

Nueva lex mercatoria: mutación, derecho flexible y crisis de la seguridad jurídica en el espacio de la negociación transnacional

New lex mercatoria: mutation, soft law and legal security crisis in space transnational negotiation

Altamar, O. A. (2012). Nueva lex mercatoria: mutación, derecho flexible y crisis de la seguridad jurídica en el espacio de la negociación transnacional. Pensamiento Americano, 37-42.

Orielo Alarcón Altamar *
oalarcon@coruniamericana.edu.co

Resumen

El presente artículo busca reflexionar sobre el debate en torno al resurgimiento o existencia de una Lex mercatoria, presentando argumentos que demuestran la existencia de dicha ley como la expresión de un derecho espontáneo, elástico, mutante, que emerge en el escenario de la negociación mercantil conservando algunos rasgos de la tradición jurídica pre moderna. Esta Lex mercatoria se presenta en el marco de un Derecho en crisis guiado por los requerimientos de nuevos protagonistas además de instrumentos jurídicos ágiles, flexibles, que al mismo tiempo poseen una asimetría y una dinámica particular. Por estas razones se considera que lo que suele denominarse desarrollo económico debe ir acompañado de un proceso creciente, de una democratización de las esferas y nuevos sistemas de producción de normas jurídicas.

Palabras claves

Lex mercatoria, derecho flexible, seguridad jurídica, negociación transnacional.

Abstract

The present article seeks to think about the debate concerning the reappearance or existence of one kind of law called the Lex mercatoria, presenting arguments that demonstrate the existence of the above mentioned law as the expression of a spontaneous, elastic right, mutant, who emerges in the scene of the mercantile negotiation preserving some features of the juridical tradition premodern. This lex mercatoria appears in the frame of a right in crisis guided by the requirements of new protagonists besides juridical agile, flexible instruments that the same time possess an asymmetry and a particular dynamics. For these reasons it thinks that what is in the habit of being named an economic development must go accompanied of an increasing process of a democratization of the spheres and new systems of production of juridical procedure.

Key words

Lex mercatoria, right flex, juridical safety, transnational negotiation.

Desde mediados del siglo XX surge un debate en torno al resurgimiento o existencia de una Lex Mercatoria; antiguo e imperante sistema que imprimió su propio tratamiento jurídico a las relaciones mercantiles en el período pre estatal. Sus detractores apuntan a la debilidad de la nueva fenomenología frente a ciertas propiedades del Derecho, como la universalidad, legitimidad y autonomía. Sus benefactores centran la argumentación en su conocimiento y publicidad, lo que le conferiría sostenibilidad conceptual. Somos del criterio de que las nuevas prácticas del comercio deben ser analizadas en el marco de la transformación de las relaciones económicas de la contemporaneidad, a las cuales corresponderá, de igual forma, unas particulares expresiones del derecho que se van moldeando

en las formas privadas de la contratación, deslindándose voluntariamente de la preceptiva general y abstracta del derecho nacional.

Nos proponemos presentar argumentos demostrativos de la existencia de una Lex Mercatoria como expresión de un derecho espontáneo, mutante, elástico, que emerge en el escenario de la negociación mercantil conservando algunos rasgos de la tradición jurídica premoderna; un derecho que resulta de la crisis de la autonomía soberana de los Estados, guiado por los requerimientos económicos de los nuevos protagonistas de la relación mercantil; sujetos corporativos, transnacionales, exclusivos, y dominantes; con instrumentos jurídicos ágiles y flexibles pero también asimétricos y desestabilizadores de la

* Abogado, especializado en estudios político económicos en la Universidad del Norte, Barranquilla. Candidato a Magister en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás (Bogotá).

Artículo recibido: Diciembre 16/2011. Aceptado: Enero 28/2012.

seguridad jurídica, que surgen para garantizar la eficacia de sus pretensiones económicas en el marco del complejo y contradictorio proceso de globalización.

I. Antecedentes

En los inicios de la Edad Media el comercio era una actividad de escasa importancia económica. El poder feudal se manifiesta a través de la imposición de una estructura piramidal de relaciones contractuales interclase para garantizar el sistema de economía autosuficiente. En el siglo XI la actividad agrícola adquiere mayor fortaleza por el crecimiento de la población y la necesidad de exportar productos a otras regiones donde eran escasos. El comercio y la artesanía propiciaron una forma de promoción de los productos a través de las ferias.

