

# Regulación legal del comercio exterior: Visión retrospectiva y futuro del recurso normativo a la nueva *Lex Mercatoria* Internacional

## Gregorio Cristóbal Carle

Licenciado en Derecho Universidad Privada de Navarra – España-  
Maestría en Comercio Exterior (Cámara de Comercio e Industria de Madrid)  
Maestría en Alta Dirección de Pymes. (CPA- Cámara de Comercio de Madrid- Cámara de Comercio de París)  
Consultor Internacionalización de Empresas  
Of Counsel SCA LEGAL, S.L.P.

---

“El derecho moderno ha pasado de la diferenciación territorial a la diferenciación sectorial, y esto porque la sociedad transnacional genera una demanda de normas reguladoras que no pueden ser satisfechas por las organizaciones estatales ni por las internacionales; por esta razón diversas instituciones privadas están creando un Derecho autónomo con pretensión de validez global ”.

### **Concepto, nacimiento y visión histórica de la “*Lex mercatoria internacional*”**

**“Un derecho que los operadores se dan a sí mismos para regular las relaciones privadas que surgen en torno al comercio internacional”.**

Para la teoría moderna del Derecho el renacer de la “*Lex Mercatoria Internacional*”, cuyos orígenes se remontan a la Baja Edad Media europea, constituye uno de los acontecimientos más felices y fascinantes en la configuración actual de las relaciones jurídicas, especialmente cuando muchos siguen aceptando y creyendo en el falso axioma de que la norma solo puede nacer de los órganos legislativos del omnipresente y poderoso Estado.

En la historia más reciente se distinguen tres etapas en lo relativo a la regulación legal del comercio internacional:

- 1. La Edad media, ya citada, en la que se desarrolla una *lex mercatoria* creada por y para los comerciantes.**
- 2. Una segunda que da comienzo en el S XVIII y llega hasta el XIX, caracterizada por un profundo y empeñado proceso de “nacionalización de los ordenamientos jurídicos, a través de los códigos y**
- 3. La etapa actual, en la que se impone el nacimiento de convenios internacionales de carácter unificador, asistiendo al nuevo resurgir de la “*Lex Mercatoria Internacional*”.**

Por lo tanto, antes del nacimiento del Estado moderno y regulador, se desarrolló un incipiente comercio internacional que fue extendiéndose por buena parte del planeta.

Ante la internacionalización de la actividad mercantil, nació, de forma espontánea, un derecho autónomo (auto-regulado) ajeno a esos Estados y basado en los usos y costumbres existentes entre los comerciantes. Un derecho privado, de origen consuetudinario que daba respuesta a una realidad de la que los poderes legislativos permanecían ajenos y ausentes.

Más adelante, y superada la etapa de reafirmación soberana de los Estados nacionales y el consiguiente impulso de los mercados patrios, la labor legislativa se ve obligada a centrarse en la unificación de los criterios legales, la norma y su aplicación práctica a la realidad operativa del comercio transfronterizo.

**En la actualidad una relación de comercio internacional aparece conectada con diversos ordenamientos jurídicos, y como solución básica se recurre a la norma de conflicto para que concrete el derecho aplicable, solución que, sin duda, genera innumerables inconvenientes – inadecuación normativa- .**

### **Alcance de la Norma**

Con la norma de conflicto se desconoce la especificidad de la relación comercial internacional, al tener como consecuencia la aplicación de las mismas normas que rigen y regulan los supuestos internos o domésticos.

**En este sentido la realidad nos indica que el derecho contenido en los códigos nacionales es, en muchos casos, incapaz de dar la respuesta adecuada para enmarcar las relaciones de comercio internacional y no sería muy ilusorio afirmar que la práctica de las transacciones comerciales transnacionales exige de un cuerpo de normas propias y diferentes.**

Todo lo demás puede conducir a la indeseable inseguridad jurídica normativa que acecha y amenaza a los operadores comerciales casi a diario, lo que provoca un clima de dificultades añadidas y del todo ajenas al interés puramente comercial de los intercambios de bienes y/o servicios.

