

## LA *LEX MERCATORIA* EN EL ESPEJO DE LA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA\*

Wioletta KONRADI\*\*

Héctor FIX-FIERRO\*\*\*

**RESUMEN:** Este trabajo presenta un panorama de la investigación empírica sobre la *lex mercatoria*. Sin embargo, los estudios existentes todavía no son suficientemente abundantes para ofrecer un cuadro completo y coherente del fenómeno. Tomando en cuenta que la economía global se organiza en sectores y redes, el artículo propone seleccionar ramas comerciales e industriales como objeto de investigación empírica. Este enfoque se centra en los procesos de creación de normas, en los mecanismos de estabilización de expectativas en determinados sistemas sociales, y en las consecuencias estructurales de este tipo de autorregulación tanto para el derecho global como para los sistemas jurídicos nacionales.

**Palabras clave:** sociología jurídica, análisis empírico, globalización, relaciones comerciales.

**ABSTRACT:** *This paper presents an overview of empirical research on the lex mercatoria. Existing studies, however, are still too scarce to be capable of providing a complete or coherent picture. Taking into account that the global economy is organized around sectors and networks, the paper proposes to select branches of trade or industries as an object of empirical study. This approach focuses on the processes of norm creation, the mechanisms for the stabilization of expectations within particular social systems, as well as on the structural consequences of this type of self-regulation for both global law and national legal systems.*

**Descriptors:** *sociology of law, empirical analysis, globalization, commercial relations.*

\* El presente artículo constituye la versión española de un trabajo presentado en el seminario internacional “*Lex mercatoria*. Razionalità formale o materiale?”, 10-12 de junio de 2004, Imperia, Italia, y que apareció con el título “*Lex mercatoria* in the Mirror of Empirical Research”, *Sociologia del diritto*, Milán, núms. 2 y 3, 2005. Esta versión se publica con permiso del editor, profesor Vincenzo Ferrari. El trabajo se elaboró como parte del proyecto de investigación “Nuevas formas de seguridad jurídica en los procesos de intercambio económico global” de la Universidad de Bremen, Alemania, bajo la dirección de Volkmar Gessner. Los autores agradecen los comentarios del director y de los miembros del equipo de investigación.

\*\* Investigadora del Centro de Investigación Colaborativa 597, “Transformaciones del Estado”, de la Universidad de Bremen, Alemania.

\*\*\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e investigador visitante en la Universidad de Bremen, Alemania.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, septiembre-diciembre de 2006, pp. 693-722

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las reglas y prácticas del comercio global en el espejo de la investigación empírica*. III. *La lex mercatoria. Recapitulación y propuesta de futuras investigaciones*.

## I. INTRODUCCIÓN

Durante cuarenta años, la comunidad de académicos y profesionistas se ha visto envuelta en una guerra de palabras sobre la existencia, alcance y autonomía —frente al derecho del Estado— de la llamada *lex mercatoria*, esto es, el cuerpo de normas y resoluciones arbitrales que rigen al comercio internacional entre particulares. En años recientes, sin embargo, ha disminuido la intensidad del debate, y ya no se discute tanto si existe o no la *lex mercatoria*, o en términos más generales, si existe o no un derecho autónomo del comercio transnacional.<sup>1</sup> En palabras de un agudo observador:

El cambio más importante en los noventa es, en cierto modo, que el debate ya no se reduce a una religión con creyentes e infieles, sino que reconoce en alguna medida que la *lex mercatoria* —concebida por Goldman como un sistema jurídico autónomo— ha llegado para quedarse como un hecho de la vida y que la cuestión se refiere ahora más bien a las condiciones y circunstancias bajo las cuales debe ser aplicada.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Estableciendo un vínculo entre la “antigua” y la “nueva” *lex mercatoria*, Berman, Harold y Dasser, Felix “The ‘New’ Law Merchant and the ‘Old’: Sources, Content, and Legitimacy”, en Carbonneau, Thomas E. (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration. A Discussion of the New Law Merchant*, rev. ed., The Hague, Juris Publishing-Kluwer Law International, 1998, p. 53, proponen la siguiente definición: “El derecho comercial ha sido por siglos, y sigue siendo ahora, un cuerpo de derecho internacional fundado en el entendimiento jurídico compartido de una comunidad internacional compuesta principalmente por compañías comerciales, navieras, aseguradoras y bancarias de todos los países... Creemos que los entendimientos jurídicos compartidos de la comunidad comercial deben ser vistos como un cuerpo autónomo de derecho que, en su caso, resulta obligatorio para los tribunales nacionales”.

<sup>2</sup> De Ly, Filip, “*Lex Mercatoria* (New Law Merchant): Globalisation and International Self-regulation”, en Appelbaum, Richard P., Felstiner, William L. F. y Gessner, Volkmar (eds.), *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions*, Oxford, Hart, 2001, p. 166.

El enfoque sobre las condiciones y circunstancias bajo las cuales la *lex mercatoria* puede o debe ser aplicada tiene, por un lado, el saludable efecto de superar las discusiones puramente teóricas o académicas. Por el otro, puede tener la consecuencia negativa de constreñir en exceso el alcance del debate. Sin negar la importancia del análisis encaminado a la solución de los problemas del ejercicio profesional, sostenemos, en cambio, que el debate sobre la *lex mercatoria* debe ampliarse nuevamente. La perspectiva socio-jurídica, tanto teórica como empírica, puede hacer una contribución esencial para tal efecto. Como lo han percibido justamente numerosos participantes, el debate sobre la *lex mercatoria* no se reduce a un campo limitado y particular del derecho, sino que, por el contrario, tiene implicaciones más amplias y profundas respecto a la naturaleza y funciones del derecho en el contexto de la globalización.<sup>3</sup>

A pesar de las dificultades con las que se topa la sociología, incluyendo la sociología del derecho, en sus intentos por trascender el contexto de las “sociedades” nacionales,<sup>4</sup> solamente un examen desde la perspectiva de las ciencias sociales parece capaz de abordar los desafíos teóricos que plantea una arena jurídica global, plural y fragmentada.<sup>5</sup> Más aún, hay razones para pensar que tales desafíos exi-

<sup>3</sup> “Así, el debate sobre la *lex mercatoria* no es simplemente una extensión de lo que estamos acostumbrados ordinariamente a reconocer como derecho. En cambio, se trata de la función social del derecho frente al trasfondo de un mundo de estados y sociedades ampliamente diferenciado”. Zumbansen, Peer, “Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law”, *European Law Journal*, vol. 8, núm. 3, septiembre de 2002, pp. 429 y 430. Sobre la *lex mercatoria*, desde la perspectiva de la teoría de sistemas de Niklas Luhmann y el concepto de diferenciación funcional en la sociedad mundial, véase Teubner, Gunther, “Global Bukowina’: Legal Pluralism in World Society”, en *id.* (ed.), *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, pp. 3-28; Calliess, Galf-Peter, “Reflexive Transnational Law. The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law”, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, año 23, núm. 2, 2002, pp. 185-216; Lieckweg, Tania, *Das Recht der Weltgesellschaft. Systemtheoretische Perspektiven auf die Globalisierung des Rechts am Beispiel der lex mercatoria*, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2003.

<sup>4</sup> Luhmann, Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1997, pp. 158 y ss.; Gessner, Volkmar, “Global Approaches in the Sociology of Law: Problems and Challenges”, *Journal of Law and Society*, Oxford, vol. 22, núm. 1, marzo de 1995, pp. 85-96.

<sup>5</sup> La bibliografía sobre derecho y globalización ya es inmensa. Véanse, como estudios de especial interés, Ferrarese, Maria Rosaria, *Le istituzioni della globalizzazione. Di-*

gen la revisión de muchos de nuestros conceptos tradicionales, moldeados por siglos de pensamiento y experiencia bajo la sombra del Estado-nación, respecto de la naturaleza, las funciones y la operación de los sistemas jurídicos. Esta necesidad de revisión abarca la idea misma de que el derecho moderno, y en general los mecanismos de naturaleza normativa, habrán de desempeñar en la sociedad mundial un papel similar al que han desempeñado durante mucho tiempo en las sociedades nacionales avanzadas.<sup>6</sup>

El objetivo de este trabajo es mostrar cómo la investigación empírica ha contribuido hasta ahora a responder algunas de las preguntas que la *lex mercatoria* plantea en el presente. Una cuestión especialmente relevante para el futuro de la *lex mercatoria* —y del derecho global en general— es si aquella ha de permanecer como orden normativo plural y fragmentado, o si está sometida a tendencias racionalizadoras y unificadoras que conducen, en última instancia, a un único sistema jurídico global encargado de regular los intercambios comerciales. Conviene señalar que hay tanto teorías como estudios empíricos que apuntan en ambas direcciones. Ello no sólo es un reflejo de la complejidad y las contradicciones del fenómeno del derecho global, sino que también sugiere la idea de que una respuesta adecuada no radica en posiciones extremas o dilemáticas. Nuevamente, la investigación empírica es capaz de proporcionar una descripción cuidadosa

*ritto e diritti nella società transnazionale*, Bolonia, Il Mulino, 2000; Ost, François y Kerchove, Michel van de, “De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?”, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruselas, núm. 44, pp. 1-82; Fischer-Lescano, Andreas y Teubner, Gunther, “Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, 2004, pp. 999-1046.

