

## Aplicación de la lex mercatoria internacional por los árbitros

MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL\*

La Lex Mercatoria Internacional y su aplicación por los árbitros es un tema que suscita cada vez mayor interés para los juristas y abogados en ejercicio profesional. Sin pretender agotar el tema en este espacio, vamos sí a intentar plantear los principales temas relacionados a la existencia de la Lex Mercatoria como fuente del derecho y a su posibilidad de aplicación por parte de los árbitros.

### 1. ¿A qué llamamos Lex Mercatoria Internacional?

El crecimiento de las transacciones privadas internacionales ha llevado a la creación de una normativa paralela a la de los estados nacionales, construida

---

\* Abogada graduada en la Pontificia Universidad Católica del Perú en 1984, con estudios de especialización en la Universidad Complutense de Madrid. Tiene título de Magíster en Derecho Internacional Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es socia del Estudio Luis Echeopar García. Es árbitro de la Cámara de Comercio de Lima y del CONSUCODE y tiene experiencia como abogada de arbitrajes. Es experta en derecho internacional privado y está a cargo del dictado del curso de Derecho Internacional Privado en la Maestría de Derecho Internacional Económico de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

sobre la base de usos y desarrollada generalmente en sectores de actividad específicos, que por su semejanza con el derecho mercantil de la edad media, viene siendo denominada como Nueva Lex Mercatoria Internacional.<sup>1</sup>

Este nombre surgió en el plano doctrinal, impulsado principalmente por los profesores Schimithoff y Goldman. Estos juristas denominaron Nueva Lex Mercatoria al conjunto de normas conformado por principios generales, codificaciones profesionales, contratos tipos y jurisprudencia arbitral, que se dan a través de las organizaciones profesionales, como respuesta a las necesidades del comercio internacional.<sup>2 y 3</sup>

Sostiene esta corriente, que la situación actual asemeja en mucho a la que se inició en Roma con el «*Pretor Peregrinus*» y permitió el desarrollo de la Lex Mercatoria en el medioevo<sup>4</sup>. El punto de partida es el mismo, la existencia de costumbres que escapan de los derechos locales y que regulan las relaciones mercantiles internacionales. Afirman así que existe un movimiento hacia un derecho mercantil universal homogéneo y que existen los elementos para ello.

<sup>1</sup> Chulia, Vincent F., «Compendio Crítico de Derecho Mercantil», 2da Edición, Tomo I, p. 45.

<sup>2</sup> Cremades, Bernardo, Prólogo en «Seminario» sobre Régimen Jurídico de las Técnicas Bancarias. Editado por Centro de Estudios Comerciales Ministerio de Economía y Comercio y Cámara Oficial de Comercio de París, Madrid 1979, *op. cit.*, p. 11.

<sup>3</sup> Beguin, Jaques, «Le Developement de la Lex Mercatoria Menace-t-il ordre juridique international. En Mc Gill Law Journal 1985. *Op. cit.*, p. 478.

<sup>4</sup> El Derecho Mercantil como disciplina autónoma no ha existido siempre. Su aparición se produce en un momento determinado, como una rama del derecho privado, al lado del Derecho Civil por circunstancias y exigencias históricas. Es así, que pese a la intensa actividad económica ocurrida en la época del imperio romano, no surgió un derecho especial para el comercio, distinto del derecho civil. Las características del derecho romano, fundamentalmente su naturaleza dinámica y la existencia de un sistema flexible de aplicación del derecho por el pretor, lo hicieron innecesario. El Derecho Mercantil nace como ordenamiento especial de la época medieval. Con el renacimiento de las ciudades como centros de actividad económica y comercio, el derecho común existente, se adaptaba mal a las necesidades del comercio. Es la incapacidad de este ordenamiento legal, conformado fundamentalmente por el ordenamiento romano justinianeo (rígido y mal conocido), las leyes populares germánicas (toscas y formalistas) y el derecho canónico (hostil a la práctica del comercio), las que generan la formación del derecho mercantil. Surge así, fundamentalmente como un derecho creado por los propios comerciantes para regular las relaciones surgidas en el trato del comercio. Tiene un doble carácter profesional y consuetudinario. El carácter profesional viene de que nace íntimamente ligado a las actividades de los gremios y corporaciones de mercaderes que surgen en las ciudades medievales. El carácter consuetudinario lo determina el hecho de que la regulación adecuada que los comerciantes adoptan para sus relaciones, está en los usos, nacidos al margen del derecho común, como solución adecuada a sus especiales necesidades y finalidades económicas, que requieren de un derecho dinámico y flexible, nacido de la vida y la práctica. Ello lleva a sostener que el Derecho Mercantil no nace de la fuerza de la ley sino de la fuerza del uso.

Llegan incluso a sostener la Lex Mercatoria constituye un derecho sustantivo, independiente de todo orden normativo nacional, aplicable a la sociedad de los comerciantes.

