

Prólogo

Desde de finales de siglo XIX el Derecho mercantil experimentó un proceso de cambio inspirado en una doble causalidad político-jurídica de signo diverso y en cierto modo antagónica: por un lado, el fraccionamiento de un arraigado corpus normativo recogido en los Códigos de comercio tradicionales y, por otro, la unificación de fuentes legislativas en el ámbito del Derecho privado patrimonial y, en particular, en el fragmento del Derecho de obligaciones y contratos. Frente a la situación anterior en el siglo XX y en los primeros años del XXI nos encontramos con un proceso caracterizado por una serie de parámetros que han dado lugar a: a) la quiebra del tradicional modelo codificador, b) la incidencia de la internacionalización de la economía y c) al intervencionismo del Estado en las relaciones mercantiles.

* * *

Asistimos, en primer lugar, a la especialización normativa con la consiguiente fractura del modelo codificador tradicional. Este fenómeno “descodificador” trae consigo la creación y la elaboración de una serie de instrumentos que contemplan figuras jurídicas nuevas, no previstas en los códigos respectivos y ordenadas fuera de los mismos, atendiendo contra el carácter omnicompreensivo que se les había querido dar. El gran mercantilista español J. Garrigues mantuvo en su día una posición muy crítica frente a los defensores de los grandes Códigos de comercio que “tuvieron la idea vana de aprisionar la materia mercantil, siempre variante y movediza, en las redes de un llamado Código de comercio”; y frente a los profesores que han enseñado “un Derecho mercantil codificado del siglo XIX, bajo el signo del capitalismo liberal. Un Derecho fosilizado, en el que desfilan las momias de contratos que hace tiempo desaparecieron del mundo de los negocios y han sido reemplazados por otros que los Códigos no registran” (J. Garrigues, “Setenta y Cinco años de Derecho mercantil”, Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo, Madrid, 1981, p. 264. Como resultado de esta inclinación las materias reguladas en los Códigos pierden valor, ya no son actuales y en situaciones bastante frecuentes entran en contradicción con leyes especiales, reglamentos u otros instrumentos legales. Este proceso es el resultado del abandono de la posición liberal por parte de los Estados que conduce a la progresiva penetración del interés público y de los intereses privados generales en normas de naturaleza tradicionalmente jurídico-privada.

En este contexto fructifican nociones propias del Estado intervencionista tales como la de “orden público”, la de “policía”, la de “fomento” o la de “servicio público” que no pretender sino la ordenación de la economía. Por otro lado, la ruptura del modelo de codificación tradicional incorpora nuevas tendencias hacia la unificación a partir de la verificación de las desafortunadas consecuencias de la todavía existente separación de nuestro Derecho privado en civil y mercantil, que llegan a atentar incluso contra el principio de seguridad jurídica. De esta suerte se registran movimientos claramente partidarios de la unificación del Derecho de obligaciones y contratos, proponiéndose incluso la derogación del Código de Comercio, la coetánea modificación del Código civil (incorporando en él algunas normativas especiales procedentes del Código de Comercio en los

supuestos especiales en que sean adecuadas), así como la recodificación del Derecho privado en grandes Leyes especiales por la materia regulada.

* * *

La internacionalización de la economía se alzó frente a los movimientos nacionalistas de aislamiento económico-comercial presentes en el contexto internacional durante el período de la Segunda Guerra Mundial. La instauración del un determinado orden económico mundial, oficialmente establecido en los acuerdos de Bretton Woods y el GATT de 1947, propició la internacionalización de la economía. Hasta 1945 el comercio internacional se caracterizaba por una magnitud estatal de los poderes económicos privados, fuertemente apoyados por la política expansionista de los Estados de donde procedían. Por entonces el número de dichos Estados era muy reducido: aquellos en donde la acumulación de capital en capital financiero, como consecuencia de la revolución industrial, había patrocinado una política de expansión internacional, a saber, Francia, Gran Bretaña, EE UU... Mas a partir de 1945 fue menester la adopción de un orden normativo capaz de responder al reto de un cambio radical en las relaciones económicas internacionales. El régimen del comercio ya no respondía al esquema demoliberal de las economías estatales que en el plano internacional se traducía en tres principios básicos, el principio de libertad de comercio, el principio de libre cambio y el principio de igualdad entre el extranjero y el nacional.