La actividad comercial se torna entonces un tanto más relevante para la economía social. Al generarse un nuevo posicionamiento de las relaciones comerciales, los gremios de oficios, corporaciones y sociedades de comerciantes (*Societas Mercatorum*) entran al escenario de la competencia de intereses económicos y se constituyen en grupos de presión para obtener de la nobleza prerrogativas, libertades jurídicas y políticas traducidas en la conquista del libre comercio, libre organización y administración de los negocios y protección frente a la competencia extranjera¹.

Reestructuradas con nuevos privilegios de clase, las corporaciones y asociaciones de comerciantes ante las necesidades que surgen de la internacionalización del comercio y la disfuncionalidad de las legislaciones locales fueron creando paulatinamente, a través de los usos y prácticas propias de las relaciones mercantiles, un sistema jurídico más flexible y adecuado para los contratos y la resolución de litigios. Así, desde la edad media los actores del comercio nacional e internacional fueron desarrollando una serie de prácticas contractuales no normadas, que siendo reiteradas y habituales formaron un sistema normativo de carácter autónomo².

Nace de esta forma la *Lex Mercatoria* como

1. Peña Nossa, Lisandro/ De los Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales/ Universidad Católica de Colombia. Segunda Edición. 2006.

2. Gómez Cáceres, Diego. Carle Esic, Gregorio Cristóbal/Los Contratos en el Marketing Internacional. Editorial Madrid. 2004.

una preceptiva supranacional, representativa de unos intereses de clase y capaz de innovar en el terreno de la contratación comercial. Este derecho autónomo, corporativo, gremial y fundado en la libertad de circulación toca su fin con el advenimiento del Estado nación.

II. *Lex Mercatoria* y rasgos de los modelos tradicionales del derecho

Se trata de establecer inicialmente que la *Lex Mercatoria* es expresión de un derecho nuevo, pero que continúa presentando rasgos de ciertos modelos tradicionales no ajenos al desarrollo histórico del derecho y de las relaciones mercantiles. Para lo pertinente nos introducimos en la idea de que las características del nuevo derecho, como parte de un conjunto normativo, aunque disperso, pueden ser comparables con las del derecho pre moderno de corte iusnaturalista.

En un análisis de los modelos de Estado de Derecho, presentados como tradiciones, culturas o paradigmas jurídicos, Ferrajoli describe así las características del Derecho al que denomina pre moderno:

- No es de formación legislativa.
- Es de formación doctrinal y jurisprudencial.
- Carece de un sistema unitario de fuentes positivas.
- Se forma de diferentes instituciones que no tienen el monopolio de la creación jurídica.
- Su validez no depende de quién ni cómo se produce sino en la racionalidad y justicia de sus contenidos³.

En efecto, no es éste un Derecho de formación legislativa, pues el esquema jurídico refundado sobre el principio de legalidad, garantía de certeza y libertad frente a la arbitrariedad surge con el Estado de Derecho moderno, que supone la existencia de un aparato estatal dotado de la fuerza legítima para imponer el derecho: es el positivismo jurídico de Hobbes.

El período comprendido entre la desintegración del sistema feudal y la formación de los Estados nacionales (era moderna) se caracterizó por el fraccionamiento de Europa en poderes autónomos de alcance local (principados) y el

3. FERRAJOLI, Luigi/ Pasado y futuro del Estado de Derecho- En: Neo-constitucionalismo. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta S.A. 2003.

afianzamiento de la burguesía mercantilista. Algunas unidades de poder de cierta magnitud, sostenidas en sus pretensiones de unificación podían absorber a otras más débiles pero sin alcanzar la dimensión hegemónica que surge del Estado nación. Por tanto, en ausencia de entidades representativas de un poder nacional, autónomas, soberanas y autodeterminables, no podía formarse una entidad normativa general, objetiva, impersonal, centralizada y de estirpe orgánico. Se presenta entonces la concurrencia de varias instituciones (Iglesia, principados, corporaciones) reflejo del fraccionamiento. Cada una representará una forma particular de establecimiento ideológico dominante sobre la sociedad, el desarrollo de un prestigio político y de competencias naturales para formar el derecho que se va a estructurar de la jurisprudencia y la producción doctrinal, sin una medida objetiva que proporcione certeza, sino justificada en su contenido racional.