Para estos juristas las fuentes de este nuevo orden jurídico, paralelo a los órdenes jurídicos nacionales de los Estados, serían fundamentalmente cuatro:

- 1) Los usos profesionales
- 2) Los contratos tipo
- 3) Las regulaciones dictadas en el marco de cada profesión
- 4) La jurisprudencia arbitral.<sup>5</sup>

La formulación de la idea de la existencia de este orden internacional resulta sin duda tentadora. Es una realidad palpable, que la comunidad de comerciantes ha desarrollado una insospechable cantidad de instrumentos jurídicos para su uso, que no tienen otra base jurídica para su aplicación, que la voluntad general de la comunidad o particular de las partes de aplicarlos.

Uno de los ejemplos más representativos y difundidos de los cuerpos de normas que integran la Lex Mercatoria son los INCOTERMS. Los INCOTERMS responden al trabajo que realiza la Cámara de Comercio Internacional de París<sup>6</sup> en su propósito de crear medios que faciliten el comercio internacional. La finalidad es establecer un conjunto de reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales más utilizados en las transacciones internacionales. Para solucionar estos problemas la Cámara de Comercio Internacional de París publicó, por primera vez en 1936, una serie de reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales. Dichas reglas han sido conocidas como los INCOTERMS 1936 y se han modificado en 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 y 2000.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Beguin, Jaques, *op. cit.*, pp. 484 y 485.

<sup>6</sup> La Cámara de Comercio Internacional es una organización representativa de empresas de todos los sectores de todas partes del mundo. Fue creada en 1919 y actualmente, cuenta con miles de miembros de aproximadamente 130 países con comités nacionales en las capitales más importantes para coordinar con sus asociados. La Cámara de Comercio Internacional promueve la apertura del comercio, la inversión en una economía de mercado y la existencia de reglas para regular los negocios a través de las fronteras. Tiene el reconocimiento como entidad de consulta de mayor nivel de la Organización de Naciones Unidas y sus Agencias Especializadas (I.C.C.: página web [www.icc.wbo.org](http://www.icc.wbo.org))

<sup>7</sup> Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional, INCOTERMS 2000. Editorial Agpograf, Barcelona, 1999.

Es indudable la trascendencia que normas como los INCOTERMS juegan las transacciones privadas internacionales y ello, nos dan una idea de la importancia de la denominada Lex Mercatoria Internacional.

## 2. Lex Mercatoria como fuente de regulación o como fuente de solución de conflictos

Sin restar importancia la existencia de la Lex Mercatoria debe indicarse que, el extremo de sostener su existencia como un orden jurídico autónomo, es materia de múltiples opiniones y discrepancias y la relación de éste orden, con el orden interno de los estados no es ni mucho menos un tema que tenga una respuesta definitiva.

En realidad el valor que podamos atribuir a la Lex Mercatoria, tendrá mucho que ver con la posibilidad de aplicación de la misma en caso de conflicto. No dudamos de la importancia de la aplicación pacífica de la Lex Mercatoria como regulación aceptada por las partes. Pero donde se pone a prueba su valor como derecho, es cuando existe un conflicto que es preciso resolver.

Es cierto que, no pueda dejarse de resaltar la aplicación regular de los usos por parte de los comerciantes. No cabría hablar de la aplicación de la Lex Mercatoria por una autoridad en un conflicto sin la existencia de su aplicación previa como norma entre los comerciantes. Es justamente en esa aplicación previa donde reside su origen como fuente del derecho.

Los usos mercantiles en el comercio internacional, surgen de la necesidad de los comerciantes de crear unas reglas comunes y justas, que se adapten a los fines de los operadores del comercio.<sup>8</sup> El comerciante que traspasa con sus negocios las fronteras, rechaza la idea de verse vinculado a normas nacionales ajenas a la realidad del comercio. Resulta para él inconcebible, que lo que en términos comerciales generalmente aceptados se debe de pagar o de cumplir, pueda dejar de pagarse o de cumplirse, por la aplicación de un cuerpo legal nacional determinado y tiende a actuar sobre la base de fórmulas establecidas por la comunidad de comerciantes.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Cremades, Bernardo, *op. cit.* p. 14.

<sup>9</sup> Martí Mingarro, Luis, «La Patología de los instrumentos internacionales, en «El Crédito Documentario en Comercio Exterior», en Régimen Jurídico de las Técnicas Bancarias en el Comercio Internacional, Centro de Estudios Comerciales, Ministerio de Economía y Comercio, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Editorial Artes Gráficas, p. 223.

Los comerciantes operan normalmente al amparo de estos usos creados y aceptados por ellos. Esto los convierte en la práctica en una fuente de derecho particular para su actividad. En una situación normal, incluso en caso de una divergencia cotidiana en cuanto a la interpretación de los términos de un contrato, acudirán a los usos para resolver sus problemas. La organización de estos usos, en reglas uniformes y objetivas, efectuada por instituciones gremiales como la Cámara de Comercio Internacional de París, acentúan ésta tendencia a la aplicación normal de los usos mercantiles internacionales entre los comerciantes, al permitir una mayor certeza en el contenido de los usos más generales, dándoles un sentido objetivo y cierto.

Ocurre sin embargo, que puede surgir un conflicto serio entre los contratantes, un conflicto de tal importancia, que su solución, en uno u otro sentido, pueda comprometer incluso la existencia para una de las partes. En ese caso, una vez agotada la negociación directa, las partes deberán acudir a una autoridad que ponga fin al conflicto. Es en ese contexto que puede darse el caso de que una de las partes se encuentre insatisfecha con la solución que darían los usos al conflicto. Y puede suceder que, por simple conveniencia coyuntural, esa parte desee apartarse de la solución que le daría la aplicación normal de los usos.