Los años sesenta del pasado siglo trajeron una nueva aportación en el ámbito de las fuentes relativas al Derecho mercantil internacional, en concreto a través de la acción coordinada de la Unctad como mecanismo económico de base y la Uncitral en tanto que instrumento de codificación internacional de este ordenamiento, en el marco del denominado “nuevo orden económico internacional” que constituyó un foro de confluencia entre tres tipos de sistemas económicos enfrentados: países en vías de desarrollo, países de economía planificada y países de economía de mercado. A lo largo de su período álgido el NOEI favoreció el desarrollo de los procedimientos de producción normativa de ámbito internacional tanto desde la perspectiva de los tratados, como de la costumbre internacional dentro del marco de la armonización y unificación de las costumbres y prácticas comerciales internacionales: indudablemente la técnica hoy generalizada de los denominados “códigos de conducta” deriva de este período. Un periodo que finalizó en 1995 con la creación de la Organización Internacional del Comercio –y la instauración del denominado “modelo único”– y que fue testigo del enfrentamiento entre los países en vías de desarrollo y los países desarrollados y que incidió de manera decisiva en los postulados clásicos en torno a las fuentes del Derecho mercantil internacional.

En la hora actual uno de los factores que es a la vez fuente y consecuencia de la mundialización es el marco jurídico que se crea para facilitarla. Es evidente que el comercio mundial se ve afectado considerablemente por la acumulación de normas divergentes en los diferentes países. Por lo tanto, en lo que respecta a la mundialización, una armonización mayor de las diversas disciplinas jurídicas que rigen el mercado mundial es el ingrediente indispensable de cualquier programa político. En cualquier caso, la internacionalización de la economía y, por consiguiente, la elaboración cada vez más sofisticada de medidas restrictivas a las importaciones y a las exportaciones, al margen de los instrumentos clásicos basados en las medidas arancelarias y para-arancelarias, ha dado como resultado una profunda especialización científica de determinados sectores del tráfico mercantil contribuyendo a la masificación y despersionalización de las relaciones

mercantiles, con la consiguiente aparición de nuevos instrumentos contractuales, garantías, etc.

* * *

Resulta innegable el cambio de actitud del Estado en materia económica. Frente al periodo del Estado liberal, la función del Estado no es tanto la de fijar los límites de la libertad individual como la de ordenar la economía. Dicho cambio ofrece una destacada proyección jurídica al convertirse el Derecho en técnica de gestión social hasta el punto de que, tanto el sistema como los modelos sociales, son objeto de sanción constitucional. Se produce de esta suerte el nacimiento del Derecho económico que es expresión de la actividad intervencionista de los poderes públicos en la actividad económica, se proyecta en principio sobre un bloque normativo de naturaleza jurídico-pública en el que se enuncian y desarrollan los principios y libertades económicas fundamentales y sus límites, integrándose en diverso grado en la disciplina jurídico-privada mercantil de la empresa, como actividad y como organización; no obstante sólo se llega a la cúspide de esta evolución con la constitucionalización de estos principios ordenadores de la economía. A partir de aquí la ordenación del mercado se convierte en el centro de la “Constitución económica” en la que, junto a los derechos que hacen posible el ejercicio de la actividad económica por los particulares y sus límites, se establecen las facultades atribuidas al Estado en la conformación de los principios fundamentales que informan la ordenación de la economía.

El siglo XX se ha cerrado con una ocupación exacerbada de la actividad legislativa en el ámbito del Derecho mercantil. Con ello se han dado pasos decisivos en orden a la superación de la tradicional idea unitaria de Derecho mercantil demoliendo de forma consciente un edificio secular para construir un nuevo sistema de unidades que buscan, y encuentran, autonomía propia: Derecho de sociedades, de la competencia, industrial, de distribución comercial, del sistema financiero (bancario y bursátil), de los títulos-valores, del seguro, de la navegación, etc... Se trata de una tendencia irreversible que ha conducido a considerar que el legislador mercantil de finales del siglo XX y comienzos del XXI no es otra cosa que un “legislador intersticial”, es decir, un creador del Derecho en los intersticios del sistema, en el que los confines entre el ius condito y el ius condendum se desdibujan a pasos agigantados. No en vano se habla de la nueva mentalidad que debe caracterizar al mercantilista, para cuya consecución habrá de equiparse con nuevos saberes, entre ellos la teoría económica, porque el “futuro de nuestra ciencia es un futuro interdisciplinar” (A. Menéndez Menéndez, “El Derecho mercantil en el siglo XXI”, La Ley (Madrid), nº 2646, 1990)..