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, Appelbaum, Richard P., “The Future of Law in a Global Economy”, *Social and Legal Studies*, vol. 7, núm. 2, 1998, pp. 171-192, en relación con las prácticas comerciales de los grupos étnicos chinos en Asia. En un ensayo publicado inicialmente en 1971, Niklas Luhmann planteó la hipótesis de que los mecanismos normativos (la política, la moral, el derecho) no resultaban adecuados para la integración de la sociedad mundial y de que, en consecuencia, los mecanismos cognitivos, es decir, aquellos capaces de revisar y adaptar rápidamente sus expectativas como la economía, la ciencia y la tecnología, tomarían la delantera. Sin embargo, dejó abierta la cuestión (empírica) de si tales mecanismos cognitivos no tendrían que apoyarse, de todos modos, en una base institucional normativa compleja. Luhmann, Niklas, “Die Weltgesellschaft”, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, vol. LVII, núm. 1, pp. 1-35.

y una explicación de cómo, y hasta qué punto, estas tendencias ocurren en la realidad de la sociedad mundial.

También sostenemos que la investigación empírica existente es todavía demasiado escasa y fragmentaria para obtener de ella una contribución sólida a una teoría empíricamente fundada del derecho global. En particular, consideramos que muchos estudios empíricos que tienen el propósito de identificar, describir y explicar los fenómenos jurídicos transnacionales en su relación con los intercambios económicos no toman suficientemente en cuenta que la economía global está organizada en sectores y ramas del comercio y la industria, con empresas multinacionales, asociaciones comerciales y redes económicas que funcionan como eslabones en una cadena de procesos de producción y distribución que envuelven a todo el planeta.<sup>7</sup> Sin importar cuán difícil resulte la tarea, corresponde a la sociología del derecho tratar de dibujar un cuadro integrado de los fenómenos jurídicos globales.<sup>8</sup>

Este trabajo está dividido en dos apartados. El primero ofrece un breve panorama de la investigación empírica relacionada con la *lex mercatoria*. El segundo intenta extraer de dicho cuerpo de investigación algunas conclusiones sobre el desarrollo presente y futuro de este cuerpo de derecho. En la parte final de dicho apartado ponemos énfasis en las limitaciones de la investigación existente y proponemos una estrategia de investigación para identificar y describir el fenómeno de un derecho global autónomo, poniendo como ejemplo el comercio internacional de la madera.

<sup>7</sup> Dicken, Peter, *Global Shift. Reshaping the Global Economic Map in the 21st century*, 4a. ed., Londres, Sage Publications, 2003, pp. 14 y ss.; Castells, Manuel, *The Rise of the Network Society*, Oxford, Blackwell, 1996.

<sup>8</sup> Como ejemplo de este análisis, véase el estudio de Snyder, Francis G., "Governing Globalisation", en Likosky, Michael (ed.), *Transnational Legal Processes*, Londres, Butterworths, 2002, pp. 65-97, sobre la industria del juguete como "cadena" de producción y distribución mundiales.

## II. LAS REGLAS Y PRÁCTICAS DEL COMERCIO GLOBAL EN EL ESPEJO DE LA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA

A pesar de la intensidad del debate sobre la *lex mercatoria*, la investigación empírica sobre las reglas y prácticas de los intercambios económicos globales es relativamente escasa,<sup>9</sup> si bien la situación comienza a cambiar. Más aún, los estudios existentes son muy heterogéneos en su alcance, sus métodos y sus perspectivas teóricas. Las dificultades que enfrenta la investigación empírica sobre los fenómenos transnacionales son considerables.<sup>10</sup> Con frecuencia, las fuentes de información más importantes no son accesibles públicamente o no resultan suficientemente confiables. Por tanto, la mayoría de los estudios son incapaces de proporcionar un panorama representativo y tienen que contentarse con ofrecer un cuadro fragmentario e impresionista. Los investigadores se ven obligados casi siempre a apoyarse sólo en entrevistas personales, lo que acarrea la complicación adicional de tener que identificar informantes adecuados y establecer contacto con ellos. Cuando se envían cuestionarios, éstos no siempre son devueltos, y si lo son, la información que ofrecen con frecuencia está incompleta o resulta inservible. Claro está que la investigación empírica tiene que superar obstáculos similares en el ámbito nacional, pero aventurarse en una cultura jurídica ajena representa siempre mayores desafíos.

No obstante tales desafíos, creemos que la investigación empírica es necesaria para llevar adelante el debate sobre la *lex mercatoria*. Una primera tarea consiste en identificar y analizar los estudios empíricos existentes. A fin de poder determinar si tales estudios resultan relevantes o no, requerimos una definición operativa de la *lex mercatoria*. Nuestra definición es a la vez amplia y estricta. Es amplia en el sentido de que comprende no sólo los contratos internacionales y los laudos arbitrales comerciales, sino también los usos comerciales y las

<sup>9</sup> Cfr. De Ly, *op. cit.*, nota 2, pp. 172 y ss.

<sup>10</sup> Drahozal, Christopher R., "Of Rabbits and Rhinoceri: A Survey of Empirical Research on International Commercial Arbitration", *Journal of International Arbitration*, vol. 20, núm. 1, febrero de 2003, pp. 23-34; Perenboom, Randall, "Seek Truth From Facts: An Empirical Study of Enforcement of Arbitral Awards in the PRC", *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001, pp. 249-327.

normas uniformes redactadas por los organismos relevantes.<sup>11</sup> Es estricta, en la medida que incluye solamente reglas y normas de origen no estatal, es decir, las creadas y aplicadas de manera autónoma por la comunidad global de comerciantes.<sup>12</sup>

Hasta donde sabemos, no existe todavía un panorama de la investigación empírica sobre la *lex mercatoria* así definida, similar a la muy útil reseña sobre el arbitraje comercial internacional publicada recientemente por Christopher Drahozal.<sup>13</sup> En este apartado resumimos varios estudios empíricos sobre las reglas y prácticas que rigen los intercambios económicos globales. Aunque no se trata de una revisión exhaustiva, confiamos en ofrecer un cuadro de las cuestiones que la investigación empírica ha abordado hasta ahora, así como de la labor que falta por hacer. Los estudios han sido agrupados en tres categorías interrelacionadas: normas sustantivas del comercio transnacional, arbitraje comercial internacional, y ramas de la industria y el comercio.

### 1. *Normas sustantivas del comercio transnacional*

¿Existe la *lex mercatoria* como cuerpo autónomo de normas comerciales transnacionales, independientes de la legislación estatal? Y en caso afirmativo, ¿qué tanto se utiliza tales normas en la práctica jurídica internacional? ¿Lo son hasta el grado de excluir el derecho nacional, o bien, se aplican en combinación con éste? Buena parte del debate sobre la *lex mercatoria* gira alrededor de estas cuestiones.

Stephen Bond, entonces secretario general del Tribunal Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio en París, examinó las cláusulas arbitrales en los procedimientos iniciados ante dicha cámara entre 1987 y 1989. En relación con el derecho aplicable, su análisis mostró que solamente tres cláusulas (esto es, uno por ciento en 1987, pero ninguna en 1989) disponían el uso de los princi-

<sup>11</sup> Véase De Ly, Filip, "Uniform Commercial Law and International Self-Regulation", en Ferrari, Franco (ed.), *The Unification of International Commercial Law*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 59-83.

<sup>12</sup> Esto significa que excluimos la creación de derecho uniforme a través de la celebración de convenciones internacionales.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, nota 10.

prios generales del derecho transnacional o internacional, pero ninguna mencionó explícitamente la *lex mercatoria*.<sup>14</sup> Esta conclusión indica solamente, y de manera indirecta, que las partes de un contrato internacional escogen la ley nacional como derecho aplicable en la gran mayoría de los casos que llegan a un procedimiento de arbitraje, pero no que los árbitros no apliquen normas autónomas en ningún caso. Por tanto, resulta indispensable analizar los laudos arbitrales mismos.

