

CAPÍTULO V

¿ES LA *LEX MERCATORIA* UN DERECHO GLOBAL DEL COMERCIO INTERNACIONAL?: PERSPECTIVA EMPÍRICA

Néstor Raúl LONDOÑO SEPÚLVEDA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Lex Mercatoria*. III. *Composición de la lex mercatoria*. IV. *Uso de la lex mercatoria en decisiones judiciales y arbitrales*. V. *Revisión de tendencias en contratos anglosajones*. VI. *Uso de la lex mercatoria en decisiones judiciales y arbitrales*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

No hay duda de que la globalización está cambiando al Derecho Internacional Privado. No se trata sólo de una cuestión de tendencias en la doctrina, de un refinamiento de conceptos o de un simple ejercicio académico por obra de una escuela de pensamiento jurídico. La globalización es una transformación social profunda que está causando un efecto de la misma manera en el sistema jurídico, el cual está pensado para solucionar los problemas derivados de las relaciones privadas que conectan de dos o más Estados.

La globalización es un fenómeno humano de alcance mucho más general que cualquier otro en la historia de la civilización, que de forma innegable ha cambiado y sigue cambiando la manera como las personas conducimos nuestras vidas y, por lo tanto, está transformando a las sociedades en

* Docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana sede Medellín. Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana sede Medellín, Máster en derecho de los negocios de la Universidad Francisco de Vitoria y Doctor en derecho de la Universidad de Zaragoza. El presente trabajo se elaboró en el marco de la investigación en el método transnacional como expresión del derecho internacional privado desarrollado en el marco del doctorado en derecho. Correo electrónico: nestor.londono@upb.edu.co.

las que vivimos. No se trata sólo de una cuestión puramente económica o de liberalización del comercio mundial, se trata de algo mucho más profundo que se está instalando en la conciencia misma de los individuos, sin que sean necesariamente conscientes del fenómeno.

La globalización también influye en la configuración y delimitación del derecho privado interno como, por ejemplo, la regulación societaria y de insolvencia, los títulos valores, los contratos y las obligaciones, en especial respecto de las limitaciones que se imponen en las operaciones con consumidores, ahora bien, el problema de la distinción entre derecho público y derecho privado es un asunto que depende especialmente de la tradición jurídica de cada Estado.

En el estudio del Derecho internacional privado sigue siendo importante la citada distinción, puesto que es necesario diferenciar las normas relativamente imperativas, que hacen parte del derecho privado, y las absolutamente imperativas como son las normas de policía.¹

Las relativamente imperativas, son aquellas que siendo obligatorias en el derecho interno, pueden ceder ante la aplicación del derecho extranjero, y las absolutamente imperativas, cuya efectividad normalmente es exclusivamente territorial, por ser normas de derecho público que el Estado crea para organizar el Estado mismo, e imponer un orden determinado por las necesidades sociales particulares de la comunidad o que son esenciales para garantizar el orden y los intereses del Estado, pero cuya aplicación no impide la aplicación del derecho extranjero señalada por la norma de conflicto para las situaciones privadas internacionales.²

Siendo la diferenciación aún relevante y necesaria, con el fin de llevar soluciones a los hechos y relaciones privadas que vinculan dos más Estados, podremos reconocer el contenido del derecho privado y entonces apreciar la presión que la globalización ejerce sobre ese derecho.

En primer lugar, se predica la existencia de una “americanización” del derecho privado, que consiste en una recepción, del pensamiento legal anglosajón en Estados en los que opera el derecho continental o de origen ro-

¹ “El creciente intervencionismo del Estado en materias tradicionalmente sujetas al Derecho privado por su vinculación con la protección de intereses individuales, ha dado lugar a una extensión funcional del ámbito de acción de las leyes de policía, cuyo paradigma es el amplio campo de actuación que ofrece en nuestros días el denominado “orden público económico”, circunstancia que ha contribuido a difuminar los perfiles entre leyes de policía, normas materiales imperativas y orden público en sentido genérico”. Sánchez Lorenzo, S. A., & Fernández Rozas, J. C., *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Civitas S.A., 2009, p. 71.

² *Ibidem*, p. 72., Calvo Caravaca, A.-L., & Carrascosa González, J. *Derecho internacional privado*, Granada: Comares, 2013, p. 333.

mano-germánico, incluida Europa continental, particularmente de influencia de los Estados Unidos, del Reino Unido³ o de Australia.⁴

Esa tendencia es evidente por ejemplo, en la adopción de nuevos conceptos de negocio, la cual no se limita al uso o amplia difusión del inglés estadounidense (*leasing, factoring, franchising*), sino a la formación de prácticas contractuales derivadas de figuras anglosajonas, esa tendencia se explica en particular, en el derecho comercial, por la supremacía que Estados Unidos ha tenido en el comercio a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial y el prestigio (justificado o no) de estudiar derecho en universidades estadounidenses.⁵

Esta influencia, recepción o dominación del derecho estadounidense (según la posición que se asuma) es especialmente notoria en materia financiera, contractual y societaria, en la cual los Estados, bien, por su propia iniciativa o por recomendación de instituciones internacionales de crédito con el fin de recibir préstamos, deciden reformar su derecho privado con el fin de mejorar en los índices internacionales de negocios y mejorar sus posibilidades de recibir inversión extranjera y créditos más baratos y de mayor plazo.

A la par de la “americanización” del derecho privado, aparece también el fenómeno de la “europeización”, que es una formación de un derecho privado europeo que, por la vía supranacional,⁶ va cambiando los derechos internos de los países miembros. La globalización en Europa se va manifestando al consolidar estos países miembros de la integración, un mercado común y en consecuencia el derecho que debe estar al servicio de éste. Aunque aún subsisten muchos problemas y diferencias en los sistemas legales, que dificultan la armonización jurídica anhelada, que se facilite, la movilización de personas y capitales.

La globalización está dando lugar a la creación de un sistema de normas transnacionales, que no sólo generan influencia en el derecho privado interno de los Estados, sino que, además, en algunos casos, se convierte en el sistema de normas elegido por las partes para regular su relación privada

³ Mattei, U., “A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 10, 2013, pp. 383-447.