Esta proliferación normativa demuestra bien a las claras la incapacidad del Código de comercio para obtener los desafíos de una sociedad que desde finales del siglo XIX avanzaba hacia un proceso de industrialización. Un proceso que precisaba ser reglamentado desde una perspectiva estrictamente comercial, que produjo cambios organizativos y estructurales generando una desmesurada política legislativa, a veces incongruente o alejada de un método ideal, pero que ha tenido la virtud de acomodar nuestro sistema al de los países de nuestro entorno. Estamos ante un sistema jurídico cuyas manifestaciones se proyectan en distintos textos legislativos que, en principio, son fácilmente identificables por razón de su fecha de aparición o de su procedencia. Aunque no siempre esos textos se nos aparecen inspirados en idénticos principios o criterios de valoración, ni se nos muestran unitariamente ordenados por referencia a unos mismos fines

de política del Derecho las normas que los integran pueden llegar a aglutinarse dentro de un sistema de estudio exposición que, más allá de la identidad de su objeto material – es decir, de la realidad por ello regulada (v.gr., la propiedad industrial, la banca, los seguros, etc.)”. Nos hallamos ante el fortalecimiento de estos “Derechos especiales”, como ramas que ofrecen un cierto grado de autonomía respecto del Derecho mercantil y su tratamiento más o menos sistemático, con un alto grado de autarquía científica y didáctica, que se hace particularmente visible en el Derecho marítimo, generando una importante polémica doctrinal, pero que también es manifiesto en otros sectores: Derecho industrial, Derecho de la competencia, Derecho de sociedades, Derecho del mercado de valores, Derecho cambiario, Derecho bancario, Derecho de transportes y de seguros así como en el Derecho concursal.

* * *

La tendencia hacia la internacionalidad de las transacciones mercantiles ha originado un aumento espectacular de los protagonistas en presencia, la existencia, ciertamente discutida, de un ordenamiento jurídico y la consolidación de peculiares procedimientos de controversias al margen del Estado. Pero también ha propiciado un acercamiento entre los ordenamientos interno e internacional y, en ocasiones, la unificación de las legislaciones estatales, cuyo ámbito de vigencia no se corresponde empero con las exigencias de uniformidad que el comercio internacional plantea. Por eso en la actualidad se habla de una nueva lex mercatoria y con ello se alude a un ordenamiento jurídico que, pese a los profundos cambios experimentados en la estructura de la Sociedad internacional desde la Edad Media hasta nuestros días, posee ciertos elementos inherentes al Derecho común de los comerciantes en aquél período

Ahora bien, aunque se puede realizar un cierto paralelismo entre el fenómeno de los usos y costumbres en la Edad Media con los que se manifiestan en la actualidad existen, sin embargo, notables diferencias. Las semejanzas se manifiestan si se considera que tanto la “vieja” como la “nueva” lex mercatoria esta formada por usos que constituyen un Derecho espontáneo, uniforme, y en cierta manera universal; que son usos propios de los comerciantes, y que son usos que tratan de superar las dificultades del conflicto de leyes cuando se trata de determinar el Derecho nacional que regirá determinada relación jurídica. Pero existen también algunas importantes diferencias de contenido. Nos hallaríamos ante un Derecho espontáneo, nacido de la práctica comercial internacional con unas fuentes propias y unos medios de solución de litigios de intereses específicos al margen del poder judicial de los Estados y de los Tribunales internacionales.

El desenvolvimiento de esta nueva lex mercatoria de proyección universal, que constituye uno de los aspectos estructurales más importantes en las mutaciones que experimenta el denominado Derecho privado de la Economía, como vía de superar las insuficiencias del “método clínico” de los conflictos de leyes y los modestos resultados alcanzados por el “método preventivo” de la elaboración de un Derecho mercantil uniforme, tiene base consuetudinaria y su aplicación se apoya en el frecuente recurso al arbitraje.

La consecuencia de este lento y constante proceso ha sido la introducción en la práctica internacional de una extensa red de instrumentos y de cláusulas de estilo que, con apoyo en la voluntad de las partes contratantes, viene a incorporarse a la relación contractual individual vaciando de contenido a la disciplina contenida en los Códigos de comercio. Por eso esta nueva lex mercatoria se configura como un Derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito

fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación, siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países. Esto es, liberarse de la rigidez y de la falta de sensibilidad para el tráfico mercantil internacional de las legislaciones internas a través de un culto hacia el principio de la autonomía de la voluntad y de la autorregulación en este sector.