Felix Dasser, un abogado y estudioso suizo, ha examinado el uso de la *lex mercatoria* en sentido amplio (incluyendo el derecho natural o los principios generales aplicados por los tribunales internacionales) en los laudos arbitrales internacionales.<sup>15</sup> De un total de 54 laudos relevantes que pudo identificar y que cubren un periodo de unos 50 años, 34 (63%) se fundaban exclusivamente en normas jurídicas no nacionales que podrían subsumirse bajo el concepto de *lex mercatoria* en este sentido amplio. El resto se apoyaba en tales normas en combinación con la ley nacional. Una cuarta parte de estos laudos se refería a los llamados “contratos de Estado”, que no pueden tomarse como ejemplo de *lex mercatoria*, es decir, como derecho comercial internacional autónomo. Dasser concluyó también que el concepto de ley no nacional se hallaba ausente en los arbitrajes realizados por asociaciones comerciales, donde se resuelve la gran mayoría de los asuntos comerciales internacionales. Los escasos laudos pertinentes que halló provenían, con muy pocas excepciones, de la Cámara Internacional de Comercio de París o de los arbitrajes *ad hoc* realizados por árbitros europeos con antecedentes académicos.

Dasser sostiene que la *lex mercatoria* existe en cierto modo como un orden jurídico independiente, pero que desempeña un papel marginal en la práctica. En palabras suyas, se trata todavía de un “juguete fascinante” para los estudiosos del derecho, pero, aparte de los usos comerciales, resulta por completo irrelevante para los comerciantes y sus abogados. De hecho, considera que los usos comerciales deben considerarse como plenamente distintos a la *lex mercatoria*, y deben ser

<sup>14</sup> Bond, Stephen R., “How to Draft an Arbitration Clause (Revisited)”, *ICC Bulletin*, vol. 1, núm. 2, 1990, pp. 14 y ss.

<sup>15</sup> Dasser, Felix, “*Lex Mercatoria*. Critical Comments on a Tricky Topic”, en Appelbaum *et al.* (eds.), *op. cit.*, nota 2, pp. 189-200.

designados por su nombre tradicional para evitar malos entendidos. En suma: de la *lex mercatoria*, que aspiraba a convertirse en el derecho sustantivo universal del comercio global, quedaría, cuando mucho, un simple método de resolución de controversias.<sup>16</sup>

Otras investigaciones llegan a conclusiones un poco más optimistas sobre la relevancia práctica de la *lex mercatoria*, incluyendo los usos comerciales. Así, en 2000, un equipo de investigación del *Center for Transnational Law* (Central), entonces en la Universidad de Münster, Alemania, realizó una encuesta mundial para recolectar datos empíricos confiables sobre el uso del derecho comercial transnacional en la práctica jurídica internacional.<sup>17</sup> El equipo de investigación diseñó, en cooperación con especialistas en la recolección de datos empíricos, un cuestionario que pedía al destinatario describir su experiencia general con el derecho comercial transnacional en la negociación y redacción

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 199. En nuestra opinión, los usos comerciales deberían considerarse como parte de la *lex mercatoria*. Si bien puede haber algún debate sobre su naturaleza jurídica, es un hecho que los contratos, los laudos arbitrales y el derecho comercial codificado abren las puertas a la incorporación de las prácticas de los comerciantes como fuente de normas de decisión e interpretación. Véase la opinión de Berman y Dasser, *op. cit.*, nota 1, pp. 56 y 57, sobre el papel de las costumbres y los usos comerciales.

<sup>17</sup> Berger, Klaus-Peter, *The Central Enquiry on the Use of Transnational Law in International Contract Law and Arbitration. Selected Results from the First Worldwide Survey on the Practice of Transnational Commercial Law*, reimpreso de *Mealey's International Arbitration Report*, September, 2000; Berger, Klaus-Peter *et al.*, "Anwendung transnationalen Rechts in der internationalen Vertrags- und Schiedspraxis. Hintergrund, Methode und ausgewählte Ergebnisse einer Umfrage des Center for Transnational Law (Central)", *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, vol. 101, 2002, pp. 12-37. Este último estudio (pp. 14 y ss.) se refiere a tres estudios empíricos previos, realizados entre 1995 y 1997, que trataron de examinar el conocimiento y el uso de los principios del derecho comercial transnacional; en particular, el de los principios de Unidroit. El primer estudio (Selden) consiste en una encuesta informal de una muestra de abogados provenientes de diez países. La mayoría de ellos *no* recomendaba el uso de la *lex mercatoria* en los contratos internacionales. El segundo estudio se basó en un cuestionario preparado por Unidroit y enviado a unos mil usuarios de los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales de Unidroit, quienes confirmaron en general su utilidad y calidad. El tercer estudio (Gordon) interrogó a una muestra de académicos, abogados y jueces en el Estado de Florida en relación con su familiaridad con la Convención de Naciones Unidas sobre la Compraventa de Mercaderías y los Principios de Unidroit. La principal conclusión fue que dicha familiaridad era débil. No es de sorprender que estos estudios no hayan ofrecido respuestas concluyentes, entre otras razones por su alcance limitado y su falta de representatividad.

de contratos internacionales, así como en el arbitraje comercial internacional. También se pidió a los destinatarios proporcionar a Central una evaluación general del concepto de derecho comercial transnacional. El cuestionario se envió a 2,733 abogados de grandes compañías y despachos jurídicos internacionales en 78 países. Se recibieron 808 respuestas y 639 de ellas (23.4% de todos los destinatarios) fueron utilizadas para el análisis de los datos. El estudio no se considera representativo debido a la desigual distribución regional de las respuestas. Sin embargo, los autores señalan que sí proporciona, “por primera vez, un cuadro realista del uso del derecho comercial transnacional en la práctica jurídica internacional”.<sup>18</sup>

De la rica y variada información que ofrece se pueden obtener dos conclusiones principales: primera, el derecho comercial transnacional sí es utilizado en la práctica jurídica internacional.<sup>19</sup> Un tercio, aproximadamente, de los destinatarios que respondieron el cuestionario indicó que tenía noticia del uso del derecho comercial transnacional en la negociación de contratos internacionales y en las cláusulas sobre la ley aplicable. El resultado era más elevado (42%) en el contexto del arbitraje comercial internacional. Por lo que se refiere a la redacción de contratos, la mayoría (85%) de los destinatarios que habían señalado haber estado en contacto con el derecho transnacional en este contexto, informó que los contratos respectivos contenían cláusula arbitral. Resulta interesante hacer notar que eran más los abogados independientes que los corporativos quienes tendían a mencionar su experiencia práctica con el derecho transnacional. Mientras que los abogados corporativos habían tenido solamente contacto ocasional con el arbitraje, los otros abogados eran especialistas en arbitraje. Por lo que respecta al papel que desempeña el derecho comercial transnacional en la práctica jurídica internacional (negociación y redacción de contratos, arbitraje), el número de destinatarios que indicaron que el derecho transnacional había sido utilizado (como suplemento o como medio de interpretación) “en conexión con el derecho nacional” era mayor que el número de informantes que señaló

<sup>18</sup> Berger, *The Central Enquiry...*, *cit.*, nota 17, p. 2.

<sup>19</sup> Los abogados de los países del *common law* parecen más reacios a usar este concepto que los pertenecientes a países de tradición romanista.

que dicho derecho se había empleado como *lex causae* en sustitución de la ley nacional.

Segundo, hay una brecha considerable entre las hipótesis que defienden los juristas que estudian la teoría del derecho comercial transnacional y los puntos de vista de quienes participan en la práctica jurídica internacional. Según parece, la difusión de la información sobre el derecho transnacional no ha mantenido el paso con la globalización de la práctica jurídica. Esto explica por qué 275 destinatarios (43%) contestaron no estar seguros de utilizar los conceptos del derecho transnacional en el futuro. Si se agregaran los 165 destinatarios (25.8%) que sí lo estaban, podría decirse que dos tercios revelaron una actitud positiva, o neutral al menos, hacia la nueva *lex mercatoria*, mientras que sólo el 19.6% rechazó de plano este concepto.