Los inconvenientes mencionados se hicieron más patentes, si cabe, después de la II GM, con el notable incremento de los intercambios comerciales internacionales habidos tras la finalización del conflicto bélico.

Esta circunstancia hizo que los profesionales del derecho tomaran conciencia de la necesidad de abordar la situación mediante el impulso y la creación de un nuevo orden normativo que pudiera dar respuesta a los cambios operados en todos los ámbitos, en especial en lo relativo a la explosión del nuevo escenario económico global.

**Es en ese movimiento de reacción ante lo nuevo en el que aún nos encontramos inmersos en la actualidad y la cuestión es que, al carecer también de uniformidad, nos seguimos enfrentando a la pluralidad de normas surgidas tanto del impulso legislativo estatal como de los verdaderos protagonistas del comercio internacional, que no son otros que sus operadores.**

**El origen de la “Nueva Lex Mercatoria Internacional” se remonta a principios del siglo XIX, cuando los comerciantes que operaban en mercados internacionales decidieron abandonar progresivamente el contrato de compraventa, según era conocido hasta ese momento – respetuosa con el código civil y mercantil- para aprovechar la libertad contractual reconocida por el conjunto de derechos europeos.**

El recurso y uso de dicha autonomía llevó a que surgieran diferentes agrupaciones de comerciantes, asociados por ramas profesionales, que comenzaron a adoptar y aplicar a su actividad usos comunes, la formulación de contratos tipo, y el recurso al arbitraje para la resolución de disputas.

Desde un punto de vista exclusivamente económico esto fue debido al crecimiento exponencial de la operativa. La óptica legal indica la inadecuación, la falta de vigor y la extemporalidad de los derechos nacionales en su aplicabilidad a la actividad del comercio internacional.

**La globalización de los mercados reclama una regulación uniforme de los tráficó internacionales, solicitando una nueva universalidad del derecho.**

La “*Nueva Lex Mercatoria Internacional*” ha llegado a alcanzar tal significado en el ámbito de la regulación legal de la operativa comercial internacional, que ha generado, - aún sigue haciéndolo-, inconclusos e intensos debates doctrinales entorno a si la fuerza de obligar de sus disposiciones se basa en la autonomía de la voluntad refrendada por el derecho estatal o si, por el contrario, esta posee valor normativo propio.

En este sentido un sector doctrinal entiende que cuando los comerciantes se refieren y remiten a estas leyes, no tienen intención alguna de crear vínculos jurídicos singulares, sino más bien pretenden someter una operación particular a normas generales y abstractas.

En cualquier caso, uno de los principales argumentos que avalan la existencia, eficacia y carácter obligatorio de la *Lex Mercatoria* es el reconocimiento de la misma por parte de legislaciones y jurisprudencia nacionales.

Otros entienden que su actual grado de desarrollo le impide ser considerada como un derecho autónomo.

### **Contenido de La Nueva Lex Mercatoria Internacional**

Se suele señalar, de modo genérico, que la “NLMI” se compone de un conjunto de usos y prácticas que comparten, de forma habitual, los operadores del comercio internacional, quedando definida como un cuerpo normativo de desarrollo autónomo frente al derecho estatal.

#### **A. Los Usos y Costumbres**

**De cualquier forma, parece evidente que el contenido de la “NLMI” es un tanto difuso y difícil de precisar. En este sentido habría que referirse en primer lugar a los usos, que son las prácticas de hábitos comerciales que encuentran su sentido y significado en la voluntad presunta de las partes para su aplicabilidad.**

Dentro de los mismos cabe distinguir los codificados y no codificados, situándose entre los primeros aquellos que deben su codificación a la intensa y profunda obra de la Cámara de Comercio Internacional de París – CCI-.