Cualquier intento de delimitación de lex mercatoria no es tarea fácil, incluso entre quienes proclaman y apologizan su existencia. Así, se afirma con razón que no es posible proveer una lista exhaustiva de todos los elementos de la lex mercatoria, destacándose no obstante que en su formulación se encuentran una serie de principios generales tales como que las prestaciones contractuales deben ser equilibradas; interpretación de buena fe de los contratos; presunción de competencia internacional; 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.

Se ha desarrollado un debate, aún pendiente de conclusión, respecto a la conceptualización de la así llamada nueva lex mercatoria, que ha enfrentado posturas irreconciliables entre “mercatoristas” y “antimercatoristas”. Este debate es intenso en la doctrina norteamericana y europea, y cuenta con importantes proyecciones en América Latina; amplios sectores de la doctrina del Derecho internacional privado directamente desconocen su existencia y entre aquellos que la reconoce concurren varias tesis que intentan encuadrar teóricamente el fenómeno considerado.

No es este el momento para entrar en la polémica, aunque es inevitable tomar partido en el sentido de que las necesidades del comercio internacional exigen la aplicación de un ordenamiento neutral. Ello se evidencia en los procesos de reproducción y de estandarización en virtud de los cuales las cláusulas de los contratos internacionales más importantes, que están cuidadosamente redactadas para evitar cualquier vinculación con los Derechos nacionales, sirven de modelo para las grandes categorías que presiden la contratación. Y es a partir de este examen empírico cuando surgen, según esta posición, una multitud de normas de carácter anacional; lo que lleva a justificar la legitimidad de la lex mercatoria como Derecho objetivo cuyo reconocimiento por parte de los Estados no sólo no plantea inconvenientes sino que es algo aconsejable para que éstos puedan ejercitar el oportuno control en beneficio de la justicia entre las partes. Los defensores de este pensamiento se apoyan en distintas construcciones. Una de ellas, que descansa en la concepción de “ordenamiento jurídico” que formulara S. Romano, excluye el elemento de coercibilidad, propio de la noción de ordenamiento jurídico estatal como requisito consustancial del calificativo de jurídico; a partir de esta hábil construcción, es suficiente para admitir el carácter de constrañe que la ordenación de la conducta sea imperativa y susceptible de una sanción, lo que en el marco de la sociedad internacional de comerciantes podría ser el boicot. Estaríamos pues ante un ordenamiento elaborado y aplicado por particulares y no solamente con una finalidad prospectiva, sino también sancionadora, al margen del Derecho estatal; dicho ordenamiento en vez de sustentarse en la voluntad del legislador nacional lo hace en una caudalosa fuente de materiales conceptuales no jurídicos: costumbres comerciales internacionales, prácticas comerciales generadas a partir de las caóticas condiciones del mercado mundial, o más bien en

las prácticas dictadas por los intereses económicos dominantes y los conflictos se resuelven por la vía de arbitrajes. Esta idea ha propiciado la referencia a la inmunidad legislativa de ciertos contratos “multinacionales” conectados con diversos Estados, pero nunca lo suficiente como para justificar aplicación de un Estado determinado. Mas tal argumento no puede prescindir por completo del control estatal, que se hace explícito en la facultad para imponer al contrato determinadas normas imperativas, siempre que éste ofrezca algún vínculo con la actividad y con los intereses nacionales.

En rigor, y al margen de si existe un tertium genus de carácter espontáneo, si la soberanía es una noción intrínseca al Derecho y si el Derecho internacional general posee un nivel de coercibilidad muy distinta de la del Estado, es difícil pensar en un ordenamiento jurídico transnacional con autonomía propia en un determinado sector; y menos aún en el marco de las transacciones comerciales donde los intereses nacionales e internacionales están particularmente definidos. Aunque no debe ser motivo de escándalo desde la teoría general del Derecho hablar de un orden jurídico transnacional, existe en este sector un importante “optimismo juridizante” que se decanta claramente partidario de que la nueva lex mercatoria conseguirá su objetivo transformándose desde su propio sistema y bajo el peso de las necesidades del comercio internacional en un orden jurídico perfecto y acabado.

