
GILBERTO BOUTIN I.

CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS
UNIVERSIDAD DE PANAMÁ

**LA LEX MERCATORIA EN EL
DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO**

CENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO
CO.RE.-CEI
PANAMÁ, 2002

Al jurista Germano

Jürgen Samtleben

Hemos querido dedicar este pequeño esfuerzo al investigador e insigne jurista alemán **Jürgen Samtleben**, gran conocedor del Derecho Internacional Privado latinoamericano y experto en el pensamiento y los principios de **ANDRÉS BELLO Y SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN**.

La personalidad de **Samtleben** se ha caracterizado por lo jovial y generoso con los juristas y profesores latinoamericanos en todo momento y nos sentimos en deuda con sus aportes doctrinales elaborados en torno al Derecho Internacional Privado, por lo cual nos es grato escribir estas líneas con ocasión de su retiro del **Max Planck Institut**.

ÍNDICE

Dedicatoria.....	3
Introducción.....	5
I. Generalidad.....	7
Concepto y Naturaleza de la Lex Mercatoria.....	7
 II. La Lex Mercatoria Devant la	
Jurisprudencia Panameña.....	13
a. 1 Del Reconocimiento de la Lex Mercatoria,	
Vía Jurisprudencial.....	14
a. 2 De los Presupuestos de la	
Aplicabilidad de la Lex Mercatoria.....	16
 III. De la Lex Mercatoria en el Derecho	
Positivo Panameño.....	18
a. 1 Lex Mercatoria en el Código de Comercio.....	18
a. 2 De la juridicidad de los Usos como	
Reglas Genérica internacional.....	20
Conclusión.....	25

INTRODUCCIÓN

La **Nueva Lex Mercatoria** deviene a finales del **siglo XX**, la base de un recién sistema normativo, rector de las relaciones comerciales aplicables a toda operación dentro de un espacio transnacional o anacional gestada o perfeccionada por agentes u operadores del comercio mundial. Este nuevo derecho mercático o mercurial, se desprende directamente de los usos y prácticas pertenecientes al comercio internacional.

La *nueva sociedad* de comerciantes ha engendrado un espacio de autorregulación de sus transacciones inspiradas en un principio de igualdad profesional y de conocimiento. Dicho autorregulación normativa ha generado normas anacionales, neutras, espontáneas y consensuales las cuales tienen vigencia paralela y funcional con el derecho positivo estatal. El dominio de la nueva **lex mercatoria** se centra en el libre mercado, en la dinámica del intercambio de bienes, servicio y capital extensible al marco de las relaciones entre sociedades multinacionales y el Estado en el orden de la inversión y del nuevo derecho económico internacional el cual señala **FRANCOIS RIGAUX**.

El derecho mercatoria es un derecho entre profesionales o comerciantes validamente escogido que opera al margen del derecho estadual en la esfera exclusivamente transnacional, producto de la necesidad del comercio mundial.

La **lex mercatoria** es pues, el *nuevo droit commun* de los *mercaders* u operadores del comercio internacional que opera en función de dichos agentes económicos en pro de una justicia mercantil supranacional de orden dispositivo.

Finalmente, ese **jus mercatorio** descansa en normas generadas por grupos interprofesionales del comercio mundial creando reglas especializadas sustantivas anacionales, conocidas entre los agentes económicos y que toda interpretación o conflicto interprofesional queda

sometida al foro arbitral de comercio internacional para su recta interpretación y decisión.

En suma, el nuevo derecho comercial internacional descansa entre la **lex mercatoria** de orden sustantivo y el **foro arbitral internacional**.

Realmente, el nuevo derecho comercial es la derivación directa del mundo de los usos de comercio y su evolución de su fase contractual a su carácter genérico vinculante que invade la técnica de los contratos mercantiles modernos con efectos extraterritoriales entre ausentes.

Hemos querido dedicar este pequeño esfuerzo al nombre e insigne jurista alemán Jürguen Samtleben, gran conocedor del Derecho Internacional Privado latinoamericano y experto en el pensamiento y los principios de **ANDRÉS BELLO Y SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN**.

La personalidad de Samtleben se ha caracterizado por jovial y generosa con los colegas latinoamericanos en todo momento y nos sentimos profundamente en deuda con sus aportes doctrinales elaborados en torno al Derecho Internacional Privado, por lo cual nos es muy grato escribir estas líneas con ocasión de su retiro del **Max Planck Institut**.

LEX MERCATORIA: FUNDAMENTO Y APRECIACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PANAMEÑO

I. Generalidad

Concepto y Naturaleza de la Lex Mercatoria.

Se entiende por **Lex Mercatoria** en su expresión genuina y latina¹, en contraste con la terminología anglosajona, **The New Law Merchant**, al conjunto de usos de comercio internacional elevados a rango de "sistemas" o bien a un orden jurídico distinto y diferente al derecho nacional, bautizado sistema transnacional o anacional.² Se trata de un derecho material internacional necesario a toda relación jurídica internacional reconocido y señalado a inicios de la década de 1962 por la doctrina esbozada por el gran jurista holandés **Alfred E. Von Overbeck** ³. *Pues existe a este respecto, consensus entre los juristas de la existencia de un espacio transnacional forjados por los agente económicos del mercado.*

La sistematización y valoración de la nueva **Lex Mercatoria**, dentro de las relaciones económicas internacionales esta ligada, a los nombres de los juristas: *Clive Schmitthoff* por una parte, y por otra parte a *Berthold Goldman*.