⁴ Es notoria la influencia que el derecho estadounidense ha ejercido en la configuración del derecho de responsabilidad civil de Australia. Cane, P., “Searching for United States Tort Law in the Antipodes”, *Pepperdine Law Review*, vol. 38, 2011, pp. 257-282.

⁵ Wiegand, W., “The Reception of American Law in Europe”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, 1991, p. 236.

⁶ Basedow, J., “La progresiva europeización del derecho contractual,” *R. E. D. I.*, 2004, p. 16.

y con el cual se deciden casos internacionales, especialmente en manos de los árbitros.

Instituciones como UNIDROIT,⁷ ELI,⁸ UNCITRAL,⁹ CCI,¹⁰ entre otras, forman unos cuerpos normativos de creación privada, cuyo alcance y naturaleza es fuente de controversia hoy en el estudio del derecho y que se han conocido como la nueva *lex mercatoria*, concebida como un conjunto de normas que son creadas al margen de los Estados por las necesidades y prácticas del comercio internacional, en un mundo globalizado, aplicadas principalmente por los árbitros internacionales.¹¹

En el desarrollo de este sistema jurídico transnacional, el papel del árbitro ha sido definitivo, pues ha sido el instrumento a través del cual la *lex mercatoria* se materializa en decisiones que van a ser reconocidas y ejecutables en casi todos los países del mundo, gracias al éxito de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958), sin embargo aún la aplicación de estas normas o reglas por parte de los jueces nacionales genera muchas dudas.

Pero la *lex mercatoria* no es algo nuevo, algunos estiman que tiene origen en el Edad Media y otros aseguran que ese origen medieval no encuentra soporte en evidencia histórica.¹²

[E]l derecho mercantil y comercial alcanzó su primigenia consolidación desde el surgimiento en el medioevo de una clase social las Societas Mercatorum la cual se dedicó al comercio. La Societas adquirió mayor poder dentro de la sociedad e implementó una serie de usos y costumbres profesionales que se denominaron *lex mercatoria*.¹³

Sin embargo, con el advenimiento del Estado Nacional y los procesos de codificación del derecho comercial del siglo XIX, la *lex mercatoria* habría

⁷ UNIDROIT., *International Institute for the Unification of Private Law*, 2014, <http://www.unidroit.org>.

⁸ ELI. europeanlawinstitute.eu. The European Law Institute, 2014, <http://www.european-lawinstitute.eu>.

⁹ UNCITRAL. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2014, <http://www.uncitral.org/>.

¹⁰ CCI.. International Chamber of Commerce, 2014, <http://www.iccwbo.org>.

¹¹ "Private law beyond Sate? Europeanization, Globalization, Privatization," *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2006, p. 869.

¹² Sachs E. S. From St. Ives to cyberspace: the modern distortion of the medieval "law merchant". (*American University International Law Review*, 2006) p. 695.

¹³ Cadena Afanador, W. R. La nueva Lex Mercatoria: Un caso pionero en la globalización del Derecho (Papel Político No. 13, 2001) p. 101.

desaparecido, para dar paso a la estructuración de un derecho comercial nacional, expresión de la soberanía, para rechazar un derecho de clases que superaba las fronteras nacionales y era aplicado de forma autónoma por los árbitros.

Las falencias del Derecho Internacional Privado, la incertidumbre acerca de la competencia judicial internacional y los límites en el desarrollo del derecho comercial nacional frente a una realidad de operaciones internacionales en todo el mundo pudo haber conducido al surgimiento de un orden jurídico no nacional propio del comercio internacional. Así, comienzan a aparecer instituciones y organizaciones preocupadas por recoger los usos y costumbres del comercio internacional, crear reglas de comportamiento comunes, hasta intentar unificar los sistemas jurídicos del mundo bajo el manto de principios “generalmente aceptados”, que empezaron a dar forma a la *lex mercatoria* como la conocemos hoy en día.

Sin embargo, muchos autores no comparten el entusiasmo por la *lex mercatoria* y consideran que, desde el punto de vista del conflictualismo y el positivismo, un derecho transnacional no es más que un embeleco, a lo sumo una forma de complementar la autonomía de la voluntad, pero que está lejos de construir un verdadero sistema legal al cual los árbitros y jueces puedan acudir con absoluta presidencia de un derecho nacional. Algunos incluso señalan que, la *lex mercatoria* no es más que un pretexto para la subjetividad de los árbitros y que es incapaz de dar forma a verdaderas reglas de derecho. Entre estos detractores del carácter jurídico se encuentran autores como Paul Lagarde, Antoine Kassis y Francois Rigaux, entre otros.

Este trabajo tiene la finalidad de desarrollar una idea que permita identificar el funcionamiento de un derecho transnacional, identificando en él, un instrumento jurídico real para su aplicación por parte, no sólo de los árbitros, sino también de los jueces y autoridades nacionales.

Convirtiéndose este estudio en una necesidad, desde que Batiffol reconociera en el Derecho internacional privado una pluralidad metodológica,¹⁴ la nueva transformación y propuesta que aparea la globalización para la solución de los relaciones privadas internacionales de contenido mercantil que se constata en la realidad a través del ejercicio de los árbitros, demanda una concreción de su funcionamiento y encuadramiento teórico, que vaya más allá de la simple negación, a la identificación de los casos y las formulaciones que en la práctica se están realizando.

¹⁴ Batiffol, H., *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, Hague: Martinus Nijhoff Publishers. 1973.

II. *LEX MERCATORIA*

En la década de 1960 los profesores Berthold Goldman de Francia y Clive Maximilian Schmitthoff de Alemania, formularon la idea de la aparición de una moderna *lex mercatoria*, por lo que ambos son considerados los padres de este concepto jurídico.

Schmitthoff señaló que la *lex mercatoria* moderna era fundamentalmente diferente a la *lex mercatoria* medieval.¹⁵ A partir de allí múltiples autores comenzaron a reflexionar acerca de la *lex mercatoria* moderna usualmente aludiendo al fenómeno medieval. Eso dio lugar a una serie de trabajos que se han centrado en estudiar el paralelismo entre uno y otro, con el fin de confirmar o desvirtuar, el origen, desarrollo y existencia misma de la *lex mercatoria* moderna en función de la medieval.

