

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

**RELEVANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA *LEX MERCATORIA* EN
CONTROVERSIAS SOMETIDAS ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE
ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL**

JENNIFER REBECA MORALES MORALES

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2007.

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

**RELEVANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA *LEX MERCATORIA* EN
CONTROVERSIAS SOMETIDAS ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE
ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JENNIFER REBECA MORALES MORALES

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los Títulos Profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2007.

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

DECANO:	Lic.	Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic.	César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic.	Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br.	Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br.	Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Juan Carlos Godínez
Vocal:	Lic.	Helder Ulises Gómez
Secretario:	Lic.	Manfredo Maldonado

Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	Leonel López Mayorga
Vocal:	Lic.	Juan Carlos Godínez
Secretaria:	Licda.	Marisol Morales Chew

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 la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.)

José Waldemar López Gómez

Abogado y Notario
20 calle 7-22, Zona 1
2do. Nivel, Oficina No. 2
Teléfono 23323476



Guatemala, 5 de mayo de 2007

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria

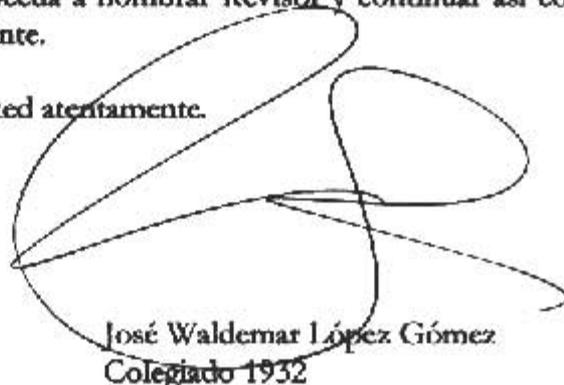
Licenciado Castillo Lutín:

Tengo el honor de dirigirla la presente, para referirme a la carta emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis con fecha 18 de abril de 2007, por la cual se hace de mi conocimiento que se me nombró **Asesor de Tesis** de la Bachiller **JENNIFER REBECA MORALES MORALES**, quien se identifica con número de carné 2002-11082.

Luego de revisar el trabajo y comentarlo con la sustentante, se procedió de común acuerdo a sustituir el título del tema aprobado por el de **"RELEVANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA *LEX MERCATORIA* EN CONTROVERSIAS SOMETIDAS ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL"**. Adicionalmente, se realizaron ampliaciones relacionadas con sucesos actuales y a circunscribir la investigación al tema principal, por lo que se excluyeron algunos aspectos contemplados en el bosquejo preliminar de temas para lograr el enfoque especializado que se propone en el plan de investigación.

En virtud de que se han efectuado los cambios relacionados, habiendo efectuado la correspondiente revisión de estilo, fondo y forma del trabajo de mérito, y por considerar que la excelencia académica de la postulante se refleja en la metodología y herramientas utilizadas para la elaboración del mismo, y que el presente trabajo cumple con las características técnico legales exigidas, emito **opinión favorable**, y en consecuencia, solicito se proceda a nombrar Revisor y continuar así con su trámite hasta ser sometido al examen público correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo de usted atentamente.



José Waldemar López Gómez
Colegiado 1932

JOSE WALDEMAR LOPEZ GOMEZ
ABOGADO Y NOTARIO
C.C. 1932



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, nueve de mayo de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) **LICENCIADO (A) JOSE MIGUEL HIDALGO QUIROA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **JENNIFER REBECA MORALES MORALES**, Intitulado: **"RELEVANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA LEX MERCATORIA EN CONTROVERSIAS SOMETIDAS ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL"**

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.


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



cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh

JOSE MIGUEL HIDALGO QUIROA

Abogado y Notario
43 AV. "A" 3 - 98 ZONA 7
Colonia Lomas del Rodeo
Teléfono 24 - 35 - 67 - 48



Guatemala, 21 de mayo de 2007

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria

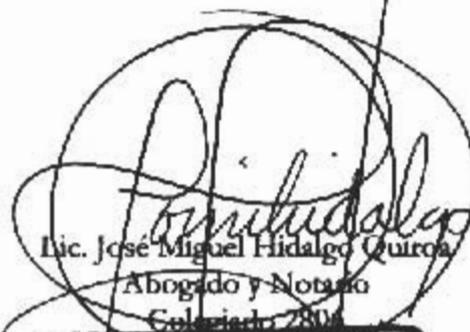
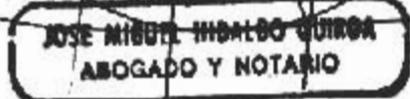
Licenciado Castillo Lutín:

Tengo el agrado de referirme a la providencia de fecha nueve de Mayo de 2007, en el que se me designa revisor del trabajo de tesis presentado por la bachiller **JENNIFER REBECA MORALES MORALES**, quien se identifica con número de carné 2002 - 11082 con el objeto de rendir dictamen.

La sustentante desarrollo el trabajo de trabajo de tesis intitulado: **"RELEVANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA LEX MERCATORIA EN CONTROVERSIAS SOMETIDAS ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL"**. El trabajo fue discutido en varias sesiones, en las cuales se sugirió efectuar algunas modificaciones relacionadas con el orden de los diferentes temas abordados a efecto de lograr el enfoque especializado en la investigación.

En virtud de que se ha efectuado los cambios relacionados y que la bachiller abordó el problema planteado en forma sistemática, clara, abundante en fundamentos jurídicos y con la correspondiente interpretación de la legislación nacional e internacional, **opino favorablemente** para que se autorice la impresión de la tesis presentada para su discusión y defensa en el examen publico correspondiente.

Sin otro particular, me suscribo de usted deferentemente.


Lic. José Miguel Hidalgo Quiroa
Abogado y Notario
Colegiado 2804




DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintiséis de septiembre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JENNIFER REBECA MORALES MORALES, Titulado RELEVANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA LEX MERCATORIA EN CONTROVERSIAS SOMETIDAS ANTE LA CORIE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/slth



DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser supremo y creador de todo lo que existe, porque todo don precioso, inteligencia, sabiduría y discernimiento, proviene de Él.
- A MIS PADRES:** Mario Antonio Morales Monroy y Rebeca Morales de Morales, quienes desde pequeña me han brindado con su amor el mejor ejemplo y el camino hacia el éxito inculcando en mí el temor a Dios. Ambos son un regalo inmerecido, los amo.
- A MIS HERMANOS:** Josselyn Mishel y Mario Antonio Morales Morales, por ser modelos constantes de perseverancia, responsabilidad, paciencia y dedicación. ¡Su apoyo ha sido fundamental para alcanzar esta meta!
- A MIS ABUELITOS:** Antonio Morales (Q.E.P.D), Angelina Monroy (Q.E.P.D), Jorge Contreras y Argentina de Contreras, por todas sus atenciones, cuidados y sobre todo por sus ejemplos de lucha y entrega.
- A MIS TÍOS:** Juan José, Paty, Carlos, Yolanda, Telma (Q.E.P.D),, Carmen, Rosa, Armando, Estela, Armandito, Karlita, Marleny, Jorgito y Kristal, por ser guía y apoyo constante en mi vida.
- A LA FAMILIA HIDALGO GODOY:** Por todo su cariño y oraciones. En especial a Luis Estuardo ¡Gracias por ser mi apoyo incondicional, te amo!

A LA FAMILIA BOCACHE
CHAGUACEDA:

Por todo el cariño y comprensión recibidos y las palabras de ánimo cuando las he necesitado. Gracias por estar conmigo y apoyarme en todo momento.

A LA FAMILIA FRANCO
ALTAMIRANO:

Por el apoyo incondicional que me han brindado, y especialmente por las muestras de cariño para mí y para mi familia.

AL LICENCIADO RAFAEL
GODÍNEZ:

Por el amor que manifiesta hacia la academia y la perfección que busca en todos sus estudiantes. Gracias por ser un ejemplo de vida y por saber estar allí cuando se le necesita.

A LOS LICENCIADOS:

Juan Carlos Godínez, Helder Ulises Gómez, Manfredo Maldonado, Efraín Guzmán, Claudia Barrientos, Landelino Franco, Avidán Ortiz, Christian Lanuza, Ricardo Alvarado, Edna González, Rosita Corea, Iván Romero, Luis Ernesto Cáceres, quienes han contribuido en una forma muy especial a mi formación académica.

A MIS AMIGOS Y PRIMOS:

Por estar conmigo cuando más los necesito. En especial a Gabby, Iván, Helena, Amy, Meches, Manny, Yaya, Carlitos, Ricardo, Pamela, Claudia, Luis Pedro, Penny André, Giordan, Maco, Papara, Estuardo, Pili, Lourdes, Pablo, Carlos Manuel José, y a los que, sabiendo que son mis amigos y que por alguna razón no aparecen en esta dedicatoria, quiero que sepan que están en mi corazón y mis oraciones, les deseo siempre lo mejor.

A MI CENTRO DE ESTUDIOS:

Colegio Bilingüe El Prado, en especial a la familia Méndez Párraga, por su amistad y cariño.

A LA JORNADA MATUTINA:

Por ser un ejemplo de excelencia académica, en donde se predica que las llaves del éxito pertenecen a todos, pero depende de cada la forma en que se utilizan.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Hogar que me abrió las puertas y que me permite alcanzar este sueño. En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, al forjar en cada uno de los que tenemos el privilegio de pasar por sus aulas el deseo de ser mejores cada día y buscar la excelencia.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil internacional	1
1.1. Aspectos históricos del derecho mercantil internacional	1
1.1.1 Edad antigua	2
1.1.2 Derecho romano	2
1.1.3 Edad media	2
1.1.4 Época moderna	4
1.2 Autonomía del derecho mercantil internacional	5
1.3 Definición de derecho mercantil internacional	6
1.4 Características del derecho mercantil internacional	8
1.5 La unificación del derecho mercantil internacional	9
1.5.1 Carácter internacional	11
1.5.2 Naturaleza uniforme	12
1.5.3 Contenido obligacional	13
1.6 La costumbre mercantil internacional	14

CAPÍTULO II

2.	Generalidades de la <i>lex mercatoria</i>	17
2.1.	Antecedentes de la <i>lex mercatoria</i>	17
2.2.	Definición de <i>lex mercatoria</i>	19
2.3.	Críticas a la existencia de la <i>lex mercatoria</i>	20
2.3.1	Su generalización e imprevisibilidad	20
2.3.2	Su fragmentariedad e inoperatividad	21
2.3.3	La falta de genuina universalidad	21
2.3.4	Su relativa legitimidad	21
2.3.5	Su ausencia de rigor y de motivación	22
2.3.6	La carencia de autonomía afectiva	22
2.3.7	Su dilución	22
2.3.8	No es un ordenamiento jurídico	22
2.4	Posturas a favor de la existencia de la <i>lex mercatoria</i>	23
2.5	Hipótesis acerca de la existencia de la <i>lex mercatoria</i>	24
2.5.1	Su evolución e implementación obedece a un paulatino proceso de elaboración, el cual posee elementos que se diferencian de los clásicos esquemas de producción y aplicación del derecho	25
2.5.2	La <i>lex mercatoria</i> se conecta con la mecánica de este emergente derecho transnacional y le permite surgir como	

	Pág.
una manifestación del proceso de armonización del derecho internacional comercial	28
2.5.3 La <i>lex mercatoria</i> es una alternativa jurídica a la globalización del derecho	30
2.5.4 La implementación de la <i>lex mercatoria</i> acarrea una serie de bondades y riesgos	31
2.6 La <i>lex mercatoria</i> y el arbitraje comercial	34
2.7 La nueva <i>lex mercatoria</i>	38
2.7.1 Los contratos comerciales	41
2.7.2 Principios generales del derecho	41
2.7.3 Usos y costumbres comerciales	42
2.7.4 Sistema de leyes modelo	43
2.7.5 Las reglas de la jurisprudencia arbitral	44

CAPÍTULO III

3. La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional	47
3.1 Generalidades de la Corte Internacional de Arbitraje	51
3.1.1 Decisiones definitivas y vinculantes	49
3.1.2 Reconocimiento internacional de los laudos	50
3.1.3 Neutralidad	50

	Pág.
3.1.4 Especialización de los árbitros	51
3.1.5 Rapidez y economía	51
3.1.6 Confidencialidad	51
3.2 La Convención de Nueva York de 1958	52
3.3 Características del Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ..	54
3.4 Sujetos que intervienen en el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional	54
3.4.1 La Corte de Arbitraje Internacional	55
3.4.2 La Secretaría de la Corte de Arbitraje Internacional	56
3.4.3 Los árbitros de la Corte de Arbitraje Internacional	57
3.5 La redacción del acuerdo de arbitraje	

CAPÍTULO IV

4. Los principios del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit)	61
4.1 Los principios de Unidroit y la <i>lex mercatoria</i>	61
4.2 Los principios de Unidroit aplicables a contratos mercantiles internacionales	66
4.2.1 Ámbito de aplicación	68
4.2.1.1 Los principios como reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales	68

	Pág.
4.2.1.2	Aplicación de los principios al contrato en virtud del acuerdo expreso de las partes 70
4.2.1.3	La aplicación de los principios al contrato como <i>lex mercatoria</i> 70
4.2.1.4	Aplicación de los principios en lugar del derecho nacional 72
4.2.1.5	Aplicación de los principios como medio para interpretar o complementar instrumentos internacionales vigentes 73
4.2.1.6	Aplicación de los principios como modelo para la legislación a nivel nacional o internacional 74
4.2.2	Los principios de Unidroit 75
4.2.2.1	El principio de libertad de contratación 76
4.2.2.2	El principio de libertad de forma y de prueba 77
4.2.2.3	El principio <i>pacta sunt servanda</i> 78
4.2.2.4	El principio de primacía de las reglas imperativas 78
4.2.2.5	El principio de la naturaleza dispositiva de los principios 79
4.2.2.6	Los principios de internacionalidad y uniformidad 80
4.2.2.7	El principio de buena fe y lealtad en los negocios 80
4.2.2.8	El principio de primacía de los usos y las prácticas 81
4.2.2.9	El principio de llegada 81

CAPÍTULO V

5.	El arbitraje como método alternativo de resolución de controversias en el comercio internacional y los principios jurisprudenciales de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional	83
5.1	El arbitraje comercial internacional como mecanismo de resolución de conflictos alternativo a la justicia estatal	83
5.1.1	Marco legal del arbitraje internacional	84
5.1.2	El arbitraje internacional	85
5.2	El procedimiento arbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional	88
5.2.1	Demanda de arbitraje y contestación de la demanda	88
5.2.2	Inicio del procedimiento	90
5.2.3	Acta de misión	93
5.2.4	Examen previo del proyecto de laudo y laudo definitivo	96
5.2.5	Notificación del laudo	96
5.3	Principios jurisprudenciales de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional	96
5.3.1	Principios instrumentales	98
5.3.1.1	La competencia arbitral	98
5.3.1.2	La separabilidad de la cláusula arbitral	99
5.3.1.3	Interpretación de la cláusula compromisoria	100
5.3.2	Principios sustanciales fundamentales	101

	Pág.
5.3.2.1 Presunción de competencia profesional	101
5.3.2.2 Principio de buena fe	102
5.3.2.3 Principio de diligencia	106
5.3.3 Interpretaciones sobre temas específicos	107
5.3.3.1 El derecho aplicable	107
5.3.3.2 El principio de <i>pacta sunt servanda</i>	109
5.3.3.3 <i>Exceptio non adimpleti contractus</i>	110
5.3.4 Últimas tendencias	111
CONCLUSIONES	117
RECOMENDACIONES	119
BIBLIOGRAFÍA	121

INTRODUCCIÓN

El mundo comercial de nuestros días demuestra la tendencia cada vez más frecuente de los comerciantes a decidir que para el caso de que surgieran controversias respecto de la celebración, validez o interpretación de los contratos mercantiles, éstas sean resueltas recurriendo al arbitraje.

Las partes, cuando se someten a la decisión arbitral para decidir conflictos originados de naturaleza mercantil, deciden la ley sustantiva que se aplicará al caso en cuestión. Dependiendo de lo que pacten las partes se tendrán en consideración esas fuentes legales. Pero no siempre bastan estas fuentes legales y, es por ello que la mayoría de leyes arbitrales indican a los árbitros que, en primer lugar atiendan a las estipulaciones del contrato, pero que siempre tomen en cuenta los usos y costumbres mercantiles.

En el caso del arbitraje comercial internacional, la aplicación de los usos y costumbres en los negocios internacionales permiten afirmar a los tratadistas, que se ha venido formando un conjunto de normas y principios de aceptación general a las que las partes se someten tácita o expresamente.

Este conjunto de normas y principios es lo que se denomina *Lex Mercatoria*, o en la actualidad *nueva Lex Mercatoria*, para diferenciarla de una u otra manera de ese *Ius Mercatorum* del comercio marítimo nacido antes de Cristo.

Actualmente, el mundo de las transacciones comerciales asiste a un regreso a los orígenes de ese *Ius Mercatorum*, a través del cual, los agentes económicos, imponiendo sus propios usos y costumbres convertidos en normas consuetudinarias, autónomas y de aceptación general, buscan fórmulas más adecuadas a la realidad del tráfico mercantil moderno, con el propósito de resolver sus controversias, sin aplicar las leyes de sus propios estados. Esos agentes económicos, con tales reglas propias, han creado de esta manera, a nivel internacional, lo que se conoce como la nueva *Lex Mercatoria*.