¹**Kasirer**, Nicholas. *Lex-icographie Mercatoria*. The American Journal of Comparative Law. Volumen 47. 1999, pág. 653-654. "In other words, there is a growing sense that the *lex mercatoria* is not merely an English-language "law merchant". Assuming that global private law is possible, global law expressed only in English is not global law."

²**Kassis**, Antoine. *Théorie Générale Des Usages Du Commerce*. L.G.D.L. 1984. pág. 269 y ss.

³**Overbeck**, von **Alfred E.** *Les Regles de Droit International Privé Matériel*. Nederlands Tijdschrift Voor International Recht. Jaargang. Volumen IX. October 1962. Pág. 364: Il faut se tourner vers la doctrine pour dégager une tendance à faire une place aux règles matérielles dans l' application du droit international privé national, même à défaut de dispositions légales ou de jurisprudence établie.

fuentes interestatales: Convenios de leyes uniformes o estatales, así como aquellas sentencias arbitrales que recaen sobre las relaciones de comercio internacional, siendo un derecho experimental⁹ que surge como modo de intervención dentro de la solución de las relaciones económicas internacionales. Ambos autores coinciden en el hecho que la **Lex Mercatoria** constituye un sistema¹⁰ de derecho aunque incompleto pero en crecimiento.

Las reglas forjadas por la práctica por aquellos llamados operadores del comercio internacional¹¹, que establecen una especie de derecho espontáneo¹², no vinculado a ningún orden jurídico nacional, es lo que hoy en día se conoce como la **Lex Mercatoria** o **The New Law Merchant**. La constatación y aparición de este nuevo derecho sustantivo permite desembocar en nuevo derecho internacional privado de carácter sustantivo.

Esta recepción y advenimiento de la nueva **Lex Mercatoria** fragua irremediablemente un nuevo derecho internacional privado sustantivo que confirma¹³ la crisis del método tradicional de los conflicto de leyes

⁹**Battifol y Lagarde**. Droit International Privé. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1975. Nº 578. Terminología empleada por ellos de un derecho experimental esbozado inicialmente en 1971 a un término de derecho espontáneo.

¹⁰**Goldman, Berthold**. "Lex Mercatoria est bel et bien un système des lors qu'elle comporte ses règles de droit, ses autorités professionnelles, ses sanctions professionnelles, ses propres juges - les arbitres du commerce international". La Lex Mercatoria la de contracts clunet 498.

¹¹**Audit, Bernard**. Flux et Reflux de la Crise des Conflicts de Lois. Travaux du Comité Français de Droit International Privé. Journée Du Cinquantenaire. Editions UCNR. 1989. pág. 61.

¹²**Kunz, Josef L.** Ago's Theory of a "Spontaneous" International Law. American Journal of International Law, January. 1958. pág. 90

¹³**Kegel, Gerhard**. Señala en su curso de la Haya la presencia y construcción de un método distinto a la concepción tradicional del método conflictualista que hace una evaluación de la proper law en la aplicación emergente del derecho sustantivo y la participación de las leyes del silencio bajo el influjo de la doctrina del interés gubernamental del jurista americano Currie. Recueil The Crisis of Conflict of Laws: "In speaking about a "crisis" in the conflict of laws and not about a revolution, we anticipate two results of our studies. We see on the one hand

Schmitthoff⁴ propone una distinción entre costumbre comercial y uso comercial con base al criterio de la formalización, hecho por un organismo internacional y con un grado de certeza. El llama *costumbre comercial internacional*, a la costumbre formulada por un organismo internacional y uso o práctica a la costumbre que no ha sido así formulada. Evidentemente, el criterio sobre los usos de comercio invocado por el autor descarta la tradicional concepción inglesa y se inclina por el criterio del **Código de Comercio uniforme de los Estados Unidos**⁵, que permite darle la proyección necesaria a esta nueva norma de carácter **anacional**. Concluye el autor, cabe remarcar que este aporche y consideración yacía en Francia con mucha antelación con la Ley 13 de julio de 1866, sobre la codificación de los usos generales y especiales⁶ que la nueva **Lex Mercatoria** es el inicio de un derecho comercial internacional autónomo.

Goldman por su lado, observa que la nueva **Lex Mercatoria** constituye un derecho sustantivo o de fondo aplicable a una relación internacional sin pasar por el filtro del método conflictual.⁷ La **Lex Mercatoria** convoca al conjunto de reglas materiales aptas a gobernar las relaciones económicas internacionales.⁸ Ella comporta en su interior

⁴**Kassis, Antoine**. op cit. pág. 280. De la comunicación. Schmitthoff The Sources of the Law of International Trade - del coloquio International Association of Legal. Science. London. 1964.

⁵Código uniforme de Comercio (Español-Inglés). Publicado por The American Law Institute National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. traducción del texto oficial de 1962. por Equity Publishing Corporation. pág. 31. En su Artículo 1-205 Curso de Negocio y Uso de Comercio, cuyo numeral 2 de dicha disposición es de nuestro interés y transcribimos: "Un uso de comercio es cualquier práctica o método de negocio que se observe regularmente en un lugar, ocupación o ramo que justifique la probabilidad de que será observado con respecto a la transacción en cuestión."