Por lo que se refiere a los usos comerciales internacionales, Christopher Drahozal realizó un estudio para demostrar que los árbitros se apoyan en dichas normas comerciales al resolver controversias contractuales internacionales.<sup>20</sup> Para tal efecto, Drahozal combinó pruebas directas e indirectas. Una prueba indirecta proviene del hecho de que numerosas instituciones arbitrales internacionales, incluyendo algunas de las más importantes, establecen en sus reglas que los árbitros deben tomar en cuenta los usos comerciales en la resolución de controversias contractuales. En forma similar, a partir de 1986, 29 países han revisado sus leyes sobre el arbitraje para disponer que los árbitros consideren tales usos. Por último, la prueba directa la obtuvo de los laudos mismos. Drahozal analizó un pequeño número de laudos que recurren a los usos comerciales bajo diferentes justificaciones y modalidades. Sin embargo, al final reconoce que el resultado no es concluyente.

En resumen: los estudios resumidos hasta este punto parecen mostrar, de manera más o menos consistente, que los comerciantes han logrado desarrollar y utilizar mecanismos jurídicos adaptados al comercio transnacional. Sin embargo, tales mecanismos son rara vez, y en forma marginal, los de la *lex mercatoria*, si por tal se entiende mera-

<sup>20</sup> Drahozal, Christopher R., "Commercial Norms, Commercial Codes, and International Commercial Arbitration", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2000, pp. 79-146.

mente un orden jurídico sustantivo desligado de los órdenes jurídicos nacionales.

## 2. Arbitraje comercial internacional

Una afirmación que se encuentra con frecuencia en el debate sobre la *lex mercatoria* es que la mayoría de las controversias que suscitan los contratos internacionales se resuelven en arbitraje, ya que la casi totalidad de tales contratos contiene una cláusula arbitral. La principal razón de ello es el deseo de evitar, en su caso, las desventajas que puedan sufrir las partes por el hecho de que se acuda a los tribunales del país de la contraparte. Pruebas indirectas de esta afirmación pueden encontrarse en un estudio empírico sobre los asuntos civiles y comerciales internacionales ante los tribunales nacionales.<sup>21</sup> Dicho estudio concluyó que los tribunales nacionales, aún en ciudades que asumen especial importancia para el comercio internacional, como Nueva York en los Estados Unidos de América, Hamburgo y Bremen, en Alemania, o Milán en Italia, resuelven solamente un porcentaje muy reducido de asuntos internacionales cada año (2 a 3%). Si bien tanto los asuntos nacionales como los internacionales se resolvían en forma similar, el estudio apoya la hipótesis, sostenida por muchos otros autores, de que los órdenes jurídicos y los tribunales nacionales no ofrecen suficiente certidumbre institucional “para el comercio a larga distancia y a través de culturas, o para cualquier otra interacción jurídica global”.<sup>22</sup>

Otras razones que se han mencionado como determinantes para preferir el arbitraje internacional frente al litigio nacional son los costos y la rapidez de los procedimientos arbitrales, el nivel de conoci-

<sup>21</sup> Gessner, Volkmar (ed.), *Foreign Courts. Civil Litigation in Foreign Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1996.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 279. Quizá pueda mencionarse el Tribunal de Comercio (*Commercial Court*) de Londres como excepción en este sentido. De acuerdo con Stammel, Christine, *Waving the Gentlemen's Business Goodbye. From Global Deals to Global Disputes in the London Reinsurance Market*, Frankfurt a. M., Peter Lang, 1998, p. 115, en más del 50% de los asuntos de que conoció dicho tribunal en 1995, ninguna de las partes era de origen británico, y en más del 80% al menos una de las partes provenía de ultramar. Se trata, pues, de un tribunal más bien de carácter internacional, la mayoría de cuyas resoluciones se ocupa de los derechos y las obligaciones de ciudadanos extranjeros.

mientos especializados de los árbitros, la confidencialidad del procedimiento, y la definitividad de la resolución. Richard W. Naimark y Stephanie E. Keer investigaron la relevancia de estas razones.<sup>23</sup> Para ello solicitaron una lista jerarquizada de motivos para acudir al arbitraje a una muestra de abogados y partes en procedimientos de arbitraje comercial internacional llevados a cabo por la *American Arbitration Association* (AAA) en 2000. El resultado fue que “una gran mayoría de las partes (81%) señaló que un resultado imparcial y justo era el atributo más importante, incluso más que la obtención de una indemnización, la rapidez de la resolución, los costos o los conocimientos del árbitro”.<sup>24</sup> Aunque indirecto, esta conclusión otorga apoyo a la afirmación de que la razón de mayor peso para escoger el arbitraje es evitar el recurso a los tribunales nacionales de las partes. En este sentido, un “resultado imparcial y justo” refleja la expectativa de que los árbitros se conducirán con absoluta imparcialidad, y que tal imparcialidad se encuentra garantizada por las partes mismas a través de su preferencia por el arbitraje como método para la solución de la controversia y, en ocasiones, mediante la selección de los árbitros mismos. Nuevamente, esta expectativa se confirma por una encuesta a 65 abogados y árbitros, realizada por Christian Bühring-Uhle,<sup>25</sup> en opinión de los cuales, las ventajas más importantes del arbitraje frente al proceso judicial radican en la neutralidad del foro y en las facilidades para la ejecución que ofrece la Convención de Nueva York sobre la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Otras ventajas importantes son la confidencialidad del procedimiento, el conocimiento especializado de los árbitros, la falta de un procedimiento de apelación, y la limitada exhibición previa de pruebas (*discovery*).

El arbitraje es seleccionado también en la medida que es capaz de ofrecer protección comparable a la de los tribunales nacionales. Así,

<sup>23</sup> Naimark, Richard W. y Keer, Stephanie E., “International Private Commercial Arbitration. Expectations and Perceptions of Attorneys and Business People. A Forced-Rank Analysis”, *International Business Lawyer*, vol. 30, mayo de 2002, pp. 203-209 (consultable en [www.globalcenteradr.org](http://www.globalcenteradr.org)).

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 204.

<sup>25</sup> Bühring-Uhle, Christian, *Arbitration and Mediation in International Business: Designing Procedures for Effective Conflict Management*. The Hague-Nueva York, Kluwer Law International, 1996.

por ejemplo, las llamadas medidas provisionales o cautelares pueden resultar necesarias en un procedimiento de arbitraje, y particularmente en controversias de negocios internacionales, solicitándose en ese caso ante un tribunal nacional. Sin embargo, hay indicios de que cada vez son más frecuentes tales peticiones ante los árbitros mismos. En este sentido, Richard Naimark y Stephanie Keer realizaron un estudio sobre la presencia y la relevancia de las medidas cautelares o provisionales en el arbitraje internacional, en apoyo del grupo de Uncitral que investiga estas cuestiones.<sup>26</sup> Para tales efectos, se envió un total de 320 cuestionarios a los árbitros de la lista internacional de la *American Arbitration Association* (AAA), de los cuales se devolvieron contestados 64 (20%). 38 abogados (59.3%) contestaron afirmativamente a la pregunta: “¿Alguna vez ha participado usted, ya sea como árbitro o como abogado de las partes, en un procedimiento en que se haya solicitado una medida cautelar?” Los 38 informantes describieron 50 casos específicos en que tales medidas fueron solicitadas. Los 26 informantes restantes no indicaron ninguna experiencia en tal sentido. De los 50 casos identificados en los que sí hubo tal solicitud, en 25 (50%) se otorgaron las medidas, en 24 (48%) se negaron y en un caso permanecían pendientes. Sólo uno de los casos (2%) fue resuelto *ex parte*, es decir, sin audiencia de la contraparte. Naimark y Keer consideran que la incidencia de peticiones de medidas cautelares es más bien reducida y que ese escaso número se explica por la creencia de que los árbitros carecen de facultades para otorgarlas. De hecho, algunos de los cuestionarios devueltos señalaban que los árbitros habían denegado tales peticiones con el argumento de que carecían de tales atribuciones. Sin embargo, el nivel de cumplimiento fue muy elevado (90%) en los casos en que se otorgó la protección solicitada.

Es posible hacer una comparación entre las experiencias de las partes que solicitaron medidas cautelares ante los tribunales y la de las partes en un procedimiento de arbitraje. 64% de los casos reportados (32) fueron descritos como asuntos internacionales, en comparación con 16 que fueron de carácter nacional. A la luz del hecho de que hay más arbitrajes nacionales que internacionales, la preponde-

<sup>26</sup> Naimark, Richard W. y Keer, Stephanie E., “Analysis of Uncitral Questionnaires on Interim Relief”, *Mealey’s International Arbitration Report*, 2001 (consultable en [www.globalcenteradr.org](http://www.globalcenteradr.org)).

rancia de los asuntos internacionales pudiera significar que en ellos se presenta una tasa más elevada de peticiones de medidas cautelares. Mientras que en los asuntos de carácter nacional puede considerarse que ofrece más certidumbre un recurso ante los tribunales locales, en los internacionales se presentan por lo mismo una serie de cuestiones logísticas y de competencia. Puesto que el arbitraje internacional es un mecanismo utilizado para evitar acudir a los tribunales locales y neutralizar las ventajas que pudieran tener las partes en su propio país, la necesidad de contar con medidas cautelares imparciales en el contexto del arbitraje parecería explicar la tasa más elevada en arbitrajes internacionales.