Si paralelamente a esto, el contratante desfavorecido por la solución contenida en los usos, constata que la aplicación de un derecho nacional vinculado a la relación, podría modificar el resultado en su favor, tendrá sin duda la tentación de escapar de la Lex Mercatoria. Tendremos así que, en situaciones patológicas, el comerciante desfavorecido puede intentar revelarse y escapar de los usos hasta entonces normalmente aceptados.

El valor de la Lex Mercatoria se verá puesto a prueba, pues, sólo tendrá peso como norma legal, si tiene capacidad de ser aplicada por la autoridad que resuelva el conflicto.

### 3. Los Árbitros como autoridad que resuelve un conflicto

Cuando en un conflicto de ejecución o interpretación de normas entre diversas partes, éstas no consiguen llegar a una solución por mutuo acuerdo, la resolución del litigio quedará en manos de una autoridad.

Como hemos dicho, es vital para que la Lex Mercatoria tenga real valor que la autoridad que resuelva el conflicto, tenga la capacidad de aplicar la Lex Mercatoria. Es frecuente que las partes de una relación mercantil hayan esta-

blecido previamente un acuerdo de arbitraje como medio de solución de la controversia. En tales casos, las partes confieren a los árbitros que nombran la autoridad para resolver el conflicto. Nos interesa determinar dos cuestiones. En primer lugar, si los árbitros tienen la posibilidad de usar como norma la *Lex Mercatoria*. En segundo lugar, en caso la primera cuestión resulte afirmativa, determinar el valor de ejecución de su resolución o laudo.

#### 4. Árbitros y normas de conflicto

Para establecer el peso que para los árbitros pueden tener los usos mercantiles internacionales, es preciso determinar a que sistema legal tendrán acceso para resolver el conflicto.

En primer lugar, será importante analizar solución de conflictos será importante analizar si los árbitros estarán sujetos a un sistema de normas de conflicto que los obliguen en su actuación.

En caso las partes hayan elegido el derecho aplicable, ello resultará relevante para determinar si los árbitros están atados a determinadas normas para evaluar el valor y limitaciones de la elección de un derecho. En caso no hayan elegido el derecho aplicable, permitirá establecer el margen de discrecionalidad de los árbitros para determinar el derecho aplicable.

Los árbitros internacionales a diferencia de los jueces nacionales, no están vinculados irreductiblemente a una *Lex Fori*. Las distintas corrientes que intentan establecer una ley nacional como ley del árbitro no han prosperado.

Este fracaso en el intento de vincular al árbitro a una ley nacional determinada, responde a la realidad de los arbitrajes internacionales, que no están en la práctica necesariamente vinculados a un solo estado nacional. No puede afirmarse en el caso de los árbitros, que ellos estén vinculados a un conjunto de normas de Derecho Internacional Privado. En el mejor de los casos, están vinculados a tantos conjuntos de normas de Derecho Internacional Privado, como puntos de contacto estatal tenga la relación que les haya sido sometida.

No existe entonces, una norma general, que indique cuál será la forma como actuará un árbitro internacional para determinar su vinculación a un sistema de normas de conflicto. Tampoco existe una jurisprudencia oficial de todas las decisiones arbitrales<sup>10</sup> que permita llegar a una conclusión definitiva.

<sup>10</sup> Crof, Carlo, «The applicable law in international commercial arbitration: Is still a Law of Conflict Problem?», *The International Lawyers Fall 1982*, p. 613.

No obstante, sí podemos sacar algunas conclusiones generales, a través del estudio de las normas que se establecen en los cuerpos de reglas de arbitraje más comúnmente usados y de los casos de jurisprudencia arbitral reportados.

Es así que podemos sostener que los árbitros respetarán en principio la libre elección que hayan hecho las partes.

Tanto en la Convención Europea sobre arbitraje (art. VII)<sup>11</sup> como en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París (art. 13)<sup>12</sup> y la Ley Modelo de Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional (Art. 28)<sup>13</sup> Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional:

Artículo 28: Normas de aplicación al fondo del litigio:  
se establece la libertad de las partes de señalar las normas de derecho aplicables al fondo del conflicto. En todos estos casos, no se formula restricción o limitación alguna a la elección de las partes.

Aún en los casos en que no se haya remitido el arbitraje a uno de estos cuerpos legales, será difícil que los árbitros rechacen la elección del derecho aplicable realizada por las partes, máxime si se tiene en consideración, que la facultad de resolver el caso les deviene de las mismas. Podemos decir en consecuencia, que por regla general en los casos en que existe pacto contractual que

<sup>11</sup> Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961. Artículo VII. «Derecho Aplicable 1. Las partes podrán según su criterio determinar de común acuerdo la ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia. Sino existiere indicación por las partes en lo concerniente al derecho aplicable, los árbitros aplicarán la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión. En ambos casos los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles.»

<sup>12</sup> Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París:  
Artículo 13.3: «Las partes pueden determinar libremente el derecho que el árbitro deberá aplicar al fondo del litigio. A falta de indicación por las partes del derecho aplicable, el árbitro aplicará la ley designada por la norma de conflicto que juzgue apropiada al caso.»