En una conferencia dictada por Schmitthoff el 1o. de abril de 1964 en la Asociación de Derecho Marítimo de Gotemburgo¹⁶ señaló que la *lex mercatoria* moderna tiene en común con la medieval su aspiración de ser universal, pero que se diferencian en tres características fundamentales:

1. Que la *lex mercatoria* moderna se forma en función de la soberanía del conjunto de Estados soberanos que conforman la comunidad internacional, con su tolerancia y permiso.
2. Que no se deriva del derecho internacional, sino de la autonomía de la voluntad de las partes, como un principio aceptado en forma general por todos los Estados, con algunas condiciones o limitaciones en algunos de ellos, y que les dan la opción de ajustar su contrato a un determinado conjunto de estándares o condiciones que hacen que el contrato sea independiente de las normas nacionales.
3. Que su formulación es hecha por instituciones internacionales como por ejemplo la Cámara de Comercio Internacional, entre otros.¹⁷

La idea de la existencia de un sistema de normas ajeno a los sistemas Estatales nace a partir de las reflexiones de Berthold Goldman en 1964 con su trabajo “*Frontières du Droit et lex mercatoria*”, quien utilizara el término para referirse a un conjunto de normas que estaban apareciendo en las operaciones comerciales internacionales, gracias a la autonomía de la voluntad,

¹⁵ Schmitthoff, M. C., “The Law of International Trade, its Growth, Formulation and Operation” in C.-J. Cheng, Clive M Schmitthoff’s, *Select essays on international trade law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publisher, 1998, p. 168.

¹⁶ *Ibidem*, p. 170.

¹⁷ *Ibidem*, p. 172.

tales como los INCOTERMS® (términos internacionales de comercio) y las reglas relativas al crédito documentario, ambos instrumentos creación de la Cámara de Comercio Internacional —CCI—. ¹⁸

En 1986 Goldman definiría la *lex mercatoria* como “un conjunto de principios y normas de la costumbre que se refieren o son elaborados en el marco del comercio internacional, sin relación con un ordenamiento jurídico estatal”. ¹⁹

Resulta paradójico, pero es correcto, que la principal fuente del derecho mercantil internacional sea el derecho mercantil interno. Ello es consecuencia del uso del método conflictual para determinar el derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales de contenido mercantil, ²⁰ ya que la norma de conflicto aplicable al supuesto de hecho remite a un ordenamiento jurídico nacional.

Como se expone a continuación, la principal fuente del derecho mercantil internacional es la ley interna de los Estados, esta es la fuente más usada para resolver asuntos del comercio internacional, puesto que es la fuente más comúnmente utilizada para la solución de los problemas relativos a esta rama.

Un estudio empírico realizado en el año 2004 por Christopher R. Drahozal de la Universidad de Texas tomó como muestra los pactos de ley aplicable de casos sometidos al arbitraje de la CCI entre los años 2000 y el 2003 y encontró que entre el 74% y el 80% optaban por una ley nacional. ²¹

Igualmente, la CCI reporta en sus estadísticas de casos arbitrales que, respecto de los casos presentados entre 2007 y 2011, el 85% de las partes eligieron el derecho aplicable a través de una cláusula. Del total de contratos analizados (3615) ²² entre estos años, el 98% de las partes eligieron como aplicable una ley nacional, un 1% la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y respecto al resto, unos ocho casos usa-

¹⁸ Goldman, B., “Frontières du Droit et lex mercatoria”, *Archives de Philosophie du Droit*, 1964.

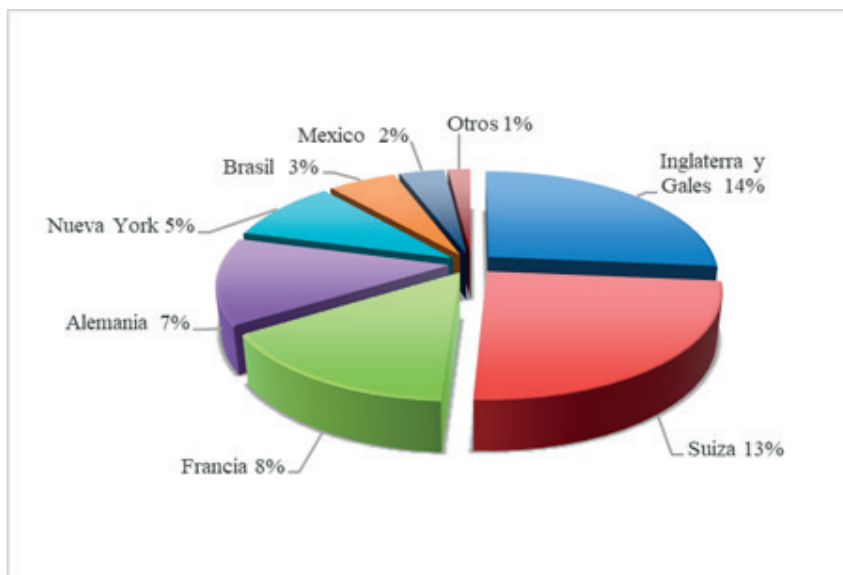
¹⁹ Traducción nuestra de: “...a set of general principles and customary rules spontaneously referred to or elaborated in the framework of international trade, without reference to a particular national system of law”. Goldman, B. General Principles of Law-the *lex mercatoria*. J. D. Lew, *Contemporary problems in international arbitration*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pp. 113-125.

²⁰ Drahozal, Christopher, “Contracting out of national law: an empirical look at the new law merchant”, *Notre Dame Law Review*, 2005, p. 539.

²¹ Drahozal, Christopher, “Contracting out of national law: an empirical look at the new law merchant”, *Notre Dame Law Review*, 2005, p. 539.