La CCI es una organización no gubernamental en la que están representados grupos profesionales de los diferentes sectores de la economía y que tiene por misión, entre otras muchas, la de uniformizar los usos y prácticas del comercio internacional.

Sirva como ejemplo de su intensa y completa labor los Incoterms 2010- Reglas de ICC para el uso de términos comerciales nacionales e internacionales cuya entrada en vigor se hizo realidad el 1 de enero de 2011.

Para adaptar estas reglas a las prácticas comerciales Internacionales más recientes, diversas enmiendas han sido añadidas a las reglas de 1936, hasta llegar hoy a los “Incoterms 2010”, que reemplazan los Incoterms 2000.

**Los Incotems o “términos internacionales de comercio” definen las condiciones de entrega de las mercancías que tienen por objeto determinar las obligaciones y derechos de las partes en la transacción comercial, sirviendo para delimitar claramente qué parte de la compraventa asume el riesgo de la mercancía – momento de transmisión del riesgo- con la finalidad última de otorgar a necesaria seguridad jurídica a la transmisión de la propiedad y reducir las posibles complicaciones jurídicas e incertidumbre derivadas de las distintas interpretaciones de los términos.**

**Igualmente pueden ilustrar el ejemplo las Reglas y Usos Uniformes relativas a los Créditos Documentarios 1993 (Publicación nº 500 CCI).**

Los contratos tipo y condiciones generales de contratación también constituyen un elemento clave en la integración normativa de la "NLMI".

## **B. Las Condiciones Generales de Contratación**

Las "Condiciones Generales de Contratación" responden al concepto de estandarización de contratos como instrumento de unificación normativa, pero... ¿quién las crea?

**Son otros organismos o los propios operadores en el ámbito del comercio internacional - empresas o grupos de empresas que actúan en el mismo sector-, los que atendiendo al principio de libertad contractual han generado la tipificación de modelos contractuales, generalizando posteriormente su uso.**

**A modo de ejemplo cabe señalar que la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas ha elaborado numerosas condiciones generales para facilitar y flexibilizar la contratación en el comercio intraeuropeo. Igualmente, y dentro de los organismos dedicados a esta intensa labor cabe destacar la desarrollada por distintas asociaciones, como es el caso de la Association of West European Shipbuilders, The Grain and Feed Trade Association o la Institution of Electrical Engineers, que han divulgado modelos de condiciones generales en el marco de su sectores económicos y empresariales respectivos.**

Las condiciones han superado esquemas jurídicos caducos, siendo entendidas en la actualidad como una forma de "nuevo derecho privado" que exige aceptación expresa de los operadores implicados en el negocio jurídico para desplegar todos sus efectos.

Este nuevo escenario regulador del contrato ha obligado a desarrollar un proceso de armonización normativa internacional con la finalidad de evitar contradicciones con los derechos internos de los Estado y ampliar su aplicación al mayor número de sectores de la contratación comercial.

Pero, en lo que se refiere a la **naturaleza jurídica** de la figura cabría hacerse la siguiente pregunta: **¿Constituyen las Condiciones Generales de Contratación normas de derecho objetivo? Un sector de la Doctrina entiende que sí, argumentando que nacen de la libre voluntad de las partes para celebrar un negocio jurídico. Otro sin embargo, acepta esta concepción con matices: a pesar de tener su origen en la libre voluntad de los particulares carecen de la suficiente fuerza para adquirir la categoría de derecho objetivo.**

**Ejemplos de dichas condiciones generales de contratación pueden ser la "Guide for Drawing Up International Contracts on Consulting Engineering Nº 145, NY- 1983 CEPE" o las elaboradas por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores –FIDIC- para regular la contratación de grandes obras de ingeniería.**

Con carácter general se puede decir que aquellas condiciones que hayan sido reconocidas, de alguna forma, por los Estados se conforman como ley en sentido material, más aún cuando adquieren gran difusión en el tráfico mercantil. En este caso adquieren la categoría de fuente del derecho.

