

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**EL RECONOCIMIENTO DE LA NUEVA LEX MERCATORIA Y SU APLICABILIDAD EN  
EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL PARA LA SOLUCIÓN DE  
CONTROVERCIAS EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES DE  
GUATEMALA**

**EDGAR ROLANDO ABAJ COLOJ**

**GUATEMALA, JUNIO DE 2017**

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**EL RECONOCIMIENTO DE LA NUEVA LEX MERCATORIA Y SU APLICABILIDAD EN  
EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL PARA LA SOLUCIÓN DE  
CONTROVERCIAS EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES DE  
GUATEMALA**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**EDGAR ROLANDO ABAJ COLOJ**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICA Y SOCIALES**

**Guatemala, Junio de 2017**

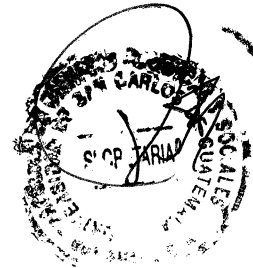
**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutía
VOCAL V:	Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

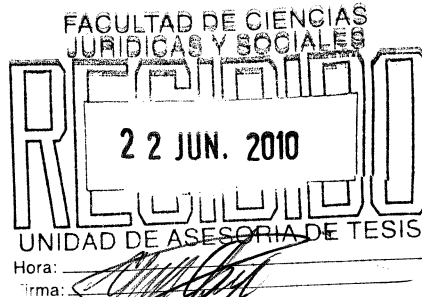
**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Melgar & Melgar Asociados  
Abogados y Notarios  
Bufete Corporativo



Guatemala:  
15 de junio del año 2010.



**Lic. Marco Tulio Castillo Lutín**  
**Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala.**  
**Su Despacho.**

Me place saludarle deseándole los correspondientes éxitos en ese Despacho y demás labores profesionales.

En cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, en mi calidad de Asesor del Trabajo de tesis del Bachiller **EDGAR ROLANDO ABAJ COLOJ**, intitulado **"EL RECONOCIMIENTO DE LA NUEVA LEX MERCATORIA Y SU APLICABILIDAD EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES DE GUATEMALA"**, procedente resulta dictaminar respecto a la Asesoría del mismo debido a las siguientes justificaciones.

- i. El estudiante **EDGAR ROLANDO ABAJ COLOJ**, en su trabajo de tesis, enfoca con bastante propiedad con apoyo en el derecho positivo y la doctrina, sobre el reconocimiento de la nueva lex mercatoria y su aplicabilidad en el arbitraje comercial internacional para la solución de controversias en las relaciones comerciales internacionales de Guatemala. El tema es abordado en una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones y doctrina, conclusiones y recomendaciones, así como regulación legal en la materia, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales y derecho comparado aplicable a nuestro derecho positivo, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad a quien esa clase de información necesite.
- ii. Aunado a lo expuesto, se pudo establecer que el referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado el cumplimiento a los presupuestos tanto de forma como de fondo exigidos por el Artículo treinta y dos (32) del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala ya que las técnicas que se utilizaron fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recopiló la información actual y relacionada con el tema.
- iii. El contenido del trabajo de tesis tiene relación con las conclusiones y recomendaciones, siendo la bibliografía empleada la correcta y relacionada con las citas bibliográficas de los capítulos. Al sustentante, le sugerí ampliar sus capítulos, introducción y bibliografía, bajo el respeto de su posición ideológica; quien se encontró conforme con llevarlas a cabo, y por último pude constatar que la bibliografía era la adecuada para la elaboración del tema.



Melgar & Melgar Asociados  
Abogados y Notarios  
Bufete Corporativo



- iv. El trabajo denota esfuerzo, dedicación y empeño y personalmente me encargué de guiarlo durante las etapas del proceso de investigación científica, aplicando las técnicas de investigación y los métodos analíticos y sintéticos; con lo cual se comprobó la hipótesis que determina que con la aplicación de la lex mercatoria. Lex Mercatoria en el arbitraje internacional se puede llegar a una decisión más justa ya que la aplicación de ley nacional genera conflictos para las partes y para el tribunal arbitral, lo cual se justifica en la implementación de un sistema de derecho común a todos los paricipes del comercio global y brinda más seguridad a las partes
- v. El lenguaje empleado durante el desarrollo de la tesis es correcto y el contenido de la misma es de interés para la ciudadanía guatemalteca, siendo el trabajo un aporte técnico y científico para los estudiantes y catedráticos que manejen el tema del derecho arbitral, trabajo que fue realizado con esmero por parte del estudiante.
- vi. Por lo expuesto concluyo que el trabajo de tesis del bachiller **EDGAR ROLANDO ABAJ COLOJ**, no se limita a cumplir únicamente con los presupuestos de presentación y desarrollo, sino también a la sustentación en teorías análisis y aportes tanto de orden legal como académica, ello en atención a los preceptos del normativo en mención regulados para el efecto, resultando como relevante el contenido analítico inserto en todo el trabajo de investigación.
- vii. En consecuencia en mi calidad de **Asesor** de tesis me permito **DICTAMINAR FAVORABLEMENTE**, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado del autor amerita seguir su trámite hasta su total aprobación para ser discutido en su examen público de graduación y poder optar al grado académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y a los títulos profesionales de Abogado y Notario.

**Sin otro particular me suscribo como su atento y seguro servidor.**

**Deferentemente;**



**Lic. Carlos Giovanni Melgar García**  
**Asesor.**  
**Colegiado 5,912.**

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12  
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y  
SOCIALES. Guatemala, cinco de julio de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) BYRON VINICIO MELGAR GARCÍA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante EDGAR ROLANDO ABAJ COLOJ, Intitulado: "EL RECONOCIMIENTO DE LA NUEVA LEX MERCATORIA Y SU APLICABILIDAD EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES DE GUATEMALA".-

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

  
**LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**



cc. Unidad de Tesis  
MTCL/sllh.



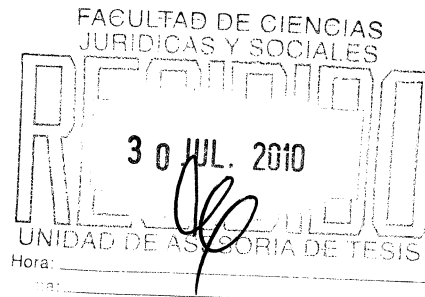
Melgar & Alvarado Asociados  
Abogados y Notarios  
Bufete Corporativo



Guatemala, 21 de julio de 2010.

**Licenciado: Marco Tulio Castillo Lufin**  
**Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala.**  
**Su Despacho.**

**Respetable Licenciado Castillo Lufin.**

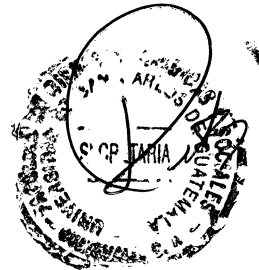


De conformidad con el oficio de fecha cinco de julio del año dos mil diez, me permito a informar a usted que he revisado el trabajo de tesis del estudiante **EDGAR ROLANDO ABAJ COLOJ**, intitulado "**EL RECONOCIMIENTO DE LA NUEVA LEX MERCATORIA Y SU APLICABILIDAD EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES DE GUATEMALA**", procedente resulta dictaminar respecto a la **Revisión** del mismo debido a las siguientes justificaciones.

1. La tesis abarca un contenido científico y técnico, analizando jurídicamente lo fundamental de los principios la lex mercatoria y la comparación con el Código de Comercio y el Código Civil.
2. Los métodos y técnicas utilizadas para la realización del trabajo de tesis fueron acordes para el desarrollo de la misma. Se utilizó el método analítico, con el cual se determinó la importancia de aplicación de los principios de la lex mercatoria en el arbitraje internacional para la solución de controversias en las relaciones comerciales internacionales cuando no es aplicable el derecho interno; el sintético, señaló lo fundamental de las normas aplicables; el inductivo, determinó la normativa vigente relacionada con el derecho mercantil internacional y el deductivo, dio a conocer las consecuencias en la aplicación de estos principios internacionales.
3. Durante el desarrollo del trabajo se utilizó la técnica de fichas bibliográficas y la documental, debido a que con las mismas se obtuvo la información acorde para la elaboración de la tesis con datos de actualidad.
4. El bachiller **EDGAR ROLANDO ABAJ COLOJ** en la elaboración de su trabajo de investigación utilizó un lenguaje correcto y el contenido de la misma es de interés para la ciudadanía guatemalteca, siendo el trabajo un aporte técnico y científico para los estudiantes y catedráticos que manejen el tema del derecho mercantil y especialmente sobre los principios del arbitraje comercial internacional, trabajo que fue realizado con esmero por parte del estudiante
5. Las conclusiones y recomendaciones son acordes y se relacionan con el contenido de la tesis. Después de reunirme con la sustentante, le sugerí varias correcciones al desarrollo de los capítulos de la misma, siempre bajo el respeto de su posición ideológica, y la sustentante estuvo de acuerdo en llevarlas a cabo.



Melgar & Alvarado Asociados  
Abogados y Notarios  
Bufete Corporativo




6. La bibliografía utilizada es la adecuada y actualizada. De manera personal me encargué de guiar a la estudiante bajo los lineamientos de todas las etapas correspondientes al proceso de investigación científico, aplicando para el efecto los métodos y técnicas acordes para la resolución de la problemática relacionada.

El trabajo de tesis, efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por lo cual emito **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

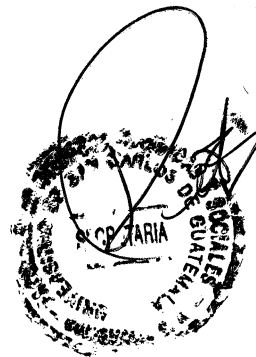
**Sin otro particular me suscribo como su atento y seguro servidor.**

**Deferentemente;**

  
**Byron Viniño Melgar García**  
Revisor  
Col. 6030

**Lic. Byron Viniño Melgar García**  
ABOGADO Y NOTARIO





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, nueve de mayo del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante EDGAR ROLANDO ABAJ COLOJ, Titulado EL RECONOCIMIENTO DE LA NUEVA LEX MERCATORIA Y SU APLICABILIDAD EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS RELACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES DE GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.

## DEDICATORIA

A DIOS:

Ser supremo de luz, fe y sabiduría, que por su bondad y fortaleza me ha dado bendiciones en el trayecto de mi vida profesional el cual me permitió dar la luz para lograr mis objetivos académicos.



A MIS PADRES:

Salvador Abaj Hernández y Felisa ColoJ Suyuc de Abaj, respetuosamente con todo mi amor y agradecimiento por sus sacrificios, consejos y amor; que Dios les bendiga.

A MIS HERMANOS:

Elsa Mariela, Liria Magdalí, Fredy Salvador, Aura Cecilia y Víctor Gerardo.

A MIS FAMILIARES:

Por su apoyo incondicional quienes me exhortaron a seguir adelante durante la trayectoria de mi vida académica. Gratitud por sus consejos.

A LOS ABOGADOS:

Carlos Dionisio Alvarado, Carlos Castro Monroy, Erick Santiago, Francisco ColoJ Mazate, Mardo Toledo, Gonzalo Abaj, Bayron Vinicio Melgar García; gratitud por sus sabios consejos.

A MIS AMIGOS:

Con aprecio y cariño.

A:

La gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala por su calidad académica, y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por su prestigiosa calidad académica.

# ÍNDICE



Introducción.....	i
-------------------	---

## CAPÍTULO I

1. Lex mercatoria.....	1
1.1. Generalidades.....	1
1.2. Naturaleza jurídica de la lex mercatoria.....	6
1.3. Contenido de la lex mercatoria.....	11
1.3.1. Principios.....	12
1.3.2. Usos y costumbres comerciales.....	13
1.3.3. Contratos tipo.....	14
1.3.4. Leyes modelo.....	15
1.3.5. Jurisprudencia internacional.....	16

## CAPÍTULO II

2. La lex mercatoria y los principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en las negociaciones comerciales internacionales de Guatemala.....	17
2.1. los principios para los contratos internacionales.....	17
2.1.1. Libertad de contratación.....	20
2.1.2. Libertad de forma y de prueba.....	21
2.1.3. Pacta sunt servanda.....	22
2.1.4. Jerarquización y límites de los principios.....	22
2.1.5. Interpretación e integración.....	23
2.1.6. Buena fe y lealtad negocial.....	24
2.1.7. Reconocimiento de los usos y las costumbres internacionales.....	25
2.1.8. La interpretación del contrato.....	26



2.1.9. La intención de las partes.....	27
2.1.10. Interpretación contextual del contrato e interpretación lógica de sus disposiciones.....	29
2.1.11. Interpretación contra proferentem.....	30
2.1.12. Integración del contrato.....	31
2.2. Origen de los principios UNIDROIT.....	32
2.3. Ámbito de aplicación.....	33
2.3.1. Mercantilidad del contrato.....	34
2.3.2. Internacionalidad del contrato.....	35
2.4. Funciones de los Principios y aplicaciones jurisprudenciales.....	37
2.4.1. Aplicación de los principios como ley del contrato.....	38
2.4.2. Aplicación de los principios como lex mercatoria.....	41
2.4.3. Aplicación de los principios como modelo para la legislación a nivel nacional o internacional.....	48

### CAPÍTULO III

3. Arbitraje.....	51
3.1. Definición.....	52
3.2. Convenio arbitral.....	56
3.3. Cuestiones aptas para el arbitraje.....	57
3.4. Clases de arbitraje.....	58
3.5. Los árbitros.....	61
3.6. Tribunal arbitral.....	62
3.7. Laudo arbitral.....	69

## CAPÍTULO IV



4. La nueva lex mercatoria y su aplicabilidad en el arbitraje internacional para la solución de controversias en la que Guatemala puede ser parte.....	73
4.1. Aspectos generales.....	73
4.2. Los principios jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.....	80
4.3. Los principios de UNIDROIT aplicados propiamente como la ley del contrato Internacional.....	92
4.5. Los principios de UNIDROIT como Complemento para aplicar la ley doméstica aplicable.....	93
4.6. Los Principios de UNIDROIT como complemento e interpretación de convenciones internacionales	94
<b>CONCLUSIONES</b> .....	95
<b>RECOMENDACIONES</b> .....	97
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	99

## INTRODUCCIÓN



La presente investigación trata de demostrar que la aplicación de la nueva lex mercatoria en el arbitraje comercial internacional, para la solución de controversias en la relaciones comerciales de Guatemala, esto permite afirmar a los tratadistas que no existen leyes de cada país para la solución de conflictos, porque en la actualidad se demuestra la tendencia cada vez más frecuente que los comerciantes deciden que para el caso de que surgieran controversias respecto de la celebración, validez, interpretación o ejecución de sus negocios mercantiles, las mismas se utilicen los usos y costumbres internacionales.

Con la hipótesis se comprobó que con la aplicación de la lex mercatoria en el arbitraje internacional se puede llegar a una decisión más justa debido a que aplicación de ley nacional genera conflictos para las partes y para el tribunal arbitral, lo cual se justifica en la implementación de un sistema de derecho común a todos los partícipes del comercio global y brinda más seguridad a las partes

El objetivo general de este estudio es: establecer que los usos y costumbres establecidas en la lex mercatoria y su aplicabilidad en el arbitraje comercial internacional constituyen un derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes para la solución de conflictos y evitar la aplicación conflictiva de las legislaciones locales de sus respectivos países y los específicos es definir por medio de la presente investigación los alcances y límites que la lex mercatoria tiene en el sector justicia guatemalteco, desde en su punto de vista en su aplicación, académico doctrinal; determinar los alcances que aplicación del arbitraje internacional comercial tendría en basarse en su decisión en los principios generales contenidos en la llamada

lex mercatoria para llegar a una decisión más justa; establecer los beneficios para el Derecho en general que podría traer como consecuencia la aplicación de la lex mercatoria en las relaciones internacionales en nuestro país.



Los métodos empleados dentro de este análisis fueron: el analítico, sintético, inductivo y deductivo. Las técnicas utilizadas fueron: la investigación documental, el fichaje, la recopilación y el ordenamiento de datos; se plantearon las conclusiones y recomendaciones correspondientes, con las cuales se comprobó la hipótesis planteada y los objetivos propuestos fueron alcanzados.

La investigación se dividió en cuatro capítulos: el primero, destinado a la historia del derecho mercantil y su codificación; el segundo aborda el tema del comerciante individual y colectivo; el tercero se refiere a la lex mercatoria y su contenido y los principios que la rigen; y el cuarto sobre el la lex mercatoria y los principios del Instituto Internacional del Derecho Privado en la negociaciones comerciales de Guatemala.

Las nuevas legislaciones arbitrales de América Latina están orientadas a la adopción de principios y reglas sobre arbitraje comercial aceptadas internacionalmente; no obstante, siguen existiendo cierta excepciones en Guatemala que impiden una clara armonización, y, en muchos casos, con la existencia de importantes vacíos. Esta es la razón que justifica la adopción de convenios internacionales que permitan corregir el referido particularismo.

# CAPÍTULO I



## 1. Lex mercatoria

### 1.1 Generalidades

En las últimas décadas se ha venido discutiendo la posibilidad de la existencia de un tercer orden jurídico, las dos primeras se entenderá como “dos órdenes jurídicos tradicionales que estarían conformados por los derechos estatales y por las reglas de derecho surgidas de las convenciones y los tratados internacionales”.<sup>1</sup> Este tercer orden jurídico llamado lex mercatoria, puede entrar a regir las transacciones comerciales internacionales, a manera de un sistema determinado por los usos y principios imperantes en esta actividad, que deriva su legitimidad del reconocimiento otorgado por los miembros de un grupo social homogéneo, el cuál es de los comerciantes.

En este orden de ideas, una de las nociones que ha adquirido mayor preponderancia dentro de los estudios de derecho internacional privado es la de lex mercatoria, denominación bajo la cual se ha construido toda la doctrina acerca de un derecho surgido de actividad comercial, sin intervención estatal. El concepto de lex mercatoria necesariamente nos remite a la Edad Media, época en la cual la incipiente regulación de los Estados y de los feudos en materias comerciales era incapaz de dar respuesta a los requerimientos de la práctica mercantil, lo que condujo a que los comerciantes se vieran en la necesidad de desarrollar reglas y principios aplicables a su transacciones, extraídas de los usos y las reglas gremiales como una suerte de orden jurídico aplicable

---

<sup>1</sup> Fernández Rozas, José Carlos. **Ius mercatoru, autorregulación y unificación del derecho de los negocios trasnacionales.** Página 87.



gremiales como una suerte de orden jurídico aplicable a las relaciones que surgían entre ellos".<sup>2</sup> A esta reglamentación se le dio el nombre de lex mercatoria.



Claro está que esta noción trascendió el sentido que había adquirido históricamente, pues en 1964 el profesor Berthold Goldman publicó su célebre texto Fronteras del Derecho y Lex Mercatoria, en el cual percibe y pretende demostrar el resurgimiento de esta actividad reguladora de los comerciantes, apreciando esta realidad que responde a fenómenos diferentes de los que le dieron origen en el medioevo: Los comerciantes desarrollan nuevas reglas (uniformes) aplicables a sus relaciones jurídicas, como consecuencia del exceso de normativas estatales, que ha generado innumerables obstáculos para el tráfico internacional. La proliferación de leyes estatales y la creciente intervención de los Estados en la economía global ha afectado la seguridad en las negociaciones comerciales, con lo cual los sujetos del comercio exterior van a preferir sujetar sus negocios a reglas preestablecidas, de las cuales se puedan deducir soluciones claras, predecibles y sobre todo neutrales (aspecto que puede verse sacrificado con el recurso a una ley nacional).