²² Fry, Jason, Greenberg, Simon y Mazza, Francesca, *The secretariat’s guide to ICC arbitration*, Paris, ICC Publication, 2012, p. 220.

ron los INCOTERMS y unos 7 casos eligieron los Principios UNIDROIT, entre otros instrumentos del derecho mercantil internacional.²³



Entre las leyes nacionales elegidas (unos 3551 contratos analizados), aparece en primer lugar las leyes de Inglaterra y Gales con un 14%, la ley de Suiza (13%), ley de Francia (8%), ley de Alemania (7%), ley del Estado de Nueva York (5%), ley de Brasil (3%), y la ley de México (2%).²⁴

Esto indica que la ley nacional, no solo es la preferida por los contratantes, sino también es la norma que usualmente regula las cuestiones mercantiles internacionales. Ello evidencia asimismo que el uso de instrumentos de derecho transnacional es bajo.

Así, el derecho mercantil interno se utiliza en ausencia de una norma material especial o subsidiariamente a ésta, en supuestos de hecho como los siguientes:

1. Cuando las partes introducen en sus contratos cláusulas eficaces de elección del derecho aplicable, señalando el derecho de un Estado, ante jueces y árbitros y estos resuelven el caso con base en las normas sustantivas privadas de dicho Estado.
2. Cuando los jueces, al aplicar una norma de conflicto de su sistema, determinan que el derecho aplicable (*lex causae*) sea una norma na-

²³ *Ibidem*, p. 223.

²⁴ *Ibidem*, p. 224.

cional, bien sea la ley propia del juez competente (*lex fori*) o una extranjera.

3. Cuando los árbitros en el ejercicio de las atribuciones que les son asignadas en los reglamentos arbitrales o la ley eligen el derecho extranjero aplicable más apropiado o conforme a las reglas de conflicto más convenientes.

III. COMPOSICIÓN DE LA *LEX MERCATORIA*

El derecho mercantil internacional se compone de fuentes formales de los sistemas internos, convencionales, institucionales y transnacionales. El problema con las últimas es que, al no ser emitidas por organismos nacionales, instituciones de derecho internacional público u organismos de integración económica, no existe una definición clara acerca de su naturaleza jurídica.

Con el fin de llegar a determinar la aplicabilidad de las fuentes del derecho mercantil transnacional es necesario hacer el inventario de los parámetros que se están aplicando en el comercio internacional para regular las relaciones privadas y que proveen soluciones a los problemas de tales operaciones, así como un listado de los parámetros que las partes pueden seguir para ordenar su conducta conforme a ellos, frente a unos tipos de relaciones concretos.

Para su estudio se dividen las fuentes del derecho mercantil transnacional en tres grupos. En primer lugar, los principios, los cuales estarían compuestos por catálogos de normas generales que han emitido organizaciones privadas, incluso si han llegado a ser normas nacionales. En segundo lugar, las regulaciones contractuales, esto es normas que de manera específica regulan un contrato o aspectos de este y que son creadas al margen de las leyes nacionales, en las que incluimos los reglamentos arbitrales internacionales, por ser esta expresión de un acuerdo y finalmente, estándares profesionales, que son colecciones de contratos modelo o guías de trabajo de organizaciones internacionales.

Este listado no excluye los tratados que no han sido ratificados, y las sentencias y laudos que han aplicado o reconocido aspectos de la *lex mercatoria*, pero estos constituyen más un desarrollo de los instrumentos transnacionales o se han desarrollado inspirados en estos.

1. Principios

- a. Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010

- b. Principios del derecho contractual europeo (Principles of european contract law (PECL)
 - c. Principios Translex
 - d. Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos - Uniform Commercial Code
 - e. Restatement (Second) of Contracts
2. Regulaciones específicas:
- a. INCOTERMS
 - b. ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP 600)
 - c. Uniform Rules for Collections (URC 522)
 - d. International Standby Practices (ISP 98)
 - e. ICC Uniform Rules for Forfaiting (URF 800)
 - f. Reglamentos arbitrales internacionales
 - i. Reglamento UNCITRAL
 - ii. Reglamento CCI
 - iii. Reglamenteo ICDR
 - iv. Reglamento CIAC
 - v. Reglamento de la LCIA
 - vi. Reglamento arbitraje GAFTA
3. Contratos modelos (instituciones creadoras):
- a. International Chamber of Commerce (ICC)
 - b. International Swaps and Derivatives Association (ISDA)
 - c. Grain and Feed Trade Association (GAFTA)
 - d. Seeds and Fats Association (FOSFA)
 - e. London Metal Exchange (LME)
 - f. Refined Sugar Association (RSA)
 - g. London Rice Brokers Association (LBRA)
 - h. Federation of Cocoa Commerce (FCC)

No se trata de una lista cerrada, pero sí de los instrumentos de mayor reconocimiento y acogida entre los operadores del comercio internacional.

IV. REVISIÓN DE TENDENCIAS EN CONTRATOS ANGLOSAJONES

Gracias a la tecnología, hoy en día resulta sumamente sencillo verificar las tendencias contractuales del momento. Gran número de contratos son accesibles a través de Internet, unos en forma organizada en las bases de datos

de contratos —algunas de acceso público²⁵ y otras de acceso restringido—, y otros son publicados en forma independiente por los interesados. Esto se debe a las exigencias de transparencia de códigos de buen gobierno o exigencias de la ley, en particular cuando se trata de contratación de compañías cotizadas en el mercado de valores o contratación pública estatal.

Efectivamente, la tendencia encontrada en los cientos de contratos revisados es una preferencia por la elección de una ley nacional sin alusión a ninguna clase de instrumento transnacional, incluso si la solución de conflictos pactada es el arbitraje.²⁶

No obstante, se encontró una tendencia generalizada a utilizar los INCOTERMS en la mayoría de los contratos que implicaban transferencia de mercancía, pero al mismo tiempo pactando un derecho nacional aplicable, así por ejemplo en el siguiente caso, las partes definen el uso de dos términos diferentes, dependiendo de la forma como se transporte la mercancía, bien sea en forma área o marítima:

(a) Air “Free Carrier At” (FCA) Qingdao, as defined by Incoterms 2010, to Plantronics selected logistics provider in Qingdao for air shipment. GoerTek will ship Products by freight collect to the order of Plantronics to the destination specified in Plantronics’ purchase order release. (b) Ocean “Delivered at Terminal” (DAT) Ensenada, Rotterdam or other ports specified by Plantronics, as defined by Incoterms 2010, to via ocean shipment. GoerTek shall pay for freight charges and insurance charges under the term. Insurance coverage is 110% of the value of a shipment. Freight and insurance rate shall be prior agreed by Plantronics. Plantronics shall reimburse GoerTek for the amount of freight charges and insurance charges (“DAT logistics charges”) GoerTek paid.²⁷

²⁵ One Cle. Sample Business Contracts from SEC Filings, 2016. <http://contracts.onecle.com/>. Find Law. Contracts 2016, <http://corporate.findlaw.com/contracts.html>.