Surge, entonces, la hipótesis que guiará el presente proceso investigativo: Los principios generales del derecho y la *Lex Mercatoria* son las bases que sustentan la resolución de las controversias sometidas al arbitraje internacional.

El objetivo de esta investigación es realizar un análisis de los principios de derecho y de la *Lex Mercatoria* que han sido aplicados por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional para resolver los casos que se le han presentado en materia de Arbitraje Comercial Internacional, los cuales se encuentran dispersos a lo largo de gran cantidad de extractos de laudos estudiados.

Para alcanzar el objetivo expuesto, se utilizaron los métodos analítico, sintético, lógico deductivo, lógico inductivo y las técnicas bibliográfica y documental.

Este trabajo se divide en cinco capítulos: En el primero, se exponen aspectos generales del derecho mercantil internacional; en el segundo, se establecen las

generalidades de la *Lex Mercatoria*; en el tercero, se hace una breve referencia a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional; en el cuarto, se explican los principios fundamentales del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit); y en el quinto, se explica por qué el arbitraje es, por excelencia, el método alternativo de resolución de controversias en el comercio internacional y la importancia de los principios jurisprudenciales de la Corte Internacional de Arbitraje relativos a esta materia. Finalmente, se incluyen las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

1. El derecho mercantil internacional

1.1. Aspectos históricos del derecho mercantil internacional

Según la opinión general, resulta imposible delimitar la materia mercantil en los sistemas jurídicos de la antigüedad, toda vez que estos carecieron de normas que regularan en forma especial al comercio y los comerciantes. Es cierto y evidente que los sistemas vigentes en ese estadio histórico, regularon cuando menos en embrión muchas de las instituciones o actos que hoy se consideran como de comercio; pero también lo es que las condiciones políticas, económicas y culturales de la época no hicieron sentir la necesidad de la existencia de una rama especial para regularlos, de tal manera que tales actos constituían una especie indiferenciada en la totalidad de los actos jurídicos.

Las normas reguladoras de los actos considerados ahora como de comercio carecían de autonomía y se encontraban dentro del ámbito de las normas jurídicas generales o, cuando más, dentro del derecho privado.

1.1.1 Edad antigua

El comercio, como fenómeno económico y social, se presenta en todas las épocas y lugares. Por ello, aún en los pueblos más antiguos pueden encontrarse

normas aplicables al comercio, o más bien, a algunas de las relaciones e instituciones a que aquella actividad da origen. Así sucede en los sistemas jurídicos de Babilonia, Egipto, Grecia, Fenicia, Cartago, etc. Sin embargo, en esos sistemas jurídicos no existió un derecho especial o autónomo, propio de la materia mercantil. Es decir, no existió un derecho mercantil como hoy se conoce, sino tan sólo normas aisladas relativas a determinados actos o relaciones comerciales.

Entre esas normas diversos autores hacen especial mención de las llamadas "Leyes Rodias" (de la isla de Rodas), que en realidad constituyeron una recopilación de un conjunto de usos sobre el comercio marítimo. Esas "leyes" han alcanzado fama a través de su incorporación al derecho romano.

1.1.2 Derecho romano

Tampoco puede hablarse de la existencia de un derecho mercantil especial o autónomo en el sistema jurídico de Roma. Roma no conoció un derecho mercantil como una rama distinta y separada en el tronco único del derecho privado (*ius civile*), entre otras razones, porque a través de la actividad del pretor fue posible adaptar ese derecho a las necesidades del tráfico comercial.

1.1.3 Edad media

El derecho mercantil como derecho especial y distinto del común, nace en la Edad Media y es de origen consuetudinario.

El auge del comercio en esa época, el gran desarrollo del cambio y del crédito, fueron entre otras las causas que originaron la multiplicación de las relaciones mercantiles, que el derecho común era incapaz de regular en las condiciones exigidas por las nuevas situaciones y necesidades del comercio.

El nacimiento del derecho mercantil como tal, está ligado íntimamente a la actividad de los gremios o corporaciones de mercaderes que se organizan en las ciudades comerciales medievales para la mejor defensa de los intereses comunes de la clase. Las corporaciones perfectamente organizadas, no solo estaban regidas por sus estatutos escritos, que en su mayor parte recogían prácticas mercantiles, sino que además instituyeron tribunales de mercaderes (jurisdicción consular), que resolvían las cuestiones surgidas entre los asociados, administrando justicia según usos o costumbres del comercio.

Es así que, en el seno de los gremios y corporaciones, principalmente en las florecientes ciudades medievales italianas, va creándose un conjunto de normas sobre el comercio y los comerciantes, tendientes a dirimir las controversias mercantiles, normas de origen consuetudinario, que fueron aplicadas por los cónsules, órganos de decisión de aquellos gremios o corporaciones.

Estas normas consuetudinarias y las decisiones mismas de los tribunales consulares, fueron recopiladas en forma más o menos sistemática, llegando a constituir verdaderos ordenamientos mercantiles de la época.

1.1.4 Época moderna

Fue en Francia donde propiamente se comenzó no solo a comprender y sentir la necesidad reclamada por la actividad del comercio, sino también se satisfizo cumplidamente, asentando la piedra angular sobre que se ha levantado el edificio del moderno derecho mercantil, el que desde entonces, emancipándose completamente del derecho romano, del derecho común y de los derechos forales, no solamente ha adquirido una verdadera autonomía jurídica, sino que tiende a obtener un carácter de universalidad internacional, llegando su influencia, como es natural, hasta modificar los preceptos del derecho civil de cada pueblo, pues el cotejo de los diversos códigos mercantiles, su estudio comparativo por los jurisconsultos y su perfeccionamiento constante, conducen inflexiblemente a correcciones del derecho civil, que de todas maneras tiene que estar en armonía con el derecho mercantil de cada Estado. Fue así que, partiendo de obras como el *Code Merchant* francés de 1673, un gran número de Estados redactaron legislaciones similares para regular esta materia.

Este gran movimiento legislativo de todas las naciones trajo consigo un gran movimiento científico en la esfera de la literatura jurídica del derecho mercantil, cuyas obras de estudio forman hoy una riquísima biblioteca. Sobre todo la materia de la legislación comparada adquirió, como era de esperarse, un gran desarrollo, pues siendo el comercio cosmopolita por su naturaleza y por el grande impulso que en los tiempos modernos le comunican las pacíficas relaciones internacionales, los tratados, las vías de comunicación marítimas y terrestres, es natural que el derecho mercantil,

reflejo de las necesidades del comercio, tienda a buscar esa unidad de preceptos y doctrinas, esa universalidad de principios que exige el cosmopolitismo del tráfico en sus diversas manifestaciones.

Entre los varios ramos de la legislación mercantil hay algunos en que más se ha acentuado la necesidad de uniformar el derecho de las distintas naciones, como sucede en lo relativo a las letras de cambio, entre muchos otros aspectos.

Con motivo de la necesidad de uniformar por lo menos ciertos aspectos del derecho mercantil entre las diversas naciones se comenzaron a celebrar congresos y conferencias entre estas para llegar a acuerdos y tratados. Siendo la primera de ellas la reunión en Berna en 1878, a la cual le han seguido innumerables intentos a través del tiempo con el fin de lograr la tan deseada obtención de acuerdos que produzcan la uniformidad tan necesaria en materias mercantiles.

1.2. Autonomía del derecho mercantil internacional

Para el autor Villegas Lara, el derecho mercantil en general “adquiere autonomía en la Edad Media, época en la que se principia a gestar la separación del derecho privado en dos ramas: derecho civil y derecho mercantil.”¹

Cuando se creía que la división del derecho privado era un hecho consagrado, surgió la idea de César Vivante de hacer que un solo código reuniera las dos materias.

¹ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**, pág. 14.

Esa idea la tomaron en cuenta algunas legislaciones, aunque parcialmente, por ejemplo, en Suiza e Italia se unificaron las obligaciones en un mismo cuerpo legal.

Esta posición unificadora del derecho privado fue abandonada por Vivante en oportunidad posterior. Ya que reconoció que, si bien sus argumentos tenían validez teórica y práctica, la realidad demostraba que los cambios operados en las formas del tráfico comercial obligaban a hacer del derecho mercantil un derecho con características muy especiales, como lo sería que el derecho mercantil deviene de lo empírico y el derecho civil de la sistematización de conceptos generales; el derecho mercantil tiende a ser internacional; los negocios mercantiles se desarrollan en masa a diferencia de los civiles que, generalmente, son aislados.

1.3. Definición de derecho mercantil internacional

Con la finalidad de desarrollar una noción más certera acerca del derecho mercantil internacional, se expondrán algunas de las definiciones que distinguidos autores proporcionan sobre el derecho mercantil en genera:

"El derecho mercantil es la rama del derecho privado que tiene por objeto regular las relaciones entre los comerciantes y entre aquellas personas que sin ser comerciantes ejecutan actos de comercio."²

² Cervantes Ahumada, Raúl. **Derecho mercantil, primer curso**, pág. 10.

"El derecho mercantil es aquel que regula los actos de comercio pertenecientes a la explotación de las industrias mercantiles organizadas (actos de comercio propios) y los realizados ocasionalmente por comerciantes y no comerciantes (actos de comercio impropios), que el legislador considera mercantiles, así como el estatuto del comerciante o empresario mercantil individual y social y los estados de anormalidad en el cumplimiento de sus obligaciones."³

El derecho mercantil puede definirse como "el conjunto de normas jurídicas que se aplican a las relaciones que se dan entre dos o más Estados en cuanto a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a los comerciantes en el ejercicio de su profesión."⁴

"El derecho mercantil es la rama que regula las relaciones nacidas del comercio y de los actos que históricamente se le han asimilado, así como las obligaciones impuestas a las personas que considera comerciantes."⁵

"Derecho mercantil es aquel que regula especialmente las relaciones que atañen a las personas, los lugares, los contratos y los actos del comercio terrestre y marítimo."⁶

³ De Pina Vara, Rafael. **Elementos del derecho mercantil mexicano**, pág. 17.

⁴ Garrigues, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**, pág. 8.

⁵ Pallares, Jacinto. **Derecho mercantil**, pág. 3.

⁶ Palomar de Miguel, Juan. **Diccionario para juristas**, pág. 126.

El derecho mercantil puede definirse como “el conjunto de doctrina y normas jurídicas, codificadas o no, que regulan la actividad profesional de los comerciantes, las cosas mercantiles y la negociación jurídica mercantil.”⁷

Respecto a las definiciones citadas y agregando el elemento internacional, se puede concluir que el derecho mercantil internacional es el conjunto de doctrinas y normas jurídicas, codificados o no, que regulan a los sujetos que ejercen el comercio (comerciantes) y las cosas objeto del comercio (títulos de crédito, empresa mercantil y sus elementos, patentes de invención y de modelo, marcas, nombres, avisos y anuncios comerciales), con el fin de hacer efectiva la circulación de bienes y prestación de servicios entre dos o más Estados.

1.4. Características del derecho mercantil internacional

Las características del derecho mercantil internacional según Rafael De Pina Vara son las siguientes:⁸

- a) Es un derecho profesional, creado y desarrollado para resolver los conflictos y la actividad propia de los empresarios.

⁷ Villegas Lara, **Ob. Cit.**, pág. 21.

⁸ **Ob. Cit.**, pág. 26.

- b) Es un derecho individualista, al ser una parte del derecho privado que regula las relaciones entre particulares y por lo tanto deja de lado aquellas relaciones jurídicas en las cuales intervienen los poderes públicos.
- c) Es un derecho consuetudinario ya que a pesar de estar codificado se basa en la tradición, en la costumbre de los comerciantes.
- d) Es un derecho progresivo. Al mismo tiempo que evolucionan las condiciones sociales y económicas el derecho mercantil ha de ir actualizándose.
- e) Es un derecho global o internacionalizado. Las relaciones económicas cada vez son más internacionales por lo que este derecho ha tenido que hacerlo también, para lo cual diversos organismos trabajan en su normativización internacional.

1.5 La unificación del derecho mercantil internacional

A lo largo de las últimas décadas se ha venido construyendo un conjunto de normas jurídicas de muy diversa índole, procedencia y formulación, destinadas a disciplinar el comercio internacional y, de modo particular, los aspectos jurídico-privados de las relaciones comerciales internacionales. “Sin duda que dicha construcción, en el sentido más literal del término, se produce, como autorizadamente se ha puesto de manifiesto, coincidiendo en el tiempo con la recesión semisecular de los exacerbados

nacionalismos de los dos últimos siglos así como con ocasión de la sustitución paulatina de una sociedad internacional fundada en el concepto del estado soberano por la derivada de un concepto más amplio del orden mundial cimentado en el reconocimiento de la mutua interdependencia humana.”⁹

Las nuevas circunstancias políticas y un conjunto de nuevos factores económicos permitieron, por una parte, un incremento del comercio internacional; de otra, la sustitución de normas jurídicas nacionales sustantivas y de conflicto, por otras normas que cuanto menos en su origen no pueden así ser calificadas. Estas nuevas normas resultan destinadas más a prevenir que a resolver los problemas complejos derivados del tráfico mercantil incrementado y global.

Por razón de su contenido, las normas que van paulatinamente apareciendo “resultan susceptibles *prima facie* de una clasificación dual: normas, primero, que tienden a permitir o meramente facilitar el comercio internacional y reglas, segundo, cuyo objeto relevante es disciplinar las relaciones comerciales internacionales individualmente consideradas en sus aspectos obligacionales y de derecho público.”¹⁰

Las normas integrantes del derecho mercantil internacional tienen una serie básica de características comunes, que son la internacionalidad, la uniformidad y el contenido obligacional.

⁹ Illescas Ortiz, Rafael y Pilar Perales Viscosillas. **Derecho mercantil internacional, el derecho uniforme**, pág. 27.

¹⁰ **Ibid.**, pág. 28.

1.5.1 Carácter internacional

Las normas de derecho mercantil son internacionales en razón de su campo de aplicación.

En primer lugar, porque tienen por objetivo la disciplina del comercio internacional. Es decir, el comercio que se produce entre operadores establecidos principal o secundariamente en dos o más estados soberanos.

Del Artículo 1 de la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías puede extraerse que el derecho mercantil internacional “tiene por objeto regular los contratos generalmente comerciales de diversa naturaleza que se celebran entre partes que tienen sus establecimientos en estados diferentes.”

En segundo lugar, la internacionalidad también deriva del hecho de que el nacimiento de este conjunto de normas es fruto de la iniciativa y actividad de varios países actuando de consuno, en el marco de una conferencia diplomática por lo general, sin perjuicio de que una ulterior intervención legislativa nacional resulte eventualmente necesaria para la vigencia y aplicación de las normas.

En otras ocasiones, las normas reguladoras del comercio son consideradas uso o costumbre internacional, habiendo sido generadas por la práctica reiterada de los operadores en el intercambio internacional de que se trate y, consiguientemente, al margen del poder normativo internacional de los estados nacionales.

1.5.2 Naturaleza uniforme

La uniformidad del derecho mercantil internacional constituye una técnica de normativización de los conflictos a efecto de establecer una regla única, de validez potencialmente universal para disciplinar una concreta conducta transfronteriza cualquiera que sea la nacionalidad de las partes obligadas, el lugar de la prestación o el emplazamiento de la cosa en relación con el cual la conducta debe ser satisfecha.

“Las normas referentes al comercio internacional han existido siempre. En la medida en que se atribuye al nuevo sistema carácter de innovador, éste habrá de ser comprobado en relación con la situación legislativa anterior a la irrupción del nuevo conjunto normativo. Y ese estado anterior, con el que todavía convive y en el que los legisladores nacionales, a pesar de la aparición de normas internacionales, siguen interviniendo mediante la promulgación de normas, es una mera situación de solución de disputas y controversias, no de prevención de ellas.”¹¹

Las reglas que integran el derecho uniforme del comercio internacional son uniformes tanto en su formulación como en su aplicación, “exigencia imprescindible en la medida en que son reglas con una vigencia potencialmente global y a ser aplicadas por tribunales de muy diversa naturaleza, ubicación y nacionalidad.”¹²

¹¹ **Ibid.**, pág. 32.

¹² **Ibid.**

1.5.3 Contenido obligatorio

El comercio internacional, al igual que un considerable número de actividades humanas, se encuentra sometido generalmente a dos órdenes netamente diferenciados de normas jurídicas.

En primer término, existen normas de carácter jurídico-público en sentido estricto conforme a las cuales el poder político traza el marco de la actividad de los particulares. Se considera que estas normas forman parte del derecho público.

En segundo lugar, existen las normas que disciplinan en dicho marco específico previamente fijado la actuación libre de los particulares que operan dentro de él. Se considera que estas normas forman parte del derecho privado.

Al derecho público le concierne la constitución de acuerdos y convenciones multilaterales y bilaterales vigentes entre los diferentes Estados soberanos en virtud de los cuales las mercancías circularán entre ellos con alguna o ninguna restricción cuantitativa, técnica o arancelaria, sometidas o no a medidas nacionales.

El Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, constituye el núcleo central del derecho público del comercio internacional, el cual se acompaña, especialmente en materia de servicios y capitales, de una serie de acuerdos bilaterales entre los Estados.

Sin embargo las normas que integran el derecho uniforme del comercio internacional, no pertenecen al derecho público, ya que no interfieren en la soberanía económica de los Estados. Al contrario, aspiran a que la soberanía de los Estados les permita gobernar las concretas conductas privadas y libres de sus ciudadanos.