Se han desarrollado múltiples debates en torno a este concepto que puede parecer tan etéreo e indefinido, pero que reviste una importancia capital dentro del derecho comercial internacional. El presente texto pretende aportar unas breves ideas para enriquecer esta discusión, para tal efecto, se estudiarán las generalidades sobre el fenómeno de la lex mercatoria; posteriormente, se procederá a exponer la investigación según la cual es posible considerar que ésta es un ordenamiento jurídico autónomo, con plena vocación para ser aplicado a

---

<sup>2</sup> OVIEDO ALBÁN, Jorge. Unidroit y la unificación del derecho privado: referencia a los principios para los contratos comerciales internacionales, en compraventa internacional de mercaderías. Págs. 58.

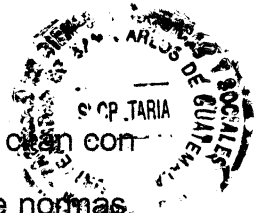
La nueva lex mercatoria llamada indistintamente como lex mercatoria, Ley de los comerciantes, Derecho de los Negocios Internacionales, entre otras denominaciones, No se incluye en el presente estudio, la antigua lex mercatoria o lus mercatorum, que surgió en la edad media para regular transacciones comerciales en forma independiente al derecho romano, y que fue producto de los usos y prácticas de los comerciantes de esa época. El lus mercatorum, "Se trata, luego, de un derecho que, frente a la ausencia de un centro monopolizador de la producción normativa como sucederá con el Estado nacional a partir de los siglos XVII, XVIII nace como resultado de una necesidad práctica, la de regular las transacciones de naturaleza mercantil que la producción y la distribución manufacturera habían determinado; y, también, se trata de un derecho que nace al margen del derecho comúnmente reconocido y aplicado, el derecho romano, que no contiene los instrumentos normativos necesarios para afrontar los nuevos retos que el comercio internacional comienza a general".<sup>3</sup>



Resulta sumamente difícil la comprensión de un conjunto de usos y costumbres internacionales que han sido elevados a la categoría de sistema jurídico reconocido a nivel internacional, que no emana de ningún órgano legislativo oficial o de un ente internacional con legítimas facultades legislativas, y que sin embargo, es aplicado y cumplido por los comerciantes en sus respectivas transacciones mercantiles internacionales, y aplicado también por árbitros a nivel internacional. Un sistema jurídico que rige la etapa de gestación o generación de relaciones contractuales, su perfeccionamiento y ejecución, sin pertenecer a una regulación de un derecho nacional o a un cuerpo normativo vinculante a nivel internacional.

---

<sup>3</sup> Silva, Jorge Alberto y coautores. **Estudios sobre lex mercatoria**, página 203.



Haciendo una integración de los distintos elementos que la mayoría de autores otorgan con relación a la denominada *lex mercatoria* se puede definir como el “conjunto de normas, principios, reglas, usos o prácticas del comercio internacional que rigen las transacciones comerciales a nivel mundial”.<sup>4</sup> Debido al contenido de esta definición, se puede afirmar que la *lex mercatoria* es considerada como un sistema jurídico transnacional o anacional. Aunque es necesario mencionar que algunos autores consideran a la *lex mercatoria* como un orden jurídico internacional, derecho común de los negocios internacionales o como un Derecho mundial que rige las transacciones comerciales y que se encuentra más allá de un ordenamiento político internacional.

Castán Tobeñas la define como “un sistema jurídico constituye el conjunto de normas e instituciones que integran un derecho positivo y que rigen una determinada colectividad. Con ello se entiende que toda sociedad posee su propio sistema”.<sup>5</sup> De manera que un sistema jurídico comprende toda regulación positiva que rige en determinado tiempo y en determinada sociedad.

De esta forma la *lex mercatoria* comprende usos y costumbres de carácter internacional, jurisprudencia arbitral, doctrina internacional, leyes modelo, principios generales del comercio internacional, convenciones internacionales vigentes y no vigentes, condiciones generales de la contratación, entre otros.

Si se comparan los elementos de un sistema jurídico constituido por un conjunto de normas e instituciones que comprenden una regulación positiva y que rigen en determinado tiempo y en determinada sociedad, con el contenido o fuentes de la

---

<sup>4</sup> Alvarado Lemus, José Rolando. *Lex mercatoria*. [www.canalegal.com/contenido.php?c=210 - 54k](http://www.canalegal.com/contenido.php?c=210-54k) – (18 de julio de 2008)

<sup>5</sup> Castán Tobeñas, José. *Los sistemas jurídicos del mundo occidental*, página 5.

denominada lex mercatoria, fácilmente se dan cuenta que ésta última figura jurídica carece de una regulación positiva, o sea, su normativa no emana de un parlamento o congreso de determinado Estado o de un parlamento o ente internacional con facultades legislativas.



Ahora bien, si la lex mercatoria carece de regulación positiva ¿por qué razón se le considera: sistema jurídico, orden jurídico, Derecho común o Derecho mundial? Aquí se inicia el punto de este dilema legal.

El propio Castán Tobeñas "reconoce la existencia de sistemas jurídicos estatales y no estatales y dice que los hay también no sólo de base legislativa, sino de base judicial y de base consuetudinaria".<sup>6</sup> El término consuetudinario en el derecho indígena también se le denomina usos y costumbres, y constituye una fuente del derecho en determinados Estados. Estas son normas jurídicas que derivan de hechos, actos o prácticas que se han producido repetidamente en el tiempo y en un territorio concreto. Se recurre al derecho consuetudinario cuando no existe ley aplicable a determinado asunto; es comprensivo de la costumbre y ésta, a la vez, comprende una repetición de actos o un procedimiento habitual. La costumbre que interesa definir sería la costumbre mercantil internacional y luego se debe distinguir de un uso o práctica mercantil internacional.

La costumbre comercial internacional es aquella costumbre formulada por un organismo internacional, como por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional y el uso o práctica se entiende como aquella costumbre que no ha sido formulada por un organismo internacional, o sea, que, estaría compuesta de aquellos usos o prácticas que los comerciantes realizan, o han realizado en forma habitual.

---

<sup>6</sup> Castán Tobeñas, José. **Ob; Cit.**, Páginas 5 y 6.



Es viable encuadrar el concepto de *lex mercatoria* dentro del sistema jurídico de base consuetudinaria, Esto se respalda con la opinión del autor Fernández Rozas quien dice: “Al igual que en otras latitudes, se ha desarrollado en América Latina una nueva versión del viejo *ius mercatorum*, en virtud del cual los agentes económicos imponen sus propios usos y costumbres convertidos en normas consuetudinarias, autónomas y de aceptación general, buscando con ello fórmulas más adecuadas a la realidad del tráfico mercantil moderno con el propósito de resolver controversias sin aplicar las leyes propias”.<sup>7</sup>

## 1.2 Naturaleza jurídica de la *lex mercatoria*

Se puede entender la *lex mercatoria* según Goldamn citado por Feldstein como “un conjunto de principios, instituciones y reglas provenientes de diversas fuentes que nutre constantemente la estructuras legales y la actividad específica de la colectividad de quienes operan en el comercio internacional”.<sup>8</sup>

Habitualmente se ha entendido que la *lex mercatoria* es el componente fundamental de una categoría jurídica, a la que se ha dado el nombre de Derecho Transnacional, debido a que vincula reglas jurídicas aceptadas universalmente y que se entienden como contenidas en la mayoría de los sistemas jurídicos existentes. “En tal sentido, se ha planteado que esta noción parte de ciertas reglas de comportamiento a las cuales los miembros de la *societas mercatorum* les reconocen un carácter y una aceptación universales”.<sup>9</sup> Así, una primera razón para justificar la existencia de la *lex mercatoria* es su naturaleza, ya que proviene de un cuerpo social estructurado, que ha diseñado e

---

<sup>7</sup> Silva, Jorge Alberto y coautores. **Op. Cit.** Pág. 101

<sup>8</sup> Feldstein de Cárdenas, Sara. **Contratos Internacionales. Tercera Parte. Lex Mercatoria.** Pág. 159.

<sup>9</sup> Mantilla Serrano, Fernando. **Ius mercatorum, fuente de Derecho Internacional, en el arbitraje en los conflictos económicos internacionales.** Pág. 66.

implementado un orden jurídico propio, de forma que llega a afectar el monopolio normativo de los Estados.



A partir de las consideraciones precedentes, se puede enunciar las características o rasgos diferenciadores de esta noción, en este punto se refiere a los planteamientos diseñados por Mantilla Serrano y Fernández R., respecto a la naturaleza jurídica de la lex mercatoria.

- a) "Es un derecho anacional: Lo que implica que no procede de un sistema jurídico nacional. Este elemento es el que justifica su vocación de universalidad pues se sostiene que el contenido de la lex mercatoria no ha sido extraído de los derechos internos, sino que parte de principios comunes a los sistemas jurídicos, los cuales han reconocido su existencia y validez al incluirlos dentro de sus cuerpos normativos.
- b) Está dotado de fuerza obligatoria: Este talante no implica la necesidad de un aparato coercitivo estatal, sino que demuestra que su carácter vinculante está dado por el reconocimiento que de ella hacen los miembros de la sociedad comercial internacional.
- c) Es un derecho espontáneo: Surgido de la práctica mercantil global, creado por los comerciantes con el fin de sustraerse a la aplicación de un ordenamiento jurídico nacional.
- d) Está conformado por principios, usos y reglas: Común sostener que el principal componente de la lex mercatoria son los principios generales del Derecho, tanto así que el hecho de afirmar que un contrato se va a regir por tales principios, legitima la aplicación de la lex mercatoria como ley sustantiva de dicha relación. Sin embargo, al tocar este tema siempre se ha intentado enlistar los principios y usos que se toman como contenido de la lex mercatoria. Frente a este aspecto,

se estima que no se puede limitar o reducir esta institución a una lista concreta de reglas; el propósito de ella no es la codificación de tal lista, sino su configuración como una herramienta o un método, que permite extraer los principios jurídicos aplicables a cada situación en concreto, sin desconocer la existencia de una serie de principios reconocidos y consolidados en la jurisprudencia arbitral”.<sup>10</sup>



Con relación a la naturaleza jurídica de la lex mercatoria surgen distintas posturas, ya que algunos juristas le niegan la calidad de sistema jurídico u ordenamiento jurídico por el simple hecho de carecer de regulación positiva. Otros, consideran a la lex mercatoria como parte de una libertad o derecho que tienen los comerciantes de regir sus relaciones comerciales por un sistema jurídico supranacional de carácter especial.

Los positivistas consideran que la lex mercatoria se encuentra subordinada al derecho estatal. Los pluralistas por el contrario, consideran un mito la afirmación que el derecho sólo proviene del Estado.

Para determinar la naturaleza jurídica se debe profundizar en las dos posturas consignadas por Fouchard:

- a) “Corriente positivista: La que dice que la Ley de los Comerciantes o lex mercatoria depende del Estado; ante la innegable existencia y aplicación de la lex mercatoria y a sabiendas de que dichas reglas se cumplen aunque carezcan de regulación positiva, dicen que dicha figura jurídica depende del derecho estatal ya que dicho derecho consagra el principio de la autonomía de la voluntad. De manera que la lex mercatoria depende de la regulación positiva de la autonomía privada.

---

<sup>10</sup> Fouchard, Gaillard, **Goldman on International arbitration**. Página. 834.



b) Corriente pluralista: La que sostiene que la lex mercatoria es un sistema autónomo careciendo de relación o vínculo con el derecho estatal. Estos parten de la identificación del derecho con la realidad social y por ello afirman que la lex mercatoria tiene un carácter autónomo, supranacional y que carece de relación con el derecho estatal”.<sup>11</sup>

Se puede concluir que, de una u otra forma, la lex mercatoria tiene un carácter autónomo y es producto de la conveniencia general de los comerciantes en gestar, perfeccionar y ejecutar sus transacciones comerciales. Los comerciantes deben considerarse como una sociedad, obviamente con intereses comunes que han dispuesto sus propias reglas del juego que van más allá de una regulación positiva. Por ello la idea de que lex mercatoria constituye un sistema jurídico por contener normas o reglas de aplicación a una determinada sociedad de comerciantes. Ahora bien, no es posible alejarse de la idea de que esta figura económico-jurídica por ser producto de la conveniencia general de los comerciantes se perfecciona a través de la autonomía de la voluntad.

La autonomía de la voluntad que fundamenta a la lex mercatoria, sería la autonomía conflictual, ya que “la autonomía material se hace referencia a la capacidad que tienen las partes para especificar los exactos términos del contrato: su contenido, sus cláusulas. La noción coincide, así, con el margen de actuación concedido en este sector por un concreto ordenamiento jurídico a nivel estrictamente interno. Por su parte, la autonomía conflictual refiere a la capacidad de las partes para elegir el derecho aplicable a un contrato; en otras palabras, para remitirse a un ordenamiento en aras a la determinación de la normativa que regulará un contrato”.<sup>12</sup> o sea, aquella autonomía

---

<sup>11</sup> **Ibid.**

<sup>12</sup> Espulgues, Carlos y coautores. *Contratación internacional*, página. 57.





entendida en el ámbito del derecho internacional que trata lo relativo a la ley aplicable a determinado contrato. Aunque nada impide que a través del ejercicio de la autonomía material, las partes contratantes pacten, como parte del contrato, definiciones, términos o reglas propias de la *lex mercatoria*.

Con relación a la potestad de elegir el derecho aplicable al contrato, los tratadistas Ávila De La Torre y Moraleja Menéndez, consideran: “que la idea central de todo el sistema es la autonomía de la voluntad, de modo que las partes están autorizadas para elegir libremente la ley aplicable al contrato. La ley entiende que los operadores son quienes mejor pueden regular sus relaciones concediéndoles para ello libertad que, sin embargo, no es ilimitada.”<sup>13</sup>

Algunos autores que siguen la postura positivista con relación a la naturaleza jurídica de la *lex mercatoria*, sustentan sus argumentos al decir que no es viable, a través de la autonomía conflictual, remitir la aplicación de la *lex mercatoria* para determinado contrato, ya que no constituye una ley, y según ellos, así como el Convenio de Roma establece en su Artículo tres punto uno establece que los contratos se regirán por la ley elegida por las partes, no podría considerarse a la *lex mercatoria* como una ley. Al respecto considero dicha argumentación como carente de sustento legal, ya que, como se ha explicado, la *lex mercatoria* es de aplicación general y respetada con efectos vinculantes aunque no provenga de un derecho estatal o de un ente legislativo internacional.

Con relación a la autonomía conflictual y derecho material, Ancel considera: “No se entiende por qué una libertad que puede llegar a transformar las leyes estatales en

---

<sup>13</sup> Ávila De La Torre, Alfredo y coautor. Lecciones de Derecho de los Contratos en El Comercio Internacional, página. 37.



simples catálogos de recetas susceptibles de combinarse, en simples modelos a seguir que pueden ser adaptados y recortados, no llegaría a permitir darse una reglamentación contractual por referencia a la lex mercatoria o, más simplemente, adoptar los Principios de Unidroit, o acordar la aplicación del Convenio de Viena a un contrato no sujeto a su ámbito de aplicación.”<sup>14</sup>

Lo importante de este sistema jurídico supraestatal es que los operadores de comercio reconocen expresamente los efectos vinculantes de las normas, reglas, principios, usos y demás elementos que forman la denominada lex mercatoria.

### **1.3 Contenido de la lex mercatoria**

Los principios, usos y costumbres, contratos tipo, leyes modelo, jurisprudencia, entre otras fuentes, constituyen el contenido de la lex mercatoria. Todos estos elementos prescinden de los Estados pero, a pesar de ello, regulan las transacciones internacionales. Algunos autores limitan el contenido de la lex mercatoria y lo reducen a usos y costumbres del comercio internacional. Otros consideran que las reglas, principios, contratos tipo, doctrina, jurisprudencia, entre otros, forman parte de la categoría usos y costumbres del comercio internacional.

Los usos y costumbres han sido recopilados por órganos internacionales descentralizados, por ello se dice que la lex mercatoria entraña un derecho creado por delegación efectuada a los órganos internacionales descentralizados. “Ejemplo de ello es la regulación bancaria que proviene de entes internacionales descentralizados como el Comité de Basilea, que emite normas que rigen operaciones bancarias, especialmente

---

<sup>14</sup> Silva, Jorge Alberto. *Ob. Cit.* página 113.

en cuanto al riesgo crediticio, las cuales son totalmente aceptadas por los distintos bancos nacionales e internacionales porque tienen la convicción que constituyen reglas que se hacen vinculantes por la necesidad que tienen los bancos de participar en el mercado financiero, ya que de no acatar dichas normas (no obligatorias) quedarían fuera del negocio de la banca, por virtud del propio mercado financiero. Otro ejemplo es la carta de crédito stand-by donde existen reglas reconocidas a nivel internacional, como las Uniform Customs and Practices for Documentary Credits, Publication 500 (revisión 1993) UCP-500 of the International Chamber of Commerce. También se podría citar como ejemplo los Incoterms (International Commerce Terms de la Cámara de Comercio Internacional, que establecen reglas internacionales que rigen los derechos y obligaciones del comprador y vendedor".<sup>15</sup>



### 1.3.1 Principios

En la doctrina del derecho comercial internacional se habla de principios del comercio internacional que están ligados a los principios generales del derecho. Entre ellos se podría citar los siguientes: Principio de Buena Fe, Principio de indemnización por daños, Pacta Sunt Servanda, Principio de la acción de contrato no cumplido, entre otros.

Dentro de esta categoría de principios se incluirían, también, los dos principales ejemplos de principios que rigen el comercio internacional, que son:

- a) Los Principles of International Commercial Contracts de 1,994, creados por UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law- y los Principles of European Contract Law, realizada por la Comisión of European Contract Law.

---

<sup>15</sup> **Ibid.**



El preámbulo de los Principios de UNIDROIT confirma que dichas reglas o principios son parte de la denominada lex mercatoria. El preámbulo manifiesta así:

- a) “Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.
- b) Deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se fija por los principios generales del derecho, la lex mercatoria o expresiones semejantes.
- c) Pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.
- d) Estos pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.
- e) Pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.
- f) Pueden servir como modelo para la legislación a nivel nacional e internacional”.

Es difícil saber exactamente cuáles y cuántos principios son parte de la lex mercatoria. Algunos investigadores de las ciencias jurídicas, han dicho que existen 78 principios, reglas y Standards de la lex mercatoria, que han extraído de distintos laudos arbitrales de carácter internacional.

### **1.3.2 Usos y costumbres comerciales**

Se ha dicho que los usos reiterados en el tiempo se convirtieron en reglas emitidas por las entidades internacionales. “Uso es una práctica o método realizada por regularidad de observancia en determinado lugar, localidad o comercio para justificar la expectativa de que ésta será observada respecto de la transacción en cuestión. Es decir, estos usos



han sido establecidos en las relaciones de comercio internacional para ser tomados en cuenta en la realización y desarrollo de los contratos comerciales internacionales. Estos usos y costumbres son reconocidos en muchos sistemas jurídicos como fuente de Derecho ya que éstas han sido materia de un desarrollo y formación constante a través de los años”.<sup>16</sup>

La aplicación de usos y costumbres comerciales suele darse en el momento de interpretar un contrato internacional, por ello es que los mismos los encontramos en diversos fallos arbitrales.

