



[Ver aviso legal al final del documento](#)

## INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: LEX MERCATORIA

### ÍNDICE:

#### 1. DOCTRINA

- a. Concepto
- b. Origen
- c. Características
  - i. Transnacional
  - ii. La costumbre como fuente principal
  - iii. Administrada por los propios comerciantes
  - iv. Rapidez e informalidad
  - v. Equidad
- d. Elementos
- e. Fuentes
  - i. Principios Generales del Derecho
  - ii. Usos y Costumbres
  - iii. Decisiones Arbitrales

#### 2. NORMATIVA

- a. Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

#### 3. Jurisprudencia



## DESARROLLO

### 1. DOCTRINA

#### a. Concepto

"Según Frignani, la "Lex Mercatoria" sería aquél cuerpo de reglas e institutos concernientes al comercio internacional comúnmente aplicados por los mercaderes, en el sentido que se trata de reglas de derecho, o al menos, que los otros contrayentes se comportarán observando las mismas reglas."<sup>1</sup>

"En el derecho anglosajón, la "law Merchant" o "Lex Mercatoria" designa el sistema de reglas, costumbres y usos generalmente reconocidos y adoptados por los mercaderes y comerciantes para la regulación de sus transacciones y las soluciones de sus controversias."<sup>2</sup>

"Se entiende por *Lex Mercatoria* en su expresión genuina y latina, en contraste con la terminología anglosajona, *The New Law Merchant*, 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 sistema transnacional o anacional."<sup>3</sup>

#### b. Origen

"La *lex mercatoria* tuvo su origen en la edad media, como contrapartida de los señores feudales, plenos de privilegios. Surgió en las ferias, como ordenamiento para regir las relaciones entre los comerciantes de modo uniforme, a través de la aplicación obligatoria de los usos y costumbres comerciales.

La *lex mercatoria* estaba formada por los propios usos y costumbres de los comerciantes, constituía el derecho de los contratos aplicado independientemente de la ley del lugar y de la ley personal de los partícipes, que eran colocados en situación de igualdad, cuya intención era mas importante que los signos con que se exteriorizaba y cuyos negocios no estaban limitados a formulas cerradas. En 1475 el Chanciller de Inglaterra los expresó en estos términos: "Los mercaderes no están obligados por nuestras leyes, sino que deben ser juzgados de acuerdo con la ley natural, a la cual algunos llaman *Lex Mercatoria*, que es universal en el mundo."

Su uso comenzó a declinar en el momento de las grandes codificaciones y en la actualidad emerge una nueva *lex mercatoria* constituyendo un cuerpo de normas jurídicas, escritas o no, aún



incompleto, que rige las relaciones internacionales de comercio, como un ordenamiento independiente del derecho positivo de los Estados. Esto así, porque para el comercio internacional la utilización del método "conflictual" para la solución de litigios presenta características de inseguridad y de imprevisibilidad inaceptables para su dinámica. De esta forma, su vocación universalista tiene en cuenta las necesidades del comercio internacional, la especialidad de sus relaciones y no las legislaciones internas de los Estados."<sup>4</sup>

"La aplicación de los usos y costumbres en los negocios internacionales de comercio, permiten afirmar a los tratadistas que ya no existen leyes de Ecuador, o de España, o de los Estados Unidos, que rigen las relaciones mercantiles entre personas o empresas de países diferentes, sino que habría un conjunto de normas y principios de aceptación general a los que las partes se someten expresa o tácitamente. Este conjunto de normas y principios tiene su origen 300 años antes de Cristo en las leyes marítimas de Rodas. El comercio marítimo ya exigía entonces regulaciones de aceptación general, a las que se les daría el nombre de "Lex Mercatoria".