En este sentido, se trata de un orden jurídico-privado que se limita a disciplinar las relaciones entre los sujetos individuales, que en el marco del comercio, celebran contratos con ánimo de participar en la circulación de bienes, servicios y capitales.

En consecuencia, se trata de normas que disciplinan las relaciones mercantiles entre clientes y proveedores, entre fabricantes y comerciantes, entre financiadores y financiados establecidos en diferentes Estados, etc.

1.6 La costumbre mercantil internacional

Frente al Tratado, la costumbre mercantil representa el polo opuesto en lo que respecta a las fuentes de la disciplina sistematizada: la costumbre en cuanto que regla de derecho es producida por la sociedad civil, no por su organización política.

“En un principio, la costumbre comercial internacional era asociada a la susceptibilidad de la norma en cuestión de ser recogida por escrito, para más recientemente, llegar a requerirse el pacto expreso contractual para que una norma

consuetudinaria sea así considerada.”¹³ Sin embargo la costumbre internacional no se diferencia, en lo que refiere a fuente del derecho y en lo que se refiere a norma propiamente dicha, de la costumbre nacional. Los requisitos que debe reunir una práctica comercial para pasar a ser considerada costumbre comercial internacional no son sustancialmente distintos de los exigidos en la materia por los ordenamientos nacionales.

“Desde luego ha de afirmarse una clara incompatibilidad en la consideración de una norma como consuetudinaria y el hecho de hacer depender su aplicación concreta de la voluntad expresa y previa de las partes al respecto.”¹⁴ La voluntad comercial podría excluir la aplicación de una norma consuetudinaria, lo hace incluso para la regla legal dispositiva. Sin embargo, la norma consuetudinaria no puede hacer depender su vigencia de una declaración positiva en tal sentido efectuada por los contratantes.

¹³ **Ibid.**, pág. 50.

¹⁴ **Ibid.**, pág. 51.

CAPÍTULO II

2. Generalidades de la *lex mercatoria*

2.1 Antecedentes de la *lex mercatoria*

Los antecedentes mediatos de la *lex mercatoria* se sitúan en la época medieval, aunque algunos autores consideran que podrían ser más lejanos. Por ejemplo Szabo cree que se remonta a las prácticas comerciales de los árabes en el siglo X.

El derecho mercantil y comercial alcanzó su primigenia consolidación desde el surgimiento en el medioevo de una clase social, las *Societas Mercatorum*, la cual se dedicó al comercio.

La *Societas* adquirió mayor poder dentro de la sociedad e implementó una serie de usos y costumbre profesionales que se denominaron *lex mercatoria*. Aquel grupo social era integrado por artesanos y comerciantes llamados despectivamente *pieds podreux* en Francia, quienes se organizaron en corporaciones y gremios. Su actividad se tornó internacional, volviendo inadecuadas las leyes locales a sus requerimientos. Así el desarrollo de la *lex mercatoria* se sitúa desde principios del siglo XII hasta mediados del siglo XVI.

Las ferias medievales, eventos que se celebraban cada año, se constituyeron en uno de los campos de producción de la *lex mercatoria* más significativos. Los

comerciantes de distintos lugares acudían a ellas durante varias semanas con el aval del rey anfitrión, quien permitía a los mercaderes arreglar entre ellos sus litigios comerciales.

Junto a las ferias se estructuraron los gremios y las corporaciones desde mediados del siglo XII. Poseían órganos propios de dirección, autonomía normativa y jurisdicción especial para aplicarla. Se desarrolló un derecho mercantil constituido por las costumbres y usos de una clase social, caracterizado por su nacionalidad, legitimidad, uniformidad y el uso de un amplio sentido de la *aequitas*¹⁵ medieval.

El derecho mercantil medieval fue creado y usado por un segmento específico de la sociedad, consolidado como un derecho de clase, es decir, hecho por mercaderes y para mercaderes.

No obstante su origen consuetudinario, la *lex mercatoria* se plasmó por escrito, luego se recogió en estatutos corporativos y éstos, a su vez, se integraron en tratados interlocales e internacionales. El auge del derecho corporativo medieval surgió en Italia y luego se trasladó a otras regiones, como Holanda (las guildas flamencas), Inglaterra, Cataluña y el norte de Alemania (la Liga Hanseática).

La *lex mercatoria* se caracterizó por ser cosmopolita, transnacional, consuetudinaria y clasista. Se relacionaba continuamente con los demás sistemas

¹⁵ La *aequitas* tenía un significado diferente al que se le da en la actualidad a la equidad. Se trataba de un concepto amplio, holístico, que procuraba la proyección del orden jurídico sobre la efectividad.

legales (feudal, eclesiástico, urbano, real), teniendo en cuenta sus cualidades intrínsecas, como la universalidad, la reciprocidad, la objetividad, la particularidad, la integración y el crecimiento.

A su vez, el cosmopolitismo de la *lex mercatoria* se basó en su flexibilidad, especialidad (entendida como derecho de clase) y autonomía. Estas características, anudadas con la inoperatividad del derecho civil medieval, permitieron su fortalecimiento.

La importancia de la *lex mercatoria* decayó en el siglo XVI. Contribuyó a este descenso, el afianzamiento del derecho en cabeza del Estado moderno, el cual absorbió y prohibió la *lex mercatoria* transnacional; el desplazamiento geográfico de los principales centros comerciales desde Italia y el norte de Alemania hacia Holanda, Inglaterra y Francia y, las falencias internas de la *lex mercatoria* que le habían tornado menos transparente, impredecible e imparcial en su aplicación. Desde entonces la *lex mercatoria* no alcanzó su esplendor medieval.

Ella fue borrada del mapa de la historia jurídica hasta hace poco, cuando han sido comparadas sus características con nuestra época y se plantea su resurgimiento.

2.2 Definición de *lex mercatoria*

Definir la *lex mercatoria* resulta complejo y crucial. Complejo porque se trata de un término que aún no tiene seguridad conceptual por su permanente construcción y,

crucial, puesto que la conceptualización ha de ser un marco de referencia neutral y objetivo acerca de ella.

Teniendo en cuenta estas observaciones, se define a la *lex mercatoria* como un conjunto de principios, reglas, usos e instituciones de derecho, mercantil y comercial principalmente, que posee una vocación para ser utilizado como un derecho de clase, informal e internacional y regulado jurisdiccionalmente por el arbitraje internacional.

2.3 Críticas a la existencia de la *lex mercatoria*

Desde el momento en que se empezó a plantear el surgimiento de la *lex mercatoria* desde mediados del siglo XX, se ha originado un fuerte debate que va desde su negación hasta su defensa.

Las principales críticas formuladas son las siguientes:¹⁶

2.3.1 Su generalización e imprevisibilidad

Se cree que es demasiado amplia, vaga y general, originando imprevisibilidad jurídica a la hora de dirimirse en un litigio.

¹⁶ Esta es una síntesis de las críticas hechas por Lyon-Caen, Feldstein, Chillon y Merino, Lagarde, Glavinis, Bredin, De Castro y Bravo, Wengler, Rigaux, Glossner, Kassis, Kahn, entre otros.

2.3.2 Su fragmentariedad e inoperatividad

Según sus críticos, la *lex mercatoria* es insuficiente y por ende, poco efectiva para responder a las necesidades que surjan.

Algunos afirman que no existe una *lex mercatoria* sino “islotos de *lex mercatoria*”¹⁷, lo que restringe su desarrollo futuro y su operatividad.

2.3.3 La falta de genuina universalidad

La pretensión de universalidad y transnacionalidad de la *lex mercatoria* sólo se queda en esfuerzos estrechamente limitados por el derecho nacional. Se desarrolla con restricciones geográficas y depende de la tolerancia que hacia ella tengan los Estados.

2.3.4 Su relativa legitimidad

La *lex mercatoria* obedece a intereses y necesidades específicas de un grupo social. Según sus críticos, esto le resta legitimidad dentro del derecho internacional ya que sus promotores son un grupo social poderoso, una nueva *societas mercatorum*, que busca crear una normatividad y un aparato jurisdiccional a su servicio, desplazando el derecho nacional.

¹⁷ Lagarde, Paul. **Approche critique de la lex mercatoria**, pág. 142.

2.3.5 Su ausencia de rigor y de motivación

Se argumenta que ella no se guía por ninguno de los cánones básicos del estudio científico y jurídico, lo que demuestra su fragilidad teórica.

2.3.6 La carencia de autonomía afectiva

Se cree que la *lex mercatoria* no es autónoma al condicionar su desarrollo a la aceptación que de ella tengan los derechos estatales. Así, su función sería vagamente supletoria, al servir de orientación a los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

2.3.7 Su dilución

La *lex mercatoria* proviene de diversas fuentes, lo cual le resta cohesión y termina por diluirse, pues debido a su dispersión puede asimilarse a una especie de ley moral del juez nacional.

2.3.8 No es un ordenamiento jurídico

Al no ser un sistema jurídico, su pretensión de universalidad, autonomía, coherencia y efectividad eliminan cualquier posibilidad de su existencia en el escenario del derecho internacional.

2.4 Posturas a favor de la existencia de la *lex mercatoria*

Se destaca la aportada por Berthold Goldman, quien es considerado como su principal defensor y pionero descubridor. Goldman cree firmemente en su existencia, aunque es consciente de sus intrínsecas limitaciones por tratarse de un derecho de incipiente formación.

La define como “un conjunto de reglas de derecho que operan a manera de la ley propia de las relaciones económicas internacionales.”¹⁸ Este autor creyó que se estaba frente a un nuevo sistema legal autónomo de carácter internacional utilizado por los operadores comerciales y regulado jurisdiccionalmente por el Arbitraje Internacional: se trata, en suma, de normas transnacionales que se van dando paulatinamente a sí mismos los socios en los intercambios comerciales, sobre todo en el marco de sus organismos profesionales y que los árbitros, contractualmente designados por ellos para resolver sus litigios, confirman y asimismo precisan, e incluso elaboran para ellos.

Además de Goldman existen otros tratadistas que defienden la existencia de la *lex mercatoria*, entre los que se destacan Santos Boaventura, Carlos Espinoza, Enrique Guardiola, Matthias Herdegen, Fernando Hiestrosa, Georges Delaume. Estos autores creen que la *Lex Mercatoria* es un concepto revolucionario y se estructura como un campo jurídico transnacional emergente, probablemente, el más antiguo dentro de la transnacionalización del derecho. Es aceptada y acatada por empresarios

¹⁸ Goldman, Berthold. **La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: realities et perspectives**, pág. 475.

internacionales, por lo cual, no genera inseguridad o dilución conceptual, pues es conocida por quienes la utilizan, siendo identificable a su campo de aplicación y desarrollo.

Respecto de las críticas hechas contra su existencia, dichos autores opinan que su causa se debe a la formación clásica y hermética con que se ha concebido el derecho, lo que impide a los abogados aceptar la existencia de fenómenos que alteran el *statu quo* del mundo jurídico; tal situación acontece con la *lex mercatoria* y explica su rechazo por parte de la doctrina tradicional.

2.5 Hipótesis acerca de la existencia de la *lex mercatoria*

Las críticas efectuadas a la *lex mercatoria*, como se mencionó anteriormente, se deben a una concepción clásica del derecho que no admite variaciones a los modelos y paradigmas que han regido la teoría jurídica por siglos. Pero éste no es un argumento válido para negar la existencia de un proceso en construcción, que a fuerza de la práctica del comercio internacional, ha consolidado una serie de usos y costumbres, de reglas y procedimientos que rigen las relaciones contractuales y mercantiles a nivel global.

Por esta razón, la doctrina coincide en considerar como hipótesis de la existencia de la *lex mercatoria* en el mundo jurídico las siguientes:

2.5.1 Su evolución e implementación obedece a un paulatino proceso de elaboración, el cual posee elementos que se diferencian de los clásicos esquemas de producción y aplicación del derecho¹⁹

El derecho nacional no ha respondido a cabalidad las exigencias hechas por los nuevos actores internacionales, impulsándolos a buscar alternativas. Dentro de este proceso se erige la *lex mercatoria* como un fenómeno significativo, la cual se soporta en los siguientes elementos esenciales:

Las normas de derecho mercantil son internacionales en razón de su campo de aplicación.

2.5.1.1 Los usos y costumbres comerciales

Los actores económicos internacionales han creado una serie de costumbres y usos que se sustentan en su conocimiento profesional, la repetición de usos en el tiempo y la generalizada aceptación de su existencia.

En el plano internacional, estos usos se generan por su continua aplicación en las transacciones comerciales, estableciendo un vínculo estrecho con los conceptos de equidad y los principios generales del derecho.

¹⁹ Cadena Afanador, Walter René. **La nueva *lex mercatoria*: un caso pionero en la globalización del derecho**, pág. 5.

2.5.1.2 Los contratos tipo

Las organizaciones y asociaciones jurídicas profesionales han creado modelos de contrato que se han convertido en instrumentos legales dentro de la circulación comercial internacional.

La protección de la autonomía contractual de las partes dentro del escenario internacional, ha impulsado la confección de contratos modelo que homogeneizan y dan cierta seguridad repetitiva a las cláusulas contractuales contenidas en los documentos jurídicos.

2.5.1.3 Las regulaciones profesionales: códigos de conducta

Las organizaciones internacionales se han percatado de la ausencia de vigilancia internacional sobre las actividades de las empresas multinacionales y transnacionales.

Por ello se han implementado diversas regulaciones profesionales que tienen el carácter de recomendaciones, denominadas Códigos de Conducta. Su principal función consiste en llenar los vacíos regulatorios en materia de empresas multinacionales y transnacionales mediante acuerdos internacionales o multilaterales.

Dentro de la *lex mercatoria* los códigos tienen una función integradora.

2.5.1.4 El arbitraje internacional y su jurisprudencia

La jurisprudencia emanada del Arbitraje Internacional es otro elemento constitutivo de la *lex mercatoria*. El árbitro internacional, a diferencia del nacional, tiene mayor inclinación en admitir el uso de la *lex mercatoria*, ya que acude a la fuente directa del conflicto, es decir, al contenido sustancial del contrato, examinando su sustancia, sus objetivos, las circunstancias particulares de ejecución y la voluntad de las partes respecto al derecho a aplicar en caso de conflicto.

2.5.1.5 La *lex mercatoria* es una manifestación del proceso de armonización del derecho internacional comercial

Los esfuerzos de armonización jurídica han permitido consolidar la existencia del derecho internacional. “Dichos esfuerzos, sumados a una vanguardista lectura de la teoría del derecho, permiten aseverar que el derecho internacional existe y, más aún, que está en gestación un enfoque que rebasa las fronteras clásicas del derecho estadocéntrico”²⁰.

Este enfoque emergente se le podría denominar como derecho transnacional o derecho corporativo internacional, pero no bajo el paradigma de un derecho nacional puesto que el Estado sigue y seguirá incorporado en el proceso de generación y práctica del derecho.

²⁰ **Ibid.**

2.5.2 La *lex mercatoria* se conecta con la mecánica de este emergente derecho transnacional y le permite surgir como una manifestación del proceso de armonización del derecho internacional comercial²¹

La *lex mercatoria* procura reposicionar al derecho internacional en un ámbito regulatorio idóneo, esto es, en un marco donde participen, además del Estado, los actores del concierto mundial.

Desde principios del siglo XX se adelantan múltiples esfuerzos por armonizar el Derecho Internacional Comercial y el Derecho de Compraventa Internacional. Por citar algunos casos, se encuentran los tratados de Ginebra de 1930 y 1931 sobre Derecho Internacional Cambiario y de Cheque; los dos Tratados de La Haya acerca del Derecho Unificado Aplicable a la Compraventa Internacional de Bienes; la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Bienes; el Tratado de Roma de 1980 sobre Derechos Aplicable a la relación Crediticia Contractual.

Sobre el tema, también se destacan otros instrumentos jurídicos internacionales que hacen parte de la *lex mercatoria*, tales como:

²¹ **Ibid.**

- a) Los principios de Unidroit, cuya naturaleza y fuerza jurídica reposa en su origen no estatal y su principal objetivo es la armonización de las normas sobre Compraventa Internacional de manera académica, no política.
- b) Los Códigos de Conducta específicos.
- c) Las regulaciones emanadas de la Comisión para el derecho mercantil internacional (CNUDMI o UNCITRAL en inglés). Las normas de este organismo de la ONU son de carácter facultativo, y previenen el fusionamiento anárquico en materia del derecho arbitral, abriendo la posibilidad de consolidar la *lex mercatoria* a través de la construcción de un derecho comercial autónomo, una nueva *lex mercatoria*, que responda a las necesidades de la comunidad internacional.
- d) La normatividad del Centro Internacional para el Arreglo de Disputas en materia de Inversiones, CIADI o ICSID en inglés, hace parte de los acuerdos en el seno del Banco Mundial para el tratamiento de los conflictos sobre inversiones internacionales.
- e) Las regulaciones de la Organización Mundial para la Propiedad Industrial, OMPI o WIPO en inglés.
- f) El Código de Derecho Internacional Privado, más conocido como Código Bustamante, que constituye el esfuerzo de armonización del Derecho Internacional Privado más significativo en América Latina. Fue aprobado en La Habana en 1927 durante la Sexta Conferencia Panamericana.