### **1.3.3 Contratos tipo**

Constituyen formularios contractuales que pueden ser realizados por organismos internacionales. Los formularios contienen el clausulado base para determinado contrato y han sido elaborados para facilitar el comercio y para asegurar un mínimo de cláusulas, estipulaciones o condiciones propias de cada tipo contractual. Ejemplo de contratos o cláusulas tipo se puede citar a los denominados INCOTERMS términos internacionales del comercio, que constituyen normas de la Organización Mundial de Comercio (OMC) que establecen los derechos y obligaciones de la parte compradora y vendedora de mercaderías. Estos Incoterms regulan los derechos y obligaciones del vendedor y comprador, de acuerdo a la cláusula de venta escogida; determinan qué parte asume los gastos y riesgos, hasta el momento de la entrega de la mercancía; fijan el momento y lugar en que se producirá la entrega de la mercancía; reglamentan la obligación de pago del comprador.

---

<sup>16</sup> Matute Morales, Claudia. **La Lex mercatoriay los Principios Jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.** [www.servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revistalida27](http://www.servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revistalida27) (26 de septiembre de 2008)



Dentro de los contratos tipo también se pueden citar las denominadas condiciones internacionales de venta que constituyen fórmulas que elabora la Comisión Económica para Europa, de la Organización de Naciones Unidas.

#### **1.3.4 Leyes modelo**

Una ley modelo constituye un prototipo de texto legal elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) para que los distintos estados del mundo, a través de sus entes legislativos, consideren su incorporación como parte de su ordenamiento jurídico interno. La ley modelo, por naturaleza, carece de efectos vinculantes, ya que no se ha formalizado o surgido del derecho internacional, como lo sería un tratado o una convención internacional.

Las leyes modelo constituyen reglas uniformes emitidas por un organismo internacional, como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) Uncitral siglas en inglés, que no tienen carácter obligatorio, pero que, por su especialidad y modernidad en los temas que desarrollan, son útiles y se hacen de necesaria aplicación dentro del comercio internacional.

Además estas leyes constituyen un sistema de unificación del derecho privado, ya que son reglas destinadas a sustituir las normas propias del derecho estatal.

Dentro de las múltiples leyes modelos que ha elaborado la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) encontramos: Ley Modelo sobre Comercio Electrónico; Ley Modelo de Arbitraje Comercial; Ley Modelo sobre

Contratación Pública; Ley Modelo de Firmas Electrónicas; Ley Modelo de Transferencia Internacional de Crédito, entre muchas otras.



### **1.3.5 Jurisprudencia internacional**

La jurisprudencia comprende toda aquella doctrina de índole internacional que consta en los fallos judiciales de tribunales internacionales y laudos arbitrales dictados con relación a transacciones comerciales.

La doctrina internacional surge como consecuencia de la aplicación de reglas, costumbres, leyes, tratados, convenios y principios propios de la contratación internacional.

## CAPÍTULO II



### **2. La lex mercatoria y los principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), en relación con la legislación guatemalteca en las negociaciones comerciales internacionales de Guatemala**

#### **2.1 Los principios para los contratos internacionales**

Los Principios son un intento por enunciar reglas que son comunes a la mayoría de sistemas legales existentes, y al mismo tiempo, adoptar soluciones que mejor se adapten a las necesidades del tráfico internacional.

Los Principios, están divididos en siete capítulos que contienen en total ciento veinte artículos, con disposiciones aplicables a todo el iter contractus desde su etapa de gestación hasta su conclusión mediante el cumplimiento o incumplimiento del mismo.

Preámbulo, que contiene el propósito de los principios.

Capítulo 1. Disposiciones generales,

Capítulo 2. Formación del Contrato,

Capítulo 3. Validez,

Capítulo 4. Interpretación,

Capítulo 5. Contenido,

Capítulo 6. Cumplimiento,

Capítulo 7. Incumplimiento,



Además, los artículos están acompañados de unos comentarios ilustrativos, bajo esta idea, los principios de UNIDROIT (en adelante los principios) tienen como objeto un conjunto de reglas que puedan ser utilizadas con independencia de los diversos sistemas jurídicos y económicos existentes en el mundo. De esta forma, se intenta solucionar el problema de determinar la ley del foro y la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales.



María del Pilar Perales, escribe que uno de los propósitos que guió a los redactores de los principios, “fue precisamente, el de reducir las posibles incertidumbres en torno a la ley aplicable al contrato, unida a la idea de constituir un cuerpo normativo independiente de la procedencia jurídica, económica o política de los contratantes. La respuesta a cuál puede ser la fuente de su obligatoriedad se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes, principio rector del derecho contractual, es decir: los principios serán aplicables a los contratos, cuando así lo hayan acordado las partes. Sin embargo, como lo veremos, varios tribunales internacionales los han encontrado aplicables a los contratos por el simple hecho de constituir principios generales de los contratos del comercio internacional reconocidos en diversos sistemas jurídicos del mundo.”<sup>17</sup>

En inicio, entonces, tienen un carácter eminentemente potestativo. Además de acuerdo con esta naturaleza, cuando las partes en un contrato acuerden someterse a ellos, igualmente pueden excluir la aplicación de algunas de sus normas, (salvo las que expresamente los prohíban), o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones.

---

<sup>17</sup> Perales Viscasillas, María del Pilar. **El derecho uniforme del comercio internacional: Los principios de UNIDROIT**. Pace Law School Institute of international comercial law, <http://www.cisg.law.pace.edu>. (26 octubre de 2008)

Se debe, sin embargo, tratar de aclarar lo que puede entenderse como Principios. Toda vez que dentro del articulado de los principios de UNIDROIT, pueden contenerse algunas disposiciones que en efecto concuerden con lo que se puede entender por tales, mientras otras, serían más bien reglas comunes al tráfico internacional sobre obligaciones y contratos, sea que estén contenidas en disposiciones legales codificadas o se constituyan como costumbres. En anteriores ocasiones se ha manifestado de acuerdo con la posición que ha pretendido ver a los principios de UNIDROIT como manifestación de la costumbre internacional, y como fiel reflejo de la lex mercatoria. Por lo que hemos manifestado anteriormente, en el sentido de que la lex mercatoria puede asumir como la denominación dada al derecho mercantil internacional, que está constituido por varias fuentes.

“Algunos de los Artículos de los principios reflejen costumbres internacionales, pero también otros serán reflejo de lo que se conoce como principios generales del derecho, y otras más, serán disposiciones creadas legislativamente, que en el caso de los principios han sido adoptadas bajo el entendido de que pueden facilitar el comercio internacional. El hecho de que otros códigos contengan soluciones diferentes sobre el particular, significa que esas reglas son propias de algún sistema, y no reflejen propiamente los usos del tráfico, ni los principios generales del derecho. Cuestión diferente sucede con el principio de buena fe, ese si criterio fundante. Por ello, lo se propone es distinguir en cada caso concreto, para concluir se presenta una norma que sea reflejo de un principio de derecho, o más bien una regla adoptada por consenso”.<sup>18</sup> El tema que se desarrollará un poco más a fondo cuando se vean las aplicaciones jurisprudenciales, sobre todo en cuanto al alcance de la utilización de los principios de UNIDROIT como lex mercatoria.

---

<sup>18</sup> Perales Viscasillas, María del Pilar. **Ob. Cit.** Pág. 25

Es preciso detenerse en el análisis de cada uno de los puntos que se indican en el preámbulo, lo que permitirá entender el contexto general de los Principios.



El límite que encuentran los principios está constituido por las normas imperativas nacionales e internacionales. En este sentido el Artículo uno numeral cuatro que dispone: "(Normas de carácter imperativo) Estos principios no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado". Este Artículo se aclara que dada la naturaleza peculiar de los principios, éstos no tienen el propósito de prevalecer sobre normas imperativas aplicables ya sean ellas de origen nacional, internacional o supranacional.

### **2.1.1 Libertad de contratación**

El Artículo uno numeral uno de los Principios, dispone: "Libertad de Contratación. Las partes tienen la libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido. Éste ha sido considerado como el pilar fundamental del derecho contractual contemporáneo y del comercio internacional. Consiste en la facultad que tienen los comerciantes de decidir libremente a quién ofrecerle sus productos, aceptar ofertas para su abastecimiento, así como fijar los términos conforme a los cuales se regirán sus relaciones comerciales y jurídicas. Es decir: abarca tanto la libertad de contratar, como de fijar el contenido del contrato a celebrar". En la legislación guatemalteca especialmente en el Código Civil en su Artículo 1518 regula que "los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez", y el Código del Comercio en su Artículo 681 regula sobre la libertad de contratación. "Nadie puede ser

obligado a contratar sino cuando el rehusarse a ello constituya un acto ilícito o abuso de derecho”.



### **2.1.2 Libertad de forma y de prueba**

Consagrado en el Artículo uno numeral dos de la siguiente manera: “Libertad de forma. Nada de lo expresado en estos principios requiere que un contrato sea celebrado o probado por escrito. El contrato podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”.

La regla general en los principios es la consensualidad en la formación de los contratos, sin embargo, en ellos se admite la posibilidad de adoptar formalidades como requisitos para existencia y validez de los mismos; esto sucede en aquellos casos en que el derecho nacional y los tratados internacionales así lo establecen. De esta forma en los eventos en que se impongan solemnidades para la formación del contrato, es decir, en los casos anteriormente enunciados, no le es dable a las partes omitirlos, debido a que estas disposiciones son de naturaleza imperativa. En los Principios se ha admitido la posibilidad de que sean también las partes quienes fijen la adopción de una forma específica, para la celebración del contrato, razón por la cual es necesaria en este evento que se de cumplimiento a dicho requisito ad solemnitatem, generándose nuevamente otra excepción a la consensualidad.

De igual manera se ha consagrado la libertad en la prueba de los contratos, admitiéndose incluso la prueba testimonial, las partes como consecuencia de la libertad de forma y prueba, pueden incluso adoptar como medio probatorio del contrato el celebrado. Sin embargo, existe el mismo límite impuesto por el derecho nacional o

internacional, que obedece al respeto a la ley imperativa cuando haya consagrado los requisitos ad probationem específicos.




### **2.1.3 Pacta sunt servanda**

El Artículo uno numeral tres dispone: "Efecto vinculante de los contratos. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguirse conforme con lo que en él se disponga, por acuerdo de las partes o de algún modo dispuesto en estos principios". En el Artículo 1519 del Código Civil regula que: "desde que se perfeccionan un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de los convenidos, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado y debe ejecutarse de buena fe y según la común intención de las partes".

Este principio establece que todo contrato validamente celebrado es obligatorio para las partes, por lo cual no les es permitido incumplirlos. Empero, pueden las partes haciendo uso del principio de la autonomía de la voluntad privada, modificar o extinguir los efectos del contrato. En términos generales los contratos son llamados a producir efectos sólo entre las partes, sin embargo, pueden hacerlo frente a terceros en las situaciones que así sean consagradas en la legislación nacional.

### **2.1.4 Jerarquización y límites de los principios**

Tal como se deduce de las mismas normas que conforman los principios, es necesario anotar que dentro de las mismas existe una jerarquía, en donde por una parte están aquellas que tienen la connotación de ser imperativas, identificadas por la característica



de ser inmodificables para las partes, ya sea que expresamente hayan sido señaladas como tal o implícitamente tengan este carácter, sin embargo en las disposiciones de UNIDROIT, las consecuencias de su inobservancia, en principio no tienen trascendencia por no ser disposiciones internas o internacionales que hagan parte de un ordenamiento jurídico determinado, pero cuando por voluntad de las partes se incluyen dentro de la normatividad de un contrato, adquieren el carácter de obligatorias, por lo tanto es menester que sea tenida en cuenta la naturaleza de Los principios con el fin de determinar cuáles son imperativas, generándose la carga para los contratantes de respetarlas. Por otra parte, están las denominadas disposiciones supletorias, las cuales admiten la posibilidad de ser excluidas expresamente de los contratos.

### **2.1.5 Interpretación e integración**

En la interpretación de estos principios debe tenerse en cuenta, tal como lo expresa el Artículo uno numeral seis "Interpretación e integración de los principios. (1) En la interpretación de estos principios se tendrá en cuenta su carácter internacional así como sus propósitos, incluyendo la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación. (2) Aquellas cuestiones que, sin estar expresamente resueltas por los Principios, se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, se resolverán en lo posible de acuerdo con sus principios generales subyacentes". El carácter internacional, sus propósitos y en especial, promover la uniformidad en su aplicación, criterios a los que ya nos hemos referido. Para llenar los vacíos que puedan surgir es necesario integrar los principios de la siguiente manera: en primer término, se debe hacer uso de la analogía de sus disposiciones, en segundo lugar, es necesario acudir a las ideas que los inspiran contenidas en los principios generales y en las normas concretas. Por último, es posible acudir a la ley nacional para hacer una integración completa de los principios.

### 2.1.6 Buena fe y lealtad negocial



Consagrada por el Artículo uno numeral siete de los principios, en los siguientes términos: "(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber".

Tal como lo señala la citada formulación de los Principios, la idea inspiradora que los rige está constituida por la buena fe y lealtad negocial, de tal manera que en ausencia de una disposición específica en los principios las partes deben conducirse de acuerdo a la buena fe y observando lealtad negocial a lo largo de la vida del contrato, incluso durante el proceso de su formación.

Nótese cómo en la misma regulación se dispone que las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber. A nuestro modo de ver, con esta fórmula se le está dando al principio de la buena fe y lealtad negocial una doble naturaleza: constituyen una norma imperativa dentro del contexto de los principios, y además una obligación específica impuesta a la actuación de los contratantes. Varios doctrinantes han manifestado que: "la buena fe no debe ser entendida solamente en sentido subjetivo, sino también objetivo, que se manifiesta entre otros, en lo que los mismos principios denominan criterios comerciales razonables de lealtad negocial".<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Perilla Castro, Carlos Andrés. *Los deberes precontractuales en la lex mercatoria*, Pág. 172.

### 2.1.7 Reconocimiento de los usos y las costumbres internacionales

El Artículo uno numeral ocho de los Principios, dispone: "Usos y prácticas, las partes están obligadas por cualquier uso en cuya aplicación hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas".




Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el tráfico mercantil de que se trate por sujetos participantes en dicho tráfico, a menos que la aplicación de dicho uso no sea razonable.

Este principio establece la obligación para las partes de respetar la costumbre internacional y los usos expresamente convenidos, usados regularmente en el tráfico mercantil, siempre que la aplicación de dichos usos sea razonable. Este es uno de los principios aceptados en el derecho comercial y en el comercio internacional. La observancia de éste, tiene aplicación dentro del contexto de Los Principios, entre otros, para la interpretación del contrato. En el comentario al Artículo uno numeral ocho de los principios de UNIDROIT se afirma que los usos prevalecen sobre los principios.

Asimismo la codificación mercantil guatemalteca reconoce la validez de la costumbre mercantil local y nacional, así como internacional y extranjera, siempre y cuando cumplan con los requisitos objetivos consagrados legalmente.

En cuanto al requisito de que el uso ampliamente conocido es obligatorio salvo que la aplicación de dicho uso no sea razonable, consideramos útil traer a colación la explicación y el ejemplo que se incluye en el comentario oficial a los Principios de UNIDROIT sobre tal concepto:





Un uso puede ser regularmente observado por la generalidad de los comerciantes de determinada rama del comercio, no obstante lo cual su aplicación en ciertos supuestos puede no ser razonable. La falta de razonabilidad de un uso puede corresponder a las circunstancias particulares en las que una o ambas operan y/o a la naturaleza atípica de la operación. En dichos supuestos, el uso no será razonable. Ejemplo: "Conforme a un uso regularmente observado en cierto sector comercial de géneros (commodity trade sector), el comprador no puede reclamar por los defectos de las mercaderías a menos que los mismos sean corroborados por una agencia de inspección reconocida internacionalmente. Cuando un comprador, "A," se hace cargo de las mercaderías en el puerto de destino, la única agencia de inspección reconocida internacionalmente que opera en dicho puerto se encuentra en huelga, y solicitar los servicios de otra agencia del puerto más cercano resultaría excesivamente costoso. En este supuesto la aplicación del uso en cuestión no sería razonable, por lo que "A" tiene derecho a reclamar los defectos que ha descubierto en las mercaderías aun cuando no hayan sido corroborados por un certificado expedido por una agencia de inspección reconocida internacionalmente".<sup>20</sup>

### 2.1.8 La interpretación del contrato

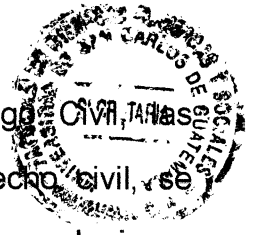
La función de la interpretación contractual de acuerdo con Díez Picazo es tratar de "reconstruir el pensamiento y la voluntad de las partes considerado en su combinación y de atribuir sentido a las declaraciones realizadas por los contratantes".<sup>21</sup>

Según lo estipulado en el Artículo 694 del Código de Comercio Decreto legislativo número 2-14, "a falta de disposiciones en el libro de obligaciones y contratos

---

<sup>20</sup> **Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción Teoría del contrato**, Pág. 375.

<sup>21</sup> **Ibid.** Pág. 394.



mercantiles, se aplicaran a los negocios, las disposiciones del Código Civil, las disposiciones que gobiernan la interpretación de los contratos de derecho civil, se aplican a la materia mercantil por vía principal, es decir: estas normas adquieren carácter mercantil para los mencionados efectos”. Es decir, que la regla subjetiva de prevalencia de la intención sobre la literalidad de las palabras contenida en el Artículo 1593 del Código civil, la de interpretación de términos generales del Artículo 1594, la interpretación basada en la naturaleza del contrato del Artículo 1596, la interpretación sistemática del Artículo 1597, la de interpretación extensiva del Artículo 1598 y la interpretación de cláusulas ambiguas (regla objetiva) del Artículo 1599 son normas que se aplican por vía principal a la materia mercantil para interpretar los acuerdos de voluntades. Lo anterior unido al énfasis que se hace en materia mercantil a principios como la verdad sabida y la buena fe guardada (Artículo 669 del Código de Comercio). Igualmente debe detenerse especialmente en intérprete de los contratos mercantiles en la función reconocida a la costumbre para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles, a los cuáles hace alusión expresa la Ley del Organismo Judicial en el Artículo dos donde regula que la ley es la fuente del ordenamiento jurídico la jurisprudencia la complementará. La costumbre regirá en efecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden y que resulte probada. Contenidas en el capítulo 4 de los Principios, estas reglas deben interpretarse en consonancia con lo dispuesto en las disposiciones generales.

### **2.1.9 La intención de las partes**

El Artículo cuatro numeral uno de los Principios: regula “que el contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. Si dicha intención no puede

establecerse, el contrato se interpretará conforme al sentido que le habrían dado personas sensatas de la misma condición que las partes, colocadas en las mismas circunstancias".



Teniendo en cuenta que en el contrato las partes vierten sus intereses con el fin de obtener un resultado, ya sea común a los dos y que satisface intereses comunes, o contrapuesto y tendiente a satisfacer en armonía intereses diversos, es de suma importancia para el derecho regular la manera de conocer la esencia de la voluntad de los contratantes. Debe armonizarse lo anterior con el principio según el cuál el contrato es ley para las partes; de acuerdo con esto, es un punto cardinal en el estudio de cada contrato el poder establecer cual es la intención de las partes, que no pocas veces puede ser llevada de manera inadecuada al texto del contrato. En este sentido, Sconamiglio anota: "El contenido del contrato constituye, por todo lo dicho, el punto de partida y el objeto de la valoración de la autorregulación de los intereses privados por parte del derecho. Se explica ahora la grande importancia que tiene el tema del conocimiento adecuado de la regulación que se proponen las partes y de su correcta reconstrucción".<sup>22</sup>

Es de vital importancia este principio para la contratación internacional, máxime cuando los términos pueden variar de un país a otro, así como el sentido que puede darse a ciertos términos técnicos o frases, o aun la forma de denominar un contrato en un país, puede no ser la misma en otro. Así se reconoce en el comentario al Artículo citado de los Principios, cuando se afirma que "Por lo tanto, el significado de una cláusula contractual puede ser diferente a su sentido literal en el idioma utilizado y diferir del significado que una persona sensatas pudiera darle, siempre y cuando pueda

---

<sup>22</sup> Sconamiglio, Renato. **Teoría general del contrato**, página 233.

establecerse que éste ha sido el sentido que las partes han querido darle a dicha cláusula al momento de celebrar el contrato."