Otros aspectos centrales del arbitraje comercial internacional se refieren a la probabilidad de obtener un laudo favorable, el monto recuperado, y las posibilidades de ejecución. Keer y Naimark han analizado la cuestión de si, al resolver, los árbitros tienden a “dividir al niño”, es decir, si prefieren una solución de compromiso entre las pretensiones de ambas partes.<sup>27</sup> Los datos para este estudio provienen de los asuntos internacionales arbitrados a través de la *American Arbitration Association* (AAA) entre los años 1995 y 2000. Los casos incluidos en el estudio son aquellos en que las partes llenaron un cuestionario sobre sus percepciones del arbitraje. De los 85 cuestionarios contestados, en 54 de ellos (63.5%) fue posible analizar los montos reclamados y recuperados. Los demás no fueron incluidos por falta de información.

El equipo de investigación concluyó que el porcentaje medio de los montos otorgados fue del 50.5% y que la mediana fue de 46.7%. Sin embargo, el examen de las frecuencias en la distribución reveló una distribución bimodal, en la cual 17 de los 54 demandantes (31%) recibió 0% de su reclamación, mientras que 19 (35%) obtuvo el 100%. En esta muestra, los árbitros rara vez otorgaron un monto que pudiera interpretarse como “partición del niño”. De hecho, la mayoría de los laudos condujeron a “victorias” y “pérdidas” en 66% de los casos. Del restante 34%, los resultados se distribuyen ampliamente, con porcentajes que van del 10 al 99% de los montos recla-

<sup>27</sup> Keer, Stephanie E. y Naimark, Richard W., “Arbitrators Do Not ‘Split the Baby’. Empirical Evidence from International Business Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, vol. 18, núm. 5, 2001, pp. 573-578.

mados. En conclusión: el estudio revela que los demandantes tenían una probabilidad relativamente elevada de obtener un laudo favorable. Indirectamente, el estudio parece sugerir que los árbitros *sí* aplican normas sustantivas para resolver el fondo de los asuntos. Solamente en raras ocasiones parecen dispuestos a llegar a un compromiso en equidad que satisfaga a ambas partes.

Obtener un laudo favorable es una cosa, pero hacerlo ejecutar con auxilio de un tribunal nacional puede traer, en algunos casos, complicaciones adicionales, según lo demuestra un estudio reciente sobre la ejecución de laudos arbitrales internacionales en la República Popular China.<sup>28</sup> Randall Perenboom realizó un análisis de 89 casos de ejecución de laudos de *China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)* y del extranjero. En 72 de los casos se hizo un cálculo de la tasa de ejecución. La “principal conclusión del estudio es que la ejecución no es ni desesperada como les gusta indicar a los inversionistas extranjeros y a los reporteros, ni está tan exenta de problemas como las fuentes oficiales y semioficiales quisieran llevarnos a pensar”.<sup>29</sup> Casi la mitad de los laudos extranjeros (52%) y de los laudos de *CIETAC* (47%) fueron objeto de ejecución, en el sentido de que la parte demandante recuperó alguna parte de la indemnización. Los inversionistas pueden esperar recuperar de un 50 a un 75% del monto otorgado por el laudo en un 34% de los casos, y hasta la mitad de dicho monto en al menos un 40% de los asuntos.

En relación con los factores que influyen en el éxito o fracaso de la ejecución, la insolvencia de los demandados fue, por mucho, el principal obstáculo para el cobro (43% de todos los casos de no ejecución, una cifra estadísticamente significativa). Los laudos pudieron ejecutarse con más facilidad en Beijín, Shangai y Guangzhou que en otras ciudades. El monto del laudo se correlacionó negativamente con la ejecución, es decir, la probabilidad de ejecutar montos reducidos fue mayor que en el caso de montos elevados. La nacionalidad del peticionario (extranjero o chino) no resultó relevante, si bien el tamaño reducido de la muestra impide sacar una conclusión firme. Aunque extendido, el proteccionismo local no afectó significativamen-

<sup>28</sup> Perenboom, *op. cit.*, nota 10.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 254.

te la probabilidad de que un laudo fuera ejecutado, si bien contribuyó con frecuencia a retrasar y dificultar la ejecución.

El caso de China resulta interesante no sólo porque parece desafiar la noción de que el desarrollo económico sustentable requiere un régimen de derecho que proteja los derechos de propiedad,<sup>30</sup> sino porque las dificultades institucionales que enfrenta la ejecución de laudos en ese país (deficiencias en el marco regulatorio, intervención política, debilidad de los tribunales, incompetencia de los jueces) son comunes en la mayoría de las naciones del mundo. Más aún, los obstáculos que revela este estudio no son esencialmente distintos a los que afectan el cumplimiento de las sentencias de los tribunales nacionales, incluso en las naciones avanzadas.<sup>31</sup>

En vista de que desconocemos cuántos arbitrajes se realizan cada año, también carecemos de una línea de base para determinar cuántos laudos son llevados a un tribunal nacional para ser ejecutados, así como para saber cuántos de tales laudos enfrentan dificultades en su cumplimiento. Los estudios relevantes estiman en más de 90% el cumplimiento voluntario de los laudos, lo que haría más eficaz al arbitraje que el proceso jurisdiccional. Sin embargo, como bien señala Dasser, este porcentaje de cumplimiento voluntario se refiere a los laudos que, por regla general, son ejecutables.<sup>32</sup> En cambio, podemos dudar que la tasa de cumplimiento sea tan elevada cuando la parte perdedora sabe que el laudo no puede ejecutarse.<sup>33</sup> Por tanto, la mera posibilidad de acudir a los tribunales internos —el Estado nacional como último recurso— es un factor importante en el funcionamiento autónomo y rutinario del arbitraje internacional. Pero, como se dirá más adelante, la ejecución por parte del Estado sólo puede ser efecti-

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 252 y ss.

<sup>31</sup> Las dificultades para la ejecución de sentencias nacionales pueden ser incluso mayores. Véase, como ejemplo de un reciente estudio empírico que identifica una “crisis” en el cumplimiento y ejecución de las sentencias civiles en Inglaterra y Gales, véase Baldwin, John y Cunningham, Ralph, “The Crisis in Enforcement of Civil Judgments in England and Wales”, *Public Law*, verano de 2004, pp. 305-328.

<sup>32</sup> Es conveniente señalar que la pérdida de reputación y privacidad es, en la mayoría de los casos, incentivo suficiente para que los comerciantes cumplan voluntariamente con un laudo.

<sup>33</sup> Dasser, Felix, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und lex mercatoria. Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nicht-staatliches Handelsrecht*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, pp. 352-353.

vamente sustituida por otros mecanismos sociales en el contexto de comunidades pequeñas y cerradas de comerciantes (como la industria de los diamantes).

Un enfoque muy distinto sobre el arbitraje comercial internacional es el que desarrollan Yves Dezalay y Bryant Garth en un impresionante estudio publicado en 1996.<sup>34</sup> Su interés en el arbitraje comercial internacional y la *lex mercatoria* se refiere a las luchas y la competencia por las oportunidades de negocios entre árbitros y centros de arbitraje.<sup>35</sup> En estas luchas, el derecho, al menos en su versión académica continental, contribuye a legitimar el poder económico y político al presentarse como neutral, imparcial y universal. De acuerdo con Dezalay y Garth, éste es el papel que ha desempeñado la doctrina de la *lex mercatoria*. Inventada o reinventada por los profesores franceses y suizos, el éxito práctico de la *lex mercatoria* puede explicarse en relación con las circunstancias específicas que permitieron ponerla en juego en los conflictos de negocios entre los países en desarrollo y las compañías multinacionales (controversias norte-sur) en las décadas de los setenta y ochenta. Al invocar los principios generales del derecho, los cuales podían justificar una vía intermedia entre las demandas de ambas partes, los pioneros europeos del arbitraje lograron intervenir en un dominio delicado y al mismo tiempo preservar su autoridad, prestigio e imagen de neutralidad. No obstante, Dezalay y Garth consideran que la doctrina de la *lex mercatoria* contribuyó, a fin de cuentas, a proteger y consolidar el poder y los intereses económicos de los países occidentales.