²⁶ Muestra de los contratos inspeccionados: Software Distribution Agreement, Apple Computer, Inc., Earthlink Network, Inc. Herman Miller Inc. & Hansjorg Broser. Purchase Money Note-Salton/Maxim Housewares Inc. & Windmere Durable Holdings Inc. Consulting Agreement Maytag Corp. & Carole Uhrich. Agreement and Plan of Merger, Salton/Maxim Housewares Inc. & Toastmaster Inc. Café De Montaña Verde, Inc. & Asalariado Stock Confianza. License and Distribution Agreement, Michael Kors, Llc & Michael Kors Trading (Shanghai) Company Limited. Supply and Distributorship Agreement, Aclara Biosciences, Inc & Roche Diagnostics Corporation. Aircraft Purchase & Sale Agreement Jets Ejecutivos, S.A. De C.V and Dr. Patrick Soon-Shiong (“Buyer”). Franchise Agreement, Gloria Jean’s®, Gloria Jean Cafés Gourmet Franchising Corp. & Illinois Corporation. Joint Venture Operating Agreement, Napster & Tower Records Japan Inc. Commercial Management Agreement-Noemi Shipping Co. Ltd. and Scorpio Commercial Management sam. Licensing Representation Agreement, Cragar Industries, Inc. & Global Entertainment Corporation.

²⁷ Development and Manufacturing Agreement-Plantronics BV and GoerTek Inc.

Este pacto coexiste además con un pacto de derecho aplicable incorporado al final del contrato que señala: “This Agreement is governed by the laws of California, without regard to the conflicts of laws principles”.²⁸

Se podría afirmar que en el mundo financiero las reglas UCP son el estándar. El hallazgo realizado en los contratos analizados es la frecuencia de pactos escalonados. En dichos contratos coexisten estas reglas con el derecho de un Estado, en un mismo artículo o dispersos en dos artículos separados. En el segundo caso, suele existir un artículo especial acogiendo las reglas y otro, normalmente en la parte miscelánea del contrato, en el cual se designa la ley nacional aplicable.

Dos ejemplos de un pacto escalonado entre reglas UCP y ley nacional indican lo siguiente:

This Agreement and each Application, and Applicant’s and your performance under this Agreement and each Application, shall be governed by and be construed in accordance with the laws of the State of California. Unless you otherwise specifically agree in writing, each Credit, the opening of each Credit, the performance by you under each Credit, and the performance by the Beneficiary and any advising, confirming, negotiating, paying or other bank under each Credit, shall be governed by and be construed in accordance with the UCP in force on the date of the issuance of each Credit.²⁹

El crédito que se otorga en virtud de la Solicitud de Apertura Carta de Crédito y este Contrato Marco, se rigen por las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios de la Cámara de Comercio Internacional, publicación 600 (UCP 600) y/o las publicaciones que la complementen o reemplacen, así como por la legislación de la República del Perú que fuere aplicable.³⁰

No obstante, encontramos modelos de contratos de crédito documentario que optan por una solución más simple, acogiéndose directa y simplemente a las reglas de la CCI, indicando la versión en una formula sencilla y no conteniendo otros pactos de derecho aplicable: “Regulado por las Reglas y Usos Uniformes del Crédito Documentario (UCP 600) publicadas por la Cámara de Comercio Internacional en 2007”.³¹

²⁸ *Idem*.

²⁹ Standby Letter of Credit Agreement - Wells Fargo Bank NA and Handspring Inc.

³⁰ Banco GNB. Contrato marco de crédito documentario, 2013, http://www.bancognb.com.pe/main/download?file=peru%2Fbanca_empresa%2Fcomercio_exterior%2Fcarta_credito_importacion%2Fcci_contrato_marco_carta_credito_importacion_26092013.pdf.

³¹ Plancameral. Modelos de contratos internacionales. Póliza de crédito documentario con anticipo clausula roja, 2012, http://www.plancameral.org/camaras_internacional-portlet/file/bf916f63-2678-4765-be59-2b955ca5e6d9.

No obstante, revisadas estas bases, no aparece el uso de ninguno de los cuerpos de principios mencionados, ni siquiera de los principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, cuya popularidad es mucho mayor.

Pero en mercados específicos, como por ejemplo el comercio de derivados, el uso del Acuerdo Máster de ISDA es enorme, esto resulta precisamente porque ISDA como organización está compuesta fundamentalmente por los operadores del mercado de derivados y entidades financieras del mundo quienes actúan asiduamente en dicho mercado.³²

V. USO DE LA LEX MERCATORIA EN DECISIONES JUDICIALES Y ARBITRALES

Es abundante la información respecto de la aplicación de los principios UNIDROIT, gracias a la tarea importante que se realiza a través de la base de datos UNILEX³³ encabezada por Michael Joachim Bonell, puesto que en ella se pueden consultar laudos y sentencias judiciales de todo el mundo que han aplicado los principios, y esto hace que sea una base de obligatoria consulta y por lo tanto redundante en el éxito que los principios han tenido.

UNILEX, registra un total de 192 laudos, que desde 1990 hasta el 2013, utilizaron en alguna medida los principios UNIDROIT.³⁴ La revisión de la base Kluwer Arbitration en 2016, arroja como resultado que respecto del uso de los principios UNIDROIT se registran 36 casos, respecto de los principios PECL sólo 3 casos y respecto de los principios TLDB o Trans-lex, no se registra ningún caso.