⁶**Ripert Georges**. Tratado Elemental de Derecho Comercial, Edición L.G.D.J. París 1954, pag.15 (Edición al Castellano)

⁷**Kassis, Antoine**. op. cit. pág. 282.

⁸**Goldman, Berthold**. La Lex Mercatoria Dans Les Contrats et L'Arbitrage Internationaux. Travaux Du Comité Français De Droit International Privé. Droit International Privé. Annés 1977-1979. págs. 224.

o crise d'analyse¹⁴. Es revelador el curso magistral de la **Haya** del profesor de complementario y conflictual de la **proper law** o del *impresionismo jurídico*¹⁵ de un lado, y por otro lado, constata la excesiva aplicabilidad de la **lex fori**,¹⁶ siendo el mismo un obstáculo a la unificación del derecho internacional privado, dándose la imposibilidad¹⁷ dentro del marco de la oscilación del derecho de la **proper law** la posible elaboración de un derecho sustantivo único aplicable a una situación jurídica internacional.

Una especie de **jus gentium**¹⁸ de los comerciantes u operadores del

serious critics, men from whose constructive and well-reasoned suggestions we can learn a great deal and who are not to be counted among the crackpot and sectarian element of our academic community. On the other hand, we see the old *fundamentals* still *unshaken*, and we come to the conclusion that only they are solid enough to support the house of conflict of laws". Tomo 112. 1964. pág. 92.

¹⁴Lipstein, Kurt. Les normes fixant Leur proper domaine d'application: Les expériences anglaise et américaines. travaux du Comité française de Droit International Privé. années 1977-1979. pág. 201.

¹⁵Loussouarn, Yvon y Bourel, Pierre. Droit International Privé. Dalloz. 1978. pág. 178 y ss. Esgrime que el método de la **proper law** como un método complementario, al método tradicional conflictual no resuelve los problemas de la imprevisibilidad achacados al método conflictual y que sus formulaciones a este respecto pueden ser resumidas y calificadas como un método **impresionista**.

¹⁶Kegel, Gerhard. op. cit. pág. 216.

¹⁷Berger Klaus, Peter. The Creeping Codification of the Lex Mercatoria. Kluwer Law International. 1999. pág. 10. Refiriéndose al método conflictual constata el autor alemán en esta rescención: The unpredictability of conflicts of laws decisions has long, since been criticized as a 'jump in the dark', expresión de Raape, IPR, at 90; see also Zweigert, Festschrift Raape, at 35 ('atomic physics of jurisprudence').

¹⁸David, René. Aprecia el preclaro jurista comparativista el fenómeno de un derecho ascendente como el **jus gentium** moderno como un derecho independiente de los derechos nacionales y haciendo parte de la esfera del derecho internacional. "Il ne suffit pas d'établir des Conventions interétatiques ni de compiler des code nationaux pour régler les opérations du commerce international. Il importe de restaurer l'idée de *jus gentium*, c'est-à-dire d'un droit qui est, dans son essence, autre chose que les droits nationaux. Cette idée s'est perpétué dans le droit international public; il faut reconnaître qu'elle s'impose de même manière dans le droit international privé". Le Droit du Commerce International. Editorial Económica. 1987. pág. 138.

comercio internacional reclama la doctrina de la **Lex Mercatoria** estando enraizada, tanto en la fuentes del derecho comercial interno como en las fuentes consuetudinarias de carácter internacional, cuyo ancestro inmediato lo encontramos en el **Alto Medioevo Europeo** y en el **medievo colonial español americano**¹⁹. Ello genera un derecho basado en los usos y prácticas propios de los comerciantes constituyéndose así en un lenguaje común²⁰ de la contratación internacional. Subsecuentemente, este conjunto de reglas generadas por el "gheto" de los comerciantes de derecho sustantivo o de fondo sufre una movilidad que no se reduce a su permanencia en el derecho comercial internacional, sino que el mismo fenómeno asciende o transita hacia el derecho económico internacionales²¹, interviniendo en el nuevo **rapport Estado - persona privada extranjera**. Este conjunto de principios de la contratación internacional se inserta como fórmulas normativas en el dominio de los contratos internacionales²² como normas **anacionales** pudiendo constituirse en una fuente distinta al

¹⁹Boutin, Gilberto. Autour de la réception de la lex mercatoria en droit positif panaméen: Développement historique et définition d'un jus mercatorium au Panama.. Uniform Law Review. 1998. Vol. III. pág. 305 y ss. Realmente las ferias que permitían en la América colonial Española era las ferias de **Portobelo** de Panamá, que era el paso de la mercadería del Pacífico al Atlántico y las ferias de **Veracruz** en México.

²⁰Hinestrosa, Fernando. Los Principios de UNIDROIT: Una nueva lingua franca, Congreso Interamericano. Valencia, Venezuela. 6 de Noviembre 1996. pág. 185 y ss.

²¹Herdegen, Matthias, Derecho Económico Internacional. 1ª Edición. Biblioteca Jurídica. 1994. pág. 8 y ss. En un sentido próximo aparecen la obra Derecho Internacional económico, por Beatriz Ramacciotti, Fabian Novak y Dante Negro, Pontificia Universidad Católica del Perú. 1993. Cesar Guzman Barrons, Nuevo Orden Económico y el Derecho Comercial Internacional, pág. 49 y ss. Aparece también la concepción humanista francesa de Maurice flory en torno al Droit International Du Développement, con un intento de darle rostro a las nuevas relaciones económicas internacionales. Presses Universitaires de France. 1977 pág. 16 y ss. Nuestra opinión es que la terminología no es clara dentro de la relación de los países Norte-Sur, o por lo menos no bien asentada en nuestro hemisferio.