Siendo diferentes las condiciones históricas del derecho pre moderno y las del nuevo derecho que se expresa en el ámbito de las relaciones mercantiles de la contemporaneidad, esto es, la nueva Lex Mercatoria, guardan semejanza en lo que respecta a su desarrollo sin la fuerza de un derecho positivo. Si en la primera época tratada se consideraba derecho los dictados naturales de la razón, en los tiempos de la globalización también van a imponerse formas jurídicas provenientes de la lógica, razonamientos y compilaciones empíricas de los actores de las nuevas relaciones mercantiles, que aunque en un ámbito espacial muy particular se proyectan a afianzar su propia seguridad jurídica bajo un nuevo esquema de conceptualizaciones prácticas, aún cuando estas provengan de la experiencia legal logran eficacia fuera de los marcos de ella. En la primera tradición jurídica tratada se carece de ley, bajo el nuevo orden de relaciones hay estructuras normativas válidas (ley nacional) pero no pensadas para la lógica de las relaciones mercantiles globalizadas.

El derecho nacional se torna limitado para la innovación jurídica frente a una economía en continua transformación que requiere de instrumentos flexibles para la adecuación del derecho a los cambios de una realidad bastante mutante en el tiempo⁴. De esta forma, los nuevos sujetos,

instrumentos y fuentes van a formar expresiones de un derecho nuevo adaptado a ella.

En lo tocante a las fuentes, al derecho premoderno lo caracteriza la ausencia de un sistema unitario de fuentes positivas. Entendemos como tales aquellas que surgen del poder de disposición de la entidad estatal. Analizadas las fuentes de la Lex Mercatoria, las que la distinguen con mayor grado de especialización se deslindan de la positividad construida por el derecho de las naciones, que resulta cada vez más insuficiente para la dinámica de las nuevas relaciones mercantiles: Los formularios estandarizados y contratos tipo son instrumentos del nuevo Derecho que responden a los propósitos de las asociaciones de operadores internacionales del comercio, que buscan uniformar los contratos, ante la diversidad legislativa en lo que respecta a la contratación internacional y más concretamente a la circulación de mercancías.

“La producción y la distribución en serie a escala planetaria exigen una contratación también en serie. En los mercados mundiales las empresas transnacionales, que controlan la producción y distribución en todos los continentes, tienen necesidad de contratar en condiciones uniformes”⁵.

Estas formas contractuales no constituyen una fuente positiva, pues son de creación gremial (vuelta al derecho corporativo). De esta forma la estandarización es un proceso excluyente de la libre discusión, y se vislumbra como un conjunto de preceptos elaborados por las corporaciones en interés de sus miembros, pautas que operan voluntariamente apartadas de toda referencia conceptual al derecho escrito de las naciones.

Martínez Cañellas puntualiza al respecto:

“...la multinacional que domine el mercado de uno o varios productos, transmite a sus sociedades filiales de otros países las condiciones generales preestablecidas para los contratos que se van a concluir. Esta transmisión suele ir acompañada de una recomendación: que los textos de los contratos se sometan a una pura y simple traducción lingüística, sin una adaptación especial, ni siquiera conceptual a los derechos nacionales de los Estados individuales, ya que esto podría

4. GALGANO, Francesco- La globalización en el espejo del derecho- Rubinzal-Culzoni Editores.

5. Ibidem, Página 105.

*comprometer su uniformidad internacional*⁶.

Los contratos autonormativos o *self regulatory contracts* se presentan como modelos que se cobijan en la libertad contractual y en la autonomía de la voluntad, principios que son reconocidos en todos los ordenamientos jurídicos⁷. Esta tipología encierra los términos de la negociación haciéndolos impermeables al orden jurídico nacional.

Desde la teoría del derecho las formas contractuales de la *Lex Mercatoria* resultan incompatibles con el positivismo, pues en este se produce un vínculo indisoluble entre la norma jurídica y el Estado, no habiendo lugar a un derecho que no tenga origen estatal.

El último tópico comparativo que abordamos entre la tradición jurídica premoderna y el direccionamiento del nuevo derecho mercantil es el atinente a las instituciones creadoras del Derecho. En el primer estadio la creación jurídica corresponde a diferentes instituciones que no la monopolizan. De igual forma en el nuevo Derecho surgen entidades que no son de naturaleza estatal, que carecen del poder, la especialización y la exclusividad para la creación de normas jurídicas constructoras de un orden legítimo, pero les es propio un poder de impulsión e implementación jurídica: las asociaciones de operadores internacionales en determinadas ramas o productos, las *law firms* o consultores de las asociaciones internacionales de las diferentes actividades empresariales⁸.

III. Las expresiones de un derecho mutante y la crisis de la seguridad jurídica

Las fenomenologías, afecciones o cambios que se operan en el Derecho no surgen aislados de los contextos en los que él mismo se desenvuelve. Asistimos a una fase histórica en la que las relaciones económicas se han deslindado de las clásicas formas estatales para entrar en un área de vínculos globales, es el proceso de globalización que entrelaza las economías y las hace interdependientes.