Hoy día, el mundo de las transacciones comerciales asiste a un regreso a los orígenes de ese "ius mercatorum" a través del cual, los agentes económicos, imponiendo sus propios usos y costumbres convertidos en normas consuetudinarias, autónomas y de aceptación general, buscan fórmulas más adecuadas a la realidad del tráfico mercantil moderno con el propósito de resolver sus controversias sin aplicar las leyes de sus propios Estados. Esos agentes económicos -con tales reglas propias- han creado, de esta manera, a nivel internacional, lo que se conoce como la nueva "Lex mercatoria"."<sup>5</sup>

## **c. Características**

### **i. Transnacional**

"La Lex Mercatoria trasciende las fronteras nacionales, por lo que no se agota en las leyes o costumbres locales. Involucra transacciones entre personas de distintas naciones, logrando



establecer reglas comunes a pesar de las distintas reglas que se aplican en cada país."<sup>6</sup>

## **ii. La costumbre como fuente principal**

"La esencia propia de la Lex Mercatoria es su carácter consuetudinario. Su principal fuente es la costumbre de los comerciantes, quines con su práctica diaria van creando verdaderas normas de derecho."<sup>7</sup>

## **iii. Administrada por los propios comerciantes**

"Los conflictos entre comerciantes, deben ser resueltos por los propios comerciantes."<sup>8</sup>

## **iv. Rapidez e informalidad**

"Se reconoce que los conflictos entre comerciantes no pueden estar sujetos a las formalidades propias de un juicio ordinario, de ahí que el procedimiento debe ser sumario, sin interposición de incidentes y otros recursos que atrasen el proceso."<sup>9</sup>

## **v. Equidad**

"Influenciado por el derecho canónico, los conflictos entre comerciantes, pueden ser resueltos según la equidad."<sup>10</sup>

## **vi. Elementos**

"Así, Ole Landó quien afirma que "no es posible proveer una lista exhaustiva de todos los elementos de la lex mercatoria", destaca no obstante que en su formulación se encuentran los siguientes principios generales:

- -Las prestaciones contractuales deben ser equilibradas.
- -Interpretación de buena fe de los convenios.
- -Presunción de competencia internacional.



- -La obligación para el acreedor de una obligación inejecutada de minimizar el perjuicio.
- -Presunción, a falta de acción, de renuncia a las sanciones contractuales.
- -Deber de cooperación de las partes.
- -Exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses.
- -Validez de la aceptación tácita del contrato.
- -Reglas de interpretación de los contratos, tales como la buena fe, la verdadera intención de las partes, normas del efecto útil, regla in claris non fit interpretatio.
- -Transparencia sustantiva en un grupo de sociedades y ampliación del efecto relativo de los contratos."<sup>11</sup>

## **d. Fuentes**

### **i. Principios Generales del Derecho**

"En cuanto a los principios generales del derecho, muchos de ellos tienen analogía con sus homólogos en el derecho interno o en el derecho internacional; entre ellos se encuentran: la buenafé, pacta sunt servando, la obligación para el damnificado de minimizar daños; la culpa in contrayendo, la excepción del contrato no cumplido, etc."<sup>12</sup>

### **ii. Usos y Costumbres**

"Sin embargo, para que uso o la costumbre puedan ser considerados como fuentes normativas, deben contar con dos elementos: un elemento material que consiste en la repetición generalizada y el elemento psicológico que consiste en su carácter de obligatoriedad por parte de quienes lo observan, o sea lo que se ha llamado la "opinio iuris necessitatis."<sup>13</sup>



"Otro grupo de sus defensores sostiene que este cuerpo normativo no sólo está constituido por los usos y costumbres, sino además, por las convenciones y las leyes uniformes internacionales, así como, por las normas sustantivas contenidas en los ordenamientos nacionales que resulten aplicables al caso concreto. Por tanto, desde el punto de vista de sus defensores, la *lex mercatoria* constituye: "...Un orden jurídico distinto y desprendido de los ordenamientos nacional e internacional y cuyo contenido está conformado por principios específicamente diseñados para y por los operadores del comercio internacional".<sup>14</sup>

### iii. Decisiones Arbitrales

"A través de la práctica de las decisiones jurisprudenciales de árbitros se tiende a recoger un cuerpo de derecho casuístico con la formación de una regla del precedente casi vinculante."<sup>15</sup>

"En cuanto a la aplicación de los usos, ésta se da en la medida en que los árbitros afirman que la ausencia de cláusulas de adaptación del contrato en caso de cambio de circunstancias se ha tomado por la jurisprudencia como una voluntad deliberada de las partes de no aceptar alteraciones en la ejecución del pacto, de respetar el principio de sacro santidad de la ley contractual. Afirman que la presencia de dichas estipulaciones es común en los contratos internacionales de ahí que su ausencia se interprete como una intención de las partes en ese sentido."<sup>16</sup>

## 2. NORMATIVA

### a. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías<sup>17</sup>

**Nota:** Este Tratado se aplica al tema en forma completa pero por su extensión no se incluye en esta investigación por lo que recomendamos al usuario(a) la búsqueda del texto completo en el archivo adjunto.

