno jurídico y valoración por el derecho judicial panameño.

1. *Del reconocimiento de la lex mercatoria, vía jurisprudencial*

El carácter vinculante del *ius mercatorium* radica en su naturaleza contractual y genérica de la reglas mercáticas o *lex mercatoria*. La reglas generales del derecho señalan como fuente de derecho la ley, y como fuente secundaria los usos y costumbres.

La justificación de porqué el juez del foro o el árbitro está vinculado a la aplicación de los usos y prácticas y costumbres de carácter internacional que configuran la denominada *lex mercatoria* debemos buscarla en los principios generales del comercio internacional y en el principio de un equilibrio de justicia transnacional, ya que verdaderamente el derecho positivo no establece un desarrollo a este respecto, sino que existe un espacio de “no derecho” o extra-derecho positivo que busca reforzar el equilibrio entre las partes dentro de normas no necesariamente concretadas por el legislador.

En Panamá, es a través del fallo del 27 de febrero de 1996 de la Sala Primera del Ramo Civil de la Corte Suprema de Panamá, dentro del negocio jurídico: Banco Exterior de los Andes y de España vs. Banco Cafetero de Panamá,⁶² que tiene lugar la recepción de la *lex mercatoria* dentro de la superioridad.

El Banco español había interpuesto demanda por el incumplimiento de mandato de representación de la sociedad Banco Cafetero de Panamá, con base en el incumplimiento de una orden de transferencia de pago a la sociedad RIBIAK, S. A., domiciliada en España, que al mismo tiempo era cliente del Banco Exterior de los Andes de España.

Tanto en la primera como en la segunda instancia el Banco Cafetero fue condenado por violación al mandato de representación por la orden de transferencia electrónica, lo cual supuestamente incumplió la sociedad Banco Cafetero de Panamá. La demandada alegaba efectivamente oposición a la argumentación de la parte actora, que no se trataba de un verdade-

⁶² Perezniето, Leonel, *op. cit.*, pp. 323 y ss.

ro mandato, sino de un mecanismo o guía⁶³ de transferencia electrónica o de un giro bancario, la cual no reunía los requisitos fundamentales de la práctica bancaria internacional y cuya orden no se trataba de una transferencia regular, sino simplemente de un mero aviso, el cual por razones técnicas no fue completado y por tal motivo no se perfeccionó dicha operación en virtud de las reglas típicas de la transferencia electrónica.

Aprecia la Corte en su análisis que al confrontar lo preceptuado con el problema que se presenta en este proceso, obliga a concluir: “que nuestro Código de Comercio no regula ni resuelve la cuestión planteada, ni tampoco casos análogos, pues se trata de la utilización internacional de transferencia de fondos por medios electrónicos, en este caso por télex. Consecuentemente, se impone la aplicación de los usos de comercio observados generalmente en cada plaza para resolver los reclamos que puedan surgir de estas nuevas prácticas bancarias internacionales”.⁶⁴

Se evidencia entonces la aplicabilidad de un uso bancario internacional que reconoce la Corte Suprema como vinculante para ser aplicado en esta ocasión, haciendo evicción al régimen del mandato contemplado en los artículos 1400 y siguientes del Código Civil, como fuente de derecho común, pues el alcance de dicha norma positiva no regulaba el objeto del contencioso.

Cabe examinar sobre el particular, las condiciones y presupuestos que estimó la Corte para la aplicación de un uso de comercio internacional en el contencioso arriba citado.

2. De los presupuestos de la aplicabilidad de la *lex mercatoria*

La Corte de Casación del Ramo Civil panameña, en el caso Banco Exterior de los Andes y de España vs. Banco Cafetero de Panamá, S. A.,⁶⁵ ela-

⁶³ Registro Judicial, febrero de 1996, pp. 160-178.

⁶⁴ *Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Transferencias Electrónicas de Fondos*, Nueva York, Naciones Unidas, 1997, pp. 6, 8 y 9. La rápida implantación de medios electrónicos para la transmisión de datos entre bancos, junto con el empleo de computadoras para procesar los mensajes de transferencia de fondos, han obligado a normalizar el contenido de los mensajes y sus formatos. Así, dentro del glosario que recae sobre el término “órdenes de transferencias de fondos”, se denomina así, en principio, a todo mensaje, o la parte de un mensaje, que contiene la orden y los detalles necesarios para una transferencia de fondos...