²²Strenger, Irineu. Contratos Internacionales Do Comércio. Editora Revista Dos Tribunais LTDA. 1986. pág. 177 y ss.

binomio normativo tradicional²³: derecho interno y derecho internacional. Posición está última minoritaria, ya que la opinión dominante consiste en establecer que los principios que informan a la **Lex Mercatoria** en la esfera de la relación negocial contractual hacen parte de las fuentes del derecho internacional.

Lo que sí es fundamental es destacar que el nuevo orden económico ha producido una norma de naturaleza **neutra** en cuanto a su origen - sino un derecho sustantivo o de fondo e **igualitario** en el sentido cognoscitivo entre comerciantes o profesionales en el plano internacional y cuyo lenguaje es perfectamente válido, pues conlleva principios comunes pertenecientes al hombre moderno, como lo son: la buena fe y la lealtad contractual, el principio de justicia conmutativa y la equidad. Paralelo a ello y conjuntamente emerge dentro de este derecho mercatorio el foro de justicia arbitral internacional que pretende forjar un espacio de justicia desnacionalizada en pro de un nuevo derecho mercatorio profesional.

La **Lex Mercatoria**, como fuente jurídica normativa se sitúa fuera de un derecho nacional y sancionada por un derecho consuetudinario²⁴ supranacional aún

endeble²⁵ para algunos, deviene en un sistema jurídico. Esta afirmación que rebasa la fase inicial doctrinaria se ve consumada o más bien

²³Klaus Berger, Peter. op. cit. pág. 2. "Opinions about terminology and the legal quality of the lex mercatoria diverge widely, especially with respect to its nature as a third legal system alongside domestic law and public international law".

²⁴Kegel, Gerhard, op. cit. pág. 258. En el cual cita como Source materials: Incoterms 1953, Uniform Customs and Practice for Commercial Documentary Credits, General Conditions of Contract and Standard Forms of Contracts, inter alia (ECE). Independientemente de los Tratados sobre transporte, conocimiento de embarque y cheques, así como el arbitraje citado por Schmitthoff - Customary Law -.

²⁵Belardros Santos. Rubén. El Derecho aplicable a los Contratos Internacionales. cita a Pérez Nieto. Fundación de Cultura Universitaria. 1998. pág. 89.

legitimada, mediante el proceso de unificación de los principios²⁶ de los contratos de comercio internacional elaborados por **UNIDROIT**.²⁷ Principios difícilmente aceptados por los ordenamientos jurídicos territorialistas²⁸. Luego vale preguntarse entonces, si este mismo derecho *mercatorio* tiene cabida en el derecho positivo panameño. Con todo, tal interrogante a este respecto jurídico obliga a examinar la **Lex Mercatoria** a un doble nivel; por un lado, frente a la postura de la jurisprudencia panameña y su receptibilidad y luego, examinar el fundamento y justificación legal de la **Lex Mercatoria** en el derecho positivo panameño.

II. La Lex Mercatoria Devant la Jurisprudencia Panameña

La **Lex Mercatoria** debe ser examinada bajo el criterio de saber, si la misma ha sido reconocida en cuanto a su "derecho de ciudadanía" por la concepción pretoriana del momento y luego, examinar los presupuestos que conllevan la aplicabilidad del derecho mercatorio, es decir su entorno jurídico y valoración por el derecho judicial panameño.

²⁶Bonell, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: "The UNIDROIT Principles are intended to remedy many of the deficiencies currently encountered in international trade law. In order to understand better how they many achieve this objective, one should know first what the UNIDROIT Principles actually are. Los objetivos de estos principios lo señala claramente Bonell así. In the introduction it is stated that objective of the UNIDROIT Principles is to establish a balanced set of rules designed for use throughout the world irrespective of the legal traditions and the economic and political conditions of the countries in which they are to be applied (...)". Realmente ha sido una tarea de derecho comparado donde intervino un pequeño comité formado por los profesores René David, Clive Schmitthoff y Tudos Popescu en representación del derecho civil, sin descontar la participación de la common law y del antiguo sistema socialista. Transnational Law in Commercial Legal Practice. Center for Transnational Law. Quadis Publishing Münster. Germany. 1999. pág. 11, 12 y 19.

²⁷Ferrari, Luigi. La Contribución de UNIDROIT al proceso de unificación del derecho privado. Los principios de UNIDROIT ¿Un Derecho Común de los Contratos para las Américas? Valencia, Venezuela. 1998. pág. 13.

²⁸Pereznielo, Leonel. Recueil La Tradition Territorialiste en Droit International Privé dans les pays de l'Amerique Latine. Tomo I. 1988. pág. 323 y ss.

a.1 Del Reconocimiento de la Lex Mercatoria, Via Jurisprudencial.

Es a través del fallo del 27 de febrero de 1996, de la Sala Primera del Ramo Civil, de la Corte Suprema de Panamá dentro del negocio jurídico: Banco Exterior de los Andes y de España vs Banco Cafetero de Panamá,²⁹ que tiene lugar la recepción de la **Lex Mercatoria** dentro de la superioridad.