El ordenamiento jurídico español no las considera "per se" como fuente de derecho objetivo, pues entiende que su uso generalizado no es motivo suficiente para atribuirle esa categoría.

En este sentido cabe destacar como encomiable la intensa labor de unificación de criterios legislativos de la OHADA – Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África-, creada en 1903, que ha alcanzado un éxito sin precedentes al lograr aplicar, por medio y a través de sus tribunales, un auténtico código de leyes mercantiles uniformes en 16 países del área, además de crear un Tribunal Supremo común.

### **C. Los Contratos- Modelo o Contratos Tipo**

**En lo que a los contratos tipo se refiere se trata de fórmulas legales de uso facultativo, caracterizadas por su especialización y su relación especial con un sector económico específico o una determinada modalidad de comercio.**

Constituyen un verdadero cuerpo legal plasmado en formularios modelo que contienen tanto las reglas reguladoras del vínculo contractual entre las partes como las premisas necesarias para su interpretación.

Sirva como ejemplo, otra vez, la intensa y profunda labor desarrollada por la CCI, que ha elaborado numerosos contratos modelo con la finalidad de facilitar y flexibilizar el tráfico mercantil internacional, reforzando la seguridad jurídica del acuerdo y logrando que los operadores recurran, de forma habitual, a sus formularios tipo.

Así reza la presentación del contrato tipo de Agencia realizada por la Cámara de Comercio de Madrid – España- : Ante la falta de uniformidad de las leyes para acuerdos de este tipo, la **Cámara de Comercio Internacional (CCI)** ha elaborado un modelo de contrato de agencia usando normas contractuales uniformes y que no están basadas en ninguna ley nacional específica, pero que "incorporan la práctica que prevalece en el comercio internacional, así como los principios de ley generalmente reconocidos por las leyes nacionales sobre la agencia".

### **D. Los Principios Unidroit**

**Otro elemento jurídico integrante e integrador de la norma en el ámbito de la "NLMI" lo constituyen los Principios sobre los contratos comerciales internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, con sede en Roma – UNIDROIT-**

No corresponde a dichos Principios autodefinirse como "NLMI", sino que más bien dependerá del reconocimiento que reciban en la práctica por parte de los operadores y árbitros. Como indica su preámbulo, dichos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos.

Pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la "*lex mercatoria*" o expresiones semejantes, o cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

Igualmente pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme o para interpretar o complementar el derecho nacional. Los Principios UNIDROIT también pueden servir como modelo para los legisladores tanto nacionales como internacionales.

### **E. Arbitraje Comercial Internacional: Los Laudos Arbitrales**

**Finalmente, en el ámbito del reconocimiento y aplicabilidad de la "NLMI" cobra especial sentido, significado y relevancia el papel desempeñado por los árbitros.**

De hecho, si uno de los pilares de la "NLMI" es la autonomía de la voluntad de las partes, otro no menos relevante es la posibilidad de recurrir al arbitraje para resolver las controversias surgidas del acuerdo, y

que el árbitro, a diferencia del juez, goza de mayor libertad a la hora de fundamentar sus decisiones, y en consecuencia, puede acudir directamente a la "NLMI".

Esa mayor libertad ha llevado a constatar que su papel no queda limitado a confirmar la existencia, reconocimiento y eficacia legal de los usos y prácticas, sino que además participan activamente en su creación, al poder elegir la solución que entienden más adecuada y justa.

Los árbitros, en el ejercicio de sus funciones, acogen y desarrollan principios generales relativos a las relaciones comerciales internacionales en materia de formación, ejecución e interpretación del contrato.