#### Artículo 8

1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su



intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.

- 2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado una persona razonable de la misma condición de la otra parte.
- 3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

## Artículo 9

- 1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
- 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.

## 3. JURISPRUDENCIA

“Pese a que en muchas ocasiones la letra de la ley permanece inalterada durante muchos años, no puede afirmarse que el derecho sea estático. Bien señala el artículo 10 del Código Civil, que las normas deben interpretarse no sólo tomando en cuenta el sentido propio de sus palabras, el cual en no pocas oportunidades podría incluso no ser unívoco, dada la pluralidad de significados que las palabras suelen tener en los idiomas romances. Para desentrañar su verdadero sentido y aplicarlas correctamente, ha de mirarse con atención su entorno normativo y social, en particular, sus antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. No cabe duda que las relaciones comerciales internacionales en la actualidad tienen una gran complejidad. La apertura de mercados, los medios tecnológicos modernos y las necesidades actuales marcan una profunda evolución en las relaciones jurídicas comerciales externas. Dentro de este





contexto, el derecho comercial internacional no permanece estático. Por el contrario, se adapta ágilmente a los nuevos requerimientos, innovando formas y prácticas contractuales para dar soluciones adecuadas a los nuevos problemas que surgen entre los particulares. Se habla entonces, con acierto, de una nueva *lex mercatoria* que se abre paso en el derecho comercial moderno. Las formas contractuales atinentes al transporte de mercaderías no han permanecido ajenas a esta evolución. Así, las formas tradicionales de contratos de fletamento, han cedido su puesto de preminencia a nuevos contratos de transporte. Cada vez se utilizan con menos frecuencia los contratos de fletamento total, parcial, por viaje, por tiempo determinado o a casco desnudo de las naves, para dar lugar a contratos de transporte de mercaderías. En estos, un avance trascendental lo marcó la introducción de los llamados "contenedores", sea, receptores cuadrados o rectangulares que pueden cerrarse luego de haberse colocados en ellos los bienes que se desean transportar. Se dice, entonces, que pueden reunirse en esa unidad cierto número de bultos o artículos. El contenedor puede entonces ser manipulado, almacenado, transportado o utilizado con gran facilidad, reduciendo la manipulación de la mercancía, facilitando las labores de carga y descarga en medios terrestres, marítimos y aéreos, los cuales pueden combinarse sin que dicha unidad de la carga se vea afectada. Ello redundará en una gran economía y disminución en el tiempo requerido para llevar la mercancía a su destino. Se reducen también los riesgos de deterioro y de robo de ésta. Además, el tráfico portuario resulta más expedito, con lo cual se facilita la circulación ágil de los productos entre mercados distantes. Las normas que tradicionalmente rigen el contrato de transporte han de ser interpretadas, entonces, en un contexto diferente de aquél en el cual fueron promulgadas. La práctica comercial ha enriquecido la tipología contractual en estos casos. Anteriormente, las diferentes etapas del transporte eran realizadas por un solo sujeto, el cargador. Debía encargarse de cargar la mercadería, estibarla, transportarla y descargarla en el lugar de destino. Sin embargo, en la actualidad no todas las labores descritas son realizadas por el mismo sujeto. El transportista puede asumir todas o sólo algunas de ellas, cobrando diferentes tarifas de flete en cada caso. Así, se han definido, sobre todo para el contrato de transporte marítimo, algunos términos uniformes que sirven para ilustrar las distintas modalidades. Se habla de Flete FIOS (free in out stowd trimmed - cubre solo transporte), para designar aquella modalidad donde únicamente se cobra por el transporte, no así por las labores de carga, estiba, y descarga. El riesgo de estas últimas labores es asumido por el propietario de la carga o por otros sujetos que se encargan de realizar esas tareas. En la modalidad Flete FO (free out) el transportista no asume los gastos de desestiba y descargas, los cuales normalmente son asumidos por el consignatario de la mercancía. En el flete FIO (FREE IN, OUT), no se incluyen los gastos de cargar, estibar, descargar y desestibar. También se dan otras modalidades identificadas por las siglas FISLO (Free in, stowed, liner out), FILO (free in liner out), y la modalidad LINER O BERTH, en la cual todo corre por cuenta del transportista, respondiendo el porteador por todos los daños sufridos desde el momento de la carga hasta la descarga en el puerto de destino (Ver, al respecto, LOS CONTRATOS DE FLETAMENTO Y DE TRANSPORTE MARITIMO DE COSAS, del Dr. Víctor Pérez Vargas, en la recopilación CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES, para uso de los estudiantes del Posgrado de Derecho Comercial, Universidad de Costa Rica, 1991, pag. 90 y siguientes). Según lo indicado, es perfectamente posible que las partes, en contratos de transporte internacional, estipulen que la carga, estiba, descarga y desestiba no deban ser realizados por el transportista y, en consecuencia, no asume el riesgo de daños en los productos debido a una inadecuada realización de esas tareas. Ello no puede considerarse ni arbitrario ni abusivo. Si las empresas deben en estos tiempos realizar