El Banco español, había interpuesto demanda por el incumplimiento de mandato de representación de la sociedad Banco Cafetero de Panamá, con base al incumplimiento de una orden de transferencia de pago a una sociedad RIBIAK, S.A., sociedad domiciliada en España que al mismo tiempo era cliente del Banco Exterior de los Andes de España.

Tanto en la primera como en la segunda instancia el Banco Cafetero fue condenado por violación al mandato de representación por la orden de transferencia electrónica el cual supuestamente incumplió la sociedad Banco Cafetero de Panamá. La demandada alegaba efectivamente oposición a la argumentación de la parte actora, que no se trataba de un verdadero mandato, sino de un mecanismo o guía³⁰ de transferencia electrónica o de un giro bancario, la cual no reunía los requisitos fundamentales de la práctica bancaria internacional y cuya orden no se trataba de una transferencia regular sino simplemente de un mero aviso, el cual por razones técnicas no fue completado y por tal motivo no se perfeccionó dicha operación en virtud de las reglas **típicas de la transferencia electrónica**.

²⁹Registro Judicial. Febrero de 1996. pág. 160 a 178.

³⁰Guía Jurídica de la CNUDMI sobre Transferencias Electrónicas de Fondos. Naciones Unidas, Nueva York. 1997. pág. 6, 8 y 9. La rápida implantación de medios electrónicos para la transmisión de datos entre bancos, junto con el empleo de computadoras para procesar los mensajes de transferencia de fondos, han obligado a normalizar el contenido de los mensajes y sus formatos. Así, dentro del glosario que recae sobre el término "Ordenes de transferencia de fondos" se denomina en principio a todo mensaje, o la parte de un mensaje, que contiene la orden y los detalles necesarios para una transferencia de fondos....

Aprecia la Corte en su análisis que, al confrontar lo preceptuado con el problema que se presenta en este proceso obliga a concluir que nuestro **Código de Comercio no regula, ni resuelve la cuestión planteada, ni tampoco casos análogos, pues se trata de la utilización internacional de transferencia de fondos por medios electrónicos, en este caso por telex. Consecuentemente, se impone la aplicación de los usos de comercio observados generalmente en cada plaza para resolver los reclamos que puedan surgir de estas nuevas prácticas bancarias internacionales.**³¹

Se evidencia entonces, la aplicabilidad de un uso bancario internacional que reconoce la Corte Suprema como vinculante para ser aplicado en esta ocasión, haciendo evicción al régimen del mandato contemplado en el artículo 1400 y siguientes del Código Civil, como fuente de derecho común, pues el alcance de dicha norma positiva no regulaba el objeto del contencioso.

Cabe examinar sobre el particular las condiciones y presupuestos que estimó la Corte, para la aplicación de un uso de comercio internacional en el contencioso arriba citado.

a.2 De los Presupuestos de la Aplicabilidad de la Lex Mercatoria.

La Corte de Casación del Ramo Civil panameña en el caso Banco Exterior de los Andes y de España vs Banco Cafetero de Panamá, S.A.³², elabora todo un espacio para la aplicación de la **Lex Mercatoria**

³¹Boutin, Gilberto. Del Reconocimiento de la Lex Mercatoria. Impresora Panamá. 1998. pág. 26.

³²En el caso Banco Exterior de los Andes vs Banco Cafetero de Panamá, el demandante había hecho una orden de pago al demandado por un monto de \$140.000.00, a favor de la Sociedad Ribiak, S.A. domiciliada en España. La transacción se había efectuado por el intermediario The Banker Bank New York, encargado de efectuar la transferencia correspondiente al demandado. Poco después de haber dado la orden el demandante se retractó, la demandante

como regla consuetudinaria supranacional internacional, al señalar que su aplicación obedece a dos elementos fundamentales: En primer término, debe tratarse de lo que se denomina **operaciones neutras**, por un lado; y por otro lado, producto de esa relación **neutra** se genera una **norma especial** conocida entre las partes y aplicable al caso.

Se entiende por **operación neutra** en dos sentidos:

1. En el sentido que está desvinculado a un ordenamiento jurídico determinado, es decir que no responde a una ley nacional.
2. Y dichas operaciones son colmadas por **normas específicas de dirección** llamadas usos y prácticas bancarias que son asimiladas por el derecho bancario y comercial internacional panameño, sustentada en el **artículo 5 del Código de Comercio** de la República de Panamá.

Lo esencial del examen es cuando la Corte entra a calificar varios aspectos fundamentales del caso, como por ejemplo: **¿Cuándo se confirman los usos de comercio internacional?** Ella misma se contesta: cuando verdaderamente no existe **una regla especial o una ley especial**, se acude justamente a esa práctica que llena o completa la norma en examen por los operadores del Comercio Internacional.