El Laudo ICC 7110 de 1995 ha sido citado en muchas ocasiones en otros laudos, los árbitros decidieron la aplicación de los principios a falta de indicación expresa de las partes acerca del derecho aplicable, fundados principalmente en la calidad de los principios, la relación de estos con la convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías y la claridad de sus normas que por contar con el formato de un *restatement*, facilita el proceso de acceso e interpretación de la norma.³⁵

³² International Swaps and Derivatives Association. ISDA Master Agreement, 2002, <http://www.isda.org/publications/isdamasteragrmnt.aspx#ma>.

³³ Centre for Comparative and Foreign Law Studies. UNIDROIT principles of international commercial contracts, 2002, <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=14311>.

³⁴ *Idem*.

³⁵ “*The reasons why this Tribunal considers the UNIDROIT Principles to be the central component of the general rules and principles regarding international contractual obligations and enjoying wide international*

Laudo CCI 10422 de 2001, el cual parte de la ausencia de un pacto expreso de derecho aplicable por las partes, pero que expresa el deseo de las partes de una solución neutral de la controversia, lo cual lleva a los árbitros a la aplicación de los principios, reconociendo en ellos la calidad jurídica de sus formulaciones y soluciones.³⁶

En particular dos tribunales arbitrales han considerado que los principios UNIDROIT contienen los principios generales del derecho comercial que son aplicables para resolver los problemas que no están expresamente resueltos en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, por cuanto en esta en el artículo 7-2 establece: “Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención...”.³⁷

consensus, which constitutes the proper law of the Contracts, are manifold: (1) the UNIDROIT Principles are a restatement of international legal principles applicable to international commercial contracts made by a distinguished group of international experts coming from all prevailing legal systems of the world, without the intervention of States of government, both circumstances rebounding to the high quality and neutrality of the product and its ability to reflect the present stage of consensus on international legal rules and principles governing international contractual obligations in the world, primarily on the basis of their fairness and appropriateness for international commercial transactions falling within their purview; (2) at the same time, the UNIDROIT Principles are largely inspired [by] an international uniform-law text already enjoying wide international recognition and generally considered as reflecting international trade usages and practices in the field of the international sales of goods, which has already been ratified by almost 40 countries, namely the 1980 Vienna Convention of the International Sale of Goods; (3) the UNIDROIT Principles are specially adapted to the contracts being the subject of this arbitration, since they cover both international sale of goods and supply of services; (4) the UNIDROIT Principles (see their preamble) have been specifically conceived to apply to international contracts in instances in which, as it is the case in these proceedings, it has been found that the parties have agreed that their transactions shall be governed by general legal rules and principles; and (5) rather than vague principles or general guidelines, the UNIDROIT Principles are mostly constituted by clearly enunciated and specific rules coherently organised in a systematic way...”. ICC, Bulletin of the ICC International Court of Arbitration, 1999, vol. 10/2, p. 39.

³⁶ “Now, in the absence of an express indication as to the domestic law of a third country, the most appropriate solution in the case in which the parties express their desire for a neutral solution is to apply the general rules and principles of international contracts, the so-called *lex mercatoria*.”

In this context, for questions concerning general contract law, reference can be made to the “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts” which represent—except for a few provisions (such as for example the provisions on hardship: see ICC Award N° 8873 of 1998, in *Journal droit int.*, 1998, p. 1017)—a “restatement” of the rules that parties engaged in international trade consider to be consonant with their interests and expectations. This has been recognised in numerous arbitral awards in which the UNIDROIT Principles have been applied as an expression of the *lex mercatoria* or of international trade usages”. ICC International Court of Arbitration. ICC International Court of Arbitration 10422. 2001, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=957>.

³⁷ Hof van Cassatie, Bélgica, 19 de junio de 2009, cuya traducción en inglés puede consultarse en la dirección de Internet cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html. Instituto de

Esta misma fórmula aparece en otros instrumentos, como en el artículo 7-2 de la Convención sobre representación en la compraventa internacional de mercancías UNIDROIT 1983,³⁸ el artículo 4-2 de la Convención sobre *factoring* internacional UNIDROIT 1988,³⁹ artículo 6-2 de la Convención sobre leasing internacional UNIDROIT 1988,⁴⁰ artículo 7-2 de la Convención sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional CNUDMI 2001⁴¹ y el artículo 5-2 de la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales CNUDMI 2005.⁴²

Probablemente la tendencia más extendida en el uso de los principios, incluso cuando se trata de decisiones que emanan de jueces nacionales, es la de usarlos como una manera de apoyar una determinada solución legal basada en un derecho nacional. El juez o el árbitro toma el derecho nacional aplicable y establece una teoría acerca de su forma de aplicación, con el fin de apoyar dicha posición, cita los principios, mostrando como la solución propuesta coincide con un enunciado de estos.

Como ejemplo de esto se pueden citar los laudos de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, marzo de 1998 (laudo núm. 9117), Unilex; Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 1997 (laudo núm. 8817), Unilex.

Por otra parte, son abundantes los ejemplos en los tribunales nacionales que han utilizado los principios UNIDROIT. En la base UNILEX se reportan 240 casos en los que jueces nacionales han aplicado la *Lex mercatoria*. En particular se destacan Rusia con 40 casos, España con 26, Ucrania con 21, Australia, China y Lituania con 14 cada uno, así como Italia y Países Bajos con 13.

Arbitraje de los Países Bajos, Países Bajos, 10 de febrero de 2005, que puede consultarse en la dirección de internet cisgw3.law.pace.edu/cases/050210n1.html.