Mientras tanto, una nueva generación de “tecnócratas” del arbitraje, encabezados por los abogados estadounidenses, ha logrado, según Dezalay y Garth, que el arbitraje se haga más formal, más costoso, y más parecido al litigio de corte estadounidense. A los ojos de esos “tecnócratas”, la *lex mercatoria* es incapaz de proporcionar un funda-

<sup>34</sup> Dezalay, Yves y Garth, Bryant, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1996.

<sup>35</sup> Un estudio que adopta una perspectiva similar, enfocada en los conflictos entre abogados y no abogados en el marco del arbitraje nacional e internacional en la industria de la construcción, es el de Flood, John y Caiger, Andrew, “Lawyers and Arbitration: The Juridification of Construction Disputes”, *Modern Law Review*, vol. 56, mayo de 1993, pp. 412-440.

mento para el análisis riguroso de los hechos, el derecho formal y los términos de un contrato en un procedimiento de arbitraje. Por esta razón, Dezalay y Garth consideran que la doctrina de la *lex mercatoria* se encuentra en relativo declive.

Un punto interesante en el análisis de Dezalay y Garth se refiere a la relación entre el arbitraje internacional y el litigio nacional, considerando que forman un sistema único. De acuerdo con ellos, el arbitraje comercial internacional depende inevitablemente de los sistemas jurídicos nacionales, porque la distancia geográfica y social entre las partes:

Crea una fuerte necesidad de movilizar la autoridad legítima y legitimadora de los tribunales nacionales... La fórmula ideal, que combina la autonomía arbitral con la legitimidad judicial del Estado, consiste en que los tribunales conserven su distancia, supervisando el funcionamiento de la justicia privada, pero sin interferir con ella.<sup>36</sup>

En el capítulo final de su estudio, Dezalay y Garth sostienen que el arbitraje comercial internacional ha podido desarrollarse a la sombra de una coyuntura geopolítica muy específica que se encuentra en proceso de transformación. Piensan que ahora las batallas comerciales modernas se desenvuelven más en el terreno de los estados y por ello tenderían a acercarse más a este polo los profesionistas del derecho y las grandes empresas. Por tanto, es probable que el campo de la justicia transnacional se conecte estrechamente a los estados y las entidades cuasi-estatales supranacionales en un grado mayor de lo que lo estuvo en la época en que la Cámara Internacional de Comercio conquistó su preeminencia.

Dezalay y Garth nos muestran los aspectos políticos y económicos del arbitraje comercial internacional. Sin embargo, su argumento de que la *lex mercatoria* es sólo un mecanismo legitimador inventado por académicos europeos no resulta convincente, a menos que la aceptemos como mera etiqueta. Su afirmación de que la doctrina de la *lex mercatoria* se encuentra en declive puede ser contradicha en sus propios términos. De Ly argumenta, por ejemplo, que la nueva generación de actores en el campo del arbitraje siente afinidad por la *lex*

<sup>36</sup> Dezalay y Garth, *op. cit.*, nota 34, pp. 121 y 122.

*mercatoria* por las mismas razones competitivas que tuvo la anterior generación, Como producto del mercado en el que operan, la *lex mercatoria* les ofrece una ventaja competitiva frente a la barra local de abogados.<sup>37</sup>

Retomando la afirmación de Dezalay y Garth en el sentido de que el arbitraje comercial internacional atrae oportunidades de negocios por las que compiten los árbitros y los centros de arbitraje, Christopher R. Drahozal ha intentado medir el efecto que tal competencia tiene sobre la selección de jurisdicción arbitral en los arbitrajes realizados por la Cámara Internacional de Comercio de París.<sup>38</sup> Usando estadísticas que cubren un periodo de siete años (1994-2000), Drahozal analiza el efecto que ha tenido la aprobación o reforma de las leyes relativas al arbitraje sobre el número de arbitrajes de la CIC llevados a cabo en 31 países. En este sentido, encontró un incremento estadísticamente significativo a partir de tal aprobación o reforma. Aunque el aumento fue importante en términos porcentuales (18.2% en países “centrales” y 46.7% en países “menores”), resultó reducido en números absolutos. Los datos disponibles no permitieron estimar cuál es el efecto que una nueva ley sobre el arbitraje tiene sobre la cuantía de los procedimientos, pero con base en la cuantía mediana de los arbitrajes de la CIC, el beneficio derivado de cada procedimiento adicional puede estimarse, de manera aproximada, en apenas unos cuantos cientos de miles de dólares.

Por supuesto, tales oportunidades económicas constituyen un incentivo muy marginal para inducir a un país a aprobar una ley favorable al arbitraje. Sin embargo, las ganancias simbólicas pueden ser mucho mayores, si tal cambio es percibido como parte de una estrategia favorable al libre mercado y los negocios. Por tanto, lejos de oponerse al surgimiento y desarrollo de un cuerpo autónomo de derecho que parece escapar a su control, en realidad los estados se benefician cuando renuncian a una parte de él a favor de la comunidad de negocios global.

<sup>37</sup> De Ly, *op. cit.*, nota 2, p. 180.

<sup>38</sup> Drahozal, Christopher R., *The Effect of Competition Among Arbitral Venues on Choice of Situs in ICC Arbitration Proceedings*. Ponencia presentada en la reunión anual de la *Canadian Law and Economics Association*, Toronto, septiembre de 2002 (consultable en [www.chass.utoronto.ca/clea/confpapers/Drahozal.pdf](http://www.chass.utoronto.ca/clea/confpapers/Drahozal.pdf)).

### 3. Industrias y ramas del comercio

Uno de los estudios empíricos más importantes sobre la relevancia práctica de la *lex mercatoria* en una rama comercial es el de Lisa Bernstein, quien analizó las relaciones contractuales extralegales en la industria del diamante.<sup>39</sup> En dicho estudio, Bernstein muestra cómo las controversias en esta industria no son resueltas por los tribunales, ni mediante la aplicación de las normas jurídicas dictadas por el Estado. La industria del diamante ha rechazado sistemáticamente el derecho de creación estatal. En su lugar, los comerciantes que dominan la industria han desarrollado un elaborado conjunto de reglas internas, con sus propias instituciones y sanciones, para el manejo de los conflictos entre sus miembros.

En el comercio de los diamantes, el arbitraje posee importantes ventajas sustantivas y procesales frente al procedimiento judicial. Tales ventajas permiten a las partes resolver sus conflictos, y ejecutar las resoluciones, de manera expedita, barata y secreta, lo que reduce el daño a su reputación, lo mismo que las pérdidas sufridas por el vendedor en caso de incumplimiento. A diferencia de los tribunales, que solamente pueden otorgar una indemnización por el daño esperado o con fundamento en una cláusula válida sobre daños líquidos, el reglamento interno del *Diamond Dealer's Club* (DDC) de Nueva York permite a los árbitros conceder cualquier clase de indemnización que consideren adecuada, incluyendo la llamada indemnización punitiva. Igualmente pueden ordenar a uno o a ambas partes el pago de una multa a un tercero, como una institución caritativa.

Dentro del DDC existen dos cuerpos encargados de la resolución de controversias, el *Floor Committee* y el *Board of Arbitrators*. Antes de ser enviada a arbitraje, el *Floor Committee* debe determinar la existencia de una cuestión de hecho. El comité tiene facultades para expulsar a un corredor de la sala de remates y de imponer una multa al miembro que incumpla sus obligaciones comerciales frente a otro, siempre que no haya una cuestión de hecho a resolver, o bien, cuando un miembro cause problemas o se conduzca de manera impropia.

<sup>39</sup> Bernstein, Lisa, "Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Trade", *Journal of Legal Studies*, Chicago, vol. 21, núm. 1, pp. 115-157.

Los laudos arbitrales pueden ser impugnados si se interpone la correspondiente petición ante la junta de directores en un plazo de diez días a partir de la notificación de la resolución. La resolución de la junta arbitral puede impugnarse ante los tribunales del Estado de Nueva York, pero en este caso los laudos sólo pueden ser anulados por irregularidades procesales, ya que el fondo no es objeto de revisión.