2.5.3 La *lex mercatoria* es una alternativa jurídica a la globalización del derecho²²

La *lex mercatoria* surge como una alternativa jurídica de respuesta a determinados retos que existen hoy en el derecho internacional, en un contexto de globalización e interdependencia creciente. Es más, existe la probabilidad de que en un futuro mediato la *lex mercatoria* se estructure como un instrumento coadyuvante de carácter primario en la resolución de los conflictos comerciales en el ámbito internacional.

Para implementar la *lex mercatoria* como una alternativa de primer orden en la globalización del derecho se hace necesario adelantar un profundo y coherente proceso de armonización de los usos y costumbres mercantiles, a la vez que se deben dejar de lado los tecnicismos y las idiosincrasias jurídicas.

La consolidación de la *lex mercatoria* en el escenario de la globalización y del derecho se debe a la labor adelantada por los operadores del tráfico mercantil, en especial, las empresas multinacionales y transnacionales; las corporaciones jurídicas internacionales; las organizaciones internacionales gubernamentales (por ejemplo, la CNUDMI de la ONU, la CIADI de la OMC, la OMPI) y no gubernamentales (v.gr. Unidroit)); el Arbitramento Internacional (por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional de París, la Cámara de Comercio de Londres, la Cámara Interamericana de Arbitraje Comercial); las asociaciones profesionales de abogados y, la academia.

²² **Ibid.**

2.5.4 La implementación de la *lex mercatoria* acarrea una serie de bondades y riesgos

La *lex mercatoria* lleva implícitamente una serie de riesgos y virtudes, de los cuales me atrevo a señalar las siguientes, no sin antes hacer la claridad de que esta clasificación no pretende ser exhaustiva y concluyente; todo lo contrario, busca servir como un punto de partida para posteriores estudios de mayor profundidad argumentativa y empírica. Sus bondades y virtudes son las siguientes:

- a) Se erige como uno de los más interesantes esfuerzos en reacomodar las ciencias jurídicas a los procesos mundiales de transformación. Es su rasgo más destacable, pues a pesar de los múltiples imperfectos e incongruencias, ella impulsa el incipiente proceso de globalización del derecho comercial.
- b) Ofrece una alternativa de agilidad y efectividad procesal respecto a los disímiles y complejos procedimientos de diversos derechos locales. La *lex mercatoria* se erige como un instrumento jurídico de pretensiones mundiales, fácil aplicación y entendimiento y, poco prolijo en normatividad y procedimientos.
- c) Brinda mayor neutralidad por parte de quien administra justicia en el caso comercial específico. La *lex mercatoria* utiliza el arbitraje internacional

buscando un mayor grado de objetividad, al deslocalizar y desnacionalizar el conflicto procura de la neutralidad judicial.

- d) Garantiza la prelación del principio de la autonomía de las partes en un contrato internacional.
- e) El arbitraje internacional, principal herramienta jurisdiccional de la *lex mercatoria*, ofrece a las partes en litigio la garantía de que los árbitros poseen un amplio conocimiento sobre la parte sustantiva del conflicto.
- f) La *lex mercatoria* ofrece una alternativa jurídica a las empresas corporativas, las cuales se ven limitadas a las fronteras del Estado. Para ello se debe rescatar la función básica del derecho mercantil que consiste en regular las actividades específicas vinculadas a un modo específico de producción.

Los riesgos y peligros de la *lex mercatoria* son los siguientes:

- a) Surgimiento de asimetrías en la protección jurídica y de comerciantes y no comerciantes, la *lex mercatoria*, en su objetivo de regresar el derecho comercial internacional a su naturaleza primigenia de derecho de clase, puede generar consecuencias discriminatorias con aquellos que no son comerciantes.

- b) Asimetrías entre las empresas multinacionales y las transnacionales frente a los Estados, principalmente frente a aquellos Estados menos desarrollados o que no son países de origen de las corporaciones.
- c) Latente peligro de que la protección desmedida de la autonomía contractual genere y legitime posibles abusos de posición dominante en la relación interpartes.
- d) Ambigüedad en la posición de los terceros frente a un contrato internacional regulado por la *lex mercatoria*. Existe el riesgo de que ella genere asimetrías en las relaciones triangulares de partes.
- e) Posibilidad de que se disminuya el grado de participación de los abogados en la producción y aplicación del derecho de la contratación internacional. Los profesionales del derecho no se verán marginados del proceso de implementación de la *lex mercatoria*, pero es evidente que el arbitraje técnico y en equidad necesitará de un mayor número de profesionales conocedores del oficio o rama comercial y menos abogados doctos en técnicas jurídicas.
- f) Falta de seguridad en la normativa mercantil internacional generada por la búsqueda de mayor flexibilidad regulatoria.
- g) Escasez de métodos efectivos ajenos al derecho estatal, que garanticen el cumplimiento de un laudo arbitral internacional. El arbitraje internacional debe

alcanzar mayor poder de jurisdicción y reglamentación, además, de que debe trabajar en consonancia con el derecho estatal para hacer efectivos sus fallos. La *lex mercatoria* no constituye una suerte de derecho nacional ni tampoco un nuevo ordenamiento jurídico.

2.6 La Lex Mercatoria y arbitraje comercial

En los últimos años se ha desarrollado el arbitraje comercial internacional como el mecanismo idóneo para la solución de los conflictos relacionados con el área comercial y mercantil.

De forma simultánea al arbitraje comercial internacional se ha venido desarrollando una serie de regulaciones de aceptación general, denominada *lex mercatoria*, la cual surge como una necesidad por parte de los operadores del comercio internacional que la han creado con la finalidad de sustraer los posibles litigios comerciales y mercantiles de su propias legislaciones nacionales.

“Este conjunto de reglas, de aplicación constante entre los particulares han dado lugar a principios dentro de la doctrina arbitral los cuales los árbitros siguen regularmente”²³. Por lo que se hace necesario determinar cuáles son estos principios que han surgido de la aplicación de la *lex mercatoria* y cómo es la aplicación de éstos

²³ Matute Morales, Claudia. **La lex mercatoria y los principios jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional**, pág. 1.

por parte de los árbitros internacionales, identificándolos dentro de la jurisprudencia arbitral de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

En décadas anteriores, antes de las tendencias unificadoras o armonizatorias, los principios de derecho estaban aislados y dispersos en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. A raíz de la promulgación de los Principios de Unidroit²⁴ sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 1994, los mismos son tomados en cuenta por los árbitros al dictar sus laudos, ya no solamente como usos y costumbres y precedentes, sino con el carácter de reconocida aceptación por parte de los operadores del Comercio internacional, lo cual le da mayor relevancia.

Es cierto que las partes son libres de determinar el derecho que el árbitro deberá aplicar al fondo del litigio, pero cabe considerar que en defecto de esta indicación de las partes sobre el derecho aplicable, el árbitro aplicará la ley designada por la regla de conflicto que juzgue apropiada en ese caso. Tal como lo recogía expresamente el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional.

Sin embargo, en ambos casos, los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos del comercio. Principio que recoge la Ley Modelo sobre Arbitraje

²⁴ El Instituto para la Unificación del Derecho Privado—Unidroit--, es una organización intergubernamental creada en el año 1926, bajo el auspicio de la Liga de Naciones. Restablecida en 1940 sobre las bases de un Tratado Internacional, El Estatuto Orgánico de Unidroit. Su sede se encuentra en Roma. Se creó con el objetivo de promover la armonización y unificación del derecho privado a nivel internacional, teniendo como punto de partida la creciente liberalización del Comercio y el proceso de integración económica.

Comercial de la UNCITRAL²⁵ y que ha sido acogido por un buen número de países al promulgar sus propias legislaciones nacionales.

Es en este contexto general y más allá de su aspecto formal en donde los procedimientos de determinación del derecho aplicable por los árbitros internacionales presentan un denominador común: la aplicación que sea la más apropiada a la regla de derecho cuya intervención corresponda mejor al deseo legítimo de las partes.

La preocupación de aplicar la ley que responda lo mejor posible a lo que desean las partes, es el punto central de la obra del árbitro internacional. Cuando las partes han elegido expresamente el derecho aplicable, no existe ningún tipo de problema; pero en defecto de tal elección, el árbitro entra en acción para definirla.

No es raro que los árbitros del comercio internacional apliquen derechos estatales para dar solución adecuada a la controversia, porque las partes habían expresamente previsto recurrir a un derecho nacional determinado, o porque los árbitros consideran que las relaciones jurídicas que se les someten se desarrollan necesariamente dentro del marco de este derecho. En ese orden de ideas, el árbitro debe aplicar ese derecho tal cual es y los laudos, muy numerosos, en los cuales se aplica un derecho nacional, tienen poco interés para esta investigación.

²⁵ Es la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional y fue establecida por la Asamblea General en 1966 por la Resolución 2205 (XXI), de fecha 17 de diciembre de 1966). La Asamblea General, al establecer la Comisión, reconoció que las disparidades entre las leyes nacionales que regían el comercio internacional creaban obstáculos para ese comercio, y consideró que, mediante la Comisión, las Naciones Unidas podrían desempeñar un papel más activo en la reducción o eliminación de esos obstáculos.

Otra de las circunstancias que puede presentarse es que no habiendo escogido las partes ninguna legislación nacional para ser aplicada al fondo de la controversia, las mismas deciden que la misma sea decidida conforme a los usos de la "*lex mercatoria*". Es decir, ante la reticencia de los propios operadores del comercio internacional de la aplicación de las legislaciones nacionales permiten o tácita o expresamente, que los árbitros decidan sus controversias atendiendo a este nuevo Derecho de los comerciantes. Es aquí donde verdaderamente surge el problema planteado, y es determinar cuáles son esos usos y la manera cómo son éstos aplicados por el árbitro internacional.

Verdadero interés para esta investigación lo tienen las también numerosas sentencias que fundamentan sus soluciones en los usos del comercio internacional. Estos usos no se limitan a las Codificaciones Internacionales de la Cámara de Comercio Internacional, tal como serían los "Incoterms" o las reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios; sino que se trata más ampliamente de un conjunto de reglas de derecho nacidas de la práctica repetida de los operadores del comercio internacional, hayan sido objeto o no de codificación.

Son éstos usos, no codificados y principios generales los que hoy llaman la atención, ya que se trata de los principios generales de las obligaciones generalmente aplicables en el comercio internacional y los cuales dentro del grupo de extractos de sentencias se pretenden extraer.

La publicación de extractos de laudos en revistas especializadas, ya ha dejado de ser excepcional, e incluso algunas instituciones arbitrales muestran interés en difundir su jurisprudencia a través de publicaciones oficiales, como lo es el caso de la Cámara de Comercio Internacional con su Anuario de Arbitraje Comercial, evitando el conocimiento de la identidad de las partes, con lo cual el secreto del arbitraje no sufre el menor perjuicio. Y es en el estudio de estos extractos de laudos publicados en donde se pueden observar las tendencias de los árbitros.

2.7 La nueva *lex mercatoria*

El reconocimiento de la existencia de una *lex mercatoria* como un verdadero orden jurídico, “se apoya, en las formulaciones más autorizadas, maduras a partir de la segunda gran guerra, en la consideración del consenso común, regla vinculante de la conducta humana, como fuente creadora de derecho”.²⁶

Existe un debate aún pendiente de definición, y es el relativo a la conceptualización, de la así llamada *lex mercatoria*. Sin embargo Frignani la define como “el cuerpo de reglas concernientes al comercio internacional comúnmente aplicadas por los mercaderes con la convicción de que se trata de reglas de derecho, o al menos de de que los demás se comportarán observando estas reglas”²⁷. Siendo esta

²⁶ Derains, Yves. **Jurisprudencia arbitral de la cámara de comercio internacional**, pág. 29.

²⁷ Frignani citado por Jaime Jaramillo Vargas. **La *lex mercatoria*: mito o realidad**, pág. 16.

definición más restrictiva que otras como la de Draetta que la identifica como “el derecho trasnacional del comercio internacional.”²⁸

Este sistema de leyes comprendería las reglas y procedimientos que han sido desarrollados para regular y facilitar las relaciones del comercio internacional, así como las prácticas que en este campo han tenido reconocimiento universal. Para algunos es difícil comprender la existencia de un sistema de leyes que no ha sido creado por un Estado soberano o alguna autoridad internacional reconocida. Sin embargo, en la práctica se ha desarrollado en el campo del comercio internacional un cuerpo de reglas, usos y costumbres, cuya conveniencia ha sido reconocida y cuya existencia no puede ser negada. Y la labor de los árbitros internacionales es la de destacar las normas de derecho privado sustantivo que constituyan la prefiguración de un Derecho común de las naciones.

En el desarrollo de esta *lex mercatoria*, los empresarios han generado espontáneamente su derecho profesional, no como escapatoria a las legislaciones nacionales, sino precisamente porque éstas no han sabido dar respuesta a un fenómeno que escapa a sus posibilidades de captación. Ha estado surgiendo entonces un Derecho desnacionalizado y un derecho mercantil unificado.

En cuanto a la aplicación de la *lex mercatoria* para la resolución de conflictos de arbitraje, se ha planteado el problema de la reacción de los jueces estatales al tener que enfrentarse a esta nueva normativa internacional.

²⁸ Draetta citado por Jaime Jaramillo Vargas. **Ob. Cit.**, pág. 17.

En esta nueva normatividad juegan un papel importante las Convenciones Internacionales, las leyes modelo, los contratos tipo, los usos y costumbres y la jurisprudencia arbitral, los cuales han sido una constante en un buen número de estudiosos del tema que coinciden en que las fuentes de esta nueva *lex mercatoria* se encuentran en las siguientes categorías:

A la par de los contratos internacionales y los usos y costumbres del comercio internacionales, se pueden encontrar manifestaciones normativas propias de la “nueva ley de los comerciantes”, como pudieran ser las condiciones generales de contratación y los *Standard Forms* (condiciones generales de contratación), las reglas de las asociaciones profesionales y las *guidelines* (guías); los principios generales del comercio internacional y los *restatements of law*, los códigos de conducta, las convenciones internacionales aún no vigentes y las Leyes Modelo; los laudos arbitrales, la normativa procedimental y la equidad. A su vez, tanto la Cámara de Comercio Internacional, así como otras organizaciones reconocidas de comerciales, recopilan ciertas prácticas y sistematizan ciertos modelos de contratos o formulan *Standard forms* (condiciones generales de contratación). De igual manera pueden formularse reglas uniformes, o guías para redactar contratos o para realizar diversas operaciones comerciales.

2.7.1 Los contratos comerciales

Los contratos comerciales constituyen fuente principalísima del derecho del comercio internacional y ante la continua repetición de los mismos, algunos se han tipificado en condiciones generales y otros han devenido en usos y costumbres.

2.7.2 Principios generales del derecho

Muchos forman parte tanto del derecho interno de los Estados como del derecho internacional. Como se estableció en el arbitraje se trata de principios que son la base de toda la relación contractual, que son consagrados en particular por los usos del comercio internacional y por el derecho internacional.

Entre ellos se pueden mencionar el principio de buena fe, deber de minimizar los daños, el *pacta sunt servanda*, el principio de la acción de contrato no cumplido, entre otros.

Estos principios generales del derecho, es decir, aquellas reglas sobre las que se asientan todo el sistema jurídico, pueden también constituirse como parte de este derecho transnacional. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se trata de sobrepasar un conflicto de leyes buscando los principios comunes a dos o más ordenamientos jurídicos y resolviendo el conflicto de acuerdo a ese principio.

De esta forma, algunos juristas han realizado una investigación de tipo comparativo y han recopilado o reformulado los principios jurídicos comunes a las legislaciones de diferentes sistemas nacionales. Los dos principales ejemplos son los Principles of International Commercial Contracts de 1994, realizada por Unidroit (International Institute for the Unification of Private Law) y los Principles of European Contract Law, realizada por la Commission of European Contract Law.

Algunos autores han realizado una tarea comparativa, analizando esta vez laudos arbitrales y extrayendo de ellos sus principios comunes. Otros han comparando todo tipo de fuente de derecho comercial y han realizado una lista de 78 principios, reglas y standards de la *lex mercatoria*.

2.7.3 Usos y costumbres comerciales

Un 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. Y se supone que en el campo del negocio mercantil son de conocimiento general, presumiéndose su aplicación y siendo

su efecto automático. A este respecto los árbitros están obligados a respetar las reglas fundamentales de la *lex mercatoria*.

En este campo se han dado codificaciones tales como los Incoterms, o las Reglas Uniformes sobre garantías contractuales, ambas de la Cámara de Comercio Internacional, existiendo otros que no han sido objeto de codificación aún.

2.7.4 Sistema de leyes modelo

En cuanto al sistema de leyes modelo, este es un sistema de unificación del derecho que consiste en la redacción de una reglas destinadas a reemplazar las actualmente existentes en los Estados interesados. No constituyen una Convención internacional, ni los Estados forman parte de éste, son sencillamente recomendaciones que formula el organismo que las ha elaborado para que se conviertan en Ley.

En lo relativo a la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de la UNCITRAL, ésta fue elaborada para cumplir los fines de crear un procedimiento arbitral que pudiese contribuir a superar la mayor parte de los problemas que se habían suscitado y aparecido en el estudio sobre la aplicación e Interpretación de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York de 1958.

2.7.5 Las reglas de la jurisprudencia arbitral

La jurisprudencia arbitral internacional es una fuente importante ya que esta viene a aglutinar en un cuerpo de derecho casuístico, reglas vinculantes.