<sup>13</sup> Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional:  
Artículo 28: Normas de aplicación al fondo del litigio:  
«El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinan las normas de conflicto de leyes que estime aplicables. El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.»

señala el derecho aplicable, los árbitros no someterán el pacto a la evaluación de normas de conflicto nacionales internas, sino que lo aplicarán directamente.

Puede, sin embargo, darse el caso de que no exista un derecho elegido por las partes y que en consecuencia, la determinación de las normas a aplicar quede a la decisión de los árbitros.

Los tres cuerpos de normas arbitrales antes citados (Convención Europea, UNCITRAL y CCIP) señalan que a falta de una indicación de las partes, los árbitros aplicarán las normas de conflicto de leyes que estimen aplicables.

Un amplio poder discrecional queda a través de esta norma en los árbitros. Esto ha sido interpretado por algunos autores como una puerta abierta a la desnacionalización del arbitraje.<sup>14,15 y 16</sup>

Lo cierto es que, como veremos, en la práctica los árbitros internacionales establecen el derecho basados más en la sabiduría y experiencia, que en las normas de conflicto estatal de un determinado país. Se reportan diversos fallos arbitrales en los que el derecho aplicable ha sido directamente determinado por el árbitro sin la utilización de un proceso de determinación de un factor de conexión.<sup>17</sup>

## 5. Procesos arbitrales en que las partes han elegido el derecho aplicable

Vamos a profundizar la primera alternativa que puede presentarse a los árbitros. Hemos indicado que, como norma general, los árbitros aceptarán la decisión de las partes que someten a su consideración un conflicto, directamente sin evaluación del valor del pacto a las luces de un derecho nacional.

Vamos ahora a efectuar una nueva distinción. Los árbitros pueden encontrarse con que las partes:

<sup>14</sup> Véase [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

<sup>15</sup> Crof, Carlo, *op. cit.*, p. 641.

<sup>16</sup> Se suele hablar de la desnacionalización del arbitraje porque al no estar los árbitros obligados por normas de conflicto que establezcan la ley aplicable pueden resolver el caso sin atarse a una ley nacional determinada. Así como se verá más adelante se reportan numerosos casos en los que los árbitros han resuelto el conflicto que les es sometido sin determinar una ley nacional concreta como la ley aplicable al caso.

<sup>17</sup> Ver los ejemplos de Laudos Arbitrales que se citan en el punto 6.

- a) Han señalado que el derecho que deben aplicar los árbitros sea la Lex Mercatoria.
- b) Han pactado como derecho que deben aplicar los árbitros el derecho de un estado determinado.

Veamos la primera alternativa.

Existe la posibilidad de que las partes hayan establecido como aplicable a su contrato un conjunto de normas de origen no estatal.

La cuestión a determinar es si los árbitros podrán aplicar la elección de un derecho no estatal como norma aplicable a la solución de la controversia con las consecuencias que ello supone.

El hecho de no estar atados a una *Lex Fori*, que les imponga el necesario uso de un grupo de normas de conflicto, que pueden establecer límites a la voluntad de las partes y el que en los cuerpos de normas arbitrales más representativos, no se establezcan límites a la libre elección de las partes, facilita a los árbitros esta aplicación.

Las reglamentaciones arbitrales más representativas no establecen expresamente la posibilidad de ceñirse a un cuerpo de normas no estatal, tampoco niegan tal posibilidad, e incluso señalan que cualquiera que sea la elección de las partes, los árbitros deben de tener en cuenta los usos del comercio internacional.

Esta amplitud discrecional, ha permitido en la práctica que se acepte la referencia de las partes a la Lex Mercatoria, como primera fuente normativa de los contratos. Este poder discrecional se ve reforzado por la existencia de textos como los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, que abren la puerta para una cómoda aplicación de la Lex Mercatoria. Es importante mencionar que el Preámbulo de los Principios, establece que estos pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los principios generales de derecho, la Lex Mercatoria o expresiones semejantes. El artículo 1.8 establece además que las partes están obligadas por cualquier uso o práctica que hayan convenido y por los usos observados en el tráfico mercantil de que se trate<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> El artículo 1.8 de los Principios sobre Contratos Comerciales de Unidroit textualmente dice:

1) «Las partes están obligadas por cualquier uso 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.»

El caso será distinto si las partes han elegido como derecho aplicable un derecho nacional determinado. El rol de la Lex Mercatoria, si bien no desaparece en este supuesto, varía notablemente. Si las partes han pactado expresamente un derecho nacional como aplicable, el árbitro tendrá en cuenta los usos del comercio internacional, pero no podrá dejar de lado la libre elección de las partes de un derecho nacional determinado. Esto no significa, desde luego, descartar la aplicación de la Lex Mercatoria, pero sí que, su aplicación tendrá cabida en la medida y con el peso que le asigne como fuente de derecho el derecho nacional elegido como aplicable.