⁶⁵ Boutin, Gilberto, *Del reconocimiento de la *lex mercatoria**, Impresora Panamá, 1998, p. 26.

bora todo un espacio para la aplicación de la *lex mercatoria* como regla consuetudinaria supranacional internacional, al señalar que su aplicación obedece a dos elementos fundamentales: en primer término, debe tratarse de lo que se denomina operaciones neutras, por un lado, y por otro lado, producto de esa relación neutra se genera una norma especial conocida entre las partes y aplicable al caso.

Se entiende por operación neutra en dos sentidos:

- 1) En el sentido que está desvinculado a un ordenamiento jurídico determinado, es decir, que no responde a una ley nacional.
- 2) Dichas operaciones son colmadas por normas específicas de dirección llamadas usos y prácticas bancarias que son asimiladas por el derecho bancario y comercial internacional panameño, sustentado en el artículo 5o. del Código de Comercio de la República de Panamá.

Lo esencial del examen es cuando la Corte entra a calificar varios aspectos fundamentales del caso, como por ejemplo: ¿cuándo se confirman los usos de comercio internacional? Ella misma se responde: cuando verdaderamente no existe una regla especial o una ley especial se acude justamente a esa práctica que llena o completa la norma en examen por los operadores del comercio internacional.

El segundo aspecto es el de saber cuándo estamos frente a una relación jurídica internacional o neutra. La relación jurídica deviene neutra, ya sea porque se desnacionaliza o bien por su carácter de internacionalización máxima, es decir, cuando la relación jurídica contiene elementos de extranjería suficientemente significativos; o bien por la aplicación de normas jurídicas de carácter anacional que permitan gobernar dicha relación. Considerando que las normas apeladas como anacionales son conocidas y garantes de las transacciones u operaciones generadas entre grupos de profesionales, comerciantes, bancarios, reglas que sirven para colmar los vacíos de los códigos internos, así lo interpreta nuestra Sala Civil al señalar que en nuestro país no existe una regla o un conjunto de disposiciones dentro de un código de derecho privado que especifique y regule los contratos bancarios y las operaciones que ellos generen.⁶⁶

⁶⁶ En el caso Banco Exterior de los Andes vs. Banco Cafetero de Panamá, S. A., el demandante había hecho una orden de pago al demandado por un monto de US\$ 140,000.00

En este fallo se contemplan dos elementos connaturales e indisolubles para la aplicación de un derecho mercatorio que se reduce al término poco elegante e impreciso de operación neutra, que no es más que la preexistencia de una relación internacional. Y debe agregarse, finalmente, la existencia de una norma conocida por la práctica profesional del comercio mundial.

V. CONCLUSIÓN

Realmente asistimos a una transformación del derecho comercial. De ello trata la intervención de una *lex mercatoria* producto de la fuerza de los protagonistas del mercado en el dominio de prestación de servicios, bienes o capital en el plano internacional.

Con certeza podemos manifestar que la asimilación y aceptación, la primera por vía jurisprudencial y la segunda dentro de la ratificación de convenios regionales como universales, permiten establecer una lengua franca del profesionales del comercio que con motivo de este nuevo *hábitat* jurídico permite poco a poco la exclusión de las normas positivas nacionales inscritas en los códigos de cada país y orientar un nuevo sistema en el principio de la igualdad jurídica e igualdad del conocimiento de la normativa jurídica.

La jurisprudencia tanto arbitral como judicial derivada del texto de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, así como la activación de nuestra Convención Interamericana de México de 1994, permiten nivelar los diversos sistemas involucrados en el arte de gobernar la relaciones relativas al intercambio y prosperidad de los diversos países en busca de una *justicia mercatoria* oportuna y adecuada a la naturaleza de las partes.

a favor de la Sociedad Ribiak, S. A., domiciliada en España. La transacción se había efectuado por el intermediario Bankers-Bank New York, encargado de efectuar la transferencia correspondiente al demandado. Poco después de haber dado la orden, el demandante se retractó; la demandante agregó que la banca panameña era responsable de los daños y perjuicios; que la banca española al momento de la recesión enviada por la banca panameña había ejecutado el pago a la sociedad Ribiak, S. A., beneficiaria de la transferencia de los fondos. La controversia se centraba sobre la naturaleza de la orden de pago por el demandado; a este respecto, la banca española señalaba que la orden de transferencia era una especie de mandato irrevocable, enfocado por el Código Civil panameño en el artículo 1400, mientras que la demandada sostenía que se trataba de un simple aviso o de una comunicación previa, basada en la práctica de transferencia electrónica.