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 nacionales²⁹.

En este ámbito institucional la aportación europea más importante es la que viene realizando la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 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 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.³⁰

El hermanamiento entre la institución arbitral, cauce preferente para la composición de conflictos, y la *lex mercatoria*, regla particularmente adecuada a las

²⁹ Derains, **Ob. Cit.**, pág. 29.

³⁰ **Ibid.**

necesidades del tráfico de nuestros días, resulta evidente de la simple observación de la realidad del comercio internacional.

En efecto, con gran frecuencia cantidades de controversias son resueltas en diversas partes del mundo mediante la vía del arbitraje, aplicando reglas y principios que se conocen como *lex mercatoria*, la cual los laudos arbitrales también han contribuido a formar. Pero también la *lex mercatoria* es punto de referencia obligado al cual acuden los árbitros para fundamentar sus propias decisiones.

Se ve entonces como una *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*.³¹

³¹ **Ibid.**

CAPÍTULO III

3. La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

3.1 Generalidades de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

Desde hace casi un siglo, la Cámara de Comercio Internacional es la principal institución mundial especializada en la solución de controversias comerciales de carácter internacional.

Su Corte Internacional de Arbitraje, creada en 1923, ha desempeñado una función pionera en el desarrollo de arbitraje internacional. Gracias a su acción innovadora, se reconoce, hoy en día y en el mundo entero, al arbitraje como el sistema más eficaz para solucionar los litigios en el comercio internacional. Desde su creación, la corte ha administrado más de 10.000 arbitrajes internacionales referidos a partes y árbitros de más de 170 países y territorios. La demanda de arbitraje crece, año tras año, a medida que se desarrollan los intercambios internacionales y la mundialización acelerada de la economía.

Los diferentes mecanismos propuestos por la CCI han sido especialmente concebidos para resolver las desavenencias comerciales internacionales, cada una con sus propias dificultades.

Normalmente, las partes serán de nacionalidad diferente y no compartirán ni lengua, ni cultura, ni tradiciones jurídicas. Las partes seguramente también tendrán una visión divergente sobre cómo conseguir una solución razonable y justa para sus desavenencias. Las partes podrán, igualmente, alimentar un cierto sentimiento de desconfianza, por la falta de información o por las dudas, en cuanto al proceso a seguir. Estos problemas se verán agravados por la distancia y por la desventaja que supondría para cada una de las partes someterse a los procedimientos judiciales del país de origen de la otra.

Por todas estas razones, las partes se resistirán a someter su controversia a los tribunales nacionales. La Cámara de Comercio Internacional se ha esforzado siempre en ofrecer a las empresas alternativas para la solución de sus desavenencias.

Incluso en un contexto nacional, las partes pueden preferir la utilización de procedimientos más rápidos y menos onerosos que el procedimiento judicial.

El arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional reúne estas dos ventajas, además de una garantía de confidencialidad y de libertad de las partes para elegir los árbitros, la sede del arbitraje, las normas del derecho aplicable y hasta el idioma del procedimiento.

El arbitraje es, sin lugar a dudas, el sistema de solución extrajudicial de controversias de carácter internacional de mayor utilización en el ámbito empresarial. Las razones son simples³²:

3.1.1 Decisiones definitivas y vinculantes

Los mecanismos que pueden llevar a las partes a una solución amistosa, como por ejemplo sobre la base del Reglamento de Conciliación de la Cámara de Comercio Internacional, dependen exclusivamente de la buena voluntad y de la cooperación de los interesados. En general, sólo el recurso a los tribunales estatales o el arbitraje permite obtener una decisión definitiva y ejecutoria.

Los laudos arbitrales no son apelables y por ello tienen más posibilidades de ser definitivos que las decisiones de los tribunales de primera instancia. El laudo arbitral puede ser recurrido (en particular en el país donde deba ser dictado o en aquel donde deba ser ejecutado), pero los motivos de dicho recurso son estrictamente limitados.

3.1.2 Reconocimiento internacional de los laudos

El reconocimiento internacional de los laudos arbitrales goza de mejor seguridad que las decisiones judiciales nacionales. La Convención de Nueva York de 1958 facilita

³² Ver Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Estatuto de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y Reglamento Interno de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

la ejecución de los laudos arbitrales en todos los países firmantes. Existen además otros convenios multilaterales o bilaterales de los que derivan efectos similares.

3.1.3 Neutralidad

En el arbitraje las partes son libres de pactar en condiciones de igualdad sobre cinco ámbitos esenciales del procedimiento:

- a) La sede del arbitraje
- b) El idioma del arbitraje
- c) Las reglas del procedimiento y el derecho aplicable
- d) La nacionalidad de los árbitros
- e) La representación jurídica

El arbitraje puede desarrollarse en cualquier país, en cualquier lengua y puede ser dirigido por árbitros de cualquier nacionalidad. Esta flexibilidad permite, en la mayoría de los casos, llevar a cabo un procedimiento neutro sin que éste favorezca a una de las partes más que a otra.

3.1.4 Especialización de los árbitros

A diferencia de lo que ocurre en los sistemas judiciales nacionales, en los que no está permitido que las partes puedan elegir a los jueces, el arbitraje ofrece a las partes la posibilidad de nombrar árbitros a las personas que éstas deseen, siempre y cuando

reúnan el requisito de la independencia. De esta manera, las controversias podrán ser resueltas por especialistas en la materia objeto del litigio.

3.1.5 Rapidez y economía

El arbitraje es más rápido y menos oneroso que un procedimiento judicial. Incluso cuando la resolución de una controversia internacional compleja exija, a veces, mucho tiempo y dinero, el carácter limitado de la posibilidad de recurrir los laudos arbitrales proporciona una ventaja innegable al arbitraje frente a los procedimientos judiciales ordinarios. Las partes gozan, sobre todo, de la ventaja de no tener que eternizarse en recursos de apelaciones sucesivas, siempre largos y costosos. El arbitraje les permite elegir los procedimientos más rápidos y menos onerosos que las circunstancias autoricen.

3.1.6 Confidencialidad

Las audiencias de los tribunales arbitrales no son públicas, y solamente las partes reciben la comunicación del laudo.

3.2 La Convención de Nueva York de 1958

La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio fue la instigadora y luego el motor del movimiento que condujo a la adopción de la Convención de Nueva York, de fecha 10 de junio de 1958, para el reconocimiento y la ejecución de

laudos arbitrales extranjeros. Este ha sido considerado como el principal tratado multilateral sobre arbitraje internacional.

La Convención de Nueva York impone, esencialmente, a los tribunales de cada Estado dos obligaciones. En primer lugar, deben reconocer los acuerdos escritos de sometimiento al arbitraje y, en presencia de presencia de una cláusula contractual en este sentido, remitir las partes al arbitraje; en segundo lugar, deben reconocer y ejecutar los laudos arbitrales extranjeros³³.

En virtud de lo anterior, se recomienda a las partes que comprueben, antes de incluir una cláusula de arbitraje, si el Estado de la otra parte, y si procede, el del lugar donde se desarrollará el arbitraje, ha ratificado la Convención de Nueva York o bien si ha firmado algún otro tratado multilateral o bilateral que ofrezca las mismas garantías.

3.3 Características del Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional es la principal institución mundial especializada en la solución de controversias comerciales surgidas en la interpretación y/o ejecución de contratos suscritos entre empresas de distintos países.

A diferencia del resto de organizaciones dedicadas al arbitraje y que tienen un ámbito de acción nacional o regional, la corte posee una vocación realmente

³³ Ver Convención de Nueva York de 1958.

internacional. Compuesta por miembros procedentes de unos 60 países repartidos en los cinco continentes, es de todas las instituciones consagradas al arbitraje la que brilla con más fuerza.

La Corte Internacional de Arbitraje no es un “tribunal” en el sentido tradicional del término. Su misión es la de asegurar la aplicación del Reglamento de arbitraje de la de la CCI.

La corte no resuelve por si misma las controversias sometidas a arbitraje, función que corresponde a los árbitros, nombrados de acuerdo con el Reglamento, sino que supervisa el procedimiento.

La Corte nombrará los árbitros o confirmará aquellos designados por las partes, se pronunciará sobre la admisibilidad o no de la demanda de recusación de los árbitros, examinará y aprobará los laudos arbitrales y fijará los honorarios de los árbitros.

Para ejercer estas funciones, la Corte cuenta con la ventaja de poder utilizar la experiencia colectiva de un círculo de eminentes juristas procedentes de culturas jurídicas y de horizontes tan distintos como aquellos de las partes mismas.

3.4 Sujetos que intervienen en el Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

3.4.1 La Corte de Arbitraje Internacional

A diferencia de otras instituciones, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional supervisa la totalidad del procedimiento arbitral, desde la demanda inicial hasta el laudo final.

El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional exige al tribunal arbitral la elaboración de un documento que precise su misión y deberá ser remitido a la Corte dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se haya entregado el expediente.

La redacción de éste acta de misión, propio del arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, obliga a los árbitros y a las partes fijar, desde el principio del procedimiento, los términos del conflicto que debe ser resuelto y a organizar detalladamente el desarrollo del arbitraje. Es posible que, en esta fase, las partes pacten algunos aspectos del arbitraje aún pendientes, como la lengua del procedimiento o el derecho aplicable al fondo de la cuestión.

Durante la redacción del acta de misión, existe también la posibilidad de conseguir un acuerdo y resolver así la controversia de forma amistosa. Durante todo el procedimiento, la Corte Internacional de Arbitraje controla regularmente el desarrollo de los asuntos y decide sobre la posibilidad de tomar medidas que garanticen la progresión

rápida del arbitraje o el respeto del Reglamento. Para ello, la Corte Internacional de Arbitraje supervisa de cerca cada asunto y recibe copia de todos los escritos y comunicaciones que se intercambian las partes y los árbitros.

Una de las principales funciones de la Corte Internacional de Arbitraje consiste en el examen previo de los laudos arbitrales. En virtud del reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, ningún laudo podrá ser dictado por el Tribunal arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte. Ésta podrá también y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, llamar la atención sobre algunos puntos relacionados con el fondo de la controversia. Este examen constituye un elemento clave en el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional puesto que garantiza la calidad de los laudos y reduce el riesgo de que éstos sean anulados por tribunales nacionales. Además confiere a las partes un grado complementario de protección, que ninguna otra institución les ofrecerá, puesto que los laudos arbitrales no son susceptibles de apelación. Gracias a este mecanismo de control, el sistema arbitral de la Cámara de Comercio Internacional puede considerarse como el más seguro del mundo.

3.4.2 La Secretaría de la Corte de Arbitraje Internacional

La Corte es asistida por una secretaría instalada en la misma sede de la Cámara de Comercio Internacional en París y que cuenta actualmente con 40 colaboradores, entre ellos 20 juristas de 12 nacionalidades distintas. La Secretaría cuenta con un sistema informatizado en cuatro lenguas para la gestión de los asuntos, asegura la

logística de la Corte y proporciona ayuda e información en una docena de lenguas. Seis equipos dirigidos respectivamente por un consejo siguen de cerca cada asunto.

3.4.3 Los árbitros de la Cámara de Comercio Internacional

“Tanto vale el árbitro, tanto vale el arbitraje”. Este adagio ilustra la importancia crucial que representa la elección del tribunal arbitral.

En virtud del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, el tribunal arbitral puede estar constituido por uno o varios miembros. Cuando las diferencias hayan de ser resueltas por un árbitro único, éste será nombrado por la Corte, salvo que las partes, de común acuerdo, lo hubieran designado. Cuando la controversia haya de ser sometida a la decisión de tres árbitros, cada parte deberá designar un árbitro. El tercer árbitro, quien actuará como presidente del tribunal arbitral, será nombrado, de común acuerdo, bien por las partes o por los coárbitros, o por la Corte. Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre el número de árbitros, la Corte nombrará un árbitro único, “a menos que considere que la controversia justifica la designación de tres árbitros”.

A diferencia de otras instituciones arbitrales, la Cámara de Comercio Internacional, cuando tiene que designar un árbitro, puede consultar a sus Comités Nacionales existentes en más de 60 países. Esto permite a la Cámara de Comercio Internacional estar capacitada para buscar, en el mundo entero, los árbitros más cualificados para cada asunto. Igualmente y también a diferencia de otras instituciones,

la Corte no exige que los árbitros seleccionados pertenezcan a una lista preestablecida, lo que permite constituir el tribunal con toda libertad.

En cuanto a los honorarios puede decirse que numerosas instituciones arbitrales establecen que los árbitros fijarán ellos mismos el importe de sus honorarios, o que éstos se calcularán en función del tiempo utilizado (días, horas) fijados por cada institución.

El reglamento de la Cámara de Comercio Internacional rechaza estas dos soluciones y establece que la Corte Internacional de Arbitraje fijará los honorarios de los árbitros, al finalizar el arbitraje, según el arancel publicado en Apéndice del Reglamento.

Los honorarios dependerán de la cuantía del litigio, la diligencia del árbitro, el tiempo empleado, la celeridad del proceso y la complejidad del asunto. La Corte Internacional de Arbitraje y no los árbitros, fijará el importe definitivo y para ello tendrá en cuenta el modo en que se ha desarrollado el arbitraje y, en particular, la eficacia del tribunal arbitral.

Este sistema, que pretende impulsar la rapidez en la tramitación de los asuntos, hace depender la compensación económica solicitada de la importancia de las cantidades en juego en el arbitraje. Tiene igualmente por objeto evitar la interposición de demandas principales o reconventionales abusivas, temerarias o con escaso fundamento. Por último, el arancel permite a las partes tener una orientación sobre el coste previsible del arbitraje.

3.5 La redacción del acuerdo de arbitraje

El arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional sólo es posible en virtud de un acuerdo entre las partes sobre este punto, incluido en el contrato o celebrado con posterioridad a la conclusión de éste.

La Cámara de Comercio Internacional recomienda a las partes que deseen recurrir al arbitraje que incluyan en sus contratos la cláusula tipo:

“Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.”

Puede resultar igualmente útil que las partes acuerden en la misma cláusula de arbitraje:

- a) el derecho aplicable al contrato;
- b) el número de árbitros;
- c) la sede del arbitraje;
- d) el idioma del procedimiento.

Si el arbitraje afectara a más de dos partes, las disposiciones particulares relativas a este punto deberían incluirse en el acuerdo de arbitraje. Además, el derecho nacional de algunos países puede imponer algunas condiciones en materia de acuerdos de arbitraje.

Las partes deberán igualmente asegurarse se que el acuerdo de arbitraje sea escrito, puesto que la validez de un acuerdo de arbitraje depende ante todo de la prueba de su existencia y por ello, en principio, debería ser un acuerdo escrito. La Convención de Nueva York dispone en su Artículo II que los países contratantes reconocerán los acuerdos de arbitraje “escritos”.

Adicionalmente el acuerdo deberá ser redactado cuidadosamente, ya que a menudo la Cámara de Comercio Internacional debe decidir sobre demandas de arbitraje fundadas en cláusulas ambiguas. Las disposiciones mal redactadas causan, como mínimo, retrasos. En el peor de los casos, impedirán que el arbitraje tenga lugar.

CAPÍTULO IV

4. Los principios del Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit)

4.1 Los principios de Unidroit y la *lex mercatoria*

Muchas de las soluciones armonizadoras, elaboradas con la pretensión de salvar dificultades prácticas en supuestos de conexión con más de un ordenamiento positivo, o 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 línea³⁴.

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.³⁵

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.

³⁴ Matute Morales, **Ob. Cit.**, pág. 15.

³⁵ Jaramillo Vargas, **Ob. Cit.**, pág. 23.

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.

En primer lugar, los legisladores tanto nacionales como internacionales debido a las soluciones modernas y funcionales adoptadas en ellos, 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 ya dentro del contexto de la presente investigación, los árbitros pueden encontrarlos convenientes cuando están invitados a decidir según los usos y costumbres del comercio internacional.

Resulta entonces 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 interesa, ya que es en estos principios que se encuentran 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.³⁶

El contenido preciso de la *lex mercatoria* y de los principios generales del derecho era oscuro. 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 es cuando se observan como herramientas esenciales al momento de la solución de controversias por parte de los árbitros internacionales.³⁷

Estos principios han sido enumerados luego de diversos estudios de los expertos en la materia, como constitutivos de la *lex mercatoria*. En este sentido Jaramillo Vargas citando a Mustill enumera los siguientes³⁸:

- a) *Pacta sunt servanda*: el contrato es ley para las partes.

³⁶ Jaramillo Vargas, **Ob. Cit.**, pág. 44.

³⁷ **Ibid.**, pág. 51.

³⁸ **Ibid.**, pág. 60.

- b) *Rebus sic stantibus*: los cambios sustanciales en las condiciones de contratación, pueden generar la revisión del mismo.³⁹
- c) *Abus de Droit*: es el ejercicio de un derecho excediendo los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho se ha conferido.⁴⁰
- d) *Culpa in contrayendo*: es la culpa en que incurre una de las partes al momento en que el contrato se contrae o propone y que causa la anulación de un negocio.⁴¹
- e) Buena fe: los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.⁴²
- f) El Soborno genera la nulidad o ineficacia del contrato.
- g) Un Estado no puede evadir sus obligaciones, negando su propia capacidad de realizar un acuerdo arbitral.
- h) El interés de un grupo de compañías es considerado como un todo al contratar en nombre de todas ellas.

³⁹ Conocido también en doctrina como "Teoría de la Imprevisión".