## 6. Procesos en que las partes no hayan elegido el derecho aplicable

En los casos en que las partes no han elegido un derecho aplicable, la discrecionalidad de los árbitros para determinar cuál es el derecho que debe regular la relación es muy amplia. Esta flexibilidad ha permitido que en reiterados fallos arbitrales el conflicto se haya resuelto a través de la aplicación de la Lex Mercatoria.<sup>19</sup>

Para ello los árbitros no han acudido a una norma de conflicto, sino que, sin cuestionarse su calificación como norma, la han aplicado directamente, como la fuente de derecho más apropiada para la solución del caso.

Reforzando este criterio de los árbitros, vemos que el Preámbulo de los Principios sobre los Contratos de Comercio Internacional de UNIDROIT, establece que los principios pueden proporcionar una solución a un punto controvertido, cuando no sea posible determinar cuál es la regla de derecho aplicable al contrato. El punto 1.8 de los principios, establece una regla que afirma que las partes están obligadas por los usos pactados por las prácticas establecidas y por los usos conocidos y regularmente observados en el tráfico mercantil de que se trate. Vemos así que, en arbitrajes reportados, los árbitros no han dudado en aplicar la Lex Mercatoria como fuente directa para resolver el caso.

Así por ejemplo, en el caso de un contrato de suministro de carbón sudamericano entre una empresa de Nueva York y una de España, en el laudo dictado en París por un árbitro único, este resolvió por la aplicación de la Lex Mercatoria. En este caso, el árbitro consideró que ninguno de los elementos

<sup>19</sup> Crof, Carlo, *op. cit.*, p. 631.

de conexión con los ordenamientos nacionales en presencia, era suficiente para operar una adecuada determinación de la ley aplicable al fondo del asunto. Por el contrario, estimó que la falta de previsión, expresaba una voluntad tácita de excluir la aplicación de leyes nacionales. Así sostuvo que:

«El árbitro no está obligado en principio, ni por la ley del foro ni por las normas de Derecho Internacional Privado del estado de las partes, puede no considerar las leyes nacionales más que como elementos de apreciación que le permiten, como dice el artículo 1496° del Nuevo Código Procesal Francés y el artículo 133 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara Internacional de París, encontrar la ley más apropiada.»<sup>20</sup>

Añadió además:

«Las partes no han elegido ningún derecho nacional y han preferido un derecho puramente internacional. Si no se trata del derecho internacional privado de Nueva York, ni del Derecho Internacional Español, puesto que tanto uno como otro forman parte del ordenamiento jurídico de los estados, podemos preguntarnos que Derecho Internacional entonces podría aplicarse.

En el momento de la formación del contrato, España y Estados Unidos no estaban unidos por un convenio internacional aplicable a este contrato. Además tal convenio no habría sido aplicable sino por mediación del derecho nacional.

Por el contrario el conjunto de usos de comercio internacional se aplica a todas las partes dedicadas al comercio. Constituye así un verdadero derecho internacional de los negocios...»<sup>21</sup>

En ese mismo sentido se pronuncian otros casos, como el famoso caso Norsolor, en que el Tribunal Arbitral concluyó también en la aplicación de la Lex Mercatoria. Se trataba de la resolución de un contrato de agencia entre la Corporación francesa Ugilor (Norsolor) y un agente turco (Pabalk Ticaret). En el laudo arbitral que se dictó para este caso, resulta de particular interés que

<sup>20</sup> Laudo Parcial de 1 de Setiembre de 1988 y Laudo Final de 19 de Diciembre de 1989 del Tribunal de Arbitraje de la CCI Asunto 5953, reportado en la Revista de la Corte Española de Arbitraje 1990, p. 265.

<sup>21</sup> Ibidem.

la decisión no utilizó ningún sistema nacional de normas. Vemos así que el tribunal sostuvo que:

«Faced with the difficulty of choosing national law the application of which is sufficiently compelling, the Tribunal considered that it was appropriate, given the international nature of the agreement, to leave aside any compelling reference to a specific legal system, be it Turkish or French and so apply the international Lex Mercatoria.

One of the principles which comprises the lex mercatoria is that of good faith, which must be adhered to in the formation and the performance of contracts. The emphasis placed on contractual good faith is moreover one of the dominant references revealed by the convergence of national law on the matter»<sup>22</sup>

Esta tendencia a aplicar la Lex Mercatoria como derecho de los contratos internacionales parece haberse visto acentuada a partir de la aprobación y difusión de los principios sobre los contratos de comercio internacional de UNIDROIT.

Vemos así que se reportan varios laudos arbitrales que así lo establecen.<sup>23</sup> En un arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 1999 el árbitro justifica su decisión para aplicar la Lex Mercatoria de la siguiente forma:

«The arbitral tribunal considers that the difficulties to find decisive factors qualifying Japanese or French Law as applicable to the contract reveal the inadequacy of the choice of a domestic legal system to govern a case like this... The most appropriate «rules of law» to be applied to the merits of this case are those of the Lex Mercatoria, that as the rules of international trade themselves, their associations, the decisions of international arbitral tribunals and some institutions like Unidroit and its recently published principles of international commercial contracts».<sup>24</sup>

Caso 9875 citado en la página Web de UNIDROIT  
www.unilex.info

<sup>22</sup> Pabalk Ticaret vs. Norsolor, International Legal Materials 1989, p. 360.