En concordancia con lo estipulado en el Artículo mencionado, para el caso en que surgieren discrepancias idiomáticas, el Artículo cuatro numeral siete, de los Principios, dispone: "En caso de discrepancia entre varias versiones idiomáticas del mismo contrato, todas con la misma jerarquía, se preferirá la interpretación acorde con la versión en el idioma en el cual el contrato fue redactado originalmente." Llama la atención la utilización de la madurez, como criterio determinante para averiguar el sentido de las palabras utilizadas en los contratos.

#### **2.1.10 Interpretación contextual del contrato e Interpretación lógica de sus disposiciones**

Según lo expresado en el Artículo cuatro numeral cuatro "Las cláusulas y expresiones se interpretarán en función del contrato en su conjunto o de la disposición en la cual se encuentren."

En Guatemala, puede asimilarse lo enunciado, a lo estatuido en el Artículo 1593 del Código Civil, según el cual "Cuando los términos o conceptos del contrato son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas". Si las palabras fueren diferentes o contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas. Lo anterior es aplicación del principio según el cual entre las partes de un contrato debe haber correspondencia y armonía, y no pueden ni deben ser tomadas las cláusulas aisladamente para aplicar de ellas lo que más conviniere a alguna de las partes.

El Artículo cuatro numeral cinco consagra el principio de la interpretación lógica de los contratos en los siguientes términos: "Interpretación dando efecto a todas las disposiciones. Las cláusulas de un contrato se interpretarán en el sentido de que todas produzcan algún efecto, antes que privar de efectos a alguna de ellas."



Igualmente puede ser tenido en cuenta el principio de interpretación lógica de los contratos que en los términos del Artículo 1596 del Código Civil Guatemalteco, "Si alguna cláusula permitiere diversos o contrarios sentidos, deberá entenderse en el mas adecuado para que produzca efecto, según la naturaleza del contrato.

Lo anotado se corrobora con lo mencionado en el comentario al Artículo cuatro numeral cuatro de los Principios; según el cual "Las palabras y expresiones usadas por una o ambas partes obviamente no operan aisladamente, sino como partes integrantes de un todo. Por lo tanto, ellas deberán ser interpretadas a la luz del contexto general del contrato o dentro de los enunciados en el cual se encuentren incorporadas."

### **2.1.11 Interpretación contra proferentem**

En los términos del Artículo cuatro numeral seis de los Principios "Si las cláusulas de un contrato dictadas por una de las partes no son claras, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte."

En los términos del Código Civil guatemalteco en su Artículo 1600 regula "Las cláusulas oscuras, ambiguas o contradictorias de un contrato insertas en modelos o formularios preparados de antemano por uno de los contratantes, se interpretarán en favor del otro contratante".

Esta norma ha sido tomada por la doctrina para regular los llamados contratos de adhesión, en los cuales una de las partes simplemente suscribe el contrato, sin tener la posibilidad de negociar los términos contractuales del acuerdo de voluntades.



### **2.1.12 Integración del contrato**

Puede suceder, y de hecho sucede, que en el contrato existan lagunas, consistentes en aspectos que las partes no previeron o no regularon. Para ello los Principios, traen algunas formas de solucionar tales aspectos, como los siguientes:

- a. La calidad de la prestación, en el Artículo 5.6.;
- b. La determinación del precio, en el Artículo 5.7.;
- c. El plazo del cumplimiento en el Artículo 6.1.1.;
- d. El orden de las prestaciones, en el Artículo 6.1.4.;
- e. El lugar del cumplimiento, en el Artículo 6.1.6. y
- f. La Unidad monetaria que no ha sido especificada, en el Artículo 6.1.10.

En los casos en que no fueren suficientes las anteriores normas se acudirá - según se indica en el comentario al Artículo cuatro numeral ocho de los Principios a lo que él mismo dispone de la siguiente manera:

"Artículo cuatro numeral ocho (Integración del contrato)

1. Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de una disposición importante para la determinación de sus derechos y obligaciones, se considerará integrada al contrato aquella disposición que resulte más apropiada a las circunstancias.

2. Para determinar cuál es la disposición más apropiada, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes:

- g. La intención de las partes;
- h. La naturaleza y finalidad del contrato;
- i. La buena fe y la lealtad negocial;
- j. El sentido común."




Se esta acudiendo definitivamente a la conformación de una nueva lex mercatoria, al igual que sucedió en la edad media, cuando el derecho vigente en la época era insuficiente para brindar las respuestas que el avance de los negocios requería.

Lex mercatoria que se caracteriza, sin alejarse de la sabiduría decantada durante siglos y heredada del derecho romano y del derecho mercantil medieval, por fundamentarse en los principios básicos del derecho, por recuperar para el derecho privado el inmenso poder creativo de la costumbre como fuente principal de ella, por devolver al Juez su papel de ser creador de derecho, y no quien simplemente aplica un silogismo para deducir una conclusión de la norma. Estos elementos son los que dotarán de vitalidad al derecho privado en los próximos años, y seguramente marcarán el norte de los cambios legislativos venideros.

## **2.2 Origen de los principios UNIDROIT**

En el año de 1968, con ocasión de la celebración de los 40 años de fundación de Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado con sigla en inglés (UNIDROIT), en la ciudad de Roma, surgió la idea de crear un cuerpo normativo para los contratos comerciales internacionales. El Consejo Directivo de UNIDROIT en su reunión



de 1971 incluyó en la agenda de trabajo la preparación de un ensayo de unificación relativo a la parte general de los contratos, sin embargo, no fue sino hasta 1980 cuando se creó el grupo de trabajo, que se constituyó con representantes de diversas culturas y sistemas jurídicos del mundo. “Representantes de llamado Civil law, del Common law, y de los sistemas socialistas conformaron el comité de trabajo. Las labores terminaron en el año de 1994 con la publicación de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales. Los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, representan una nueva aproximación al derecho de los negocios internacionales, y son un intento por remediar muchas de las deficiencias surgidas del derecho aplicable a tales negocios”.<sup>23</sup> No están concebidos como una forma de modelo de cláusulas contractuales para ningún tipo de convenio en particular, ni constituyen una forma de convención internacional de ley uniforme para los contratos internacionales, y como se verá más adelante, derivan su valor solamente de su fuerza persuasiva.

### **2.3 Ámbito de aplicación**

Conforme a lo dispuesto, los principios son aplicables a los contratos mercantiles internacionales, en aquellos eventos en los que las partes hayan acordado regular dichas relaciones contractuales conforme a éstos, inclusive en tratándose de contratos nacionales. Pueden ser además utilizados como modelo para la legislación interna de los países o legislación internacional. Los principios no sólo se limitan a la regulación de contratos específicos, sino que también pueden ser utilizados para la interpretación y complemento de disposiciones uniformes internacionales. No obstante lo anterior, es decir, las varias aplicaciones posibles de los principios, éstos están concebidos

---

<sup>23</sup> **ídem.**





principalmente para regular contratos mercantiles internacionales, razón por la cual es menester determinar lo que se entiende por tales.

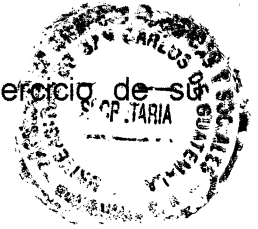
### **2.3.1 Mercantilidad del contrato**

Sin definir lo que se entiende por contrato, los principios delimitan el tipo de negocios jurídicos a los cuáles se aplica al utilizar el término contratos mercantiles, dándole un sentido amplio a la expresión mercantilidad que no se limita a la tradicional discusión sobre su naturaleza civil, o mercantil, sino que más bien buscan abarcar el mayor número de operaciones mercantiles posibles, entre otros, los contratos de prestación de servicios profesionales, excluidos de la materia mercantil según algunas posiciones legislativas como es el caso del Artículo nueve del código de comercio guatemalteco

Podría afirmarse en un comienzo que los principios han dejado además a un lado los criterios objetivo, y subjetivo para la determinación de la naturaleza mercantil de ciertos actos jurídicos porque se busca más bien que pueda aplicarse tanto en aquellos países cuyas regulaciones mercantiles acogen el criterio objetivo, como aquellos que se oponen.

A pesar de que la intención de los principios es la de abarcar el mayor número posible de operaciones económicas, se ha excluido expresamente a aquellas operaciones denominadas de consumo, de todos modos deberá tenerse en cuenta el criterio que se conoce como actos mercantiles mixtos, según el Artículo cinco del Código de Comercio Decreto Legislativo Número 2-70. Si el acto fuera mercantil para una de las partes se registrará por las disposiciones de la ley comercial. Entendiendo por tales según el contenido en los principios, las que son celebradas por aquella persona que, en su

actividad contractual, no efectúa un acto de comercio, ni obra en ejercicio de su profesión.



### **2.3.2. Internacionalidad del contrato**

Dentro de un contrato pueden haber varios criterios que permitirían pensar en su carácter internacional, tales como: la nacionalidad de las partes intervinientes, la ubicación de los bienes objeto del contrato, el lugar de celebración, el lugar de ejecución, el domicilio de las partes o la localización de su establecimiento, el lugar de pago, el lugar de destino de los bienes, el transporte del mismo, entre otros. En torno a lo anterior la ley regula los siguientes aspectos:

- a) La capacidad de las partes contratantes
- b) Los requisitos de forma del contrato
- c) La naturaleza y efectos del contrato
- d) La ejecución del contrato

Los principios de UNIDROIT, no adoptan claramente ningún criterio para establecer la internacionalidad del contrato. Se afirma que éstos deben ser interpretados de la manera más amplia posible. El carácter internacional de los contratos mercantiles, tiene una amplia connotación, ya que tal como lo afirma el preámbulo, únicamente se excluyen las relaciones contractuales ausentes de todo elemento de internacionalidad, es decir, cuando los elementos esenciales del contrato tengan conexión con una sola nación.

Los principios, quisieron adoptar un criterio lo suficientemente amplio en su interpretación, que permitiera excluir solamente los casos en que dentro del contrato no

existiera ningún elemento internacional, es decir, cuando todos los elementos relevantes en el contrato en cuestión estuvieran conectados con un solo país.



El carácter internacional de un contrato puede definirse de varias formas. Las soluciones adoptadas tanto en las legislaciones nacionales, como internacionales oscilan entre aquellas que requieren que el establecimiento o la residencia habitual de las partes se encuentren en países diferentes y otras que adoptan criterios más generales, como el requisito de que el contrato ofrezca vínculos estrechos con más de un Estado, implique una elección entre leyes de diversos Estados o afecte los intereses del comercio internacional.

En la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, el carácter internacional está determinado de la siguiente manera:

Artículo uno numeral uno, La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:

- a) Cuando esos Estados sean Estados contratantes; o
- b) Cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante.
- c) No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estado diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.

A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.



El criterio determinante es la ubicación del establecimiento, sin importar la nacionalidad de las partes, ni la de aquél. Debe agregarse que no importa para la determinación de la internacionalidad, bajo la Convención de Viena, la ubicación de los bienes objeto del contrato, ni el lugar de su ejecución.

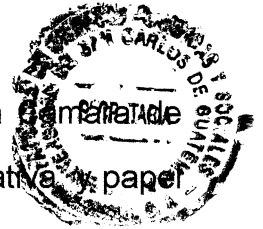
Es más satisfactoria, la solución dada por los principios de UNIDROIT, toda vez que en la Convención, la internacionalidad se ve limitada y no abarca todas las compraventas que revistan el carácter de internacionales, de acuerdo con que alguno de sus elementos lo sea.

#### **2.4 Funciones de los principios, aplicaciones jurisprudenciales**

Los Principios de UNIDROIT, al recoger principios de distintas culturas jurídicas y económicas permitirán el acceso a innovadoras soluciones que contribuirán a enriquecer y renovar la jurisprudencia nacional, por otra parte, son un paso adelante en la necesidad planteada de armonizar y unificar derecho privado internacional como una respuesta jurídica al fenómeno económico de integración.

Derivado de lo enunciado, se han identificado algunas funciones que pueden tener los principios en la práctica, que se analizará a continuación, indicando algunas aplicaciones jurisprudenciales. Sin embargo podemos adelantarnos a lo que será estudio detallado, diciendo que en general los papeles fundamentales asignado a los principios y

desarrollados por la jurisprudencia, especialmente, laudos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), se pueden resumir en: papel o función normativa o papel o función interpretativa.



#### **2.4.1 Aplicación de los principios como ley del contrato**

Basado en el principio de la autonomía de la voluntad, las partes en un contrato pueden escoger a los principios como ley del contrato.

Cuando las partes deseen adoptar los principios como el derecho aplicable a su contrato, es aconsejable combinar la adopción de los principios con un acuerdo de arbitraje.

En este caso los principios se aplicarán al contrato con exclusión de la ley nacional, siempre y cuando no intenten derogar las normas de carácter imperativo de cada país. Existen varios casos que han sido objeto de decisión en Tribunales de Arbitraje sobre contratos en los cuáles se han aplicado los principios como ley del contrato. Igualmente, los casos en que los jueces arbitrales han encontrado aplicables al contrato los principios UNIDROIT. Cabe destacar los casos en que los jueces han encontrado aplicables los principios de UNIDROIT asimilándolos a la *lex mercatoria*, a la justicia natural, entre otros conceptos, como se verá en el punto siguiente.

Un caso en el que las partes designaron a los principios de UNIDROIT como ley del contrato, y el Tribunal falló conforme a esta estipulación es el decidido por un Tribunal Arbitral en Milán (Italia).

“Se trataba de un contrato de agencia comercial para la distribución de artículos de mobiliario, concluido entre una compañía italiana (como principal) y un agente en los Estados Unidos. El principal declaró terminado el contrato ante la inejecución del agente (ausencia de resultados esperados). El agente, que era el demandante, alegó terminación injusta por parte del principal, y reclamó indemnización por los daños causados. Las partes estuvieron de acuerdo en que el Tribunal arbitral aplicara los Principios de UNIDROIT. El árbitro aplicó las siguientes disposiciones de los Principios, y en algunos casos refiriéndose también a los comentarios”.<sup>24</sup>



Artículo uno numeral tres para afirmar el carácter obligatorio del acuerdo entre las partes. (Carácter vinculante de los contratos). Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos principios cuatro numeral uno y cuatro numeral dos para interpretar la declaración escrita de una de las partes como constitutiva del aviso de terminación;

Artículo siete numeral tres para excluir el derecho a terminar el contrato por una inejecución esencial, o incumplimiento esencial con respecto a un evento sobre el cual las partes tenían expresamente estipulado renegociar si este ocurriera.

Artículo siete cinco para afirmar la validez de un término del contrato, según el cual en caso de terminación, expresamente se concedía al principal el derecho a la restitución del promocional material y al agente el derecho a una comisión por órdenes hasta ahora recibidas;

---

<sup>24</sup> BONNELL, MICHAEL JOACHIM. The principles of international commercial contracts. Nature, Purposes and First Experiences in Practice. Pág. 26.



Los Artículos siete, numeral cuatro, para afirmar el derecho de la parte afligida para ser compensada totalmente por el daño que ha derivado como consecuencia de la inejecución de la otra parte, pero excluir compensación por el sufrimiento emocional y aflicción, pues la parte afligida es una entidad corporativa;

Los Artículos siete numeral tres para limitar la compensación a los costos que se derivan de la inejecución y al daño previsible.

El Artículo siete numeral nueve para confirmar la validez de la cláusula del contrato que proporciona derecho a la parte afligida a recibir intereses desde cuando el dinero es debido, y el Artículo siete numeral 13 para confirmar la validez de la tasa de interés acordada 15%.

También se encuentra como ejemplo, “el fallo 8331 de la Cámara de Comercio Internacional, donde el demandante era un fabricante sueco y la demandada una compañía Iraní. El caso concernía a un memorando de entendimiento por medio del cual las partes acordaron concluir un contrato de venta de camiones y piezas de repuesto y en general indicaron su intención de iniciar un acuerdo para establecer una ensambladora para la producción del mismo tipo de camiones en el país comprador.

Mientras las ventas objeto del contrato estaban concluyendo, el vendedor se negó a participar en negociaciones para montar la ensambladora argumentando que el comprador carecía de la organización empresarial necesaria para el llevar a cabo el proyecto. Las partes acordaron que el Tribunal Arbitral podría aplicar los acuerdos relevantes entre ellas y tener en cuenta si fuere necesario y apropiado, los principios de UNIDROIT. En esta decisión el tribunal arbitral aplicó en particular dos Artículo de los



Principios, el Artículo cuatro numeral cinco, además de los comentarios al mismo, para concluir que al memorando de entendimiento se le debía dar efecto en su totalidad y no solamente en lo concerniente a la parte referida a la conclusión del contrato de venta, y el Artículo cinco numeral cuatro (2), para concluir que la declaración de la intención de las partes para entrar en unas negociaciones con el propósito de llegar a un acuerdo para establecer una ensambladora implicaba una obligación de hacer el mayor esfuerzo para lograr el resultado. De acuerdo con el Tribunal Arbitral, el vendedor al negarse a iniciar las negociaciones quebrantó esta obligación y su argumento de que el comprador no tenía la organización empresarial necesaria no constituía una excusa válida”.<sup>25</sup>

#### **2.4.2 Aplicación de los principios como lex mercatoria**

Según lo dispuesto sobre principios UNIDROIT, que se han citado anteriormente, éstos pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los principios generales del derecho, la lex mercatoria, o expresiones semejantes.

Aunque puede entenderse incluido en el punto anteriormente explicado, el grado de aplicación, es diferente al anterior, pues en este caso las partes en principio no hacen expresa referencia a los principios de UNIDROIT como regla del contrato. Se puede discutir en consecuencia, si las partes si han escogido la ley por la cual el contrato se gobernará y en especial, si se han referido a los principios UNIDROIT.

Así mismo, entra en la discusión su naturaleza, es decir: si en realidad los principios reflejan aquellas reglas superiores anteriores a todo derecho positivo, o son reflejo de costumbres o de reglas sobre las cuáles se han puesto de acuerdo un grupo de juristas.

---

<sup>25</sup> **Ibid.**





Sobre esto, se debe tenerse sumo cuidado, e insistir en que cuando se dice que los principios UNIDROIT hacen parte de la lex mercatoria moderna, no se puede confundir este último término, solamente con los usos y costumbres del tráfico internacional, sino que se utilice en un sentido amplio que contenga todas las fuentes del derecho del comercio internacional. No se duda sobre el consenso que existe sobre ellos, y sobre la forma ágil en que se constituyen al no requerir ser concebidos como ley positiva ni como tratado internacional. Sin embargo, se insiste en que no todas sus disposiciones constituirán principios, sino tan solo algunas de ellas. Otras, en efecto, serán reglas sugeridas a las partes, aplicables por acuerdo expreso. En este sentido se pronuncia, María del Pilar Perales, al decir que: "No creemos, por el contrario, que los mismos resulten aplicables, o al menos no de forma automática, cuando los contratantes hayan sometido su contrato a los principios generales del derecho o a la lex mercatoria".<sup>22</sup>

Ni los principios son usos ni, por supuesto, puede decirse que exista una potestad legislativa creadora tras ellos. Ciertamente que algunas de sus disposiciones recogerán el modo de proceder usual y normal en la contratación internacional, otras, por el contrario, no podrán así calificarse desde el momento en que responden a un intento por conciliar diversos principios y normas que respondan, a su vez, a distintas concepciones, políticas y jurídicas. No obstante, ha de admitirse la posibilidad de que los principios se reconozcan como lex mercatoria por los operadores del comercio internacional, así como por los jueces nacionales y los árbitros.