⁴⁰ Diccionario Jurídico, **Tododeiure.com.ar**, http://tododeiure.atspace.com/diccionarios/juridico_b02.htm (25 de abril de 2007).

⁴¹ **Ibid.**

⁴² **Ibid.**

- i) Las partes deben negociar de buena fe, si llegaran a presentarse circunstancias no previstas.
- j) La *golden clause*. Los contratos son válidos y por lo tanto ejecutables.
- k) Una de las partes puede ser excusada del cumplimiento de sus obligaciones, si hay un incumplimiento sustancial por parte de la otra.
- l) Una parte no puede ser exonerada de sus obligaciones en razón a sus propios actos si éstos hacían parte de sus obligaciones.
- m) Los tribunales están obligados a aceptar los alcances dados por las partes al contrato.
- n) Los daños causados por incumplimiento se limitan a las consecuencias previsibles de ese incumplimiento.
- o) La parte que sufrió el incumplimiento, debe mitigar sus pérdidas.
- p) 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.

- q) Una parte debe actuar prontamente para exigir sus derechos, no sea que se entienda que ha renunciado a ellos.

- r) La falta de respuesta de la correspondencia es considerada como evidencia de asentimiento a sus términos.

4.2 Los principios de Unidroit aplicables a los contratos mercantiles internacionales

Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, más conocido como Unidroit o Instituto de Roma constituyen el último de los esfuerzos por uniformar el derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales, enmarcándose, junto con otros textos de carácter internacional, en el llamado derecho uniforme del comercio internacional.

Este llamado Derecho Uniforme persigue disminuir las incertidumbres acerca del derecho aplicable, ya que éste será sólo uno, lo que evidentemente acrecentará la confianza entre las partes contratantes máxime si, como sucede generalmente, los instrumentos que componen el Derecho Uniforme son neutrales y flexibles tanto en su contenido como en su aplicación.

Dentro de este Derecho Uniforme se enmarca asimismo la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de Mercaderías de

1980. Este texto es de suma importancia a los efectos de este estudio ya que los Principios revelan una influencia muy acusada de la Convención de Viena de 1980. Una de las cuestiones más interesantes que suscita el texto de Unidroit es el de su relación con la Convención de Viena, especialmente en aquellas circunstancias en que ambos resulten aplicables a una transacción.

En este sentido, puede adelantarse que la influencia entre ambos instrumentos del Derecho Uniforme es mutua, siendo la mayor parte de las ocasiones textos complementarios entre ellos. En otras circunstancias, resultará que los Principios de Unidroit suplen a la Convención, y viceversa.

Los Principios de Unidroit son un texto en cuya elaboración no se han visto implicados los diversos Estados sino diversos profesionales: juristas, abogados, jueces y profesores universitarios, entre otros, y su redacción ha llevado alrededor de 14 años.

Los Principios de Unidroit suponen un Código General aplicable a todos los contratos mercantiles internacionales. Estos constan de un Preámbulo que especifica cuáles son los propósitos de los principios y su ámbito de aplicación y de 119 artículos, divididos en siete capítulos, que regulan la mayor parte de las cuestiones que pueden afectar a un contrato durante su existencia: disposiciones generales, formación, validez, interpretación, contenido, cumplimiento e incumplimiento.

4.2.1 Ámbito de aplicación

En el preámbulo de los mismos se prevé que serán aplicables a los contratos mercantiles en materia internacional cuando las partes hayan consentido someter el contrato a sus disposiciones.

De igual manera podrán aplicarse estos Principios cuando las partes hayan acordado que el contrato sea regido por “los principios generales del derecho”, la *lex mercatoria* o expresiones similares. Pueden ser aplicados como fuente de integración cuando no sea posible determinar la ley aplicable y pueden servir de modelo para la redacción de normas nacionales e internacionales.

4.2.1.1 Los principios como reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales

El preámbulo inicia su redacción de la siguiente manera: “Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales”. Esta frase incluye algunos aspectos que merecen ser comentados.

Los Principios establecen un conjunto de reglas generales aplicables al contrato. Los redactores tuvieron un muy claro propósito al pretender la adopción de un conjunto de disposiciones válidas para cualquier contrato mercantil internacional.

Estas disposiciones tienen su origen en normas que son comunes a diversos ordenamientos jurídicos y bien pudiera decirse que se trata de una serie de Principios que se dirigen a elaborar un Código Uniforme en materia de contratos mercantiles internacionales, que sea válido para cualquier sistema jurídico, económico o político, así como para cualquier tipo de contrato que pueda connotarse con las notas de mercantilidad e internacionalidad. Sin embargo, no se puede olvidar que existe una limitación en el sentido de que el contrato se encuentra sujeto a las normas imperativas del país cuyo ordenamiento jurídico sea aplicable al contrato.

Los Principios se aplican a los contratos mercantiles. La versión oficial en inglés de los Principios habla de *“international commercial contracts”*. Los Principios se refieren a contratos mercantiles, pero sin especificar qué contratos quedarán incluidos bajo su órbita.

Los Principios se aplican a contratos internacionales: En el comentario se hace la advertencia de que los Principios no adoptan ningún criterio para definir la internacionalidad del contrato, pero que este concepto debe ser interpretado lo más ampliamente posible, para que únicamente queden excluidas aquellas relaciones contractuales que carezcan de todo elemento de internacionalidad (esto es, cuando todos los elementos trascendentes del contrato tengan puntos de conexión con una sola nación).

4.2.1.2 Aplicación de los principios al contrato en virtud del acuerdo expreso de las partes

El segundo párrafo del Preámbulo de los Principios establece que: “Ellos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones”.

Cuando se está en frente de una transacción internacional esta resulta ser la mejor recomendación a las partes; si lo que se desea es la aplicación de los Principios, habrá de indicarse de forma expresa en el contrato absteniéndose de utilizar expresiones que puedan resultar vagas o ambiguas acerca de su intención.

4.2.1.3 La aplicación de los principios al contrato como *lex mercatoria*

El inciso tercero del Preámbulo señala que: “Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los “principios generales del derecho”, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes (como los “usos y costumbres del comercio internacional”).”

Debe observarse que no se utiliza una expresión de carácter imperativo como “deberán aplicarse”, sino que por el contrario, escribe “*pueden aplicarse*”.

Se trata, solamente de una recomendación a las partes, al juez y a los árbitros acerca de la aplicabilidad de los Principios cuando las partes deseen que sus contratos se rijan por expresiones como las comentadas.

De esta diferente redacción puede deducirse que el propósito de los redactores de los Principios no es otro que el de reconocer, en todo caso, la aplicabilidad automática de los mismos al contrato en cuestión únicamente cuando así se derive de la voluntad de las partes, independientemente, de si la ley del tribunal que juzgue el asunto considera que el acuerdo para su eficacia debe conectarse con un determinado derecho nacional.

El profesor Garro⁴³, indica tres razones para aplicar los Principios como *lex mercatoria* cuando las partes así lo han estipulado en su contrato:

1. El deseo de las partes de someter su contrato a algún tipo de regulación que no está conectada con un determinado derecho nacional;
2. Los Principios establecen un conjunto de reglas bien definidas, por lo que se reducen las incertidumbres e incoherencias típicas de la *lex mercatoria*;
y
3. Las reglas de los Principios están especialmente diseñadas para las disputas que surgen en el comercio internacional.

⁴³ Garro, Edward. **The contribution of the Unidroit principles**, pág. 104.

Se ha indicado anteriormente que los jueces nacionales difícilmente aplicarán los Principios como “*lex mercatoria*” cuando las partes hayan sometido su contrato a expresiones de ese tipo o semejantes; sin embargo, es muy posible que en un arbitraje internacional árbitros no se muestren tan recelosos ante una aplicación así.

El nuevo Reglamento en su artículo 17 de igual manera establece en lo que se refiere a las normas jurídicas aplicables al fondo, que “a falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas” así como “en todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes”

4.2.1.4 Aplicación de los principios en lugar del derecho nacional

El cuarto párrafo de los Principios señala que: “Estos Principios pueden proporcionar una solución a un punto controvertido cuando no sea posible determinar cuál es la regla de derecho aplicable a dicho contrato”.

El comentario indica que ha de tratarse de un último recurso, por lo que se justificará la aplicación no solamente ante una absoluta imposibilidad de identificar la norma de derecho aplicable, sino también el costo o esfuerzo desproporcionado que implica su investigación.

4.2.1.5 Aplicación de los principios como medio para interpretar o complementar instrumentos internacionales vigentes

El quinto párrafo del Preámbulo señala que: “Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o suplementar textos internacionales de derecho uniforme”.

Esta función de los Principios debe ser estudiada con sumo cuidado y cautela porque se corre el peligro de acudir a los Principios de Unidroit antes que a los propios principios generales, que puedan ser deducidos del texto internacional objeto de interpretación, cuando llegue a existir una laguna.

Tomando como modelo a la Convención de Viena de 1980, puesto que es en ella donde con toda probabilidad se va a sentir esta influencia de los Principios en el Artículo 7 se encarga de evitar el recurso a las normas de derecho interno cuando existe una materia que se rige por la Convención pero que no encuentra una respuesta expresa en la misma.

En estos casos, se señala que habrá de buscarse su regulación en los principios generales en los que se basa la Convención y sólo, en su defecto, se acudirá al derecho nacional que resulte aplicable. En los casos de lagunas sólo si la solución no se encuentra dentro del propio texto uniforme se acudirá a los Principios de Unidroit.

4.2.1.6 Aplicación de los principios como modelo para la legislación a nivel nacional o internacional

El último apartado del Preámbulo contiene una de las funciones más importantes de los Principios de Unidroit. En ese sentido establece que “Estos Principios pueden servir de modelo para la legislación a nivel internacional.”

Parra Aranguren señala que los Principios han recibido un “vigoroso impulso” en la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, aprobada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIPV), celebrada en México en 1994. Impulso que en las palabras del autor se resume: “Los Principios abandonan el campo académico para convertirse en un factor determinante en la solución de las controversias derivadas del comercio mercantil internacional.”⁴⁴

Esta influencia de los textos que componen el derecho uniforme del comercio internacional sobre los diversos Derechos internos puede también predicarse de las Leyes Modelos redactadas por UNCITRAL, cumpliéndose a de esta manera el papel preponderante que tienen asignadas esas leyes y haciendo así honor a su nombre. El ejemplo más resaltante es la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional de 1985 que ha influido en la redacción de más de 30 textos de leyes nacionales

⁴⁴ Parra Aranguren, Jorge. **Aspectos de derecho internacional privado de los principios para los contratos mercantiles internacionales elaborados por el unidroit**, pág. 179.

4.2.2 Los principios de Unidroit:

La función más importante de las Disposiciones Generales de los Principios de Unidroit es la de aplicarse a los restantes capítulos que componen los Principios (Capítulos 2 a 7, incluido también el Preámbulo). Aplicación que se produce tanto en aquellos supuestos en que se decide aplicar el texto de los Principios en su totalidad, como cuando sólo se decide aplicar una parte de los mismos.

En este sentido, puede decirse que si las partes al escoger singulares partes de los Principios no dicen nada acerca de la aplicación del Capítulo I de los Principios, el mismo resultará inmediatamente incorporado, a menos que las partes contratantes hayan modificado o variado en su contrato algunas de las disposiciones que componen el primer capítulo, que tienen, como la mayor parte de los preceptos del texto romano, carácter dispositivo.

De los 10 Artículos que componen el capítulo 11, nueve se dedican a establecer principios generales, que vienen a corroborar la ideología liberal de los Principios como reglas que gobernarán una transacción privada. Los principios se enumeran a continuación⁴⁵:

⁴⁵ Perales Viscosillas, José. **El derecho uniforme del comercio internacional**, pág. 221.

- a) Libertad de Contratación;
- b) Libertad de forma y de prueba;
- c) *Pacta sunt servanda*;
- d) Principio de primacía de las reglas imperativas;
- e) Principio que señala la naturaleza dispositiva de los Principios;
- f) Los principios de internacionalidad y uniformidad en la interpretación;
- g) Los de buena fe y lealtad en los negocios;
- h) El de primacía de los usos y las prácticas comerciales; y
- i) El principio de “llegada”.

4.2.2.1 El principio de libertad de contratación

Los principios de Unidroit comienzan su redacción enunciando el principio de la libertad de contratación. En ese sentido el Artículo 1.1 señala que: “Las partes gozan de libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido”.

Esta disposición plasma claramente el principio ampliamente reconocido en la contratación internacional. En virtud de este principio las partes pueden perfeccionar un contrato así como determinar su contenido en la forma en que estos estimen conveniente a sus necesidades e intereses.

Sin embargo esta libertad tiene algunos límites. Tres de ellos están establecidos en las Disposiciones Generales: i) Las reglas imperativas, nacionales o internacionales, que resulten aplicables (Artículo 1.4), como por ejemplo las normas sobre control de cambios; ii) El deber de actuar con buena fe y lealtad negocial (Artículo 1.7); iii) La limitación que suponen los usos internacionales y las prácticas establecidas por anterioridad con los contratantes (Artículo 1.8).

4.2.2.2 El principio de libertad de forma y de prueba

Indica el Artículo 1.2 (Libertad de forma) que: “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”.

Estos dos principios en la de libertad de forma y de prueba, se aplican tanto a la fase de formación contractual como también al momento de perfección del contrato, y a la fase de ejecución. La redacción tan flexible de esta disposición da pie a que se puedan ser incluidos entre los elementos de prueba a los registros computarizados y en consecuencia el intercambio de declaraciones de voluntad vía el intercambio electrónico

de datos (EDI) o mediante el correo electrónico (E-mail), así como la prueba de que el contrato se ha perfeccionado por esos medios es perfectamente admisible.

4.2.2.3 El principio *pacta sunt servanda*

El Artículo 1.3 de los Principios (Efecto vinculante de los contratos) señala que: “Un contrato celebrado válidamente obliga a las partes. El contrato sólo puede ser modificado o resuelto conforme a su tenor, por acuerdo de las partes o de otra manera dispuesta por estos principios”.

Este principio el cual es sólidamente aceptado y configurado en los diversos derechos nacionales se ve limitado en su aplicación por algunas reglas del texto de Unidroit, cuyo objetivo es lograr un justo equilibrio entre las partes contratantes. Ejemplos de ello son los Artículos 2.20 (Estipulaciones sorprendidas), Artículo 3.10 (Excesiva desproporción), el capítulo 6º, sección 2ª (Excesiva onerosidad sobreviniente o “*Hardship*”) y el Artículo 7.1.7 (Fuerza mayor) (*force majeure*).

4.2.2.4 El principio de primacía de las reglas imperativas

Este principio aparece enunciado en el Artículo 1.4 de los Principios (Reglas imperativas) de la siguiente manera: “Ninguno de estos Principios tendrá por efecto restringir la aplicación de normas imperativas, ya sean de origen nacional, internacional

o supranacional, que sean aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado”

Este es, de igual manera a los anteriormente señalados, un principio plenamente aceptado en el comercio internacional, al menos por los jueces nacionales, aunque el mismo no aparezca plasmado expresamente en los diversos textos que componen el Derecho uniforme del comercio internacional. Se trata pues de un principio que restringe la libertad de las partes contratantes, quienes no podrán convenir de forma contraria a las normas imperativas (*ius cogens*) del derecho nacional que resulte aplicable.

La elección de las partes de los Principios de Unidroit como ley aplicable al contrato no desplaza a las reglas imperativas del derecho interno.

4.2.2.5 El principio de la naturaleza dispositiva de los principios

El Artículo 1.5 de los Principios de Unidroit acoge una tendencia firmemente asentada en el comercio internacional: la naturaleza dispositiva de los instrumentos que conforman el Derecho Uniforme. Concretamente el Artículo 1.5 de los Principios de Unidroit (Exclusión o modificación de los Principios por las partes) señala que: “Las partes pueden excluir, derogar o modificar el efecto de alguna de las disposiciones de estos Principios, a menos que en ellos se haya dispuesto algo diferente”.

En cuanto al principio de autonomía de la voluntad, entendida como la facultad que tienen las partes para derogar o modificar el efecto de cualesquiera de las disposiciones de los Principios (*autonomía negocial*), se refiere tanto al reconocimiento del carácter dispositivo de los Principios, como al reconocimiento de la libertad de contratar y de pacto de las partes inmersas en una transacción internacional.

4.2.2.6 Los principios de internacionalidad y uniformidad

Otro de los principios clásicos en los instrumentos del Derecho Uniforme es el reconocimiento de los principios de internacionalidad y uniformidad en la aplicación e interpretación de los mismos. Estos aparecen recogidos en el Artículo 1.6 de los Principios (Interpretación e integración de los Principios) con la siguiente formulación: “(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.”

4.2.2.7 El principio de buena fe y lealtad en los negocios

El reconocimiento del principio de buena fe y lealtad en los negocios, no expresamente como un principio de interpretación del texto de los Principios sino como una premisa de comportamiento obligatorio para las partes contratantes, durante todo el transcurso de la negociación, tanto durante la fase de formación del contrato como

durante su ejecución, es una de las mayores y más acertadas innovaciones que presentan los Principios respecto de otros textos de Derecho Uniforme.

4.2.2.8 El principio de primacía de los usos y las prácticas

Existe una unanimidad total en los instrumentos internacionales del Derecho Uniforme por otorgar un papel predominante sobre el mismo a los usos convenidos, a las prácticas establecidas entre las partes contratantes y al uso normativo o costumbre internacional.