El segundo aspecto, es el de saber cuándo estamos frente una relación jurídica internacional o **neutra**. La relación jurídica deviene **neutra** ya sea porque se desnacionaliza o bien, por su carácter de

agregó que la Banca panameña era responsable de los daños y perjuicios que la banca española al momento de la rescisión enviada por la banca panameña, había ejecutado el pago a la sociedad Ribiak, S.A. beneficiaria de la transferencia de los fondos. La controversia se centraba sobre la naturaleza de la orden de pago por el demandado, a esté respecto la banca española señalaba que la orden de transferencia era una especie de mandato irrevocable, enfocado por el Código Civil panameño en el artículo 1400, mientras que la demandada sostenía que se trataba de un simple aviso o de una comunicación previa, basada en la práctica de transferencia electrónica.

internacionalización máxima, es decir, cuando la relación jurídica contiene elementos de extranjería suficientemente significativos; o bien, por la aplicación de normas jurídicas de carácter **anacional** que permitan gobernar dicha relación. Considerando que las normas apeladas como anacionales son conocidas y garantes de las transacciones u operaciones generadas entre grupos profesionales, comerciantes, bancarios reglas que sirven para colmar los vacíos de los códigos internos, así lo interpreta nuestra Sala Civil al señalar que en nuestro país no existe una regla o un conjunto de disposiciones dentro de un código de derecho privado que especifique y regule los contratos bancarios y las operaciones que ellos generen.³³

En este fallo se contemplan dos elementos connaturales e indisolubles para la aplicación de un **derecho mercatorio** que se reduce al término poco elegante e impreciso de **operación neutra**, que no es más que la preexistencia de una relación internacional. Y debe agregarse finalmente, la existencia de una norma conocida por la práctica profesional del comercio mundial.

³³Boutin, Gilberto. op cit. pág. 27.

III. De la Lex Mercatoria en el Derecho Positivo Panameño.

En la esfera del derecho escrito positivo, cabe localizar cual es su fundamento o espacio jurídico de la **Lex Mercatoria**, si existe una justificación frente al juez estatal³⁴ para aplicarla; tratándose de una norma **anacional** no positiva que sea vinculante al juez, y luego establecer si existe la **jurisdicción** de la norma Mercatoria y de tal suerte poder equipararla en pie de igualdad tanto con la ley positiva interna como con la ley extranjera.

a.1 Lex Mercatoria en el Código de Comercio.

El marco de referencia de la **Lex Mercatoria** como una expresión de usos y prácticas de los comerciantes aparece tanto en el derecho comercial interno como en el derecho comercial internacional, prorrogándose ella al derecho económico internacional vigente.

Es con la disposición 5ª del Código de Comercio que se infiere la aplicabilidad de los usos y práctica de comercio que informan y dinamizan la **Lex Mercatoria**, creándose así una especie de **Jus Mercatoria** interna para lo referente a los usos y prácticas efectuados dentro del derecho doméstico y un **Jus Mercatorio** afianzado más bien a la realidad de la actividad del comercio internacional, incorporándose como fuente consuetudinaria.

El artículo 5º del Código de Comercio en cuestión encierra la hipótesis de una fuente normativa no nacional que no hace distinción alguna entre uso interno y uso internacional, sino que ambas le son vinculantes al juez, por cuanto que la misma dispone según el temperamento de ella que:

"Si las cuestiones sobre derechos y obligaciones comerciales no

³⁴Fouchard, Philippe. L'Etat Face aux usages du Commerce International Travaux du Comité française de Droit International Privé. 1973-1975. pág. 71 y ss.

podrían ser resueltas ni por el texto de la ley comercial, ni por su espíritu, ni por los casos análogos en ella previstos, serán decididos con arreglo a los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de éstos, se estará a lo que establezca el derecho civil."

Este resorte legal arriba invocado fue el basamento formal para dar lugar al fallo del 27 de febrero de 1996 dentro del negocio jurídico Banco Exterior de los Andes y de España vs Banco Cafetero de Panamá, S.A.; su ubicación en el Código de Comercio se repone por un lado, al carácter profesional de los contratantes, es decir, que se trate de actos de comercio³⁵ y luego como corolario de lo anterior, la fuente del derecho **Mercatorio** descansa en una sociedad profesional de operadores del comercio que es generadora de sus propias normas sustantivas manifestadas o expuestas en sus **usos, prácticas y costumbres** en los contratos internacionales. Su legitimidad responde a su autoridad generadora de riquezas entremezcladas entre los propios operadores de comercio como relación horizontal igualitaria; y por otro lado, una relación vertical entre la versión del nuevo Estado y los operadores internacionales o personas extranjeras como agentes económicos complementarios a la relación de derecho económica internacional.

Es el nuevo "Estado Mercatorio"³⁶ y la modalidad de la empresa moderna mercática que constituyen en gran medida los protagonistas de la producción de normas de competencia mercática y económica moderna.

Lo que corresponde examinar de cerca es el saber si esas reglas

³⁵Artículo 3 párrafo 1º: Los contratos y obligaciones de los comerciantes se considerarán siempre actos de comercio....

³⁶El Estado Mercático visto como un operador o agente de comercio internacional. La participación de la Lex Mercatoria no escapa de este fenómeno, tal como lo describe **Jacquet, Jean-Michel**. L'Etat, Opérateur Du Commerce International. J.D.I., 1989, pág. 627

generales en sí tienen un valor meramente contractual interparte o bien responden a un valor genérico consuetudinario de carácter internacional. Si en verdad nos encontramos frente a usos y reglas como una proyección genérica y que gozan de una verdadera **juridicidad** estructurada.

a.2 De la juridicidad³⁷ de los Usos como Reglas Genérica Internacional.

A diferencia de los usos meramente contractuales en los que su valor solamente depende de su contractualización, la **Lex Mercatoria** entendida como conjunto de usos, prácticas y costumbres elevada a un rango de sistema, comporta un cambio cualitativo en su evolución y deviene una regla genérica y sólo puede ser apreciada de tal manera en el derecho convencional uniforme moderno que le concede una proyección de interés general y de efectividad a la **Lex Mercatoria**. Ello es así, pues la Convención de Viena³⁸ del 11 de abril de 1980, en su artículo 9 párrafo 2º, admite la presunción de la aplicabilidad de aquellos usos que son propios de la naturaleza de la transacción, distinguiéndolos de los usos contractualmente pactados.