Pueden sin embargo, citarse varios laudos internacionales, donde se ha llegado a la conclusión de que efectivamente los principios de UNIDROIT reflejan la lex mercatoria,

---

<sup>22</sup> Perales Viscasillas, María del Pilar. **Ob; Cit.** pagina 55.

los usos y costumbres, o en algunos casos, que son la manifestación de la justicia natural o principios generales del derecho.



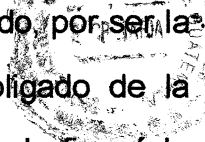
Uno de los casos más interesantes es el contenido en el laudo 7110 de la Cámara de Comercio Internacional, de 1995, que se relata a continuación: “Se trataba de un conflicto originado entre dos contratantes, uno de los cuáles pertenecía a un Estado no europeo y el otro era una Compañía Inglesa. El Tribunal fue llamado a determinar la ley aplicable. Los contratos no señalaban escogencia expresa de una ley, pero contenían en la mayoría de los casos referencia a la justicia natural. Con respecto de la posición de demandante a la ley aplicable: El demandante adujo primero en su demanda que en los contratos no hubo una escogencia explícita de ley aplicable, y como las partes habían firmado los contratos en [Estado X], podía aplicarse la regla *lex loci contractus* que es una regla duradera en ventas y compras internacionales”.<sup>27</sup>

El demandante llevó más allá su posición, al afirmar que las referencias a la justicia natural son demasiado vagas, toda vez que no hay un acuerdo entre los juristas internacionales en su contenido y no ofrecen al tribunal arbitral reglas suficientemente precisas para decidir las disputas que son el asunto materia de este arbitraje.

El demandante insiste que las partes desearon que la disputa se resolviera según una ley, y que la ley aplicable debería ser [la ley del Estado X], toda vez que los contratos se firmaron en el [Estado X]; [El Estado X] era el lugar de ejecución contractual y este Contrato era una parte de un proyecto grande (para los efectos, relacionados con el Estado X).

---

<sup>27</sup> **Ibid.**



El demandado, sostuvo que la ley sustantiva aplicable era la del Reino Unido, por ser la más directamente relacionada, y por ser el lugar de residencia del obligado de la prestación característica. Escogiendo el método directo, el Tribunal Arbitral afianzó la aplicación de principios generales del derecho; dedujo de las declaraciones de las partes, la existencia de una intención de opción negativa: es decir: la exclusión de cualquier ley nacional específica. El tribunal concluyó que la intención razonable de las partes con respecto a la ley sustantiva aplicable a los contratos, era tener todos ellos regidos por reglas generales del derecho y principios en materia de obligaciones contractuales internacionales, aunque no necesariamente se refirió a un sistema legal nacional específico.

El Tribunal determinó que son los principios de UNIDROIT los que se adaptan especialmente a las necesidades de las transacciones internacionales y disfrutan de acuerdo general internacional aunque no reflejan un sistema nacional específico. El tribunal sostuvo que esos principios generales eran principalmente reflejados por los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales y que sin perjuicio de tomar en cuenta las provisiones del contrato y los usos del comercio pertinentes, los contratos se rigieron y por ello deben ser interpretados de acuerdo con los Principios de UNIDROIT.

Las razones por las cuáles este Tribunal considera que los Principios de UNIDROIT son el componente central de las reglas y principios generales con respecto a las obligaciones contractuales internacionales y disfrutan de amplio consenso internacional, los cuales constituyen la propia ley de los contratos, son variadas:

Los Principios de UNIDROIT son una recopilación de principios aplicables a los contratos comerciales internacionales hechos por un distinguido grupo de expertos internacionalistas provenientes de los sistemas prevalentes en el mundo, sin la intervención de los estados o gobiernos, ambas circunstancias redundan a la alta calidad y neutralidad de su producto y esta aptitud se refleja en el presente escenario de consenso sobre las reglas legales internacionales y los principios que gobiernan las obligaciones contractuales en el mundo, principalmente sobre las bases de su imparcialidad y adecuación a las transacciones internacionales que quepan dentro de su perspectiva.



Al mismo tiempo, los Principios de UNIDROIT se han inspirado en textos de leyes uniformes internacionales alrededor las cuales disfrutaban de amplio reconocimiento internacional y generalmente son consideradas como el reflejo de los usos y prácticas del comercio internacional en el campo de la compraventa internacional de mercaderías, la cual ya la han ratificado alrededor de 40 países, a saber, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.

Los Principios de UNIDROIT han sido específicamente concebidos para ser aplicados al los contratos comerciales internacionales en instancias en las cuales, como en el caso que acontece, en que las partes han acordado que sus transacciones serán gobernadas por reglas generales y principios.

Tribunales arbitrales han aplicado, ante la ausencia de escogencia de ley aplicable, los Principios de UNIDROIT. Pueden verse: entre otros el laudo 7375, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, de fecha 5 de junio de 1996. "El caso concernía a un suministro concluido entre un vendedor de los Estados Unidos y un

comprador de un país del oriente medio. Éste reclamó daños y perjuicios con intereses en relación con la entrega retardada de los bienes. En el contrato no se incluyó una cláusula de escogencia de la Ley aplicable al contrato. La Corte encontró que la ausencia de una cláusula en tal sentido significa que ninguna de las dos partes está preparada para aceptar la ley doméstica de su contraparte y que constituyó un contrato implícito (opción negativa). Esto dejó a la Corte las opciones de aplicar una ley neutra, que fue considerado artificial y arbitrario; adoptando la doctrina de *trunc commun* que significaría una investigación prolongada del derecho comparado y podría llevar a no encontrar una solución; o escoger una solución no nacional, que llevara a la aplicación de reglas de derecho generalmente aceptadas. La Corte sostuvo esta última solución, para mantener un equilibrio entre las partes, haciendo justicia a ambos de manera objetiva”.<sup>28</sup>

La Corte decidió que el contrato debía ser gobernado por reglas generales del derecho, y que las reglas generales del derecho aplicables a obligaciones contractuales internacionales que tenían amplio reconocimiento, y consenso internacional e la comunidad mercantil internacional, incluyendo conceptos considerados como pertenecientes a la *lex mercatoria*, y manifestación de principios y reglas generalmente aceptadas, eran los principios de UNIDROIT. Otro caso que puede tenerse como referencia, sobre todo cuando fue un árbitro colombiano el que lo falló, el “Doctor Guillermo Gamba, es el laudo 9797, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, de fecha julio 28 de 2000. Las partes solicitaron en este caso al Tribunal decidir de conformidad con los términos del contrato, teniendo en cuenta los principios de equidad. El tribunal manifestó que los Principios de UNIDROIT son fuente fidedigna del derecho comercial internacional en el arbitraje internacional por contener

---

<sup>28</sup> **Ibid.** Pág. 98.

ellos en esencia una compilación de aquellos principios directurs que disfrutaron de aceptación universal y además son el núcleo de aquellas nociones fundamentales que son aplicadas en la práctica arbitral ”.<sup>29</sup>



A pesar de los fallos donde los jueces han encontrado aplicable al contrato los principios de UNIDROIT por ser estos reflejo de la lex mercatoria, o los principios generales, a pesar de que las partes no hayan pactado la inclusión de los Principios como ley del contrato, existen otros fallos, donde se ha ratificado la posición de que para que sean aplicables o puedan ser aplicables, las partes expresamente deben afirmarlo de esa manera, o por lo menos, expresar que el contrato se regirá por la lex mercatoria o los principios generales. En este sentido, el laudo 8873 Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional:

“El fallo concierne a un contrato entre un español y una compañía francesa para realizar trabajos de construcción en un tercer país. Enfrentado con varios imprevistos y dificultades que substancialmente aumentaron el costo de la construcción, el contratista, pidió la renegociación del contrato, invocando excesiva onerosidad según los Artículos seis numeral dos y seis numeral tres de los Principios de UNIDROIT. Según el contratista, aunque el contrato contuvo una cláusula donde se escogió la ley española, los principios de UNIDROIT son los aplicables, toda vez que ellos reflejan verdaderos usos del comercio que el Tribunal debía de todos modos que tener en cuenta de acuerdo con el Artículo VII de la Convención de Ginebra de 1961 sobre arbitraje internacional y el Artículo 13 (5) de las reglas de la Camara de Comercio Internacional sobre arbitraje.

<sup>29</sup> Arbitral Award. ICC. International Court of Arbitration. 28 VII 2000. Case n° 9797. Andersen Consulting Business Unit Member Firm v. Arthur Andersen Business Unit Member Firm and Andersen Worldwide Societé Cooperativé. UNIDROIT Selected case law relating to the Unidroit Principles of Internaciona Comercial Contracts. UNILEX. <http://www.unidroit.org>. (20 de octubre 2008)

Decidiendo la pertinencia de los principios UNIDROIT, el Tribunal Arbitral recalcó que de acuerdo con el preámbulo de los Principios, ellos son aplicables sólo cuando las partes lo han acordado expresamente de esa manera o el contrato se refiere a los principios generales del derecho o la *lex mercatoria* como ley aplicable”.<sup>30</sup>



Acerca del argumento según el cual los Principios UNIDROIT representan verdaderos usos del comercio, para ser incluso tenidos en cuenta en donde las partes, como en el caso, han escogido una ley doméstica particular como ley que gobierna el contrato, el Tribunal arbitral sostuvo que en el particular, las disposiciones de los Principios de UNIDROIT sobre excesiva onerosidad, al menos en la actualidad, no corresponden a una práctica corriente en el comercio internacional.

### **2.4.3 Aplicación de los principios como modelo para la legislación a nivel nacional o internacional**

Se ha señalado además cómo los legisladores nacionales e internacionales podrían encontrar una fuente de inspiración en los Principios de UNIDROIT para la preparación de nueva legislación, de hecho, “Los Principios, han servido de fuente para recientes legislaciones como es el caso del nuevo Código Civil holandés, el nuevo Código Civil de Québec, y del nuevo Código Civil de la Federación Rusa”,<sup>31</sup> en el campo de las reglas generales de los contratos o con respecto a tipos específicos de negocios debido a las soluciones modernas y funcionales adoptadas; se observa también, que las partes pertenecientes a sistemas legales diferentes o que hablen lenguajes distintos podrían usar dichos Principios como una guía para elaborar sus contratos.

<sup>30</sup> Perales Viscasillas, María del Pilar. *Ob. Cit.* Pág. 143.

<sup>31</sup> Oliva Blázquez, Francisco. *Compraventa Internacional de Mercaderías* (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980), página. 156.

Según se afirma en la presentación a dichos Principios, se convertirán éstos en una fuente conveniente para los árbitros, especialmente cuando sean llamados a decidir como amigables componedores conforme a los usos y costumbres del comercio internacional, o a la lex mercatoria, recurrir a un grupo de reglas las cuales son el resultado de una intensiva investigación y prolongadas deliberaciones.



Con lo anterior no se pretende agotar la explicación sobre la totalidad de los temas contemplados en los Principios de UNIDROIT, sino tan solo mostrar de manera introductoria su importancia en el desarrollo del derecho mercantil internacional.

Finalmente, y teniendo en cuenta todos y cada uno de los puntos objeto de este estudio, que tan sólo contiene unos aspectos de lo que se podría denominar como la teoría general del derecho mercantil internacional se nota la urgente necesidad de que al seno de las academias universitarias se difundan los mecanismos de contratación mercantil uniforme de tanto y nutrido estudio en el mundo, pero de escaso conocimiento en nuestro medio. Las necesidades inmediatas del tráfico económico requieren contar con una base jurídica lo suficientemente sólida y ágil que brinde la seguridad que dicho tráfico requiere. El estudio del derecho privado guatemalteco en particular, y latinoamericano en general debe hacerse desde la óptica de la globalización, hacia la cual, una vez superados los obstáculos, con seguridad, avanzaremos. Lo que se propone, es simplemente un reencuentro con el derecho común.





## CAPÍTULO III

### 3. Arbitraje

Toda relación humana está expuesta a conflictos de múltiples índole en el que están juegos diversos intereses, a medida que el hombre ha ido evolucionando ha tratado de encontrar diversos medios para solucionar sus diferencias, hasta llegar al ordenamiento jurídico para garantizar condiciones de vida y normas de conducta dentro de la sociedad, con el fin de mantener la fuerza y evitar la violencia como métodos orientados a la administración de justicia, a través de un tercero imparcial que dirima sus confrontaciones.



Platón enseña que el mayor bien para el Estado, no es la guerra ni la rebelión sino la paz y la buena inteligencia entre los ciudadanos. Pero como la existencia de intereses contradictorios forman parte de la naturaleza del grupo, el estadista ha debido crear sistemas que ponga remedio a los disensos, obligando a los miembros a observar ciertas reglas y preventivo que en caso de presentar desavenencias, un tercero resuelva las disputas. Es indispensable que se establezcan tribunales para cada sociedad y jueces que decidan sobre la marcha, las diferencias que se susciten. Tribunal que estará compuesto por los jueces mas integro que se a posible encontrar. Un estado no sería estado si lo que concierne a los tribunales no estuviese arreglado como es debido.

El estado crea el derecho para justificar el carácter público de la entidad jurisdiccional, toda vez que la imponer la obligación debe respetarla, lo que se traduce en una acción coercitiva de imposición, así pues en las organizaciones sociales modernas el estado

tiene la facultad de promover los órganos que resolverán esas situaciones de conflictos que alteran el orden social, para mantener la tranquilidad pública.



Surge entonces la jurisdicción, actividad destinada a restablecer el orden jurídico alterado por conductas humanas al contrario de las normas establecidas.

Es una sentencia se aplica la imposición de una conducta específica a las partes que están obligadas a cumplirlas bajo amenaza de obtenerla en forma coactiva en caso de resistencia.

La importante en el derecho no solamente radica en resolver el conflicto si no la forma como se resuelve, por ello cuando un sistema judicial es deficiente, no cumple su función a cabalidad se convierte en una ficción corriendo el riesgo de retroceder al pasado en que el hombre ejercía la justicia por su propia mano, asiendo imposible la convivencia social. Ello explica por que la necesidad de encontrar otras formas alternativas que puedan proveer las soluciones que en el sistema publico no esta en condición de brindar.

### **3.1 Definición**

El arbitraje "Es un juicio de conocimiento derivado de una relación jurídica contractual mediante el cual, cuando hay controversias entre dos o más personas, empresas o Estados, éstos recurren a personas no vinculadas con el poder judicial, sino a particulares o a una institución para que los designe, a las que reconocen autoridad y prestigio, a fin de que después de apreciar los argumentos, pruebas y alegatos de las partes emitan un veredicto, conviniendo previamente y en forma libre, a acatar el fallo,

con característica y efectos idénticos a una sentencia judicial denominada "laudo arbitral".<sup>26</sup>



En pocas palabras el arbitraje es un proceso en el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que surjan en las relaciones entre dos o mas partes, quienes acuerden la intervención de un tercero (arbitro o tribunal arbitral) para que los resuelva.

De todas las instituciones antes mencionadas, el arbitraje es el que mayor aproximación tiene con el modelo adversarial del litigio común. Es un mecanismo típicamente de solución, cuya estructura es básicamente la de un litigio. El rol del árbitro es similar al del juez: las partes le presentan el caso, prueban los hechos y sobre esa base decide la controversia. Sin embargo, no obstante sus similitudes el arbitraje mantiene con el sistema judicial una gran diferencia, la decisión que pone fin al conflicto no emana de los jueces del Estado, sino de particulares libremente elegidos por las partes.

A diferencia de la conciliación y mediación, el tercero neutral no ayuda ni colabora con las partes a efecto de resolver el conflicto mas bien impone una solución vía laudo arbitral, que tiene efectos de sentencia judicial.

Al arbitraje se llega generalmente en forma voluntaria a través de cláusulas mediante las cuales las partes deciden someter determinadas cuestiones a ser resueltas por el árbitro en lugar de acudir a la justicia ordinaria.

---

<sup>26</sup> Rivera Neutze, Antonio Guillermo. **El arbitraje como medio alternativo para la solución de conflictos entre particulares situación actual y perspectivas.** Pág. 8.



La Constitución Política de la República vigente en su Artículo 203. Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.

Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público.

La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca”.

La Constitución Política de la República al tiempo que garantiza el acceso a la justicia ordinaria, permite a que se crean otros tribunales apegados a la ley, para que los particulares y aun al Estado, a crear un medio como el arbitraje como formula alternativa para solución de conflictos nacidos de las relaciones comerciales nacionales como internacionales.

En el tercer considerando de la ley de arbitraje, literalmente dice que: Que la sustitución del régimen legal aplicable en Guatemala al arbitraje, deviene no sólo de la necesidad de modernizar las normas pertinentes para lograr los beneficios ya citados, sino que se hace también una necesidad a la luz de los tratados y convenciones internacionales en

materia de arbitraje que la República de Guatemala ha suscrito y ratificado, que si bien las tendencias modernas en esta materia, haciéndose por ende imperioso lograr la adecuación de las normas internas con las de origen internacional, para obtener un sistema armónico y progresista en materia de arbitraje.



Sin embargo a dudas el arbitraje no pretende reemplazar a los jueces ni mucho menos desmerecerlos, antes bien complementan el papel que desempeñan dentro de la sociedad.

Dado el origen privado del arbitraje, es que las partes pueden designar el árbitro o tribunal arbitral, según sea el caso. Existen particularidades de la figura que admiten presentarlos conforme al sistema donde vayan a insertarse.

- El arbitraje voluntario proviene de la libre determinación de las partes, sin que preexista un compromiso que los vincule.
- El arbitraje forzoso en cambio viene impuesto por una cláusula legal o por el sometimiento pactado entre las partes ante de ocurrir el conflicto.

A su vez la elección de la vía supone recurrir a árbitros libremente seleccionados o bien designar a un organismo especializado (arbitraje institucionalizado).

La decisión (*laudo*) obliga pero no somete, es decir determina efectos que vinculan el derecho de las partes, pero la inejecución no tiene sanción de árbitros. En todo caso son los jueces ordinarios quienes asumen la competencia ejecutiva.

### 3.2 Convenio arbitral



Se entiende el convenio arbitral como el acuerdo voluntario entre las partes para solucionar sus diferencias, que surgen de una relación contractual o no contractual que sean o no, materia de un proceso judicial, sujeta a requisitos generales establecidos en la legislación civil para la validez de los contratos.

La ley de arbitraje considera este principio en materia de convenio arbitral, exigiendo la forma escrita, bajo sanción de nulidad. En la forma de una cláusula inserta en el texto del contrato, o bajo la forma de un acuerdo independiente.

El objeto del acuerdo arbitral debe ser lícito y posible. La ley de arbitraje ha regulado las materias susceptibles de someterse a arbitraje, como son las materias determinadas o determinables sobre la que las partes tengan la libre disposición; exceptuándose las cuestiones que versen sobre el estado o capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de los incapaces, sin la previa autorización judicial. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales provenientes de su ejecución.