En conexión con los arbitrajes se crea la ficción de que estas prácticas sociales fueron “siempre” normas, sobre cuya autoridad inmemorial no debe existir ninguna duda. Se argumenta, con base en ciertas decisiones arbitrales en las cuales se ha decidido conforme a “equidad”, que históricamente también este orden jurídico transnacional del comercio ha demostrado ser hasta ahora el que más éxitos ha deparado en un mercado mundial independiente y que se encuentra desvinculado del ordenamiento político internacional. Por eso las empresas multinacionales celebran entre sí contratos que ya no se someten a ninguna jurisdicción nacional ni a ningún Derecho material nacional. Evidentemente se ha establecido aquí una práctica jurídica que funciona al margen de los ordenes jurídicos nacionales y de las convenciones internacionales con un sistema normativo y una jurisdicción propia que no pueden ser ubicados dentro de la jerarquía normativa clásica entre el Derecho nacional y el Derecho internacional. Lo novedoso es que se sustraen de la pretensión reguladora de ambos ordenamientos y aspiran a un nivel regulador autónomo. Se trata de un escenario en el que surge una ley comercial global, independiente de cualquier legislador nacional si bien dependiente de instituciones legales y judiciales existentes desde hace tiempo por cuanto las decisiones arbitrales pueden ser exigidas y perseguidas en tribunales nacionales. No debe extrañar, pues, que la lex mercatoria se erija como un orden jurídico propio aunque sea incompleto y en alguna medida esté subordinado a los órdenes jurídicos nacionales en su aplicación y eficacia; dependencia que no afecta a su autonomía.

* * *

Este libro tiene como antecedente un encuentro académico organizado por la Dra. Vasquez Palma a través del Departamento de Derecho Civil, Comercial y Ciencias del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, denominado “La influencia del Derecho mercantil internacional en la unificación del Derecho interno”. Tal seminario se llevó a efecto el mes de noviembre del año 2011, en el salón Abate Molina de la casa central de la Universidad de Talca (con sede en la ciudad de Talca) y contó con la presencia de ocho destacados profesores de Derecho

internacional y comercial, de las principales Universidades de Chile, los que expusieron sobre diferentes e interesantes tópicos ligados a la temática matriz de estas jornadas. Como era de suponer, el evento despertó gran interés entre el público, siendo éste conformado no sólo por estudiantes de pre y postgrado, sino también por abogados litigantes del foro nacional, profesores y académicos de Derecho y otros profesionales ligados directa o indirectamente al comercio internacional, lo que se explica no sólo por lo novedoso de un tema cuyos contenidos han recibido en Chile escaso tratamiento académico desde una óptica global sino además, por la evidente relevancia que esta materia ha alcanzado en los últimos años.

El anhelo de entregar un aporte sustantivo y de calidad en la materia, condujo al desafío de poder realizar el texto que ahora se presenta, no sólo a partir de la recopilación de las contribuciones que en esa oportunidad fueron expuestas por los ponentes nacionales, sino que también, a buscar aportes de connotados académicos del área, todos vinculados a prestigiosas universidades españolas, configurando así una vitrina jurídica de primer nivel cuyos resultados y conclusiones esperamos constituyan un paso seguro en el avance de la doctrina mercantil internacional.

En cuanto al contenido del Libro, las contribuciones que aquí se presentan pueden dividirse en dos bloques generales: aquéllas que miran el estudio del fenómeno desde una perspectiva general, y las que lo hacen desde una plataforma en particular. En este último elenco destacan los aportes relativos a la contratación comercial internacional, el Derecho de sociedades, el arbitraje comercial internacional, y el comercio marítimo.

Con independencia de sus virtudes y de sus inconvenientes es innegable que la nueva lex mercatoria, enriquecida, perfeccionada y consolidada con sus usos y costumbres particulares, se proyecta hacia el futuro sustentada en un Derecho espontáneo, autónomo y uniforme que tiende de manera natural a alejarse de las regulaciones estatales, intentando de esta manera dar solución definitiva a los nuevos conflictos del comercio internacional con el recurso para ello al arbitraje como el método más apropiado para el efecto (F. Orrego Vicuña, “El arbitraje en un nuevo sistema internacional de solución alternativa de controversias”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, t. IV, 2004, pp. 439-456). Precisamente la pretensión última de quienes han colaborado en la confección de la presente obra es contribuir, desde distintas perspectivas sectoriales, a la contemplación del fenómeno expresado.

José Carlos Fernández Rozas
María Fernanda Vasquez Palma

Madrid-Talca 14 de abril de 2012