En el derecho latinoamericano de los contratos la Convención de México de 1994³⁹, al establecer la aplicabilidad automática de los usos como normas aplicables, en tanto que derecho en su sentido amplio

³⁷Osman, Filiali. Les Principes Généraux De la Lex Mercatoria. Contribution À L'Étude D'Un Ordre Juridique anational. LGDJ. pág. 417.

³⁸Garro, Zuppi. Compraventa Internacional de Mercaderías. Convención de Viena 1980. comentado. Reproducimos el artículo 9º, párrafo 2º, Salvo pacto en contrario se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate. Ediciones La Rocca. Buenos Aires. 1990. pág. 312.

³⁹Vasquez, Eliecer. Análisis de la Convención Interamericana de México de 1994. Trabajo de Graduación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. 2000. pág. 152.

establecido así el en artículo 10º de la Convención.⁴⁰

En el reciente régimen relativo al arbitraje comercial internacional en Panamá⁴¹, se reconocen reglas anacionales y la aplicabilidad de principios generales de la contratación privada codificados por la organización de **UNIDROIT**⁴² para ser aplicados por los árbitros⁴³ cuando sea así necesario al caso.

El carácter jurídico de la **Lex Mercatoria** no se limita a su repetitividad de los mismos, ni a su carácter generalmente cognoscitivo sino mas bien, la **Lex Mercatoria** reviste su juridicidad por la finalidad ético normativa que comporta, con lo cual lo hace equiparable en pie de igualdad a una norma internacional por parte del juez o árbitro.

Dado el estado actual de la cuestión de la juridicidad de la **Lex Mercatoria**, el fenómeno vinculante de la suma de reglas **anacionales**, así como su reconocimiento por vía pretoriana, supera la discusión bipolar de la aplicabilidad de la **lex fori** y de la **lex cause** o extranjera por parte del juez del foro como norma cognoscitiva así como norma

⁴⁰Artículo 10. Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

⁴¹Boutin, Gilberto. Legislación de Arbitraje. Decreto Ejecutivo Nº 5 de 1999. comentado. Editorial Miztrachi & Pujol, S.A. en prensa. Gilberto Boutin. designado ante la Asamblea Nacional por Colegio Nacional de Abogados para la redacción de normas internacionales de Normas de Arbitraje Internacional.

⁴²Decreto Ley Nº 5 de 1999, por moción del Colegio Nacional de Abogados ante la Asamblea General, se incorpora el artículo 27, publicada en la Gaceta Oficial Nº 23, 837 de 10 de julio de 1999. Artículo 27. El Tribunal arbitral apreciará las estipulaciones del contrato para la aplicación del derecho que gobierna la relación contractual, y tendrá en cuenta los usos y las prácticas mercantiles y los principios de los contratos de comercio internacional de **UNIDROIT**.

⁴³Berger Klaus, Peter. International Arbitral Practice and the **UNIDROIT** Principles of International Commercial contracts. American Journal of Comparative Law. 1998. pág. 135 y ss.

probatoria para el derecho judicial interno⁴⁴ y convencional panameño⁴⁵. Es sabido que el derecho extranjero y el derecho del foro de acuerdo a la ideología convencional y positivista del derecho panameño se aplica en pie de igualdad dentro de una relación jurídica asimilando el derecho extranjero con la misma simetría y jerarquía de la norma positiva⁴⁶ del derecho del foro.

Lo exótico de la aplicabilidad de una norma **anacional** por la Corte Suprema de Panamá, es que dio pie al fundamento que la parte afectada o vencida en primera y segunda instancia formulará **Recurso de Casación** por violación directa no de una ley extranjera estatal sino con base a un **uso general internacional** concretamente, una práctica interbancaria transnacional que dio lugar a la **casación**⁴⁷ de fondo, casando las dos sentencias inferiores. El objeto de la casación en este caso, rebasa el concepto tradicional del control de la legalidad del derecho **interno** y del derecho extranjero, y acude al control de la protección y juridicidad de una norma **anacional** cercenada por el juez

⁴⁴**Artículo 789** del Código Judicial. Habría que observar si la noción del derecho extranjero puede ser interpretado más allá del Ley extranjera entendiéndose de manera amplia la noción de derecho extranjero definido en el Código Judicial, cuando el artículo 789 dispone: **El derecho extranjero se podrá probar mediante copia de las normas pertinentes, decisiones de los tribunales, estudios doctrinales o dictámenes rendidos por abogados idóneos.**

No obstante lo anterior, el Juez podrá investigar directamente el derecho extranjero, acudiendo a cualquier fuente o medio idóneo.

⁴⁵**Artículo 408** Ley 15 de 1928 o Código Bustamante, el cual señala la aplicación ex officio del derecho extranjero en los casos internacionales como obligación del juez panameño y latinoamericano, al señalar la inteligencia del texto de dicha norma que: Los Jueces y los Tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás, sin perjuicio de los medio probatorios a que este capítulo se refiere.

⁴⁶Artículo 408 del Código Bustamante. Ley 15 de 1998. La Habana, Cuba.