6. MARTINEZ CAÑELLAS, Anselmo / Revista virtual Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagogic Universitat de Illes Balears. Bloque Temático I: La Nueva lex mercatoria. Instrumentos de derecho mercantil uniforme. Primera Edición. Marzo 2009.

7. *Ibidem*.

8. López Ruiz, Francisco / Notas sobre la nueva lex mercatoria / Revista de Derecho del Mercado Financiero. Diciembre de 2007.

*“La globalización se encuentra hoy presente en toda actividad humana y se ha vuelto parte de la cotidianidad....Ha permeado de tal manera las fronteras geográficas que casi las ha hecho desaparecer; así las distancias en el mundo se han acortado y cualquier acontecimiento que ocurra en un punto del globo terráqueo parece afectarlo en su totalidad”*⁹.

La globalización no es un proceso uniforme, la componen una serie de fenómenos heterogéneos, de diferente grado de desarrollo y objetivo. Son procesos transformadores del viejo orden que afectan el terreno de lo político, social, económico, cultural y científico, entre otros. Se caracteriza por la interdependencia entre los actores internacionales y la instantaneidad de los acontecimientos globales. Es un proceso híbrido en el que se entrecruzan los viejos y nuevos referentes¹⁰.

La mutación operada en el derecho mercantil en nuestros tiempos, se encuentra signada por el proceso de globalización, que puede ser entendido como un vacío de derecho público producto de la ausencia de límites, reglas y controles frente a la fuerza de los grandes poderes económicos privados. El Derecho de la globalización se viene moldeando, antes que en las formas públicas, generales y abstractas de la ley, en las formas privadas del contrato, signo de una primacía del mercado sobre la esfera pública¹¹.

Las transformaciones residen en gran medida en el desplazamiento de los centros de decisión y de las fuentes normativas fuera de los límites del Estado nación, produciéndose el riesgo de la confusión de las fuentes y la incertidumbre jurídica.

Las relaciones mercantiles de la era globalizada producen cambios en los esquemas tradicionales del Derecho hacia nuevas fisonomías. Destacamos primero la producción de las normas jurídicas: antes creación del monopolio estatal a través de normas internas u originadas en convenios internacionales, hoy una descentralización jurídica en la que la legislación es producida por instancias privadas, por fuera del control de

9. RODRIGUEZ, Gabriela/ derecho Internacional y Globalización / ISONOMIA No11. Octubre 1999.

10. CADENA AFANADOR, Walter René / La nueva lex mercatoria: un caso pionero en la globalización del derecho. Papel Político No 13 de 2001.

11. FERRAJOLI, LUIGI. Op.Cit.

la esfera estatal e inaccesible al ciudadano. Los procesos de gestación de las normas son oscuros, carentes de diaphanidad y de garantías protectoras de los intereses de una ciudadanía despojada del control de la creación del Derecho¹².

La producción de las normas en el ámbito de los procesos globalizados ha sido analizada cuidadosamente por la doctrina. Vincenzo Roppo en su ensayo: “El Contrato del dos mil” precisa al respecto: *“Quien analiza las consecuencias institucionales de la globalización advierte, entre otras cosas, que los procesos de producción normativa cuentan hoy con un nuevo actor, cuya participación es cada vez mayor. Se trata de las grandes compañías multi o transnacionales y sus respectivos brazos jurídicos, o las grandes law firms, que a su vez se organizan y funcionan a escala planetaria... El derecho viviente que hoy regula las grandes transacciones económicas... no emana de las leyes del Estado... se identifica con cuerpos de reglas producidas por las mismas empresas que de aquellas operaciones y transacciones son las protagonistas...”*¹³

Como segundo, el contenido de la norma jurídica: la nueva fenomenología contractual entraña un lenguaje oscuro, provisto de una ininteligible rigurosidad, entramada en disposiciones interminables y redes normativas complejas e inalcanzables a la comprensión media, normal, de un consumidor débil y desprovisto de garantías jurídicas. La consecuencia directa: la incertidumbre y pérdida de la certeza jurídica, la que se constituía como vértebra del Derecho moderno. Así las cosas, los contratos resultan ser figuras asimétricas en las que el peso del consumidor queda relegado en la balanza contractual frente a la poderosa masa impositiva de la corporación.