frecuentes envíos de sus productos a mercados externos, utilizando contenedores, es lógico que cuenten con la pericia necesaria para realizar la carga y la estiba de éstos. Es tal la cantidad de productos que existen en el mercado, que es difícil para el transportista conocer profundamente las técnicas adecuadas de carga y estiba de cada uno de ellos. Esas técnicas, en cambio, suelen ser dominadas en mayor medida por los exportadores de esos productos. Son ellos quienes a diario están enviando sus productos. Ello es más cierto cuando se trata de productos perecederos, tales como flores, frutas, legumbres, carnes, pescado o pollo. Cada producto tiene sus peculiaridades. Muchos de ellos necesitan contenedores con equipos de refrigeración que permitan que los objetos transportados no sufran menoscabo durante el viaje y lleguen al lugar de destino en óptimas condiciones. Pero las especificaciones en cuanto a temperatura, embalaje y estiba son diferentes en cada caso. Así, si un producto es enfriado a temperaturas excesivas, puede ser que pierda sus cualidades y no sea aceptado en el mercado de destino. A manera de ejemplo, ciertas verduras y frutas deben mantenerse frías pero no congelarse. Otros, como el pescado, deben mantenerse siempre congelados. Las técnicas de estiba en estos casos son bastante precisas, pues ha de asegurarse, en primer lugar, que la mercancía reciba durante los días de viaje la temperatura idónea. Además, debe cerciorarse el exportador que las cargas se encuentren firmemente sostenidas, para que los movimientos que se puedan producir durante el transporte no produzcan un desacomodo indeseado. Si las empresas exportadoras están acostumbradas a enviar sus productos, cuentan comúnmente con personal capacitado para realizar las labores de carga y estiba en forma adecuada y ágil. Para estas empresas significa ventajoso realizar estas labores, pues lo realizan directamente en sus instalaciones, con personal de confianza y en poco tiempo, disminuyendo el costo del flete. Tan sólo necesitan que se les brinde un medio idóneo para el transporte, a saber, un contenedor con las especificaciones técnicas requeridas. Si en el contrato de transporte rige la cláusula "embarcado a riesgo del propietario, la empresa no asume responsabilidad" u otra como "calidad, cantidad y condición de la carga, desconocida para el transportista", el porteador no tiene por qué exigir la apertura y reconocimiento de los bultos. En realidad, ello significaría descargar el contenedor, manipular nuevamente la mercadería y volverla a cargar y estibar. Ello atentaría contra la celeridad mercantil que precisamente se pretende obtener con la utilización de los contenedores. Tampoco debe realizar manifestación alguna al momento de recibir el contenedor cargado, pues el riesgo por las labores de acondicionamiento, carga y estiba los está asumiendo de antemano el remitente. En otras palabras, no cabe aplicar en estos casos lo dispuesto por los artículos 333, inciso a), in fine, y 336, inciso e), del Código de Comercio. Estas normas encuentran su ámbito de aplicación en las formas tradicionales de transporte, mas no en aquellas propias del tráfico internacional donde se consignan cláusulas especiales para regular el problema del riesgo en las diferentes etapas del transporte. Y aquí resulta irrelevante calificar las presunciones contenidas en dichas normas como absolutas o relativas, pues en realidad, lo cierto es que ni siquiera resultan aplicables a estas formas modernas de contratación comercial internacional. Cabe recordar, además, que las cláusulas de limitación de responsabilidad sí están permitidas, cuando se refieran a mercaderías que por su propia naturaleza sean susceptibles de sufrir deterioro o menoscabo (artículo 346, inciso b, del Código de Comercio), situación que es precisamente la presente en autos. Por ello, estima el Tribunal, el problema se circunscribe en determinar si en el presente asunto estamos frente a una forma especial de contrato de transporte, en los términos indicados, donde el riesgo de la estiba lo asume la exportadora. De ser así, tendría que determinarse si el daño sufrido por el producto puede achacarse