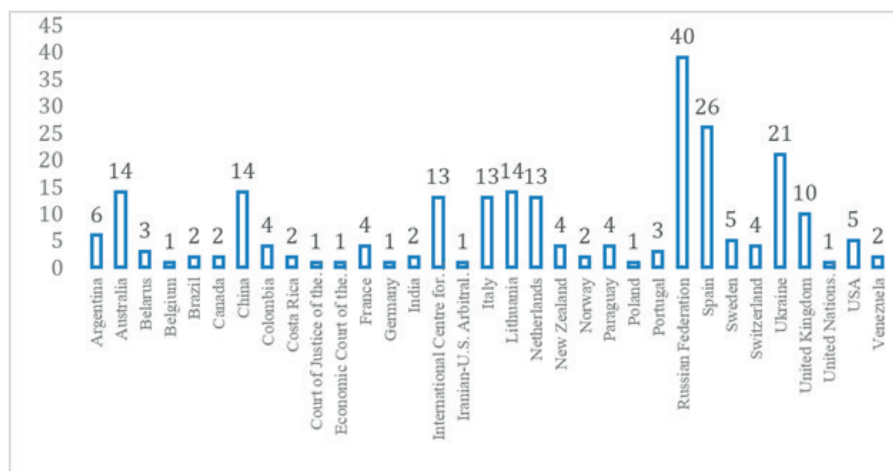
³⁸ International Institute for the Unification of Private Law. Convention on Agency in the International Sale of Goods, 1983, <http://www.unidroit.org/instruments/agency>.

³⁹ International Institute for the Unification of Private Law. UNIDROIT convention on international factoring, 1998: <http://www.unidroit.org/instruments/factoring>.

⁴⁰ International Institute for the Unification of Private Law. UNIDROIT convention on international financial leasing, 1998, <http://www.unidroit.org/instruments/leasing/convention-leasing>.

⁴¹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, 2001, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/payments/receivables/ctc-assignment-convention-s.pdf>.

⁴² Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, 2005, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf.



Entre las decisiones españolas referenciadas se encuentran 15 que corresponden al Tribunal Supremo, entre ellas encontramos el uso de los principios como fuente a través de la cual se corroboran las posiciones del tribunal.

En un fallo del 2007 y con el fin de apoyar su posición, destaca entre paréntesis lo siguiente: “por su especial significación en el ámbito mercantil, véase, a este respecto, Principios de Unidroit, art. 7.4.3”.⁴³

En igual sentido una decisión del 2008 señaló:

Modernamente, los textos internacionales relativos a obligaciones y contratos han recogido una línea, fundada en el derecho inglés, que se resume diciendo que una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial (art. 7.3.1 de los Principios sobre los Contratos Comerciales internacionales, UNIDROIT), y se considera que es esencial si priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar como consecuencia del contrato, o bien, “si otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento efectivo de la otra”. Este principio se repite en el art. 8.101 (1) de los Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL)...⁴⁴

En similares circunstancias, otro fallo del 2007 cita el artículo 7.3.1 de los principios con el fin de indicar en qué momento se presenta el incumplimiento de un contrato.⁴⁵

⁴³ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de mayo de 2007, *unilex.info/case.cfm?id=1217*.

⁴⁴ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de diciembre de 2008, *unilex.info/case.cfm?id=1467*.

⁴⁵ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23 de julio de 2007, *unilex.info/case.cfm?id=1218*.

Al revisar las decisiones en su conjunto, se infiere claramente que los principios son usados tanto en casos nacionales, como en casos internacionales y que se usan fundamentalmente para corroborar las decisiones que han tomado y en algunas ocasiones como complemento de instrumentos internacionales aplicables a la situación privada.

En Colombia, encontramos un fenómeno particular, los INCOTERMS han sido reconocidos por la Cámara de Comercio de Bogotá como una costumbre local. Esto implica que cuando las partes en Colombia los utilizan en sus contratos, su contenido será el establecido por las reglas de la ICC e indica que será el texto de los INCOTERMS que se encuentre en vigencia al momento de perfeccionamiento del contrato.⁴⁶

Esto resulta sumamente llamativo, por cuanto define, sin necesidad del pacto modelo, cual es el texto de la CCI aplicable a este contrato.

Esto implica que se requiere que las partes pacten alguno de los 11 términos de la versión 2010, haciendo alusión a alguno de los acrónimos, pues se entendería que su contenido es el establecido en tales reglas. Allí se hace necesario entonces el elemento volitivo, sin el cual no podría aplicarse como costumbre tal o cual término, pues las partes lo tuvieron que haber delimitado previamente, así sea que solo aludan al acrónimo, sin necesidad de confeccionar el pacto conforme a las instrucciones del texto guía de los INCOTERMS.

Adicionalmente, las reglas UCP también han sido reconocidas por la Cámara de Comercio de Bogotá como una costumbre local. Esto hace que sea obligatorio para las transacciones financieras adelantadas en esa ciudad el uso de las Reglas UCP-600, por cuanto conforme al código de comercio colombiano la costumbre certificada tiene la misma fuerza que la ley.⁴⁷

En Bogotá, D.C., existe la costumbre mercantil de sujetar los derechos y obligaciones que se derivan de las cartas de crédito en los contratos de compraventa internacional de mercaderías a las reglas y los usos uniformes adoptados por la Cámara de Comercio Internacional en el folleto 600.⁴⁸

⁴⁶ Cámara de Comercio de Bogotá. “Listado de costumbres mercantiles–INCOTERMS, 2016”, <http://www.ccb.org.co/Inscripciones-y-renovaciones/Matricula-Mercantil/Todo-sobre-la-Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles>.

⁴⁷ Código de Comercio, Art. 3o., “Autoridad de la Costumbre Mercantil–Costumbre Local–Costumbre General. La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarie manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella (...)” Código de Comercio colombiano, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html.

⁴⁸ Cámara de Comercio de Bogotá. “Listado de costumbres mercantiles-sector financiero, 2016”, <http://www.ccb.org.co/Inscripciones-y-renovaciones/Matricula-Mercantil/Todo-sobre-la-Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles>.

En este caso, aun en los contratos en que no se hayan pactados las reglas UCP-600, por el hecho de haber sido concluido el contrato en Bogotá le son aplicables, por cuanto conforman una costumbre con fuerza de ley en ese territorio, conforme a ley comercial. A diferencia de los INCOTERMS, no tendría que existir un pacto expreso o implícito de acogerse a estas reglas.

VII. CONCLUSIONES

La *lex mercatoria* aparece como una opción alternativa al uso de los derechos nacionales para la regulación de las situaciones privadas internacionales.

Su uso, aun cuando importante, constituye apenas una pequeña fracción del conjunto de casos y contratos que requieren una solución a su regulación. No obstante, en ciertos temas, la *lex mercatoria* predomina, por encima de soluciones nacionales, en particular los INCOTERMS y las reglas UCP para el crédito documentario.