En cuanto se refiere a las partes del proceso; las que interesan al orden público, o que versen sobre delitos o faltas; sin embargo, cabe arbitrarse respecto a la cuantía de la responsabilidad civil, cuando no ha sido fijada en resolución judicial firme.

En una palabra no son competentes los árbitros en las que este interesado el orden público.



Cuando existe un convenio arbitral, ya no es competente el juez en lo jurisdiccional debiendo declinar su avocación. Si el convenio es anterior evita el proceso judicial, que pueda promoverse y si fuera celebrado estando pendiente un tramite judicial, produce el efecto de extinguirlo Artículo 11 Decreto número 67 - 95 Ley de Arbitraje.

### **3.3 Cuestiones aptas para el arbitraje**

Son aquellas divergencias producto de transacciones entre partes vinculadas por relaciones comerciales duraderas, en las que además de resolver el conflicto puntual, es necesario mantener la relación en términos que les permita seguir haciendo negocios en el futuro, o lo que se originen en el comercio internacional, por la publicidad que el arbitraje ofrece en cuanto a elegir no solo la persona de los árbitros, sino el lugar donde se llevara a cabo el juicio, el idioma, el procedimiento, etc.

La eficacia del arbitraje radica en la validez de la decisión que emana del árbitro, en esa virtud el laudo, esta respaldado por la cosa juzgada y es factible de ejecución al igual que una sentencia judicial.

A través del arbitraje las partes habrán sustituido el juicio de conocimiento y todo el trámite que se requiere en la justicia para llegar a una sentencia, en menor tiempo, con menor costo con el mismo resultado.

### **Arbitraje como jurisdicción alternativa**

Los jueces deben su jurisdicción a la Constitución Política de la República y al marco jurídico previsto para la administración de justicia en el Poder Judicial. En el caso de





árbitros su jurisdicción depende en forma mediata de la Constitución y de la norma que establece la administración de su sentencia particular de administración de justicia, en la que los litigantes que los nombran para resolver un caso concreto, los facultan a juzgar en forma inmediata. Su jurisdicción es limitada al no poder pronunciarse sobre asuntos que no le han sido sometidos, y deben laudar (resolver) dentro de un plazo expresa o tácitamente concedida por las partes.

Por lo demás la jurisdicción de los árbitros, a diferencia de los jueces estatales, no es permanente ni genérica, sino limitada a cuestiones comprendidas y a un tiempo determinado que las partes o en efecto de pacto expreso, la otorga para la excepción del laudo.

Los árbitros no pueden ir más allá de lo que las partes señalen en el convenio arbitral, y decidirá conforme a la equidad ("ex aequo et bono"), también llamado amigable composición, Artículo 37 Ley de Arbitraje.

### **3.4. Clases de arbitraje**

- a) Arbitraje institucional: En este arbitraje intermedia entre los árbitros una entidad especializada que administra y organiza el trámite y presta servicios útiles para resolver la controversia. Se rige por un reglamento al que se someten las partes, sin embargo se valen de instrumentos cada vez más ágiles, de modo de adecuar las reglas de las necesidades de los usuarios surgiendo reglamentos de arbitraje común u otras variantes como arbitraje acelerado. Para optimizar la duración del proceso de gran importancia para el tiempo como factor fundamental. También hay otras formas Standard, para pactar el arbitraje, a través de modelos de



convenio arbitral y todos los servicios de rutina para posibilitar su arbitraje, como recibir y modificar las demandas, fijar los honorarios de los árbitros y costos, elegir los árbitros, resolver recusaciones contra ellos, sustituirlos por vacancia o renuncia, fijar la sede del arbitraje o el idioma en que se tramitaran las actuaciones y en general todo lo relacionado al proceso de arbitraje.

- b) En el arbitraje libre o ad hoc no existe ninguna institución que administre el sistema: son las propias partes las que suministran las normas sobre las que den actuar y todo lo necesario para que el arbitraje proceda. Así les proveen de los mecanismos de elección de los árbitros, indican el lugar, el idioma, los procedimientos a aplicar, métodos de coerción en caso de incumplimiento, plazo para laudar y los recursos pertinentes que cabrían contra el laudo. La desventaja en este tipo de arbitraje, está en que no habiendo intervenido una entidad que preste el servicio administre el sistema e intermedie entre las partes, cualquier diferencia que surja entre ellas será resuelta en sede judicial. Si las partes no se ponen de acuerdo, sobre el árbitro tercero, si se produce una recusación contra un árbitro, se debe reemplazar, si procede reemplazarle al árbitro por renuncia, fallecimiento o irresponsabilidad al ejercer el cargo. Esta clase de arbitraje es el que sigue el ordenamiento jurídico guatemalteco Artículos, 24, 25, 27 de Ley de Arbitraje. La elección de estos mecanismos debe ser puesta en conocimiento de las partes sobre sus ventajas y desventajas.
- c) Arbitraje de derecho o de conciencia: Los árbitros se rigen por normas legales y deciden los asuntos litigiosos con arreglo al derecho escrito. En cambio el arbitro de conciencia puede dejar de lado la norma jurídica en el proceso mismo como en la sustentación del laudo; es decir que resuelven de acuerdo a su criterio; sin embargo esa discrecionalidad no es ilimitada puesto que debe respetar el




principio elemental de garantizar la defensa en juicio, en el debe tener en cuenta la equidad.

d) Arbitraje domestico o internacional: Esta calificación obedece cuando intervienen un estado o se vincula con mas de uno: La ley de arbitraje en su Artículo dos define como "arbitraje internacional cuando existen los siguientes factores:

- a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de su celebración, sus domicilios en estados diferentes, o
- b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del estado en el que las partes tienen sus domicilios:
  - i) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje.
  - ii) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o
- c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

2. Para los efectos del numeral 1) de este Artículo, se entenderá que:

- a) Si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.
- b) Si una parte no tiene ningún domicilio o residencia habitual, se considerará domiciliara en el lugar donde se encuentre.
  - a) si las partes tiene al momento de celebrar el convenio arbitral domicilios en estados diferentes.
  - b) si uno de los lugares siguientes esta situado fuera del estado en que las partes tienen sus domicilios.

- 
- b.1.- el lugar de arbitraje, si este ha sido determinado en el acuerdo de arbitraje o en el arreglo a el;
- b.2.- el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga relación mas estrecha”.

### **3.5 Los árbitros**

El arbitro es la persona elegida por las partes para resolver una controversia, es por ello la parte esencial del arbitraje mismo, todo el sistema gira en torno a el, desde que en su integridad moral y buen criterio descansa la confiabilidad y la eficacia del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos.

El árbitro debe reunir cualidades de idoneidad y experiencia, aplicando su criterio personal y buen juicio, manteniendo la imparcialidad e independencia frente a las partes, la Ley de Arbitraje en su Artículo 14 regula que “los árbitros deben reunir calidades esenciales tales como:

1. Pueden ser árbitros las personas individuales que se encuentren, al momento de su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.
2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.
3. No podrán ser nombrados árbitros los miembros del Organismo Judicial. Tampoco podrán serlo quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención, excusa y recusación de un juez. No obstante, si las partes, conociendo dicha

circunstancia, la dispensan expresamente, el laudo no podrá ser impugnado por tal motivo”.



### **3.6. Tribunal arbitral**

Es el que esta facultado a decidir sobre su propia competencia, incluso sobre oposiciones en torno a la existencia o validez del convenio arbitral. La decisión del tribunal arbitral que el contrato es nulo, no determina la nulidad del convenio arbitral, puesto que el convenio que forma parte de un contrato se considera independiente de las demás estipulaciones del mismo.

La oposición debe formularse en el momento de presentarse la contestación. En tal caso las partes no están impedidas de formular la oposición por el hecho de haber designado a un arbitro o participado en su designación, la oposición al tribunal arbitral cuando se ha excedido en su mandato, se formulara de inmediato, sin embargo el tribunal arbitral puede en cualquiera de los casos presentar una oposición mas tarde, de considerar justificada la demora.

Contra la decisión del tribunal arbitral no procede impugnación alguna; sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición es desestimada, cuando así corresponda.

### **Composición del tribunal**

Las partes pueden designar libremente el número de árbitros, de no haber acuerdo los árbitros serán tres. Así mismo pueden nombrarse árbitros suplentes, no siendo obstáculo la nacionalidad de los mismos.




Si no hay acuerdo en la designación de los árbitros, en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombra a un arbitro y estos a un tercero quien presidida el tribunal.

Si una parte no designa al arbitro dentro de los quince días de recibido el requerimiento de la otra parte, o si los dos árbitros no se ponen de acuerdo sobre el nombramiento, la designación se hará hecha a petición de una de la partes, por el juez de Primera Instancia de lo Civil o Mercantil del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje, o el lugar de celebrado del acur5do de arbitraje Artículo 9 y 15 de la Ley de Arbitraje.

En el caso del arbitraje con arbitro único o cuando las partes acuerden elegirla de mutuo acuerdo, si no llegan a un acuerdo trascurrido lo harán tal como lo regula el Artículo 9 de Ley de Arbitraje Tribunal competente para ejercer funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje. “En defecto de acuerdo entre las partes, las funciones a que se refieren los Artículo 15 (3) y 4); Artículo 18 (1); Artículo 21 (3); Artículo 22 (2) y Artículo 34 serán ejercidas a elección de actor, por el Juez de Primera Instancia de lo Civil o Mercantil del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje, o el del lugar de celebración del acuerdo de arbitraje, el del lugar donde deba dictarse el laudo, el del domicilio de cualquiera de los demandados o, en cualquiera de los anteriores lugares si coinciden todas o algunas de las circunstancias anteriores”.

**De acuerdo al arbitraje internacional se deben de respetar las siguientes reglas de ética**

- a) “Aceptar el cargo con el ánimo de actuar con celeridad y justicia.
- b) Analizar previamente al asumir el cargo, no tener compromiso alguno con las partes.

- 
- c) Evitar cualquier situación que ponga en duda su neutralidad.
  - d) Si su neutralidad se ha afectado apartarse del caso, si a pesar de ello las partes ratifican su confianza, solo seguirá si su conciencia estima que debe proseguir arbitrando.
  - e) Debe abstenerse actuar en forma subjetiva, leudando en forma mas objetiva.
  - f) No debe excederse en su autoridad.
  - g) Debe cuidar que el procedimiento se conduzcan dentro de los cauces de la normalidad, a fin de no perjudicar la imagen del arbitraje.
  - h) Debe evitar situaciones conflictivas entre las partes promoviéndola celeridad en el proceso.
  - i) Debe dar oportunidad a las partes a manifestarse y argumentar su defensa respetando sus opiniones con cordura y corrección.
  - j) Debe mantener la confidencialidad de todo lo tratado en el proceso.
  - k) No debe transmitir a nadie las decisiones que se tomen ni anticipar su opinión a ninguna de las partes”.<sup>33</sup>

### **Quienes pueden ser árbitros**

Según la Ley puede ejercer como arbitro “cualquier persona mayor de edad, en pleno ejercicio de sus derechos civiles. Exigiendo que el árbitro de derecho deba ser abogado, puede ser nacional o extranjero. Cuando se designa a una persona jurídica como arbitro, se entiende que actúa como entidad nominadora”. El Artículo 14 de Ley de Arbitraje estipula que: las calidades para ser árbitros.

1. “Pueden ser árbitros las personas individuales que se encuentren, al momento de su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

---

<sup>33</sup> **Ibid.**

2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.
3. No podrán ser nombrados árbitros los miembros del Organismo Judicial. Tampoco podrán serlo quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención, excusa y recusación de un juez. No obstante, si las partes, conociendo dicha circunstancia, la dispensan expresamente, el laudo no podrá ser impugnado por tal motivo.



### **Impedimentos**

La Ley de Arbitraje en su Artículo 14 numeral tres regula que: “No podrán ser nombrados árbitros los miembros del Organismo Judicial. Tampoco podrán serlo quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención, excusa y recusación de un juez. No obstante, si las partes, conociendo dicha circunstancia, la dispensan expresamente, el laudo no podrá ser impugnado por tal motivo”.

### **Procedimiento arbitral**

Si bien es cierto que el arbitraje es producto del consentimiento de las partes que optan por recurrir al arbitraje en lugar de ir al poder judicial, sin embargo pueden pactar las normas por las que transcurrirá el proceso, ya sea en forma directa mediante reglas a las que deben ceñirse los árbitros, o en forma indirecta en que las reglas del procedimiento las emite la institución arbitral a las que las partes se someten, tan bien las partes pueden encomendar a los propios arbitras elaborar las reglas el procedimiento.





La caracteriza su mayor flexibilidad e informalidad, sin imponerse pautas rígidas a los árbitros en que estos deben actuar con cierta libertad, sin la rigidez de un proceso judicial, manteniendo la igualdad entre las partes, posibilidad de ser escuchados y derecho a una solución verdaderamente justa.

Briceño Sierra, comenta que: “la situación del local elegido como sede del arbitraje propicia la instantánea percepción de intenciones y el rápido conocimiento de la voluntad de las parte, facilitando los interrogatorios, aclaraciones, resúmenes de cosas y documentos, como mayor marco para que las partes presenten conclusiones y los árbitros valoren elementos y razonamientos que les sean expuestos”.<sup>34</sup>

La ley prescribe como norma de principio que las partes pueden pactar el lugar y las reglas a las que se sujete el proceso correspondiente que tenga establecida la institución arbitral a quien recomienda su organización.

A falta de acuerdo, dentro de los quince días siguientes a la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, estos deciden el lugar y las reglas del proceso del modo que consideren más apropiado, atendiendo a la conveniencia de las partes.

### **Conciliación en sede arbitral**

La ley ha previsto como paso procesal ineludible la convocatoria a una audiencia de conciliación entre las partes, en las cual los árbitros promueven un acuerdo que ponga fin al litigio o aminore las cuestiones controvertidas a ser resueltas por los árbitros. Esto demuestra que los árbitros deben procurar acercar a las partes para armónicamente

---

<sup>34</sup> Briceño Sierra, Humberto. *Al arbitraje comercial, doctrina y legislación*. pág. 55.

resolver el problema que los separa. Dicho acuerdo puede registrarse en forma de laudo, de tal forma que adquiere el carácter de cosa juzgada.



El Artículo 39 de la Ley de Arbitraje en su numeral uno regula que: “si, durante las actuaciones arbitrajes, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral, dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden las partes, y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes”.

Sin embargo es el arbitro quien esta en capacidad de considerar la oportunidad de una conciliación, con lo que se demuestra la libertad del arbitro para citar o no a las partes a una audiencia de conciliación, y el modo mas conveniente para realizarla.

### **Costo del arbitraje y honorarios de los árbitros**

La simplicidad e informalidad en el procedimiento arbitral, evita tramitaciones y ritualismo innecesarias, como el caso de pruebas superfluas, que hacen el arbitraje sea menos costoso.

La celeridad es otro factor que contribuye a la economía, en la que es posible obtener una adecuada retribución para los abogados peritos y árbitros.

Es norma del arbitraje que el impulso procesal es de oficio y corre a cargo del propio Tribunal arbitral, que también contribuye a amenguar los costos, frente a la comparación con la justicia ordinaria.

Si los honorarios en un juicio arbitral, se regulara en base a normas arancelarias, traducirá en un menor interés de los litigantes a optar por el arbitraje, lo que afectaría fuente de ingresos de los abogados.

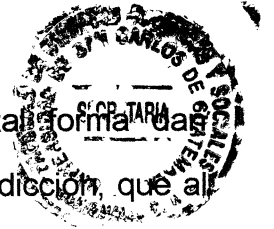


Viéndolo bien la participación del abogado en un arbitraje resulta más rentable económicamente, aun cuando sus honorarios sean inferiores a los obtenidos en la vía judicial.

Decidir por el arbitraje para resolver conflicto significa adoptar un sistema con reglas diferentes a los regularmente desarrollados en la vía jurisdiccional, que nos conduce a pensar en un cambio de mentalidad en las partes; así como en los letrados, peritos o árbitros, consecuentemente es necesario replantear formas tradicionales para establecer el monto de las remuneraciones profesionales, a este respecto cabe señalar que la mayoría de reglamentos de arbitraje establecen diferentes criterios para la determinación de honorarios, de modo de no retraer la expectativa de resolver las diferencias de las partes por la vía del arbitraje. En lo referente a la Ley de Arbitraje en su Artículo 20, “regula al derecho a exigir anticipo de gastos y honorarios. Salvo pacto en contrario, la aceptación del cargo confiere a los árbitros, así como a la institución encargada de la administración del arbitraje, el derecho a exigir de las partes un anticipo de los fondos que estimen necesarios para atender a las retribuciones de los árbitros y los gastos de la administración del arbitraje. Si el pago del anticipo no se efectúa dentro de los quince días siguientes al requerimiento correspondiente, el tribunal arbitral podrá ordenar la suspensión o la conclusión del procesamiento de arbitraje”.

### 3.7. Laudo arbitral

Es la decisión que emiten los árbitros para finalizar un litigio, de tal forma que al cumplimiento a su designación como arbitro, a diferencia del juez de jurisdicción, que al provenir de la estructura orgánica del estado tiene carácter permanente y genérica, con delimitaciones, propias en materia territorial y funcional, y su labor no culmina con la emisión de una sentencia definitiva. Es más el juez tiene la potestad para hacerla cumplir disponiendo las medidas pertinentes para ello. Los árbitros en cambio nacen de una fuente convencional y por lo tanto limitada al caso de la resolución de una situación concreta, así una vez finalizado el conflicto desaparecen sus facultades.



La Ley establece que el laudo debe emitirse en caso de no haberse dispuesto otra cosa, en un plazo de 20 días de vencida la etapa probatoria.

#### Recursos contra el laudo

En principio los laudos son definitivos, no procediendo recurso alguno salvo las expresamente autorizadas por ley.

Los recursos que la ley permite es uno y es el recurso de revisión la Ley de Arbitraje regula al respecto en su Artículo 43. "El recurso de revisión como único recurso contra un laudo arbitral.

1. Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante una Sala de la Corte de Apelaciones con competencia territorial sobre el lugar donde se hubiere dictado el laudo, mediante un recurso de revisión, conforme a los párrafos 2) y 3) del presente Artículo. Dicha revisión se tramitará conforme lo establecido en este



capítulo, y el auto correspondiente no será susceptible de ser impugnado mediante ningún tipo de recurso o remedio procesal alguno. La resolución del recurso de revisión deberá confirmar, revocar o modificar el laudo arbitral y en caso de revocación o modificación, se hará el pronunciamiento correspondiente.

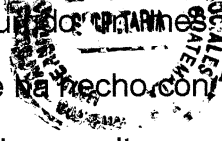
2. El laudo arbitral sólo podrá ser revisado por la Sala de la Corte de Apelaciones respectiva, cuando:

a) La parte que interpone la petición pruebe:

- i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el Artículo 10 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo es nulo en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley guatemalteca; o
- ii) Que no ha sido notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales; o
- iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en, el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden de los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o
- iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o;

b) a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o la Sala de la Corte de Apelaciones compruebe:

- i) que, según el ordenamiento jurídico guatemalteco, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
- ii) que el laudo es contrario al orden público del Estado de Guatemala.

- 
3. La petición de revisión no podrá formularse después de transcurrido el plazo de tres meses contado desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al Artículo 42, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el Tribunal arbitral.
  4. La Parte recurrente que durante el procedimiento arbitral omitiere plantear una protesta u objeción oportuna al respecto de las causales señaladas en el numeral 2) del presente Artículo, no podrá invocar posteriormente la misma causal en el recurso de revisión”.