En tercer lugar, el contrato en reemplazo de la ley: En el sistema clásico resultaba impensable que los acuerdos de voluntad llegasen a sobrepasar sus límites como instrumentos de composición de las relaciones privadas. El alcance desmesurado de los contratos en el Derecho de la nueva era ha sido el producto de sus propias mutaciones en códigos de conducta y reglamentos

de autodisciplina que resuelven el problema de la fuerza vinculante del gremio y usuarios a través de cláusulas de adhesión. Estos códigos llegan a coexistir y en cierta medida a sustituir la jurisdicción del Estado que permanece inerte frente a asuntos de interés general.

La fenomenología normativa se ha dado a conocer teóricamente con el nombre de “autorregulación gremial”, que es explicada así por Roppo: *“Las asociaciones representativas de los gremios de profesionales elaboran reglas para disciplinar el comportamiento de los asociados en el ejercicio de la actividad respectiva y frente a las correspondientes relaciones externas (normalmente con los clientes); la sujeción a estas normas de producción privada tiene base contractual, porque el individuo, como integrante del gremio, se encuentra sujeto a ellas en cuanto ha adherido, por medio del contrato asociativo, a la organización que las produce”*¹⁴.

Significa esto un retorno a Lex Mercatoria, reviste sus mismas características en cuanto a la producción de las normas por sus mismos destinatarios (nuevas asociaciones del comercio) aunque dista un tanto del antiguo derecho en lo que respecta a la rapidez y brusquedad impositiva de la nueva frente a la progresiva y decantada preceptiva del pasado.

IV. Crítica y posición propia

Frente a esa compleja fenomenología que es el derecho de la era globalizada, cuyas características hemos esbozado y confrontado en el campo mismo del derecho, consideramos que deben propiciarse alternativas para afrontar el desplazamiento del derecho de formación estatal. Las formas privadas de la contratación en el espacio internacional vienen sustrayendo al ser humano de su arraigo socio político para crear un consumidor aislado frente a un espectro normativo unilateral, asimétrico, de creación privada, que rompe los principios del derecho que se fueron forjando por siglos en la racionalidad del hombre mismo. Lo que suele denominarse desarrollo económico debe ir acompañado de un proceso creciente de democratización de las esferas y sistemas de producción de las normas jurídicas de la nueva negociación; de la participación activa de los pueblos

12. DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso – Globalización, pluralismo y ciencia del derecho – En: Dimensiones Jurídicas de la globalización. Ediciones Dykinson, S.L. Meléndez Valdés – Madrid.

13. ROPPO, Vincenzo – El Contrato del dos mil – Editorial KOTEICH- Turin 2005 – Universidad Externado de Colombia- 2005. Página 17.-

14. Ibídem. Página 16

en condiciones de igualdad en el proceso económico internacional¹⁵. Se trata del repensar de la ley interna, de unas formas renovadas y seguras de afianzar una norma internacional producto de la expresión de voluntad entre sujetos iguales; del fortalecimiento de los derechos económicos del ciudadano en un marco normativo legítimo y confiable.

Bibliografía

Cadena Afanador, Walter René. La nueva Lex Mercatoria: un caso pionero en la globalización del Derecho. *Papel Político* No 13 (2001).

Carta Encíclica Caritas in Veritate del Sumo Pontífice Benedicto XVI.

De Julios Campuzano, Alfonso. Globalización, pluralismo y ciencia del derecho, En: *Dimensiones Jurídicas de la globalización*. Ediciones Dykinson, S.L Meléndez Valdés – Madrid.

Ferrajoli, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. En: *Neoconstitucionalismo*. Edición de Miguel Carbonell. Edit. Trotta.

Galgano, Francesco. La globalización en el espejo del Derecho, Rubinzal-Culzoni Editores.

Gómez Cáceres, Diego. Carle Esic, Gregorio Cristóbal. *Los Contratos en el Marketing Internacional*. Editorial Madrid. (2004).

Lopez Ruiz, Francisco. Notas sobre la nueva Lex Mercatoria, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*. Diciembre (2007).

Martínez Cañellas, Anselmo. *Revista virtual Campus Extens Unitat de Suport Tecnicopedagogic Universitat de Illes Balears. Bloque Temático I: La Nueva Lex Mercatoria. Instrumentos de derecho mercantil uniforme*. Primera Edición. Marzo (2009).

Peña Nossa, Lisandro. *De los Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales*, Universidad Católica de Colombia. Segunda Edición (2006).

Rodríguez, Gabriela. *Derecho Internacional y Globalización - Isonomía* No11. Octubre (1999).

Roppo, Vincenzo. *El Contrato del dos mil*, Editorial Korteich, Turín 2005 – Universidad Externado de Colombia, (2005).

15. Carta Encíclica Caritas in Veritate del Sumo Pontífice Benedicto XVI.