El *Board of Arbitrators* del DDC no aplica la ley de Nueva York relativa a contratos e indemnizaciones, sino que resuelven las controversias con base en las costumbres y usos comerciales. Muchos de ellos están establecidos en el reglamento interno del club y otros son conocidos y aceptados de manera general. En los asuntos complejos que no son cubiertos explícitamente por las reglas comerciales ni caen bajo los usos establecidos, resulta difícil determinar cuáles son las normas sustantivas que deben aplicarse. Los árbitros explican que resuelven tales casos con fundamento en las costumbres y usos comerciales, un poco de sentido común, algunos elementos de derecho judío, y los principios del *common law*. No existen reglas generales sobre la indemnización. Los árbitros anuncian su resolución, pero no determinan las cuestiones de hecho ni explican su razonamiento. La ausencia de conclusiones explícitas de hecho y de resoluciones escritas es una precaución para impedir a las partes alegar que los árbitros no fueron imparciales o que se fundaron en pruebas carentes de valor. En ocasiones se ordena a la persona que ha violado un acuerdo o ha realizado una conducta no ética a pagar una indemnización punitiva o una multa en forma de donación a una organización caritativa, además de la compensación de los daños sufridos por la otra parte. Por tanto, a diferencia de las sentencias judiciales que, si bien son impredecibles, se encuentran limitadas al menos por los daños esperados, los laudos arbitrales poseen un componente totalmente impredecible.<sup>40</sup>

El reglamento del DDC dispone que “cualquier resolución arbitral que no sea cumplida en el plazo de diez días hábiles, será expuesta, junto con el retrato del miembro incumplido, en un lugar conspicuo de las habitaciones del club”. Esta información es proporcionada a

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 127.

todas las bolsas de la federación mundial y cada bolsa acepta hacer cumplir los fallos de todas las bolsas que integran la federación. Puesto que la mayoría de los comerciantes operan en bolsas extranjeras, la reciprocidad en la ejecución incrementa el castigo por incumplir con un laudo arbitral.

La selección entre los acuerdos extralegales y los contratos jurídicamente ejecutables es determinada con frecuencia por los costos de transacción.<sup>41</sup> Sin embargo, Bernstein determinó que la preferencia por un régimen contractual extralegal en la industria del diamante no se puede explicar por los costos de transacción que se incurrirían por documentar el acuerdo en un escrito integrado. La razón del acuerdo extralegal radica en la necesidad del secreto, el cual es altamente valorado entre los corredores de diamantes. Los corredores individuales, temerosos de que un litigio dé a conocer sus prácticas comerciales, prefieren realizar sus operaciones a través de acuerdos que solamente puedan ejecutarse en los tribunales arbitrales de las bolsas, en donde la existencia y el resultado de la controversia se mantienen en secreto. Dado este bien establecido incentivo al secreto, las partes rara vez están dispuestas a violar esta norma y acudir a los tribunales a costa de su reputación.

Más aún, es probable que los contratos extralegales se conviertan en norma de la industria en situaciones en que los recursos por violaciones contractuales lleven a violaciones ineficientes y a un mercado organizado de tal modo que se hagan posibles otros métodos de ejecución de los acuerdos. En la industria del diamante, estas condiciones se cumplen. La industria es capaz de utilizar “bonos sociales” o de “reputación” para crear un sistema jurídico privado<sup>42</sup> que permite que las operaciones sean consumadas y que la mayoría de los contratos se ejecuten por completo fuera del sistema jurídico. Los bonos reputacionales son aquí el único mecanismo de ejecución en operacio-

<sup>41</sup> Los costos de transacción son los costos derivados de la obtención de información relacionada con una transacción económica, así como los costos que requiere la vigilancia de su cumplimiento y ejecución.

<sup>42</sup> Sobre los sistemas jurídicos u ordenamientos “privados”, véanse Aviram, Amitai, “A Paradox of Spontaneous Formation: The Evolution of Private Legal Systems”, *Yale Law & Policy Review*, vol. 22, núm. 1, 2004, pp. 1-68; y Richman, Barak D., “Firms, Courts, and Reputation Mechanisms: Towards a Positive Theory of Private Ordering”, *Columbia Law Review*, vol. 104, 2004, pp. 2328-2367.

nes entre corredores que no son miembros de una bolsa. En las operaciones entre miembros de la bolsa, los acuerdos pueden hacerse cumplir también mediante arbitraje ante la junta arbitral.

Sin embargo, los bonos reputacionales son la razón principal del cumplimiento de las resoluciones del tribunal arbitral. Tales bonos se consideran efectivos sólo dentro de grupos homogéneos y geográficamente concentrados que tienen tratos entre sí en forma repetida en el largo plazo. En un mercado dado, la concentración geográfica, la homogeneidad étnica, y los tratos repetidos pueden ser condiciones previas necesarias para el surgimiento de un régimen contractual basado en bonos reputacionales. La industria del diamante ha sido capaz de aprovechar la existencia de estas condiciones debido a que es dominada desde hace tiempo por judíos ortodoxos, los que forman un grupo social unido y geográficamente concentrado. El derecho judío proporciona normas sustantivas detalladas sobre el comportamiento comercial, mientras que la comunidad judía ofrece una serie de instituciones para la resolución extrajurídica de controversias. Los paralelos entre el derecho judío y la moderna organización de la industria del diamante son evidentes.<sup>43</sup>

Otro sector de actividad que ha logrado crear estructuras autónomas para evitar la intervención del gobierno y resolver internamente sus controversias es la industria bancaria. De acuerdo con un estudio sobre las operaciones internacionales de pago, los bancos “prácticamente sin ayuda del gobierno, pero también sin su control, han creado una red global de instituciones que evita efectivamente los conflictos jurídicos y de cultura jurídica”, en respuesta y como medida preventiva contra la reglamentación gubernamental.<sup>44</sup>

El mercado de reaseguro en Londres ofrece un ejemplo más de las ventajas de la autorregulación y la evasión del conflicto en una rama comercial particular.<sup>45</sup> Durante mucho tiempo, el mercado de rease-

<sup>43</sup> Bernstein, *op. cit.*, nota 39, pp. 138 y 139.

<sup>44</sup> Frick, Klaus, “Third Cultures versus Regulators: Cross-Border Legal Relations of Banks”, en Gessner, Volkmar y Budak, Ali Cem (eds.), *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law*, Aldershot, Ashgate-Dartmouth, 1998, pp. 91-137.

<sup>45</sup> Stammel, Christine, “Back to the Courtroom? Developments in the London Reinsurance Market”, en Gessner y Budak (eds.), *op. cit.*, nota anterior, pp. 61-91; y Stammel, *op. cit.*, nota 22.

guro se había basado en prácticas contractuales informales y en mecanismos puramente internos para la resolución de conflictos. Sin embargo, el comportamiento de los conflictos comenzó a cambiar a causa de las transformaciones internas de la industria a partir de los años setenta: entraron nuevos participantes en el mercado, el volumen de negocios creció rápidamente, y una serie de graves pérdidas golpearon fuertemente a las compañías de reaseguro. Puesto que en el pasado la mayoría de las escasas controversias se habían resuelto en el marco privado del arbitraje, esto:

Había dejado al negocio del reaseguro con escasos precedentes judiciales actualizados... La falta de precedentes se hizo evidente cuando la línea de negocios del reaseguro cambió y se requirieron precedentes para evaluar las probabilidades de éxito en el litigio de un asunto.<sup>46</sup>

Así, las controversias de reaseguros empezaron a ser llevadas cada vez más ante el Tribunal de Comercio en Londres, con todas las consecuencias y obstáculos que las partes enfrentan en el litigio transfronterizo.

### III. LA *LEX MERCATORIA*. RECAPITULACIÓN Y PROPUESTA DE FUTURAS INVESTIGACIONES

¿Qué podemos aprender sobre la *lex mercatoria* a partir de los estudios empíricos que hemos resumido anteriormente? ¿Y qué podemos concluir sobre las limitaciones de las investigaciones existentes y los desafíos para las futuras? Ofrecemos en seguida unos breves comentarios.

La *lex mercatoria*, en sentido tradicional, existe efectivamente como derecho de alcance global, pero no como régimen universal, único y uniforme de las operaciones comerciales internacionales. En tanto orden jurídico no estatal, su utilización es poco frecuente, y en ese caso lo es en combinación, casi siempre, con el derecho nacional. Si bien es posible observar una tendencia al surgimiento de reglas y prácticas comunes, como consecuencia de la participación de actores de alcan-

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 72.

ce mundial (empresas multinacionales, grandes despachos internacionales de abogados, pequeño grupo de árbitros internacionales), así como la existencia de presiones derivadas de la economía global en dirección hacia una mayor racionalización, dichas presiones y fuerzas no parecen suficientemente poderosas para superar el carácter fragmentario del derecho comercial supranacional.

La *lex mercatoria* puede considerarse como ampliamente autónoma frente al sistema jurídico estatal, tanto respecto a la creación de normas como en relación con su ejecución. Esto es especialmente visible en el surgimiento de la autorregulación y de los mecanismos internos de resolución de conflictos dentro de industrias y ramas comerciales particulares. Sin embargo, aun cuando se encuentre distante, el sistema jurídico del Estado sigue siendo un factor significativo que influye en el funcionamiento real del comercio transfronterizo entre particulares.