### **Trámite de la revisión**

#### **Artículo 44.**

1. “Promovida la revisión en contra del laudo, se dará audiencia a los otros interesados, por el plazo común de dos días.
2. Si la revisión se refiere a cuestiones de hecho y fuere necesaria la apertura a prueba, las partes deben ofrecer las pruebas individualizándolas al promover dicho recurso o al evacuar la audiencia. En tal caso, se abrirá a prueba el recurso de revisión por el plazo de diez días.
3. La Sala de la Corte de Apelaciones resolverá la revisión planteada, sin más trámite, dentro de los tres días de transcurrido el plazo de la audiencia y si se hubiere abierto a prueba, la resolución se dictará dentro de igual plazo, después de concluido el de prueba.
4. Contra las resoluciones de trámite o de fondo que emita la Sala de la Corte de Apelaciones en la substanciación del recurso de revisión, no cabe recurso alguno.
5. La Sala de la Corte de Apelaciones, cuando se le solicite la revisión de un laudo, podrá suspender las actuaciones de revisión, cuando corresponda y así lo solicite

una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de revisión. En este caso, se aplicarán en lo que sea compatible, las normas contenidas en el Artículo 42.

6. Transcurridos cuarenta (40) días desde la fecha de interposición del recurso de revisión, si la Sala de la Corte de Apelaciones no se hubiere pronunciado sobre el laudo impugnado quedará legalmente confirmado y, por ende, tendrá la calidad de ejecutoriado para los efectos de su ejecución”.

Se han establecido así las bases para formular las normas de arbitraje, la Ley de Arbitraje establece los recursos para oponerse de las resoluciones que se dictan cuando una de las partes no esta de acuerdo de la misma.

En consecuencia, es válido sostener que el arbitraje constituye una rama autónoma del derecho en Guatemala y como tal debe ser considerado.

## CAPÍTULO IV

### **4. La nueva lex mercatoria y su aplicabilidad en el arbitraje internacional para la solución de controversias en la que Guatemala puede ser parte**



#### **4.1 Aspectos generales**

La materia que ocupa en este estudio es la relativa a los principios de derecho que han sido aplicados por la Cámara de Comercio Internacional para resolver los casos que se le presenten en materia de Arbitraje Comercial Internacional.

El auge del arbitraje comercial internacional surge debido a que muchos de los conflictos que se suscitan entre los comerciantes a nivel internacional no llegan a plantearse ante los tribunales de justicia de sus respectivos países, debido a la problemática que éstos presentan y las múltiples ventajas que un litigio arbitral les ofrece.

Es por esta preferencia de los operadores económicos por las técnicas arbitrales de solución de conflictos por sobre las vías judiciales tradicionales que ha llevado a la Cámara de Comercio Internacional a través de la Corte Internacional de Arbitraje a enriquecer esta institución.

En décadas anteriores, antes de las tendencias unificadoras o armonizatorias, los principios de derecho estaban aislados y dispersos en la jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional; pero a raíz de la promulgación de los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos comerciales Internacionales de 1994, se observará como van a ser tomados en cuenta por la misma, a la hora de dictar sus laudos.



## A. Lex mercatoria y arbitraje comercial

“El reconocimiento de la existencia de una lex mercatoria como un verdadero orden jurídico, se apoya, en las formulaciones más autorizadas, maduradas a partir de la segunda gran guerra, en la consideración del consenso común, regla vinculante de la conducta humana, como fuente creadora de derecho”.<sup>35</sup>



Es evidente que el desarrollo de normas materiales uniformes extraestatales relativas a las transacciones mercantiles internacionales facilita la acumulación del contenido de un contrato si bien su efectividad está normalmente subordinada a la remisión de los contratantes en el marco de la autonomía de la voluntad: a un concreto instrumento normativo o, con carácter genérico, a la lex mercatoria o a los principios generales del derecho de la contratación internacional.

El proceso de elaboración de la lex mercatoria está conociendo importantes progresos, especialmente en el ámbito del arbitraje comercial, pero también críticas y resistencias de variado signo. “En el plano institucional corresponde sobre todo al arbitraje la tarea de reconstruir un "ius gentium" o una lex mercatoria libres de las contingencias y de los prejuicios nacionales”.<sup>36</sup>

En este ámbito institucional la aportación europea más importante es la que viene realizando la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (C.C.I), tanto en lo que respecta a la integración de su contenido como en su progresiva adaptación a los nuevos hechos. La labor de la Cámara de Comercio Internacional es altamente representativa de la presencia del arbitraje en la tarea de formar, consolidar y

<sup>35</sup> DERAINS, (Yves): **Jurisprudencia arbitral de la cámara de comercio internacional** p.29.

<sup>36</sup> Ibid. Pág. 31.

perfeccionar, y aún de descubrir, la lex mercatoria, en el momento decisivo de su aplicación efectiva que, en definitiva, es su verdadero banco de prueba.



“El hermanamiento entre la institución arbitral, cauce preferente para la composición de conflictos, y la lex mercatoria, regla particularmente adecuada a las necesidades del tráfico de nuestros días, resulta evidente de la simple observación de la realidad del comercio internacional”.<sup>37</sup>

Se ve como la lex mercatoria, enriquecida, perfeccionada y consolidada con nuevas experiencias, es así proyectada hacia el futuro, a través de una cadena ininterrumpida de decisiones, cada una de las cuales, apoyándose en la experiencia del pasado, intenta componer nuevos conflictos en la práctica comercial. De esta forma los laudos arbitrales, sirviéndose de experiencias anteriores, logran con frecuencia un alto grado de equilibrio y con ello la aceptación generalizada de la utilización combinada de las técnicas arbitrales y los contenidos de la nueva lex mercatoria.

#### B. La Cámara de Comercio Internacional y la Corte Internacional de Arbitraje Comercial

La Cámara de Comercio Internacional de París es un organismo privado pero adscrito a las Naciones Unidas como organismo consultor. Los comerciantes e instituciones dedicadas al comercio internacional conocen su gran labor en la uniformización de los términos del comercio internacional, conocidos como INCOTERMS. Pero a los efectos de este estudio es notable destacar con especial énfasis, la labor que viene desarrollando la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, la cual ha presentado un balance muy positivo en la labor realizada.

---

<sup>37</sup> **Ibídem.**

Constituida por la mediación de los Comités Nacionales existentes de más de cincuenta países, la Corte de Arbitraje de CCI, ha estado desde sus orígenes estrechamente unida a la evolución del arbitraje comercial internacional, ha prestado su apoyo y colaborado con éxito de los grandes convenios internacionales, sobre reconocimiento de las cláusulas y de las sentencias arbitrales desde el Convenio de Nueva York de 1958 hasta la elaboración de la ley modelo de UNCITRAL.



“Dentro de los muchos servicios prácticos que ofrece la Cámara de Comercio Internacional se encuentra la Corte de Arbitraje, la cual es la institución mundial líder en lo relativo a la composición de disputas comerciales internacionales a través del arbitraje. La Corte de la Cámara de Comercio Internacional fue creada en 1923 y hasta hoy ha recibido alrededor de 11.000 solicitudes.”<sup>38</sup>

La Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional es un órgano administrativo que da asistencia a las partes y a los tribunales arbitrales en lo relativo a conducir los procedimientos arbitrales bajo las Reglas de Arbitraje de la CCI. Mientras que la Corte Arbitral se reúne en París, los Tribunales arbitrales de la CCI conducen procedimientos en más de 45 países cada año. El arbitraje de la CCI ha comprometido a las partes de 170 nacionalidades diferentes.

La Corte de Arbitraje de la CCI está compuesta por un Presidente y 10 Vice-presidentes, además de miembros representantes de 65 países, los cuales se mantienen en sus cargos por períodos de dos años.

---

<sup>38</sup> ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION BULLETIN, vol 10/Nº 2- Fall 1999, back cover.

### C. Los principios de UNIDROIT

Muchas de las soluciones armonizadoras, elaboradas con la pretensión de salvar dificultades prácticas en supuestos de conexión con más de un ordenamiento positivo encaminadas a la elaboración de un derecho uniforme, tienen un claro origen arbitral. La labor que viene realizando eficazmente el UNIDROIT, en su tarea de elaborar proyectos de ley uniformes, está en la misma línea.

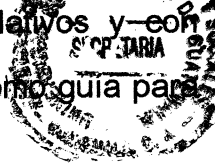


La tendencia a la unificación actual no pretende reconciliar las leyes domésticas o las familias jurídicas. Más bien, pretende establecer principios y soluciones que se adapten de la mejor manera a los requerimientos especiales del comercio internacional.

Los Principios de UNIDROIT sobre de Contratos Comerciales Internacionales, publicados en 1994 son el resultado de años de investigación comparativa intensiva y de deliberaciones de un grupo de funcionamiento especial integrado por los representantes de todos los sistemas legislativos principales del mundo.

Aunque los principios de UNIDROIT serán aplicados en la práctica solamente debido a su valor persuasivo, pueden tener un papel muy significativo en muchos contextos, como los siguientes:

- En primer lugar, los legisladores tanto nacionales como internacionales debido a las soluciones modernas y funcionales adoptadas en ellos, pueden encontrar la inspiración en estos principios para la preparación de la nueva legislación.
- Los principios de UNIDROIT podrían también proveer de reglas y criterios a las Cortes de los Estados y árbitros privados en lo concerniente a interpretar y suplir los instrumentos internacionales existentes.

- 
- Igualmente, las partes pertenecientes a diversos sistemas legislativos y con diferentes lenguajes, pueden utilizar los principios de UNIDROIT como guía para bosquejar su contrato.
  - Más importante aún es que estas mismas partes en una transacción comercial internacional pueden pactar que la relación se rija por este grupo de reglas en vez de elegir un derecho nacional, y sean éstos principios la ley apropiada en su contrato.
  - Y en el contexto de este trabajo, los árbitros pueden encontrarlos convenientes cuando están invitados a decidir según los usos y costumbres del comercio internacional, entonces es conveniente tener a mano este conjunto de reglas que son el resultado de la investigación intensiva y deliberación prolongada.

Este último papel significativo de los Principios de UNIDROIT es el que va a interesar en este análisis ya que en el transcurso del mismo se verá como han influenciado estos Principios a los árbitros de la Cámara de Comercio Internacional, para el momento de dirimir las controversias que ante ellos se han ventilado en ésta última década.

En estos principios encontramos soluciones creativas relativas a la modificación a la aceptación de la oferta, sobre los contratos condicionados a acuerdos específicos o requisitos formales, sobre la validez del mero acuerdo entre las partes, sobre la excesiva desproporción y sobre la excesiva onerosidad o hardship.

#### a) La lex mercatoria y los Principios de UNIDROIT

El contenido preciso de la lex mercatoria y de los principios generales del derecho habían sido oscuros. Con la aparición de los principios de UNIDROIT, que se unen a los

principios contractuales establecidos en la Unión Europea como referencia a la ley aplicable a los contratos comerciales 20 es cuando se observan como herramientas esenciales al momento de la solución de controversias por parte de los árbitros internacionales.



Los siguientes principios han sido enumerados como constitutivos de la lex mercatoria:

1. Pacta sunt servanda - el contrato es ley para las partes.
2. Rebus sic stantibus - los cambios sustanciales en las condiciones de contratación, pueden generar la revisión del mismo.
3. Abus de Droit.
4. Culpa in contrahendo.
5. Buena fe.
6. El Soborno genera la nulidad o ineficacia del contrato.
7. Un Estado no puede evadir sus obligaciones, negando su propia capacidad de realizar un acuerdo arbitral.
8. El interés de un grupo de compañías es considerado como un todo al contratar en nombre de todas ellas.
9. Las partes deben negociar de buena fe, si llegan a presentarse circunstancias no previstas.
10. La "golden clause" los contratos son válidos y ejecutables.
11. Una de las partes puede ser excusada del cumplimiento de sus obligaciones, si hay un incumplimiento sustancial por parte de la otra.
12. Una parte no puede ser exonerada de sus obligaciones en razón a sus propios actos si éstos hacían parte de sus obligaciones.



13. Los tribunales están obligados a aceptar los alcances dados por el contrato.
14. Los daños causados por incumplimiento se limitan a las consecuencias previsibles de ese incumplimiento.
15. La parte que sufrió el incumplimiento, debe mitigar sus pérdidas.
16. Los daños por falta de entrega de mercancías se calcularán teniendo como referencia el precio de los bienes en el mercado, y el precio al cual el comprador adquiere bienes equivalentes para reemplazar los otros.
17. Una parte debe actuar prontamente para exigir sus derechos, no sea que se entienda que ha renunciado a ellos.
18. La falta de respuesta de la correspondencia es considerada como evidencia de asentimiento a sus términos.

#### **4.2. Los Principios jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional**

Existe gran cantidad de sentencias que fundamentan sus soluciones en los usos del comercio internacional lo cual contribuye a colocarlos en un mayor relieve. "Estos usos como se ha venido manejando, son un conjunto de reglas de derechos nacidas de la práctica repetida por parte de los comerciantes internacionales, hayan sido o no objeto de codificación"<sup>39</sup>.

Son estos los principios que del estudio de un grupo de laudos de la Cámara de Comercio Internacional se logran extraer, los que van a ser explicados a continuación.

---

<sup>39</sup> Matute Morales, Claudia. **El arbitraje comercial internacional**. [www.docstoc.com/.../EL-ARBITRAJE-COMERCIAL-INTERNACIONAL/](http://www.docstoc.com/.../EL-ARBITRAJE-COMERCIAL-INTERNACIONAL/). (consultado 25/02/2010).

Claro está, por encontrarse dispersos en toda la jurisprudencia de la CCI solamente se procederá a tomar en consideración los más reiterados.



Para establecer un orden dentro de ellos, sería conveniente clasificar estos principios en sustanciales e instrumentales, así como establecer tendencias en temas específicos, y las últimas tendencias de la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional.

Principios que reiteradamente se observan en los laudos arbitrales:

#### A) Principios Sustanciales Fundamentales

##### 1. Principio de Buena Fe

###### a) Deber de cooperación de las partes

Este es uno de los principios de la *lex mercatoria* que los árbitros del comercio internacional hacen respetar afanosamente. Claramente es una prolongación del principio de Buena fe que se le impone a las partes.

“Este deber de cooperación juega por supuesto un primer lugar en lo que concierne al procedimiento arbitral, especialmente en materia probatoria. Así los árbitros estiman que las partes deben colaborar con la prueba.”<sup>40</sup>

Pero sobre todo, este deber de cooperación encuentra su ámbito de aplicación es en materia de formación y ejecución de los contratos. “Este deber implica una obligación de

---

<sup>40</sup> Derains, Yves. **Ob. Cit.** Pág. 57



informaciones recíprocas sobre elementos susceptibles capaces de concluir el contrato o sobre las condiciones de la ejecución".<sup>41</sup>



Con relación a este aspecto la Cámara ha señalado:

Cada parte tiene la obligación de tener con el otro un comportamiento que no le pueda perjudicar. "Las partes deben ser perfectamente conscientes de que sólo una colaboración leal, total y constante entre ellas podrá eventualmente permitir resolver, por encima de las dificultades inherentes a la ejecución de cualquier contrato, los numerosos problemas derivados de la extrema complejidad de la formulación y enmarañamiento de los compromisos litigiosos".<sup>42</sup>

Se impone esta obligación de cooperación que, con toda razón, la doctrina moderna encuentra en la buena fe que debe gobernar la ejecución de todo contrato. "Con respecto a la buena fe y deberes de cooperación la Corte Internacional de Arbitraje en un laudo de reciente data ha consagrado que según lo que reflejan los Principios de UNIDROIT (Artículo 5.3) los usos en el comercio internacional requieren de la buena fe en el cumplimiento de los contratos.

#### b) Deberes de minimizar pérdidas

En este apartado se hará referencia a la obligación para el acreedor de una obligación inejecutada de minimizar su perjuicio.

---

<sup>41</sup> **Ibídem.**

<sup>42</sup> Laudo arbitral en el asunto N° 2291, citado por Derains, Yves, **Ob. Cit.** Pág. 58.



Según los árbitros de comercio internacional, la víctima de la inejecución de una obligación debe precaverse contra los efectos de la falta de cumplimiento por parte de su co-contratante.

“Sólo en la medida en que haya hecho lo posible para disminuir, la pérdida sufrida., el acreedor de una obligación inejecutada puede pretender la concesión de daños-intereses por el árbitro”.<sup>43</sup>

Esta regla que ha sido consagrada por los árbitros como un uso del comercio internacional, tiene sus orígenes en las decisiones de los jueces de países de Common Law y está enunciada por ciertos códigos de países europeos, tales como el Código Suizo de las obligaciones. También podemos encontrar esta regla en el Artículo 88 de la Ley Uniforme sobre la Venta con carácter internacional de bienes muebles de 1964, según la cual la parte que invoca un perjuicio sólo puede ser indemnizada en la medida en que haya hecho todo lo posible para limitar el daño sufrido.

Que el acreedor debe minimizar sus pérdidas es indiscutiblemente un principio de derecho que rige en las relaciones comerciales internacionales. Los árbitros toman en cuenta esta regla en tanto y cuanto se trata de un uso internacional que hay que respetar.

A menudo ocurre que la parte perjudicada trata de atribuir toda la responsabilidad del perjuicio sufrido a su co-contratante, cuando sin duda, había podido reducirlo, actuando sin tardar, desde el momento en que hubiese tenido conocimiento del incumplimiento de aquél.

---

<sup>43</sup> Derains, Yves. *Ob. Cit.* Pág. 54.



Este principio de mitigación de pérdidas o daños, ha sido reiterado recientemente por la Corte en el laudo dictado en el asunto 7210 de 1999 en donde lo relaciona con el Artículo 7.4.8 de los Principios de UNIDROIT. Que dice "La parte incumplidora no es responsable por el daño sufrido por la otra en la medida que la pérdida pudo haberse reducido por ésta adoptando medidas razonables"

### c) Culpa in contrahendo

"Es un principio del derecho suizo (culpa in contrahendo), conforme además con un principio general del derecho, que aquel que causa un daño durante una negociación, faltando a sus deberes de diligencia o a los deberes dictados por la buena fe o la equidad, debe repararlo; y esto se aplica tanto si la negociación tiene por objeto un contrato propiamente dicho o como en este caso, una transacción para resolver un litigio".

Este laudo, señala que este deber de buena fe no podrá excluirse de las negociaciones que se refieran a la readaptación de un contrato. Pero la "obligación de negociar de buena fe implica, entre otras cosas, la de abstenerse de cualquier clase de propuesta inaceptable, y que deba necesariamente conducir al fracaso de las conversaciones".<sup>44</sup>

Tenemos entonces que cuando las partes no cumplen con la obligación debida de negociar de buena fe, así como cuando realicen ofertas que sean poco razonables, o cuando por el contrario, rechacen una razonable, constituye una trasgresión a este principio fundamental de la lex mercatoria.

---

<sup>44</sup> Laudo dictado en el asunto No. 2291 en 1975, Derains, Yves, Ob. Cit. Pág. 180.

## 2) Principio de diligencia

Este principio mediante el cual las partes deben hacer prueba de una diligencia normal útil y razonable en la salvaguardia de sus intereses es el soporte de numerosas decisiones arbitrales. Hace recaer, de modo general, sobre las partes una presunción de competencia profesional ya que supone que, éstas están en condiciones de comportarse como prácticos razonables del comercio internacional.

Este principio explica el rigor que manifiestan los árbitros con respecto a las partes que se han abstenido de prever en su contrato una cláusula de adaptación a la evolución de las circunstancias externas.