<sup>23</sup> Además de los casos que mencionamos a continuación, véase los mencionados en la nota 2.6.

<sup>24</sup> Caso 9875 citado en la página Web de UNIDROIT www.unilex.info.

En esta misma página se publican por lo menos cinco fallos arbitrales más, en los cuales distintos tribunales y árbitros han efectuado razonamientos similares y han decidido resolver el caso directamente con las normas de la Lex Mercatoria. Tenemos los siguientes casos reportados:

En esta misma página se publican por lo menos cinco fallos arbitrales más, en los cuales distintos tribunales y árbitros han efectuado razonamientos similares y han decidido resolver el caso directamente con las normas de la Lex Mercatoria.

Tenemos los siguientes casos reportados:

Puede decirse pues que los árbitros no tienen en principio reparo para dar a la Lex Mercatoria el carácter de fuente de derecho mercantil internacional y que ya sea por elección de las partes o a falta de ésta, acuden a ella para resolver los conflictos privados internacionales de los comerciantes.

Sin embargo, el que la tendencia aparentemente mayoritaria de los arbitrajes reportados lleve a demostrar la aplicación práctica de la Lex Mercatoria por los árbitros, no supone sin embargo unanimidad absoluta de criterio. Tenemos así laudos en los que el árbitro ha considerado que su marco legal no le permitía aplicar la Lex Mercatoria y ha rechazado que los mismos constituyan una fuente normativa. En un arbitraje de la ICC de 1998 el laudo se establece lo siguiente:

«This means that the Unidroit Principles can be used for reference by the parties involved for a voluntary regulation of their contractual relationship, in addition to helping the arbitrator in confirming the existence of particular trade usages, but they cannot constitute a normative body themselves that can be considered as an applicable supranational law to replace a national law, at least as long as the arbitrator is required to identi-

---

a) Caso resuelto por la Corte de Arbitraje de Londres en 1995. En este caso las partes habían elegido como aplicables los principios del derecho anglosajón. El tribunal arbitral se refirió sin mayor explicación a los principios de UNIDROIT.

b) Caso 7110 resuelto por la ICC en 1995. En el laudo se interpretó una referencia contractual a los principios de justicia natural como una exclusión de toda norma de derecho interno y se refirió a los principios de UNIDROIT.

c) Caso 9875 resuelto por la ICC en 1996. En el laudo se interpretó que el silencio en la determinación de la ley aplicable excluía a la aplicación de normas de derecho interno y llevaba a la aplicación de la Lex Mercatoria refiriéndose a UNIDROIT como una de sus fuentes.

d) Caso 8502 resuelto por la ICC en 1996. El silencio en el contrato respecto de la ley aplicable y la referencia a los Incoterms es interpretada como que este debe regirse por los usos y principios aceptados de comercio internacional.

e) Dos Casos resueltos por la International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation en 1999 y 2001 ante el silencio en la definición del derecho aplicable se remiten a los principios de UNIDROIT.

fy the applicable law by choosing the rule of conflict that he considers the most appropriate...»<sup>25</sup>

Vemos así que si bien es innegable la tendencia de los árbitros a aplicar la Lex Mercatoria, la discusión de la doctrina, la podemos hallar reflejada también en algún laudo arbitral y si se quiere afianzar la posibilidad de aplicación de la Lex Mercatoria como fuente, es conveniente reforzar incluso el marco legal a que tienen acceso los árbitros.

## 7. Eficacia de la aplicación de la Lex Mercatoria en sentencias arbitrales

La utilización de la Lex Mercatoria por los árbitros internacionales, descrita en los puntos anteriores, ha llevado a los defensores de la Lex Mercatoria como orden jurídico, a sostener la victoria irrefutable de su posición. Es así que, consideran el fuero arbitral como parte de este nuevo orden jurídico y particularmente como el mecanismo de solución de conflictos que da fuerza obligatoria a sus normas y permite disponer su sanción jurisdiccional.

Esta afirmación sin embargo, no es absoluta. A nuestro entender, existen dos limitaciones fundamentales a la aplicación de la Lex Mercatoria a través del arbitraje. En primer lugar, el carácter voluntario de la institución. En segundo lugar, la dependencia para la ejecución forzosa de los laudos de los tribunales nacionales.

La limitación más seria para que el arbitraje sea el medio que espera la eficaz aplicación de la Lex Mercatoria, está en el carácter voluntario de este procedimiento de solución de controversias. Si bien cuando existe pacto de sometimiento, este medio de aplicación de la Lex Mercatoria puede resultar eficaz, a falta de convenio o sometimiento, no hay posibilidad alguna de nombrar árbitros para la solución del conflicto. Todos los reglamentos internacionales de arbitraje, establecen claramente que la competencia de los árbitros debe de constar establecida por pacto, exigiéndose que el pacto conste por escrito.

Es más, el artículo V c) de la Convención de Nueva York, permite a los Estados rechazar los laudos arbitrales cuando resulte que no existió compro-

<sup>25</sup> Caso 9419 de la ICC, citado en la página Web de UNIDROIT [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

miso arbitral.<sup>26</sup> Vemos entonces que la jurisdicción arbitral es una jurisdicción voluntaria, que no puede ser opuesta a falta de acuerdo de las partes. Esto constituye una limitación, pues permite desconocer unilateralmente la posibilidad de arbitraje y ampararse en la jurisdicción nacional como única autoridad para resolver conflictos.