A este respecto el Artículo 1.8 establece: “(1) Las partes están obligadas por cualquier usos en cuya aplicación hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. (2) 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”

4.2.2.9 El principio de llegada

El principio de llegada reconocido por los Principios de Unidroit como determinante del momento clave por el cual cualquier comunicación es efectiva, ha sido tomado del Artículo 24 CCVIM.

El principio de llegada se ha recogido en el Artículo 1.9 (Comunicación) de los Principios de Unidroit, el cual adopta además importantes reglas. Concretamente dedica cuatro apartados a regular algunos aspectos en relación con las comunicaciones que se envíen entre las partes. Esta disposición puede concebirse como una de las más importantes dentro de las Disposiciones Generales al aplicarse a todas las fases de la vida del contrato, tanto a la etapa pre-contractual como a la post-contractual.

CAPÍTULO V

5. El arbitraje como método alternativo de resolución de controversias en el comercio internacional y los principios jurisprudenciales de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

5.1 El arbitraje comercial internacional como mecanismo de resolución de conflictos alternativo a la justicia estatal

En el ámbito del comercio internacional, los métodos alternativos de resolución de conflictos son los preferidos por los operadores internacionales. Por métodos alternativos se entiende “todos aquellos mecanismos de solución de controversias por los que se dirimen conflictos en el ámbito del comercio internacional sin recurrir al auxilio de los tribunales de justicia de un determinado país.”⁴⁶. Dichos métodos son el arbitraje, la mediación o conciliación de las partes y si falla este intento cualquiera de ellas puede iniciar el procedimiento arbitral con o sin participación del mediador en el arbitraje.

Todos los medios reseñados comparten una finalidad común: servir de medio o técnica de resolución de conflictos, pero sólo el arbitraje origina una decisión (laudo arbitral) que vincula a las partes produciendo los efectos de una sentencia, es decir de cosa juzgada y por lo tanto con carácter ejecutivo.

⁴⁶ Illescas Ortiz, **Ob. Cit.**, pág. 569.

En relación al arbitraje y las normas que lo regulan, debe destacarse que los Tratados y Convenios internacionales son una pieza clave en el éxito de esta institución. Esto es así porque los árbitros, investidos del poder de juzgar por las partes, no disponen, sin embargo, del poder de ejecutar lo juzgado. Cuando la parte condenada se resiste a ejecutar el laudo de forma voluntaria, se tendrá que recurrir al procedimiento de reconocimiento (homologación) y ejecución (exequátur) del laudo, siendo en este particular instante cuando los Convenios se convierten en piedra angular del arbitraje al garantizarse el reconocimiento y la ejecución forzosa del laudo en un tercer país.

5.1.1 Marco legal del arbitraje internacional

En primer lugar cabe mencionar a las Convenciones internacionales o regionales: Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, el convenio de Washington de 1965 sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, la Convención Europea sobre el Arbitraje Comercial Internacional, la Convención Europea de Estrasburgo de 1966 y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Mercantil Internacional, conocida también como Convención de Panamá.

En cuanto a las Leyes Modelo, puede mencionarse la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje mercantil internacional de 1985 y su Reglamento.

En lo referente a Reglamentos de instituciones arbitrales, se encuentran el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 1998, las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional sobre la solución amigable de disputas de 2001, las Reglas de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres de 1998, las Reglas internacionales de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje de 2001.

5.1.2 El arbitraje internacional

El arbitraje es un procedimiento de resolución de controversias que nace del acuerdo de las partes para someter una o varias disputas determinadas a la decisión de un tercero, de donde deriva asimismo la decisión de las partes de cumplir con el laudo dictado por el tercero.

Mucho se ha discutido en torno a la naturaleza jurídica de este método girando la disputa en torno a la tesis contractualistas (el arbitraje es un contrato) y las procesalistas (es una excepción procesal), triunfando en la actualidad las tesis mixtas: el arbitraje es un contrato en su origen, pero sus efectos son jurisdiccionales.

El arbitraje presente indudables ventajas frente al recurso a los tribunales de justicia, que hacen que gran parte de los contratos mercantiles internacionales contengan una cláusula de sometimiento a arbitraje. Cláusulas que, no obstante, no siempre son un modelo en cuanto a su redacción, “posiblemente por dos efectos de tipo psicológico: son cláusulas que se redactan generalmente al final de un largo período de

negociaciones, en que los términos sustantivos cobran preeminencia y, por otro lado, las partes esperan un adecuado cumplimiento de los términos del acuerdo, por lo que no cuidan en exceso la confección de las cláusulas de arbitraje.”⁴⁷

En cuanto a las ventajas que ofrece el arbitraje respecto a la jurisdicción estatal pueden citarse las siguientes:

- a) Neutralidad, en cuanto que los tribunales arbitrales carecen de conexión con el país de las partes en conflicto.
- b) Celeridad y Especialización, tanto por la complejidad idiomática como por la complejidad de los asuntos que se dilucidan en el comercio internacional.
- c) Flexibilidad de la administración del procedimiento.
- d) Mayor confidencialidad.
- e) Seguridad jurídica derivada del hecho en que Tratados y Convenios internacionales garantizan la ejecución de los laudos.

Una de las principales ventajas del arbitraje es que las partes al someterse a dicho medio de resolución de disputas sustraen la controversia del control de los tribunales estatales. No debe, sin embargo, concluirse que ello significa excluir por completo a la jurisdicción estatal, puesto que al no estar dotado el árbitro del poder de imperio se hace necesario establecer una cooperación entre la jurisdicción especial, representada por el arbitraje y la estatal. Ello sucede particularmente con relación a la ejecución de medidas preliminares o cautelares, para el reconocimiento y ejecución del

⁴⁷ **Ibid.**, pág. 472

laudo, para que conozcan del recurso de nulidad, para la formalización del arbitraje cuando las partes no se hubieren puesto de acuerdo, para la práctica de pruebas que no puedan efectuar por sí mismos los árbitros.

En cuanto a los tipos de arbitraje, se diferencian, por una parte, en relación a su naturaleza, el arbitraje de derecho y el de equidad. En el arbitraje de derecho, el árbitro basa su decisión aplicando las normas jurídicas de un determinado ordenamiento que haya sido elegido por las partes o el que, en su defecto, fije en árbitro; en relación a ellos, más modernamente se admite la resolución del litigio conforme a las reglas de derecho para así dar entrada al denominado derecho blando, que carece de conexión con las reglas de un determinado sistema jurídico, como es el caso de los Principios de Unidroit. De esta forma, cobra cada vez más importancia la cuestión de si el árbitro puede desprenderse de todo derecho nacional para acoger un derecho transnacional o *lex mercatoria*, la cual se adaptaría mejor a los litigios internacionales que las leyes nacionales. Todo ello, sin perjuicio del llamamiento que hacer el árbitro para que en todo caso tome en cuenta los usos mercantiles.

En el arbitraje de equidad, al contrario, el árbitro basa su decisión como un amigable componedor, esto es conforme su leal saber y entender (*ex aequo et bono*), sin sujetarse a normas legales, pero sólo dispondrá de estos preceptos si así lo acuerdan las partes.

Se diferencian los arbitrajes nacionales e internacionales, no quedando demasiado claro en la doctrina la línea divisoria entre unos y otros. Así, en ocasiones,

se recurre a criterios basados en el lugar donde se encuentran los establecimientos de las partes contendientes, o se acude a criterios más complejos que se refieren a la circunstancia de que teniendo las partes sus establecimientos en el mismo Estado, alguno de los siguientes lugares esté situado en un Estado diferente: el lugar del arbitraje, el lugar de 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.

5.2 El procedimiento arbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

Los arbitrajes de la Corte Internacional de Arbitraje se rigen por el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, cuya última versión entró en vigor el 1 de enero de 1998. La Corte Internacional de Arbitraje y el tribunal arbitral deberán inspirarse en las disposiciones de Reglamento para resolver los supuestos que en el mismo no queden expresamente contemplados y se esforzarán por conseguir que el laudo sea válidamente legal.

5.2.1 Demanda de arbitraje y contestación de la demanda

Para todos los efectos, la fecha de recepción de la demanda por la Secretaria de la Corte Internacional de Arbitraje será considerada como la fecha de inicio del proceso arbitral. La demanda será dirigida a la Secretaria, la cual notificará a la demandante y a la demandada la recepción de la demanda así como el nombre y los datos del

Consejero de la Corte Internacional de Arbitraje y demás miembros del equipo encargado de este asunto. La demanda deberá contener, en particular:

- a) El nombre completo, calidad en que intervienen y dirección de cada una de las partes;
- b) Descripción de la naturaleza y circunstancias de la controversia que ha dado origen a la demanda;
- c) Indicación de las pretensiones y, en la medida de lo posible, de los montos reclamados;
- d) Los convenios pertinentes y, particularmente, el acuerdo de arbitraje;
- e) Toda indicación pertinente relativa a la constitución del tribunal arbitral;
- f) Cualesquiera comentarios con relación a la sede del arbitraje, las normas jurídicas aplicables y el idioma del arbitraje.

La demanda de arbitraje deberá ir acompañada del pago de US\$2.500 a título de anticipo de gastos administrativos. Dicho anticipo no es reembolsable, pero se imputará a cuenta del demandante para cualquier otro anticipo que le sea exigido ulteriormente. La parte demandante deberá presentar su demanda en tantas copias como partes haya, además de una para cada árbitro y para la Secretaría.

Una vez analizados los documentos, el Secretario General podrá solicitar a la demandante el pago de un anticipo sobre la provisión para gastos del arbitraje hasta la elaboración del acta de misión. Este pago se imputará a la parte de la provisión para

gastos del arbitraje que incumba a la demandante, que será ulteriormente fijada por la Corte.

La Secretaría enviará a la demanda, para su contestación, una copia de la demanda disponible dicha parte de 30 días a contar desde la recepción de la demanda para contestar y plantear eventuales demandas reconventionales. La Secretaría podrá prorrogar dicho plazo según las circunstancias. La contestación deberá ser presentada a la Secretaría en tantas copias como partes haya, además de una para cada árbitro y para la Secretaría.

5.2.2 Inicio del procedimiento

La Corte Internacional de Arbitraje deberá supervisar el proceso arbitral, ya que es el tribunal arbitral quien resuelve la controversia. La Corte se reúne una vez al mes en sesión plenaria y generalmente tres veces al mes en Comité Restringido. Todas las sesiones son confidenciales. Ni las partes ni los árbitros pueden asistir.

Desde el momento de la recepción de la contestación a la demanda, o en su caso del vencimiento del plazo otorgado, el asunto queda sometido a la Corte Internacional de Arbitraje. Ésta tomará las medidas necesarias para que se inicie el proceso arbitral. Igualmente y, en algunos casos, puede que tenga que pronunciarse sobre la existencia, *prima facie*, de un acuerdo de arbitraje entre las partes. La Secretaría notificará directamente a las partes las decisiones de la Corte.

5.2.2.1 Los árbitros

Como se mencionó en un apartado anterior, las partes son libres de decidir el número de árbitros, ya sea en el acuerdo de arbitraje o bien ulteriormente. Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo, la Corte Internacional de Arbitraje nombrará un árbitro único, a menos que considere que la controversia justifica la designación de tres árbitros. Si la cuantía del litigio no es muy elevada y las partes han optado por los tres árbitros, la Corte Internacional de Arbitraje informará a las partes de las consecuencias financieras de su elección, en particular los honorarios triplicados y el riesgo de un proceso arbitral más dilatado que con un único árbitro.

Si los árbitros son nombrados por las partes, éstos deberán ser confirmados por el Secretario General o por la Corte. También incumbe a la Corte el nombramiento de los coárbitros cuando las partes se abstengan de hacerlo, del árbitro único o del presidente de un tribunal arbitral. El Presidente del Tribunal Arbitral también podrá ser elegido por sus coárbitros o en virtud de otros procedimientos de elección.

En cualquier caso, los árbitros propuestos deberán suscribir una declaración de independencia. En caso de que se den circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia, la Secretaría deberá comunicar dicha información a las partes para que éstas manifiesten sus observaciones.

El nombramiento de un árbitro único se da cuando la controversia deba ser resuelta por un árbitro único, será nombrado por la Corte, salvo acuerdo entre las partes. El nombramiento de tres árbitros se hace cuando la controversia deba ser resuelta por tres árbitros, salvo acuerdo de las, la demandante y la demandada nombrarán cada una de ellas un árbitro para su confirmación por la Corte Internacional de Arbitraje. Si una de ellas se abstiene, la Corte Internacional de Arbitraje nombrará ese árbitro. El tercer árbitro que presidirá el tribunal arbitral, será nombrado por la Corte, a menos que las partes hayan convenido otro procedimiento para su designación.

Los Comités Nacionales son los que elaboran la propuesta de árbitros que utiliza la Corte Internacional de Arbitraje cuando le incumbe el nombramiento. La Corte es libre de aceptar o no la propuesta del Comité Nacional. La Corte podrá igualmente en ciertos casos, elegir un árbitro en un país donde no haya Comité nacional.

5.2.2.2 Nacionalidad de los árbitros

El árbitro único o el presidente del tribunal nombrado por la Corte Internacional de Arbitraje es elegido entre juristas pertenecientes a un país neutral, lo que significa que no será de ninguna de las nacionalidades de las partes, salvo que ninguna de las partes se oponga. No obstante, cuando incumba a la Corte nombrar un árbitro por cuenta de una parte que no ha hecho la designación correspondiente (nombramiento de un coárbitro en el caso de un Tribunal arbitral de tres miembros), deberá efectuar dicho

nombramiento en base a una propuesta de Comité Nacional de la CCI del país del cual dicha parte es nacional, si existe uno.

5.2.2.3 Recusación de árbitros

En aquellos casos excepcionales en que una de las partes presenta una demanda de recusación contra uno o varios árbitros, fundada en una alegación de falta de independencia o en cualquier otro motivo, la Corte Internacional de Arbitraje deberá pronunciarse sobre dicha demanda. Su decisión será definitiva e inapelable.

5.2.3 Acta de misión

La Secretaría transmitirá una copia del expediente a cada uno de los miembros del tribunal arbitral, desde el momento en que éste se haya constituido y a condición de que la provisión exigida en esta fase del procedimiento haya sido satisfecha. A partir de este momento las partes se dirigirán directamente al tribunal arbitral (enviando siempre copia de su correspondencia y de sus escritos tanto a la Secretaria como a la otra parte). Antes de examinar el fondo de del asunto, el tribunal arbitral elaborará un documento que precise su misión o cometido.

Dicho documento deberá contener todos los requisitos que establece el Reglamento. Además de los nombres y apellidos completos y calidad de las partes y de los árbitros, la sede del arbitraje y exposición sumaria de las pretensiones de las partes y de sus peticiones, deberá contener algunas precisiones con relación a las normas

aplicables al procedimiento y cualquier otra mención exigida para que el laudo se válidamente dictado. Contendrá también, a menos que el tribunal arbitral lo considere inadecuado, una lista de los puntos litigiosos por resolver. A continuación, el tribunal arbitral fijará el calendario provisional que pretende seguir en la conducción del proceso arbitral.

Dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se haya entregado el expediente, el tribunal arbitral deberá remitir a la Corte el acta de misión. Si una de las partes se rehúsa a participar en su redacción, o no la firma, el acta de misión deberá ser aprobada por la Corte para de que el arbitraje pueda seguir su curso. El acta de misión empezará a producir sus efectos cuando haya sido firmada por las partes y los árbitros, o bien aprobada por la Corte en caso de que una de las partes rehúse firmarla. El tribunal arbitral entonces proseguirá a partir de ese momento la tramitación procesal correspondiente. Cuando considere que las partes han tenido la oportunidad suficiente de ser oídas, el tribunal declarará el cierre de la instrucción e indicara a la Secretaria la fecha aproximada en que el proyecto del laudo será sometido a la Corte Internacional de Arbitraje para su aprobación. El tribunal arbitral deberá dictar su laudo final en el plazo de seis meses contando a partir de la fecha del acta de misión o de su aprobación, siendo este plazo prorrogable por la Corte.

5.2.3.1 Normas aplicables al procedimiento

Las partes y los árbitros podrán fijar libremente las normas de procedimiento del arbitraje, a condición de que se respeten las disposiciones de orden público. Las partes

podrán, por ejemplo, definir las reglas aplicables en materia de aportación de documentos y de interrogatorios. El tribunal arbitral instruirá la causa en el plazo más breve posible por cualesquiera medios apropiados y deberá oír a las partes si una de ellas así lo solicita. Asimismo podrá decidir la audiencia de testigos o peritos y requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales.

3.6.3.2 Idioma del arbitraje

A falta de acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral determinará el o los idiomas del arbitraje.

3.6.3.3 Medidas cautelares

El reglamento autoriza al tribunal arbitral a ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas, sin perjuicio del derecho de las partes a solicitarlas ante cualquier autoridad judicial competente.

3.6.3.4 Normas jurídicas aplicables al fondo

A falta de acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas. En cualquier caso el tribunal arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes. El tribunal arbitral tendrá los poderes

5.2.4 Examen previo del proyecto de laudo y laudo definitivo

Después de haber declarado el cierre de la instrucción, el tribunal arbitral deberá redactar un proyecto de laudo que será sometido a la Corte para su examen. Ésta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar la atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. La Corte respetará, en la medida de lo posible, las disposiciones imperativas de la ley del lugar del arbitraje.