En últimas el uso de la *lex mercatoria* se realiza:

1. Como norma principal elegida por las partes para la regulación de su situación privada.
2. Como norma principal por ser costumbre internacional reconocida utilizada por jueces o árbitros para decidir cuestiones mercantiles.
3. Como norma principal elegida por los árbitros como apropiada a falta de elección gracias a la libertad que los reglamentos más reconocidos le otorgan a los árbitros para actuar.
4. Como norma subsidiaria de la ley nacional elegida por las partes, cuando esta resulta insuficiente para regular cuestiones mercantiles especializadas.

Como norma de referencia, que usan los jueces y árbitros para corroborar las decisiones que toman.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BANCO GNB. Contrato marco de crédito documentario, 2013, http://www.bancognb.com.pe/main/download?file=peru%2Fbanca_empresa%2Fcomercio_exterior%2Fcarta_credito_importacion%2Fcci_contrato_marco_carta_credito_importacion_26092013.pdf.

BASEDOW, J. *La progresiva europeización del derecho contractual* (R. E. D. I., 2004).

BATIFFOL, H. *Le pluralisme des méthodes en droit international privé* (Hague: Martinus Nijhoff Publishers. 1973).

- Bulletin of the ICC International Court of Arbitration*, 1999, vol. 10/2, p. 39.
- CADENA AFANADOR, W. R. “La nueva *Lex mercatoria*: Un caso pionero en la globalización del Derecho” (Papel Político No. 13, 2001).
- CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho del comercio internacional* (Madrid: Constitución y Leyes, 2012).
- CALVO CARAVACA, A. L., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado* (Granada: Comares, 2013).
- Cámara de Comercio de Bogotá. *Listado de costumbres mercantiles-sector financiero*, 2016, <http://www.ccb.org.co/Inscripciones-y-renovaciones/Matricula-Mercantil/ToDo-sobre-la-Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles>.
- Cámara de Comercio de Bogotá. *Listado de costumbres mercantiles-INCOTERMS*, 2016, <http://www.ccb.org.co/Inscripciones-y-renovaciones/Matricula-Mercantil/ToDo-sobre-la-Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles>.
- CANE, P. *Searching for United States Tort Law in the Antipodes* (Pepperdine Law Review, 2011).
- CCI. *International Chamber of Commerce*, 2014, <http://www.iccwbo.org>.
- Centre for Comparative and Foreign Law Studies. UNIDROIT principles of international commercial contracts, 2002, <http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmid=14311>.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, 2001, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/payments/receivables/ctc-assignment-convention-s.pdf>.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, 2005, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/06-57455_Ebook.pdf.
- DRAHOZAL, C. R. *Contracting out of national law: an empirical look at the new law merchant* (Notre Dame Law Review, 2005).
- ELI. [europeanlawinstitute.eu](http://www.europeanlawinstitute.eu). The European Law Institute, 2014, <http://www.europeanlawinstitute.eu>.
- FRY, J., GREENBERG, S., & MAZZA, F. *The secretariat's guide to ICC arbitration* (Paris: ICC Publication, 2012).
- GOLDMAN, B. *General Principles of Law—the lex mercatoria*. J. D. Lew, Contemporary problems in international arbitration (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986).
- GOLDMAN, B. *Frontières du Droit et lex mercatoria* (Archives de Philosophie du Droit, 1964).

- HOF VAN CASSATIE, Bélgica (19 de junio de 2009) cuya traducción en inglés puede consultarse en la dirección de Internet cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html.
- ICC International Court of Arbitration. ICC International Court of Arbitration 10422. 2001, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=957>.
- Instituto de Arbitraje de los Países Bajos, Países Bajos, (10 de febrero de 2005) que puede consultarse en la dirección de Internet cisgw3.law.pace.edu/cases/050210n1.html.
- International Institute for the Unification of Private Law. Convention on Agency in the International Sale of Goods, 1983, <http://www.unidroit.org/instruments/agency>.
- International Institute for the Unification of Private Law. UNIDROIT convention on international factoring. 1998: <http://www.unidroit.org/instruments/factoring>.
- International Institute for the Unification of Private Law. UNIDROIT convention on international financial leasing, 1998, <http://www.unidroit.org/instruments/leasing/convention-leasing>.
- International Swaps and Derivatives Association. ISDA Master Agreement, 2002, <http://www.isda.org/publications/isdamasteragrmnt.aspx#ma>.
- MATTEI, U. *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance* (Indiana Journal of Global Legal Studies, 2013).
- MICHAELS, R., & JANSEN, N. “Private law beyond Sate? Europeanization, Globalization, Privatization”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, 2006.
- One Cle. *Sample Business Contracts from SEC Filings*, 2016. <http://contracts.onecle.com/>. Find Law. Contracts 2016, <http://corporate.findlaw.com/contracts.html>.
- PLANCAMERAL. Modelos de contratos internacionales. Póliza de crédito documentario con anticipo clausula roja, 2012, http://www.plancameral.org/camaras_internacional-portlet/file/bf916f63-2678-4765-be59-2b955ca5e6d9.
- SACHS E. S. *From St. Ives to cyberspace: the modern distortion of the medieval “law merchant”* (American University International Law Review, 2006).
- SÁNCHEZ LORENZO, S. A., & FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. *Derecho Internacional Privado*. (Madrid: Civitas S.A., 2009).
- SCHMITTHOFF, M. C. *The Law of International Trade, its Growth, Formulation and Operation*. C.-J. Cheng, Clive M Schmitthoff's select essays on international trade law (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publisher, 1998).
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (16 de mayo de 2007) unilex.info/case.cfm?id=1217.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (23 de julio de 2007), *unilex.info/case.cfm?id=1218*.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (3 de diciembre de 2008), *unilex.info/case.cfm?id=1467*.

UNCITRAL. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2014, <http://www.uncitral.org/>.

UNIDROIT. International Institute for the Unification of Private Law, 2014, <http://www.unidroit.org>.

WIEGAND, W., *The Reception of American Law in Europe* (The American Journal of Comparative Law, 1991).