Por ello, si bien el arbitraje permite consolidar la Lex Mercatoria como fuente de derecho para asignar el valor de la Lex Mercatoria como fuente de derecho no es suficiente medir su aplicación por los árbitros, sino también por los jueces nacionales, pues existe un universo de potenciales litigios para los cuales no se habrá pactado arbitraje y respecto de los cuales no será posible acudir a un fuero arbitral, sino que tendrá que apelarse necesariamente a un juez nacional.

El otro punto débil de la aplicación de la Lex Mercatoria a través de un laudo arbitral, estará en el hecho de que el árbitro, o el tribunal arbitral, no tendrá la posibilidad de dar ejecución forzosa a su fallo directamente y la parte interesada deberá acudir a un juez nacional para una ejecución, si la otra parte no acata el laudo.

Puede sostenerse que en el mismo caso estaría la sentencia dictada por un tribunal nacional, cuando se pretende ejecutar en el extranjero. Cabe sin embargo anotar, que mientras los jueces nacionales tendrán siempre la posibilidad de ejecutar sus fallos, por lo menos en su propio territorio, los fallos arbitrales deberán siempre ser ejecutados por autoridades judiciales nacionales.

En consecuencia, el fallo arbitral, para tener eficacia, deberá ser reconocido por los tribunales de uno o más estados nacionales. De lo contrario, su ejecución quedará a la buena voluntad de las partes.

Es importante señalar, sin embargo, que la aplicación de la Lex Mercatoria que haya efectuado un árbitro, será difícilmente objetable en estados cuyas normas de ejecución de fallos arbitrales no autoricen la revisión del fondo del laudo y particularmente en estados que hayan suscrito la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre sentencias arbitrales extranjeras. Esta Con-

<sup>26</sup> «El artículo V de la Convención de Nueva York sobre Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 10 de Junio de 1958, señala que; «Solo se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en el que se pide reconocimiento y ejecución:... c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria...»

vención es de particular importancia porque se adoptó en la sede de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York y ha sido ratificada por muchos países.

Las normas de conflicto nacionales de los estados no prohíben ni admiten expresamente la aplicación de la *Lex Mercatoria* como fuente de derecho. Si bien no puede interpretarse el silencio de las legislaciones como una aceptación de la posibilidad de aplicar la *Lex Mercatoria* como derecho, tampoco puede inferirse de ella una prohibición. Al no haber prohibición queda abierta la posibilidad de su aplicación.

En la medida en que los ordenamientos nacionales acepten la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, sin la revisión del proceso de elección del derecho aplicado por el árbitro, la legislación interna no limitará la eficacia de la aplicación de la *Lex Mercatoria* por el árbitro en su laudo.

La eficacia de la aplicación de la *Lex Mercatoria*, depende entonces de la adopción generalizada por los estados, de normas que favorezcan el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. En ese sentido, la existencia de un tratado de la importancia de la Convención de Nueva York de 1958 sobre sentencias arbitrales extranjeras es de particular relevancia.

Esta convención, en su Artículo V, establece expresamente los casos en que los estados parte pueden denegar la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Entre las causas establecidas en este dispositivo, no hay una que de base para rechazar una sentencia por el hecho de haberse resuelto el conflicto aplicando la *Lex Mercatoria*.

Podemos decir entonces, que la debilidad del arbitraje que tratamos en este punto, es relativa y que el arbitraje resulta un medio bastante eficaz y quizá hasta más eficaz, en algunos casos, que una sentencia judicial extranjera. La mayor debilidad o fortaleza del arbitraje, estará condicionada por el contenido de las normas sobre arbitraje de los estados nacionales.

Existe jurisprudencia concreta que ya ha avalado la aplicación de laudos arbitrales en que los árbitros han resuelto aplicando como norma la *Lex Mercatoria*. En los casos arbitrales citados en el punto 6, los laudos dictados fueron cuestionados por la parte perdedora ante jurisdicciones nacionales y las Cortes finalmente rechazaron la oposición y dieron reconocimiento y valor a los laudos.

Vemos así que, en el primer caso citado, la compañía española presentó un recurso de anulación del laudo ante la jurisdicción francesa, alegando la falta de conformidad del laudo con el encargo recibido por las partes, al haber

incumplido la obligación de determinar la norma de conflicto apropiada para la localización de la ley aplicable.

El Tribunal de Apelaciones de París desestimó el recurso afirmando que el árbitro al designar aplicables un conjunto de principios y usos conocidos como *Lex Mercatoria* había actuado conforme a la misión encomendada, dado que el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, no lo obligaba a seleccionar y aplicar una norma de conflicto de un determinado ordenamiento jurídico, sino que por el contrario el árbitro podía referirse a los principios que rigen la materia en el conflicto de leyes.<sup>27 y 28</sup>

Esta sentencia guarda congruencia con otras sentencias dictadas antes, entre ellas, con la del caso *Norsolor*. En esto, el tema se torna incluso más interesante que el anterior, pues la sentencia fue revisada hasta por dos jurisdicciones nacionales.