#### **F. Convenios Internacionales y Nueva Lex Mercatoria Internacional: Un debate legislativo y doctrinal inacabado**

**¿Constituyen los Convenios Internacionales derecho material uniforme e integrador de la "NLMI"? A pesar de que un sector de la doctrina así lo confirme parece más plausible entender que no es así, ya que es del todo evidente que existen unos rasgos diferenciadores que impiden considerar dicha afirmación.**

Los Convenios de derecho uniforme tienen su origen en la colaboración interestatal, y por tanto deben de ser incorporados por ese Estado a su derecho interno para que adquieran el valor de derecho positivo, mientras que, - no debemos olvidarlo- , la "NLMI" nace de la sociedad de comerciantes y es asumida por éstos de forma espontánea.

Lo que si es cierto es que cabe hablar de interacciones entre la "NLMI" y el derecho material uniforme. En este sentido ese derecho, fundamentado en un acuerdo entre Estados para crear normas comunes, puede realizarse partiendo de lo que ya han elaborado los comerciantes, recogiendo los principios emanados de la propia sociedad y sirviendo éstos para fijar sus contenidos y propiciar una mayor aplicación.

**Por otra parte, hay que tener en cuenta que la creación de normas uniformes a través del Convenio tiene su origen en una negociación entre Estados, siempre presidida por la idea de ofrecer disposiciones normativas adecuadas a la realidad que impregna las relaciones de comercio internacional.**

En este sentido, así ha sucedido y sigue sucediendo, dichas disposiciones pueden ser acogidas de forma espontánea por los operadores, aplicándose en supuestos en los que no resultaran vinculantes

Sirvan como ejemplo las Sentencias arbitrales de la CCI nº 5713/1989 y nº 7331/1995 en las que se aplicó el contenido del Convenio de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, como expresión de los usos del comercio internacional

Además de estas innegables influencias mutuas cabe apuntar la necesidad de que el derecho material uniforme y la "NLMI" mantengan una inevitable y, en muchos casos. Ineludible, relación de complementariedad. El carácter incompleto y fragmentario de ambos sistemas obliga a ello.

### **Aplicabilidad y efectos legales de la nueva *Lex Mercatoria* Internacional**

Cuando se analiza la "NLMI" es necesario hacer una clara distinción entre la aplicabilidad de la misma en el ámbito contencioso, donde su valor es indudable – un buen número de contratos internacionales funciona satisfactoriamente por la aplicación de reglas "sui generis", gracias a que las partes se pliegan voluntariamente a ello-, y el no contencioso.

Los árbitros, cuya competencia tiene su origen en la libre voluntad de las partes que deciden someter el litigio a la vía jurisdiccional voluntaria pueden aplicar estas normas sin que se plantee el problema de su no pertenencia al derecho estatal, aunque la dificultad en este caso podría surgir, precisamente de la insuficiencia de aquellas en la aplicabilidad reguladora.

En el plano contencioso- judicial la visión es muy diferente, ya que la "NLMI" queda sometida al control de los legisladores y jueces nacionales, y en tal caso su reconocimiento y vigencia va a depender de que esos ordenamientos patrios la toleren y consientan.

### **Conclusiones**

**Las innumerables lagunas y consiguientes dificultades que entraña crear un único derecho aplicable a los contratos comerciales de índole internacional es un hecho constatado que ha impulsado y obligado tanto a las Instituciones creadas "ad hoc" -UNIDROIT, CCI.- como a los operadores -Organismos, y Asociaciones Profesionales- a articular distintos mecanismos para su regulación legal.**

En este sentido los Estados han terminado por ceder y asumir la realidad incompleta de la norma nacional para reconocer la existencia, validez y eficacia de los elementos legales que conforman la necesaria, complementaria, y en muchos casos imprescindible, "NLMI".

Basta con que los operadores invoquen y realicen una remisión expresa al elemento o elementos que componen la "NLMI", para que éste o éstos desplieguen los consiguientes efectos legales.

La "NLMI", se empeña en superar la discontinuidad jurídica provocada por los estados, disolviendo los particularismos introducidos por las codificaciones.

**Así, la globalización de los mercados conduce al ocaso del monopolio jurídico estatal; siendo la "NLMI" el mejor ejemplo de pluralismo jurídico.**