5.2.5 Notificación del laudo

El laudo, una vez aprobado por la Corte Internacional de Arbitraje, será firmado por los árbitros y notificado a las partes por la Secretaría. Se entenderá que el laudo ha sido dictado en la sede del arbitraje y en la fecha que mencione. Es vinculante para las partes y ejecutorio, sin apelación posible.

5.3 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.

Son estos los principios que del estudio de un grupo de sentencias de la Cámara de Comercio Internacional se logran extraer, los que van a ser explicados a continuación. Claro está, por encontrarse dispersos en la jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional solamente se procederá a tomar en consideración algunos de los más reiterados a manera de referencia⁴⁸.

Para establecer un orden dentro de ellos, resulta conveniente clasificar estos principios en instrumentales y sustanciales, así como establecer tendencias en temas específicos, y de igual manera se tomará en cuenta las últimas tendencias de la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional.

En una primera categoría se encuentran los principios llamados instrumentales, los cuales se agruparon tomando en consideración problemas propios del arbitraje comercial internacional y las soluciones dadas a los fines de definir la extensión de los poderes que se le reconocen a los árbitros. Una segunda y tercera categoría, en la cual se agrupan los principios sustanciales fundamentales y los aplicados en algunos temas específicos, constitutivos de la Ley Mercantil Internacional o de esa *lex mercatoria* que se ha venido formando y que aún se encuentra en evolución.

⁴⁸ Matute Morales, **Ob Cit.**, pág. 12 a 46.

Una cuarta categoría que tiene que ver directamente con los Principios de Unidroit, en la cual se agruparon las últimas tendencias de los árbitros en cuanto a la aplicación o no de los mismos como una manifestación de la *lex mercatoria*.

5.3.1 Principios instrumentales

5.3.1.1 La competencia arbitral

El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en su Artículo 6.2 establece “Si la demandada no contesta la demanda según lo previsto en el artículo 5, o si alguna de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, la Corte, si estuviere convencida prima facie de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento, podrá decidir, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de dichas excepciones, que prosiga el arbitraje. En este caso corresponderá al Tribunal Arbitral tomar la decisión 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 fondo⁴⁹.

La posición de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional sobre este particular ha sido la que se observa a continuación: “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”⁵⁰.

En ese mismo sentido en otro laudo establece: “Es norma admitida en materia de arbitraje comercial internacional, el que no habiendo una disposición en contrario en el procedimiento estatal, el árbitro provee sobre su propia competencia”⁵¹.

5.3.1.2 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.

⁴⁹ Derains, **Ob. Cit.**, pág. 101.

⁵⁰ Laudo arbitral dictado en el asunto 1.507 en 1970, citado por Derains, **Ibid.**, pág. 94.

⁵¹ Laudo arbitral dictado en el asunto 1.526 de 1968, **Ibid.**, pág. 98.

En este respecto conviene remitirse a un laudo muy importante que se pronunció de una manera sumamente clara: “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.”⁵²

5.3.1.3 Interpretación restrictiva de la cláusula compromisoria

La Cámara de Comercio Internacional 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 (se omite el nombre) como parte en este proceso”⁵³.

“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

⁵² **Ibid.**

⁵³ Laudo arbitral dictado en el asunto 2138 de 1974, **Ibid.**, pág 123.

interpretación restrictiva de los convenios relativos al arbitraje, aún cuando los dos contratos se encontrasen reunidos en un mismo contexto”.⁵⁴

5.3.2 Principios sustanciales fundamentales

5.3.2.1 Presunción de competencia profesional

Según los árbitros del comercio internacional, se presume que las partes que se presentan ante ellos tienen la competencia profesional que les permite comportarse como contratantes razonables y prudentes. Este principio tiene consecuencias prácticas importantes, siendo la más directa, aquella que supone que los árbitros se niegan generalmente a admitir que un operador del comercio internacional haya podido no tener conocimiento del alcance de los compromisos que ha asumido.

Esta presunción de competencia profesional ha sido reiterada en numerosas sentencias, ya que la importancia de la seguridad de las transacciones internacionales, se opone a que pueda admitirse la discusión de disposiciones contractuales, bajo el pretexto de que éstas disposiciones no habrían sido perfectamente comprendidas por una de las partes. Los árbitros se soportan sobre el hecho que los prácticos del comercio internacional, por el hecho de presumirse que tienen experiencia en los negocios, están obligados a protegerse por sí mismos, mediante disposiciones contractuales adecuadas, de los acontecimientos que puedan sobrevenir y que sean susceptibles de perturbar la ejecución del contrato.

⁵⁴ Laudo dictado en el asunto 4.392 en 1983, *Ibid.*, pág 367.

Por esto, si el contrato no contiene tales disposiciones, no se considera involuntaria esta laguna y la máxima *pacta sunt servanda* exige que el contrato sea ejecutado tal y como fue concebido inicialmente, con conocimiento de causa, hasta que se demuestre lo contrario. Esta perfecta apreciación de los riesgos que recae sobre los prácticos del comercio internacional, es una constante en la jurisprudencia arbitral.

La presunción de competencia profesional se encuentra muy relacionada con otros principios de la *lex mercatoria*, tales como la obligación por parte del acreedor de un compromiso inejecutado de minimizar sus pérdidas y la vigencia del Principio *Pacta sunt Servanda*.

5.3.2.2 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 de 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. 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 informaciones recíprocas sobre elementos susceptibles

capaces de influir sobre la conclusión del contrato o sobre las condiciones de la ejecución.⁵⁵

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”.⁵⁶

“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.”⁵⁷

“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.”⁵⁸

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 Unidroit⁵⁹ los usos en el comercio internacional requieren de la buena fe en el cumplimiento de los contratos, según lo estableció de más reciente data el Laudo dictado en el asunto 9593 de 1998.

⁵⁵ **Ibid.**, pág. 57.

⁵⁶ Laudo arbitral en el asunto 2291, **Ibid.**

⁵⁷ Laudo arbitral en el asunto 2443 de 1975, **Ibid.**, pág. 159.

⁵⁸ **Ibid.**

⁵⁹ Artículo 5.3 Principios de Unidroit en los Contratos Comerciales Internacionales: “Cada una de las partes deberá cooperar con la otra cuando dicha cooperación sea razonablemente exigible para el cumplimiento de sus obligaciones”.

b) Deber de minimizar pérdidas

En este apartado se hará referencia a la obligación para el acreedor de una obligación inejecutada de minimizar su perjuicio. Para los árbitros, el problema del perjuicio sufrido tiene sobre todo un interés práctico. En reiterados laudos subraya la importancia que tiene para cualquier parte, y consecuentemente para cualquier tribunal arbitral llamado a juzgar una controversia, el tener en cuenta correctamente cualquier posibilidad de minimizar el perjuicio. Es decir, los árbitros se apoyan en la “jurisprudencia arbitral” para recordar que el acreedor de una obligación inejecutada debe adoptar todas las medidas que estén a su alcance para minimizar sus pérdidas. Tratándose en efecto, de uno de los principios mejor establecido de la *lex mercatoria*.

Según los árbitros de comercio internacional, la víctima de la inejecución de una obligación debe cautelarse 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.

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 se puede encontrar esta regla en el artículo 88 de la Ley Uniforme sobre la Venta con carácter internacional de bienes muebles de 1964⁶⁰, 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 indiscutible 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.⁶¹

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 Unidroit⁶².

⁶⁰ Artículo 88: “La parte que invoca la infracción del contrato, tiene la obligación de adoptar todas las medidas razonables, con el fin de disminuir la pérdida sufrida. Si no lo hace, la otra parte puede solicitar la reducción de los daños y perjuicios”.

⁶¹ Derains, **Ob. Cit.**, pág. 76.

⁶² Artículo 7.4.8 “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”⁶³.

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. 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 al este principio fundamental de la *lex mercatoria*.

5.3.2.3 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

⁶³ Laudo dictado en el asunto No. 2291 en 1975, Derains, **Ob. Cit.**, pág. 180.

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.

5.3.3 Interpretaciones sobre temas específicos

5.3.3.1 El derecho aplicable

El poder que tiene el árbitro para separarse de los sistemas jurídicos nacionales y aplicar un derecho “no nacional”, es afirmado con gran rigor en el siguiente laudo:

“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”.⁶⁴

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

⁶⁴ Laudo dictado en el asunto 1641, *Ibid.*, pág. 71.

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 la según lo que establece la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías⁶⁵, si bien es cierto que no ofrece un concepto autónomo si 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 Principio de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales de 1994, como hicieron las partes reclamantes en el caso 8331 de 1996⁶⁶.

⁶⁵ Artículo 9 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”.

⁶⁶ Derains, **Ob. Cit.**, pág. 67.

5.3.3.2 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*, dando relevante importancia a la presunción de competencia profesional de los prácticos del comercio internacional.

A este respecto la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en el extracto de sentencia 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.”⁶⁷

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.

5.3.3.3 *Exceptio non adimpleti contractus*

Es 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 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, 7.1.3.”⁶⁸

⁶⁷ **Ibid.**, pág. 179.

⁶⁸ Laudo dictado en el asunto 7119, **Ibid.**

5.3.4 Últimas 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 está en segundo lugar después de la atención que se le presta a la *lex mercatoria*.

De hecho se ha hecho referencia a los Principios de Unidroit en al menos 23 casos sometidos a la Corte de Arbitraje Internacional de la CCI hasta finales de 2005.⁶⁹

Los Principios de Unidroit pueden ser aplicados en una gran variedad de contextos, tal como mencionan en su Preámbulo. Y del estudio de Marella sobre la aplicación de estos Principios en los arbitrajes llevados a cabo por la CCI, específicamente dentro del arbitraje existen tres categorías de aplicación en las cuales son particularmente útiles⁷⁰:

- a) Los principios 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.
- b) 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

⁶⁹ Marella, F. **The Unidroit principles of internacional comercial contractis in ICC arbitration**, pág. 26

⁷⁰ **Ibid.**

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

- c) 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 los Principios de Unidroit en el Arbitraje de la Cámara. A continuación se hará un breve resumen de cómo se han aplicado estos principios de acuerdo a estos escenarios planteados:

a) Los principios de Unidroit aplicados propiamente como la ley del contrato internacional

Los principios de Unidroit han sido utilizados como la *lex contractus* en algunos casos llevados a la CCI. Lo primero que examina el Tribunal arbitral es el punto relativo a la elección 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 sostienen 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 7375 el tribunal encuentra que ante la ausencia de elección de una ley el contrato debe ser interpretado como si cada parte hubiese deseado es 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”

b) 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.

c) Los principios de Unidroit como complemento e interpretación de convenciones internacionales

De igual manera los principios de Unidroit han sido utilizados como complementos de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de mercaderías en algunos casos, tal como se evidencia en los laudos dictados en los asuntos 8128 y 8769.

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.

d) Exclusión de los principios de Unidroit

En pocos casos, se ha considerado excluida la aplicación de los Principios de Unidroit. En esos casos los árbitros los hacen cuidadosos análisis en cuanto la

aplicación de los mismos, no encontrando fundamentos legales para esa aplicación. Específicamente en el laudo dictado en el asunto No. 8.873 encontraron que las reglas de Unidroit relativas a la excesiva onerosidad sobreviniente no representa un uso mercantil internacional.

CONCLUSIONES

1. El arbitraje comercial internacional en materia de negocios internacionales, se ha consagrado paulatina, pero firmemente, como un medio eficaz y apto para resolver los litigios. Este mecanismo no solamente puede resultar el más rápido, el menos costoso, el más confidencial, el más flexible, el que ofrece mayor libertad entre los métodos para resolver las controversias, sino que lo que acaso es su rasgo más sobresaliente, que cuenta con la aceptación de quienes son sus destinatarios, que han elevado a esta modalidad, hasta convertirla en la más empleada en el área del comercio internacional.
2. El arbitraje está siendo considerado como la justicia del futuro, debido a su eficacia jurídica y celeridad, economía y sometimiento a reglas procesales menos formalistas que las de la justicia ordinaria, las cuales constituyen su mayor ventaja. La difusión y proporción de medios adecuados para su ejercicio representa el mejor aporte de la Cámara de Comercio Internacional a la solución de conflictos. Con ello no sólo contribuye a la descongestión de los despachos judiciales, sino a la cultura del arreglo.
3. El establecimiento del contenido de la *Lex Mercatoria* no constituye una tarea sencilla y tampoco es posible proveer una lista exhaustiva de todos sus elementos; sin embargo, dentro de su formulación se encuentran ciertos principios generales, principios propios del derecho internacional de los contratos y jurisprudencia arbitral.

4. La *Lex Mercatoria* ha sido observada de manera reiterada por los árbitros en sus laudos, quienes acuden a estos principios y usos para decidir, con independencia de las prescripciones de los derechos nacionales, ofreciendo soluciones propias.

5. La *Lex Mercatoria* se manifiesta en el plano convencional internacional, en los reglamentos de las instituciones arbitrales y, de forma acertada, en la recopilación de estos usos, a manera de principios, por parte de Unidroit. Pero más allá de los pros y los contras que esgrimen quienes están de acuerdo con la aplicación de la *Lex Mercatoria* y de los Principios de Unidroit como parte de su manifestación, debe comprenderse que estos usos y costumbres identificados en principios generales constituyen una herramienta invaluable para los árbitros para decidir mejor una controversia, aplicando esta especie de derecho supranacional en lugar de las legislaciones locales.

RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala debe prestar mayor atención al tema del arbitraje internacional, pues actualmente se han suscitado controversias que ponen de manifiesto el desconocimiento por parte de los operadores guatemaltecos de las normas internacionales para la sustanciación de este procedimiento.
2. En Guatemala se debe implementar un reglamento de arbitraje internacional, elaborado según los parámetros del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, en los centros de arbitraje nacionales para que los árbitros conozcan las formas y mecanismos de este arbitraje y lo apliquen a controversias comerciales de índole internacional.
3. El Estado guatemalteco debe ratificar tratados y convenios internacionales en materia arbitral a efecto de establecer una cooperación entre la jurisdicción especial, representada por el arbitraje y la estatal, particularmente con relación a la ejecución de medidas preliminares o cautelares, para el reconocimiento y ejecución del laudo, para que conozcan del recurso de nulidad, para la formalización del arbitraje cuando las partes no se hubieren puesto de acuerdo y para la práctica de pruebas que no puedan efectuar por sí mismos los árbitros.
4. Se debe incluir en el pensum de estudios de la carrera de ciencias jurídicas y sociales la cátedra de arbitraje internacional, a efecto de dar a conocer a los alumnos los principios, características, elementos, implicaciones y ventajas del

arbitraje internacional como mecanismo alternativo a la justicia estatal para la resolución de controversias comerciales internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. **International Court of Arbitration bulletin**. Francia: (s.e.), 1999.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl. **Derecho mercantil, primer curso**. México: Ed. Porrúa, (s.e.), 2000.
- DE MIGUEL, Juan. **Diccionario para juristas**. México: Ed. Mayo, (s.e.), 1981.
- DE PINA VARA, Rafael. **Elementos del derecho mercantil mexicano**. México: Ed. Porrúa, (s.e.), 1996.
- DERAINS, Yves. **Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional**. España: Ed. Gráficas Joaquín Morales, (s.e.), 1985.
- GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. México: Ed. Porrúa, (s.e.), 1987.
- GARRO, Edward. **The contribution of the Unidroit principles**. Estados Unidos: Magic Prints, (s.e.), 1994.
- GOLDMAN, Berthond. **La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: realities et perspectives**. Francia: Jourdal Clunet, (s.e.), 1999.
- JARAMILLO VARGAS, Jaime. **La *lex mercatoria*: mito o realidad**. Colombia: Tercer Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, Octubre 20, 21 y 22 de 1998.
- LAGARDE, Paul. **Approche critique de la *lex mercatoria*. en etudes offertes a Berthold Goldman**. Francia: Litec Droit, (s.e.), 2002.
- MARELLA, Fabricio. **The Unidroit principles of internacional comercial contracts in ICC arbitration**. Francia: International Court of Arbitration Bulletin, (s.e.), 2004.
- MATUTE MORALES, Claudia. **La *lex mercatoria* y los principios jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional**. España: Ed. Cosmos, (s.e.), 2001.

PALLARES, Jacinto. **Derecho mercantil**. México: Dirección General de Publicaciones UNAM, (s.e.), 1987.

PALOMAR VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Guatemala: Ed. Universitaria, 3ª. Ed., 2004.

PARRA ARANGUREN, Jorge. **Aspectos de derecho internacional privado de los principios para los contratos mercantiles internacionales elaborados por el Unidroit**. México: Editorial París, (s.e.), 1994.

PERALES VISCOSILLAS, José. **El derecho uniforme del comercio internacional**. Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., (s.e.), 1990.

Legislación:

Convención de Nueva York. 1958.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. 1969.

Convención de Viena de sobre compraventa internacional de mercaderías. 1980.

Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional. 1975.

Convenio de Washington sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. 1965.

Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje mercantil internacional. 1985.

Principios sobre los contratos comerciales internacionales del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. 2001.

Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional. 1998.

Reglamento de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje mercantil internacional. 1988.

Reglas de arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres. 1998.

Reglas de la Cámara de Comercio Internacional sobre la solución amigable de disputas. 2001.

Reglas internacionales de arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje. 2001.