⁴⁷**Fábrega**, Jorge. Casación Civil. Editora Jurídica Panameña. 1985. pág. 7. Observa el autor Fábrega que dentro de una de las finalidades de este Recurso extraordinario de la Casación más que el de simple uniformidad de los fallos es el de desagrar a una de las partes y que realmente deviene un instituto más inclinado al carácter de desagrar que de uniformidad.

del foro panameño. Hay sistemas⁴⁸ que se resisten al control de la interpretación del derecho extranjero y de fuentes de derecho extralegal, que carezcan de carácter general.⁴⁹

De ahí la utilidad de la discusión ético normativa de la naturaleza de la **Lex Mercatoria**, que tiene una importancia capital en el derecho judicial interno frente a un negocio jurídico internacional, en saber si la **Lex Mercatoria** vista como fuente internacional, su violación por parte del juez del foro panameño permite recurrir en casación⁵⁰ en el concepto de violación directa del derecho de fondo o bien por causales reconocidas en el plano convencional⁵¹, lo cual podemos contestar afirmativamente.

El Affaire Banco Exterior de los Andes y de España vs Banco Cafetero de Panamá, S.A., muestra la solución afirmativa cuando la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema, casa la sentencia de

⁴⁸Boré, Jacques. la Cassation en Matière Civile. SIREY. 1988. pág. 368-369-1046A. "D'une part, la Cour de cassation ne sanctionne pas indistinctement le respect de toute norme juridique; elle module au contraire son contrôle, selon la valeur et l'origine de cette norme. Ainsi nous verrons qu'elle se refuse à contrôler l'interprétation des sources de droit extralégales, sans caractère général, telles que les contrats et les usages, ou celle des sources étrangères".

⁴⁹Rigaux, François. La Nature du contrôle de la Cour de Cassation. Bruxelles. Établissements Émile Bruylant. No existe un criterio bien definido a este respecto, es decir, sobre el control del derecho extranjero y de la costumbre internacional, pese al resumen evocado por el jurista. Belga N° 233. pág. 347 y ss.

⁵⁰Calamandrei Piero. Casación Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América Buenos Aires. 1959. pág. 48. Señala el preclaro autor italiano que: el Recurso de Casación figura entre las acciones de impugnación: en efecto debe concebirse como una acción dirigida, no a provocar inmediatamente, ante el juez de casación un nuevo examen del mérito, sino a hacer que se decida por primera vez por él sobre la acción de nulación que el recurrente propone contra la sentencia de mérito que se afirma viciada por uno de sus defectos (motivos) enumerados por la ley....

⁵¹El Recurso de Casación es un instituto reconocido en el derecho convencional latinoamericano, pues lo destaca así el artículo 412 del Código Bustamante que señala lo siguiente: "En todo Estado contratante donde existe el Recurso de Casación o la institución correspondiente, podrá interponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación inbebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto del derecho nacional".

primer y segundo grado por virtud de violación de una **práctica interbancaria** internacional cuya fuente normativa descansa en un régimen anacional conocido entre las partes dándole la jerarquía de norma vinculante a un uso internacional en igual condición que una norma positiva interna.

Por otro lado, si bien es cierto que la Sala Primera de lo Civil omitió o guardó silencio a este respecto, la decisión de casar dos sentencias panameñas por violación de una fuente internacional se sustenta no tan solo en el artículo 5º del Código de Comercio, es decir, en la autonomía de la voluntad de las partes como regla supletoria, sino también, en la regla de conflicto judicial del Código de 1986 que contempla la hipótesis de aplicar el derecho extranjero por remisión que haga la regla de conflicto del foro panameño cuando estatuye lo siguiente:

“Artículo 1112. Todos los recursos concedidos en este Código serán admitidos para los casos en que se decida aplicar las leyes extranjeras, por remisión de la ley nacional.”

Si nosotros analizamos que la autonomía de la voluntad de las partes, designa dentro de una relación contractual un uso de comercio internacional, es por virtud de esa designación que debe ser tratada dicha fuente consuetudinaria - contractual, para los efectos de ampararse frente a cualquier desconocimiento o violación que genere el ejercicio jurisdiccional de los tribunales panameños; sin embargo, por otro lado, queda demostrado que en el caso del reconocimiento de la práctica interbancaria, la corte de casación de Panamá se refiere a un uso general de aplicación internacional incito en el giro de la actividad bancaria teniendo vocación a regir el conflicto entre las partes.

CONCLUSIÓN

El reconocimiento de la **Lex Mercatoria** es reconocido por vía jurisprudencial en el derecho patrio, con el fallo del 27 de febrero de 1996, que fundamente su decisión en la aplicación de una práctica interbancaria como uso general internacional conocida entre las partes, basada en reglas **anacionales**, cuya aplicación responde al carácter de una operación **neutra** y a la especificidad de la preexistencia de una norma consuetudinaria internacional conocida.

Finalmente, tenemos el “hallazgo” de concebir que las fuentes domésticas del artículo 5º del Código de Comercio de Panamá dejan entrever el reconocimiento de los **usos genéricos** en el plano interno con lo cual la Sala Primera del Ramo Civil extrapoló, dicha regla de **uso genérico** ya inferida en el Código de Comercio al plano transnacional, dándose la concordancia de interpretación judicial y norma legal interna para dar “ciudadanía” a la nueva **Lex Mercatoria** en el orden jurídico panameño.