Con respecto a las limitaciones de los estudios empíricos existentes sobre las normas relativas a las operaciones de comercio transnacional, la investigación todavía es demasiado escasa como para proporcionar un cuadro completo o coherente. No obstante, tal investigación se encuentra suficientemente desarrollada como para dar apoyo a algunos de los numerosos puntos de vista adoptados en el debate sobre la *lex mercatoria*. Lo que en este discurso se presenta como contradicción insuperable (existencia o no existencia, autonomía o no autonomía) se revela como relativa a la luz de los datos empíricos. Esto es así porque estos datos se refieren, la mayoría de las veces, a la búsqueda del grado y de las circunstancias en que un fenómeno particular ocurre o puede ser esperado. Por supuesto, esto no resuelve las cuestiones teóricas y conceptuales planteadas por el debate, pero permite situarlo en un contexto mejor definido. De hecho, de los estudios que hemos citado, muchos no muestran que exista la *lex mercatoria*, o que se trate de un cuerpo de derecho autónomo, sino que solamente describen y explican ciertos comportamientos y prácticas que pueden ser *vinculadas* con aquélla a través de hipótesis apropiadas en un marco teórico particular (por ejemplo, el hecho de que los árbitros no “dividan al niño”). Por otro lado, la investigación empírica existente demuestra que el debate tampoco ha sido puramente teórico o “académico”, sino que se ha fundado, en grados variables, en el

análisis y la observación de las prácticas reales. Esta observación, sin embargo, no ha aprovechado de manera sistemática las herramientas de la ciencia social empírica.

Si deseamos probar que la *lex mercatoria* es un fenómeno jurídico distinto en la era de la globalización, entonces la investigación empírica no puede contentarse con el análisis del arbitraje comercial internacional. Aunque no cuestionamos el papel central que tiene el arbitraje, sobre todo de tipo institucional, en el desarrollo del derecho comercial internacional, pensamos que, en este contexto, la sociología del derecho debe enfocarse primariamente en los procesos de creación normativa, en los mecanismos para la estabilización de expectativas dentro de sistemas sociales particulares, así como en las consecuencias estructurales de este tipo de autorregulación tanto para el derecho global como para los sistemas jurídicos nacionales.

En vista de las consideraciones anteriores, argumentamos que la investigación futura sobre la *lex mercatoria* debe intentar realizar estudios similares al de Bernstein sobre la industria del diamante, es decir, debe seleccionar una industria o rama comercial bien definida. En términos ideales, las ramas examinadas deben ofrecer condiciones apropiadas para el surgimiento de normas comerciales como condiciones y contratos estándar, además de normas sobre los productos. Condiciones apropiadas significa que existe un número limitado de actores y un cierto grado de institucionalización. Institucionalización quiere decir que existe una red más o menos densa de organizaciones y asociaciones que cumplen con varias funciones. Primero, promueven el establecimiento de conexiones y vínculos entre los comerciantes dentro de la industria. Segundo, representan los intereses colectivos y la autonomía de la comunidad de comerciantes. Tercero, elaboran políticas y estándares específicos a los cuales deben ajustarse los miembros de la rama. Y por último, proporcionan mecanismos formales o informales para inducir el cumplimiento con estas políticas y estándares, así como para la solución de controversias entre sus miembros.

Una rama del comercio que, en nuestra opinión, satisface estas condiciones es la de la madera.<sup>47</sup> Son varias las razones que hablan a favor de esta selección. Primera, es posible identificar numerosas costumbres comerciales dentro de esta rama comercial. Segunda, las ventas internacionales constituyen una proporción considerable del intercambio de productos madereros. Tercera, los comerciantes en madera han formado una comunidad estrecha y una red de organizaciones comerciales en los niveles nacional e internacional. Cuarta, como consecuencia de lo anterior, esta rama comercial ha sido capaz de desarrollar su propia red de mecanismos para la producción y aplicación de normas autónomas. Enseguida describimos, a modo de ilustración, algunos de estos mecanismos, con base en los primeros resultados de un estudio sobre las empresas, las cámaras y los árbitros relacionados con el comercio internacional de la madera en Alemania.<sup>48</sup>

El primer mecanismo es el intercambio de información. La Asociación Comercial Alemana de la Madera reúne y difunde información entre sus miembros en relación con la confiabilidad de posibles socios comerciales. Esto incluye una lista negra de empresas extranjeras que han causado daño a sus miembros a través del incumplimiento de contratos o de laudos arbitrales. Sin embargo, la información sobre la confiabilidad de empresas determinadas sólo puede ser obtenida y verificada si los miembros de la red informan a las asociaciones respectivas sobre la existencia de conductas indebidas.

La difusión de información sobre la reputación de una contraparte contractual también es posible en las reuniones formales y los encuentros informales de los asociados. Si bien los chismes y rumores rara vez conducen a la expulsión del mercado de un comerciante, pueden tener influencia sobre la decisión de iniciar una cierta relación comercial y reducir las oportunidades de los comerciantes no confiables.

<sup>47</sup> Gessner, Volkmar, "Teilprojekt A4: 'Neue Formen von Rechtssicherheit in globalisierten Austauschprozessen'", en *Staatlichkeit im Wandel (Antrag auf Einrichtung des Sonderforschungsbereichs 1953)*, Bremen, Universität Bremen, 2002, vol. 1, p. 303.

<sup>48</sup> Este estudio forma parte de un proyecto más amplio de investigación empírica que lleva a cabo Wioletta Konradi.

El segundo mecanismo es lo que puede denominarse “sustitución” (“*switching*”),<sup>49</sup> la cual consiste en el reemplazo de una operación fallida con otra exitosa. Los contratos estándar elaborados por la asociación alemana favorece este mecanismo de sustitución al permitir al vendedor la reventa de productos ya vendidos conforme a un contrato incumplido por el comprador. La sustitución de una de las partes contractuales por otra es relativamente fácil, en vista de que hay muchos participantes en el mercado interesados en adquirir productos similares.

El tercer mecanismo es la expulsión. Los reglamentos internos de la asociación alemana prevén la expulsión de una empresa asociada que haya adquirido mala reputación comercial y cuya membresía en la red ya no puede ser tolerada por los demás asociados. En realidad, esta sanción no ha sido aplicada hasta ahora, lo que indica su efectividad como factor de prevención contra las conductas comerciales indebidas.

El cuarto mecanismo es el arbitraje interno de la industria. La resolución de controversias a través del arbitraje se incluye como cláusula estándar en los contratos redactados por las asociaciones comerciales.<sup>50</sup> Si bien algunos comerciantes en lo individual formulan sus propios contratos, siempre incluyen en ellos una cláusula arbitral. La razón por la que el arbitraje tiene aceptación generalizada en la industria es el procedimiento expedito, los bajos costos y la intervención de árbitros expertos. El respeto de que gozan los árbitros que son considerados competentes e imparciales tiene por efecto un muy alto grado de cumplimiento voluntario de los laudos. Sólo en casos verdaderamente excepcionales ha tenido que recurrir una de las partes a la ejecución de un laudo por un tribunal nacional.

La efectividad de estos mecanismos se debe a ciertos prerrequisitos, como la existencia de las relaciones comerciales de largo plazo y de instituciones comerciales bien establecidas. En Alemania, por ejemplo, es posible encontrar muchas empresas de propiedad familiar que llevan generaciones en el comercio de la madera y que transmiten de padres a hijos el conocimiento y la experiencia acumulados en esta

<sup>49</sup> Véase Aviram, *op. cit.*, nota 42.

<sup>50</sup> Ejemplo de este tipo de contrato es el *Germania 1998*, elaborado por las asociaciones comerciales alemana y escandinavas.

actividad. Resulta obvio que en estas relaciones basadas en la confianza no hay una gran necesidad de contar con contratos escritos. En ocasiones, el contrato se elabora una vez realizada la operación, por lo que su finalidad es meramente documental y no propiamente normativa.

Las leyes nacionales desempeñan un papel marginal como mecanismo de apoyo de las operaciones comerciales internacionales con la madera. Ocasionalmente, se utilizan instrumentos como el crédito documentario para garantizar los pagos, sobre todo tratándose de recién llegados al mercado que todavía no han podido establecer una clara reputación.

En conclusión: la comparación entre esta y otras ramas comerciales debe ofrecernos un cuadro más detallado y preciso del papel de la *lex mercatoria* en las operaciones comerciales globales.