a la transportista, por haber ejecutado en forma defectuosa su prestación, o si se debió a una causa ajena a ella.”<sup>18</sup>

## INFORMACIÓN UTILIZADA

- 
- <sup>1</sup> FRIGNANI citado por SOLANO PORRAS (Julián), *La lex mercatoria: sistema romano-civilista y sistema del common law*, *Revista Judicial*, San José, Costa Rica, N° 76, abril, 2000, pág. 13. (Localizada en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, signatura 40-R)
- <sup>2</sup> *Ibidem*, pág. 13.
- <sup>3</sup> KASIRER Y KASSIS citados por BOUTIN L. (Gilberto), *Lex Mercatoria: Fundamento y Apreciación en el Derecho Internacional Privado Panameño*, [en línea], Panamá. Recuperado el 3 de febrero de 2006 de <http://www.mpipriv-hh.mpg.de/deutsch/Mitarbeiter/SamtlebenJuergen/Festschrift/13BoutinL.pdf>
- <sup>4</sup> CASTROGIVANNI (R. M.) *Lex Mercatoria*, [en línea], Argentina. Recuperado el 3 de febrero de 2006 de [www.derecho-comercial.com/Doctrina/lexmerc.pdf](http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/lexmerc.pdf)
- <sup>5</sup> MATTHIES, citado por SALCEDO VERDUGA (Ernesto). *El Uso Mercantil y su Aplicabilidad en el Arbitraje. La Lex Mercatoria*, [en línea], Perú. SERVILEX Base de información-jurídico contable. Recuperado el 3 de febrero de 2006 de [http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/uso\\_mercantil.html](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/uso_mercantil.html)
- <sup>6</sup> BERMAN citado por SOLANO PORRAS (Julián), op. cit. Pág. 16.
- <sup>7</sup> *Ibidem*, pág. 16.
- <sup>8</sup> *Ibidem*, pág. 16.
- <sup>9</sup> *Ibidem*, pág. 16
- <sup>10</sup> *Ibidem*, pág. 16
- <sup>11</sup> OLÉ LANDO citado por SALCEDO VERDUGA (Ernesto). Página Web citada [http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/uso\\_mercantil.html](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/uso_mercantil.html)
- <sup>12</sup> FRIGNANI citado por SOLANO PORRAS (Julián), op. cit. Pág. 15.
- <sup>13</sup> VICENTE Y GELLA citado por SOLANO PORRAS (Julián), op. cit. Pág. 15.
- <sup>14</sup> FELDSTEIN DE CÁRDENAS citado por SALCEDO VERDUGA (Ernesto). Página Web citada [http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/uso\\_mercantil.html](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/uso_mercantil.html)
- <sup>15</sup> FRIGNANI citado por SOLANO PORRAS (Julián), op. cit. Pág. 16.
- <sup>16</sup> DERAIS citada por MCLAREN MAGNUS (Rosemarie), *Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional*, San José, Tesis para optar al grado de licenciada en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2003, pág. 67. (Localizada en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, signatura 4052.)



- 
- <sup>17</sup> Organización de las Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980, art. 9.
- <sup>18</sup> Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, Resolución N° 138 de las nueve horas treinta y cinco minutos del veintiocho de abril de mil novecientos noventa y ocho.

### **AVISO LEGAL**

*El Centro de Información Jurídica en Línea es un centro de carácter académico con fines didácticos, dentro del marco normativo de los usos honrados realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos número 6683, reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos, acuerdos municipales, reglamentos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos número 6683. Elabora compendios de obras literarias o de artículos de revistas científicas o técnicos con fines didácticos dentro de los límites estipulados en el artículo 58 de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual número 8039.*