## B) Principios instrumentales

### 1) La competencia arbitral

El Reglamento del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (Artículo 13.3 se encuentra redactado de la siguiente manera: "Cuando una de las partes alega una o varias excepciones relativos a la existencia o a la validez del convenio de arbitraje, la Corte, habiendo probado prima facie la existencia de este convenio, puede decidir, sin prejuzgar la admisibilidad o el fundamento legal, de estas excepciones, que el arbitraje tenga lugar. En este caso, corresponderá al árbitro proveer sobre su propia competencia".

Se trata pues de la expresión de un principio general del arbitraje internacional cuyos árbitros no dudan en aplicar. Es, en efecto, una condición sine qua non para la eficacia del arbitraje como modo de solución de los litigios.



La posibilidad que el árbitro tiene que proveer sobre su propia competencia se considera como una verdadera costumbre internacional de la práctica arbitral

Si fuese suficiente que una parte discutiera la validez o el alcance de una cláusula de arbitraje para inhibir a los árbitros en espera de que una jurisdicción estatal comprobase la existencia de su poder, pasarían años antes de que la jurisdicción arbitral pudiese pronunciarse sobre el fondo.

Es necesario observar cómo ha sido la posición de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional sobre este particular:

"Que no habiéndose discutido la existencia material de la cláusula que establece el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, incumbe al árbitro en virtud de las disposiciones del Artículo 13.3 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, proveer sobre su propia competencia".

En ese mismo sentido en el laudo arbitral dictado en el asunto N° 1.507 en 1970, establece: "Es norma admitida en materia de arbitraje comercial internacional, la de que no habiendo una disposición en contrario en el procedimiento estatal, el árbitro provee sobre su propia competencia".

## 2) La separabilidad de la Cláusula Arbitral

La autonomía de la cláusula de arbitraje en relación con el contrato que la contiene es una regla indiscutible del derecho de arbitraje comercial internacional. "También es una regla admitida actualmente en materia de arbitraje internacional, o en vías de serlo de un modo uniforme, que, según la fórmula del Tribunal Supremo de Francia, el acuerdo compromisorio ya se haya concluido por separado de éste o esté incluido en el acto jurídico al que se refiere, tiene siempre, salvo circunstancias excepcionales, una completa autonomía jurídica, excluyéndose que pueda verse afectado por una posible invalidez de este acto".<sup>45</sup>



## 3) Interpretación restrictiva de la cláusula compromisoria

La Cámara de Comercio Internacional sobre se ha pronunciado sobre este particular en los siguientes términos: "Resultando que las cláusulas compromisorias son de interpretación estricta y que el tribunal, en estas condiciones, no podrá, sin excederse de su competencia, retener a la Sociedad X..... como parte en este proceso" al respecto el laudo dictado en el asunto N° 4.392 en 1983, en Francia regula que: "De todos modos, en caso de duda, los acuerdos relativos al arbitraje solo permiten una interpretación restrictiva, y deben atenerse, en primer lugar al texto. Ya que la intención de una parte de someterse a un juez distinto al juez estatal, es decir a un juez que en sí mismo es incompetente, debe manifestarse claramente. La aplicación de un convenio expreso relativo al arbitraje, tendría como efecto restringir los derechos garantizados a las partes para recurrir ante los tribunales estatales, y no resistiría la interpretación

<sup>45</sup> Derains Yves, Ob. Cit. Pág. 98

restrictiva de los convenios relativos al arbitraje, aún cuando los dos contratos se encontrasen reunidos en un mismo contexto"



### C) Algunas Interpretaciones sobre temas específicos:

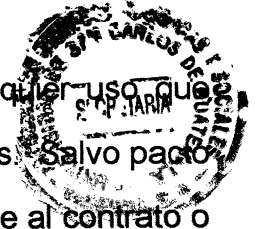
#### 1) El derecho aplicable:

El poder que tiene el árbitro para separarse de los sistemas jurídicos nacionales y aplicar un derecho "anacional" o internacional, es afirmado con gran rigor en el siguiente laudo: laudo dictado en el asunto 1641, en Francia "Las partes no indicaron en sus acuerdos ni en su correspondencia el derecho nacional que, llegado el caso, estimaban debería aplicarse a sus relaciones o a sus desavenencias. De este modo han otorgado implícitamente al árbitro la facultad y el poder de aplicar a la hora de interpretar sus obligaciones las normas del derecho y en su defecto, los usos del comercio".

La evolución histórica revela su irresistible inclinación a liberarse de todo control de las leyes y de los órganos judiciales de los Estados. El fundamento de su competencia está en la voluntad de las partes. El procedimiento arbitral especialmente el administrado por centros permanentes de arbitraje, se distancia de las leyes del Estado en el que materialmente se desarrolla. Los árbitros no están sujetos a un sistema estatal de normas de derecho internacional privado. Y llega a reconocérseles la facultad de crear normas materiales directamente aplicables, o por lo menos forjar sus propias reglas de conflicto.

En este aparte resulta imprescindible hablar de los usos mercantiles, toda vez que según lo que establece el Artículo nueve de la Convención de Viena sobre la compraventa

Internacional de mercaderías: “Las partes quedarán obligadas por cualquier uso que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas, 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 que se trate”. Si bien es cierto que no ofrece un concepto autónomo, sí le otorga un lugar preponderante a los usos mercantiles en determinados sectores económicos, por ejemplo, la compraventa y el transporte internacionales.



Puede perfectamente escogerse que el Tribunal arbitral aplique para la solución del conflicto, específicamente los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 1994, como hicieron las partes reclamantes en el caso 8331 de 1996.

## 2) El Principio de Pacta Sunt Servanda

La seguridad de las transacciones es una preocupación primordial para los árbitros de comercio internacional, y es por ello que no admiten que las estipulaciones contractuales puedan ser discutidas más que en casos excepcionales.

Esta preocupación constante de privilegiar el respeto del contrato se manifiesta cada vez que una de las partes les invita a revisar un contrato, o adaptarlo para que se tenga en cuenta la evolución, de las circunstancias exteriores.

En efecto, los árbitros no proceden a tal revisión o adaptación más que cuando haya sido contractualmente prevista o está autorizada por el derecho aplicable. En caso



contrario, se niegan a ello, concediendo preferencia al principio "Pacta sunt servanda" sobre el adagio "Rebus sic stantibus".



A este respecto la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio internacional en el extracto de laudo que aquí se reproduce no aceptó el principio rebus sic stantibus alegado por una de las partes: "considerando además que el principio "rebus sic stantibus", invocado por X, no puede ser aplicado en este caso. Conviene en efecto, retener esta noción con reserva y prudencia, sobre todo cuando la intención de las partes se ha manifestado claramente en el contrato.. Esta presunción se impone aún más, cuando se trata de transacciones internacionales, en las que en general las partes conocen los riesgos que pueden sufrir, y por ello formularlos de manera precisa".<sup>46</sup>

Esta decisión viene a reforzar la tendencia de los árbitros, que se niegan a poner en ejecución el principio "rebus sic stantibus", cada vez que las partes no han incluido en su contrato una cláusula que prevea la adaptación a la evolución de las circunstancias externas.

### 3) La Exceptio Non Adimpleti Contractus

Se está ante la presencia de la excepción de contrato no cumplido que estipula que una de las partes puede ser excusada del cumplimiento de sus obligaciones, si hay un incumplimiento sustancial por parte de la otra.

En este sentido la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ha dicho: "Este principio legal ampliamente aceptado consagra que si un

<sup>46</sup> JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL, 1974, Cour d' Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, p. 907; citado por Derains Yves, *Ob. Cit.* Pág. 163



comprador no cumple con su obligación de pago del precio cuando es debido el vendedor puede, en ausencia de una provisión contractual expresa en contrario suspender la ejecución de su obligación respecto al embarque y/o entrega. Este concepto civil correspondiente a la exceptio non adimpleti contractus corresponde al principio establecido en los Principios de UNIDROIT, Artículo 7.1.3"

#### D) Ultimas Tendencias

Tal como se señaló en el aparte dedicado a los Principios de UNIDROIT, se ha dado mucha atención a estos principios desde su aparición en el año de 1994, de hecho están en segundo lugar después de la atención que se le presta a la lex mercatoria.

Cabe resaltar que se ha hecho referencia a los Principios de UNIDROIT en al menos 23 casos sometidos a la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional hasta finales de 1998.

Los Principios de UNIDROIT pueden ser aplicados en una gran variedad de contextos, tal como mencionan en su Preámbulo. Y específicamente dentro del arbitraje existen tres categorías de aplicación en las cuales son particularmente útiles:

1. Primeramente, ellos pueden ser aplicados como propiamente como la ley del contrato, en virtud de escogencia expresa de las partes o mediante la cual implícitamente esa decisión pueda apreciarse.
2. En segundo lugar, no obstante las partes hayan escogido la ley municipal, los principios pueden ser aplicados cuando sea haga difícil determinar reglas específicas en la ley nacional aplicable. A este respecto, los principios han sido

utilizados para llenar vacíos en las leyes internas así como para dar una interpretación internacional á esas leyes nacionales.



3. Y en tercer lugar, los Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar otros instrumentos de leyes uniformes, en especial la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías.

Esta categorización es la que refleja la actual práctica de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con relación a la aplicación de las Principios de UNIDROIT en el Arbitraje de la Cámara.

Se verá a continuación como se han aplicado estos principios de acuerdo a estos escenarios planteados:

#### **4.3 Los principios de UNIDROIT aplicados propiamente como la ley del contrato Internacional**

Los principios de UNIDROIT han sido utilizados como la *lex contractus* algunos casos llevados a la Cámara de Comercio Internacional

Lo primero que examina el Tribunal arbitral es el punto relativo a la lección del derecho. No encontrando ninguna elección expresa, esta ausencia les hace llegar a la conclusión de que cada parte lo que realmente deseó fue excluir la aplicación de la ley nacional de la otra.

El tribunal arbitral interpreta una escogencia implícita que hace referencia a los "principios de la justicia natural". Esto es interpretado por la mayoría de los tribunales en el sentido de que las partes han querido es la aplicación de principios o reglas



generales, no derivadas de ningún sistema legal nacional. Es entonces cuando el Tribunal encuentra en los Principios de UNIDROIT a esas reglas o principios generales aplicables a las obligaciones contractuales y es cuando sostiene que los contratos deban ser regidos e interpretados de acuerdo a los Principios de UNIDROIT en las materias de su alcance, y para otras materias o asuntos las reglas o principios generales aplicables a las obligaciones contractuales internacionales en los cuales haya consenso internacional.

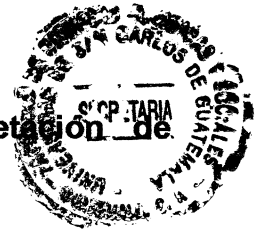
En efecto en el laudo dictado en el asunto N° 7375 el tribunal encuentra que ante la ausencia de elección de una ley el contrato debe ser interpretado como si cada parte hubiese deseado evitar la legislación nacional de la otra parte u otra ley en general. "El contrato entonces se desnacionaliza, y se aplican los principios generales del derecho y los principios de UNIDROIT en cuanto ello puedan ser considerados como el reflejo de principios y reglas generalmente aceptados

#### **4.5. Los principios de UNIDROIT como Complemento para aplicar la ley doméstica aplicable**

Los principios de UNIDROIT han sido aplicados como complemento o interpretación de la ley doméstica en algunos casos recientes de la Cámara de Comercio Internacional.

De acuerdo a los comentarios que acompañan las letras negras de la publicación de los Principios en 1994, el uso de estos principios para interpretar la ley interna aplicable se justifica cuando esa regla de la ley aplicable resulta difícil de establecer y la solución pueda ser encontrada en los principios.

#### **4.6. Los Principios de UNIDROIT como complemento e interpretación de convenciones internacionales**



De igual manera los principios de UNIDROIT han sido utilizados como complemento de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de mercaderías en algunos casos.

Luego de haber sido incorporados dentro de varios sistemas legislativos, nacionales, la ley uniforme no ha perdido su naturaleza especial como un cuerpo de leyes desarrollada independientemente en un nivel internacional. Existe entonces una necesidad de una herramienta comparativa de emergencia como estos principios de UNIDROIT, capaces de ofrecer soluciones en los lugares donde existan vacíos en la ley uniforme y en donde los variados sistemas legislativos nacionales no sean capaces de proveer una solución satisfactoria.

## CONCLUSIONES



1. Es importante reconocer y aplicar en la lex mercatoria el arbitraje internacional para la solución de controversias en las relaciones comerciales internacionales de Guatemala debido que actualmente no existe en las normas jurídicas ordinarias en materia de derecho mercantil una forma de solucionar estas controversias a través de un tribunal de arbitraje mercantil-internacional en nuestro país como ente contralor.
2. Con la aplicación de la lex mercatoria en el arbitraje internacional se llega a una decisión más justa, la aplicación de la ley nacional genera conflictos para las partes y para el tribunal arbitral, lo cual justifica la implementación de un sistema de derecho común a todos los partícipes del comercio global.
3. La lex mercatoria resulta rápida, menos costosa, confidencial, y flexible además ofrece mayor libertad entre los métodos para resolver las controversias, que cuenta con la aceptación de su destinatarios quienes la han convertido en la más empleada en el área del comercio internacional.
4. El arbitraje se considera como la justicia del futuro, debido a su eficacia jurídica y celeridad, economía y sometimiento a reglas procesales y menos formalistas que las de la justicia ordinaria, las cuales constituyen su mayor ventaja.

5. Los principios de la lex mercatoria, los cuales, se aplican en la actualidad, y la importante labor de los laudos arbitrales conforman la jurisprudencia arbitral, en la misma se observa la inmensa aceptación de éstos por parte de los árbitros al momento de resolver los conflictos internacionales que le son presentados.



## RECOMENDACIONES

1. La Cámara de Comercio de Guatemala debe difundir y proporcionar los medios adecuados para la aplicación de la nueva lex mercatoria en el arbitraje internacional en la solución de controversias en su ejercicio debido a que representa el mejor aporte para la solución de conflictos.
2. El Estado de Guatemala debe aceptar la aplicación de la lex mercatoria y de los principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, como parte de la manifestación de la misma, debe comprender que estos usos y costumbres identificados en principios generales constituyen una herramienta invaluable para los árbitros a los fines de decidir mejor una controversia, aplicando esta especie de derecho supranacional en lugar de la legislación local.
3. El Congreso de la Republica de Guatemala debe reformar la Ley de Arbitraje, en el sentido de establecer los principios, usos y costumbre de la lex mercatoria para la solución de los conflictos comerciales y mercantiles.
4. Es necesario que el Estado implemente cursos para formar a árbitros en materia comercial acerca de la utilización de la lex mercatoria, para poder interpretar los principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, como una alternativa en la solución de conflictos de comerciantes en el comercio internacional.





5. La Universidad de San Carlos de Guatemala, debe crear un curso permanente sobre arbitraje internacional especialmente sobre la aplicación de la lex mercatoria, la cual debe aplicarse en la actualidad con el objeto de formar profesionales especializados en arbitraje internacional y así estar preparados al momento de resolver los conflictos internacionales que le son presentados.

## BIBLIOGRAFÍA



- ALVARADO LEMUS, José Rolando. **Lex mercatoria**. [www.canalegal.com/contento.php?c=210 - 54k](http://www.canalegal.com/contento.php?c=210-54k) – (18 de julio de 2008).
- ARBITRAL Award. December 1996. ICC Arbitration (Paris). UNIDROIT. UNILEX . BONNELL, MICHAEL JOACHIM. The principles of international commercial contracts. Nature, Purposes and First Experiences in Practice. Igualmente en: ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 10, nº. 2 Fall 1999, págs. 26 y sigs. Final award in case 8331, date: december 1996, language: English, Claimant: Swedish manufacturer, respondent: Iranian company, place of arbitration: Paris, France. (20 de octubre 2008).
- ARBITRAL Award. ICC. *Internacional Court of Arbitration*. 28 VII 2000. Case nº 9797. Andersen Consulting Business Unit Member Firm v. Arthur Andersen Business Unit Member Firm and Andersen Worlwide Societé Cooperativé. UNIDROIT Selected case law relating to the Unidroit Principles of Internacional Comercial Contracts. UNILEX . <http://www.unidroit.org>. (20 de octubre 2008).
- ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo y coautor. **Lecciones de Derecho de los Contratos en El Comercio Internacional**, Ed. Salamanca, España, 2006.
- BRICEÑO SIERRA, Humberto. **Al arbitraje comercial, doctrina y legislación**. Ed. Limusa, México 1988.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. **Los sistemas jurídicos del mundo occidental**, 2ª. Ed., Reus, Madrid, España, 1957.
- DERAINS, Yves. **Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional**. Ed. Gráficas Joaquín Morales, Madrid, 1985.
- DIEZ PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción Teoría del contrato**, Editorial Civitas, Madrid, España.
- ESPLUGUES MOTA, Carlos y coautores. **Contratación Internacional**, 2ªed., Valencia, España, 1999.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. **IUS MERCATORUM. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios trasnacionales**. Colegios Notariales de España. Madrid, 2004.
- FOUCHARD, GAILLARD, **Goldman on International arbitration**. Imprint: Kluwer Law *International Published: 9/1/1999*

GOLDMAN, Berthold. **La lex mercatoria dans les contrats et les arbitrages internationaux: Réalité et perspectives**, FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara. **Contratos Internacionales. Tercera Parte. Lex Mercatoria.**



ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION BULLETIN, vol 10/N° 2- Fall 1999, back cover.

MANTILLA SERRANO, Fernando. **“IUS MERCATORUM” Fuente de Derecho Internacional. En el arbitraje en los conflictos económicos internacionales.** Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia, 1995.

MATUTE MORALES, Claudia. **El arbitraje comercial internacional** [www.docstoc.com/.../EL-ARBITRAJE-COMERCIAL INTERNACIONAL/](http://www.docstoc.com/.../EL-ARBITRAJE-COMERCIAL_INTERNACIONAL/). (Consultado 25/02/2010).

MATUTE MORALES, Claudia. **La lex mercatoria y los Principios Jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.** [www.servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revistalida27](http://www.servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revistalida27) (26 de septiembre de 2008).

OVIEDO ALBÁN, Jorge. **Unidroit y la unificación del derecho privado: referencia a los principios para los contratos comerciales internacionales, en compraventa internacional de mercaderías.** Publicado en Universitas, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Diciembre de 2000.

PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. **El derecho uniforme del comercio internacional: Los principios de UNIDROIT.** Pace Law School Institute of international commercial law, <http://www.cisg.law.pace.edu>. (26 octubre de 2008).

PERILLA CASTRO, Carlos Andrés. **Los deberes precontractuales en la lex mercatoria,** Negocios Internacionales. Tendencias, Contratos e Instrumentos. Cámara de Comercio de Bogotá. Octubre de 1998.

RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo. **El arbitraje como medio alternativo para la solución de conflictos entre particulares situación actual y perspectivas.**

SCONAMIGLIO, Renato. **Teoría general del contrato,** Universidad Externado de Colombia, reimpresión de la primera edición, Colombia. 1991

SILVA, Jorge Alberto y coautores. **Estudios sobre Lex Mercatoria,** 1ª Ed., México Distrito Federal, 2006.

## Legislación

**Constitución Política de la República de Guatemala.** Asamblea Nacional Constituyente, Guatemala, 1986.



**Código Civil.** Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de Guatemala, Decreto Ley 106, 1963

**Código de Comercio de Guatemala.** Decreto Ley Número 2-70 del Congreso de la República de Guatemala.

**Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales** Editado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), Roma 2004