Por un lado, la parte perdedora pidió anulación del laudo ante la Jurisdicción de Austria y paralelamente, la parte ganadora solicitó la ejecución del laudo ante la Jurisdicción Francesa.

La primera cuestión a ser definida, cuando se planteó la anulación, fue si los árbitros habían excedido el encargo y habían fallado en equidad, o como amigables compondores, sin estar autorizados para ello. Si bien hubo fallos contradictorios, en última instancia, la Corte Suprema austriaca desestimó la impugnación y aceptó la aplicación efectiva del fallo.

Esta misma discusión se planteó en Francia para la ejecución del Laudo, donde también la última instancia decidió que los árbitros no habían fallado como amigables compondores y no habían excedido sus atribuciones y poderes bajo los términos del acuerdo arbitral.<sup>29</sup>

Podemos concluir entonces, que cuando los jueces nacionales cuentan con normas que facilitan la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, estarán en capacidad de aceptar la aplicación de un laudo sin cuestionar que los árbitros hayan acudido a las normas de la *Lex Mercatoria* para sustentar su fallo.

<sup>27</sup> Laudo Parcial de 1 de Setiembre de 1988 y Laudo Final de 19 de Diciembre de 1989 del Tribunal de Arbitraje de la CCI Asunto 5953, reportado en la Revista de la Corte Española de Arbitraje 1990, p. 265.

<sup>28</sup> *Pabalk Tricaret vs. Norsolor*, *International Legal Materials* 1989, p. 360.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

## 8. Árbitros vinculados al sistema jurídico peruano

A continuación vamos a analizar las posibilidades de aplicar la Lex Mercatoria Internacional para un árbitro vinculado al sistema legal peruano de normas. La ley general de arbitraje peruana vigente es la Ley 26572.

Esta norma establece los casos en que el arbitraje que se desarrolla al amparo de la Ley de Arbitraje Peruana es internacional en su artículo 91. Se considera un arbitraje internacional cuando se da alguno de los supuestos siguientes:

- Cuando las partes de un convenio internacional tienen sus domicilios en estados diferentes.
- Cuando el arbitraje se realiza en un lugar distinto a aquel en el que las partes tienen sus domicilios.
- Cuando parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha es diferente de aquel en el que las partes tienen sus domicilios.

Se dispone a efectos de este artículo, que si alguna parte tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral y si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará su residencia habitual.

De acuerdo al artículo 83 de la Ley General de Arbitraje, el arbitraje calificado como internacional de acuerdo a las normas que acabamos de mencionar se regirá por las normas de dicha ley, sólo si el lugar de arbitraje se encuentra en el territorio de la república.

Consideraremos como arbitraje internacional enmarcado dentro de la ley peruana de arbitraje, a aquel procedimiento arbitral que, de acuerdo a lo señalado en el artículo 83 antes indicado, pueda ser calificado de internacional y se lleve a cabo en el Perú.

La Ley Peruana de Arbitraje establece en su artículo 103, que el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se precisa que la indicación de un derecho u ordenamiento jurídico de un estado, se entenderá referido al derecho interno del estado en cuestión, a menos que expresamente se indique lo contrario.

Vemos así, que los árbitros vinculados a la ley peruana, tendrán como primera fuente de derecho para resolver un arbitraje sometido a su consideración, las normas que elijan las partes.

El citado artículo 103 nos habla textualmente de «las normas de derecho» y no de la «ley». Con ello a nuestro juicio se utiliza un concepto muy flexible, que nos permite considerar que el legislador ha querido dejar abierta a las partes la posibilidad de remitirse a la Lex Mercatoria y allanar al árbitro en el camino para su aplicación.<sup>30</sup>

A falta de elección expresa por las partes de la ley aplicable, el artículo 103 dispone que el tribunal arbitral aplicará las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

Se presenta en la norma establecida en la Ley de Arbitraje peruana, la flexibilidad que en los capítulos anteriores hemos anotado suele ser característica del árbitro internacional, de no estar indefectiblemente atado a un sistema de normas de conflicto determinado, quedando a su criterio la determinación de las normas de conflicto a utilizar. Esto le permite definir con amplia libertad las normas que en última instancia regularan el problema de fondo. Le deja abierta la posibilidad de aplicar la Lex Mercatoria.

En un tercer párrafo, el artículo 103, se establece que en el arbitraje internacional, los árbitros sólo podrán fallar en conciencia y equidad, cuando las partes los autoricen expresamente a hacerlo así.

Finalmente, dispone que en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta, de tratarse de un asunto de carácter comercial, los usos mercantiles aplicables al caso.

En síntesis, vemos que la norma contenida en el artículo 103 de la Ley de Arbitraje Peruana, recoge la solución establecida en los cuerpos de normas de arbitraje más representativos a que nos hemos referido en el punto 4.

Repetimos lo expresado en tal oportunidad, en el sentido de que esta redacción deja un amplio poder discrecional a los árbitros, para llegar a una efectiva desnacionalización del arbitraje y abre el camino a los árbitros que queden vinculados a nuestro sistema de derecho, a la aplicación de la Lex Mercatoria para los casos en que ella resulte pertinente.

De acuerdo a la legislación peruana, los laudos arbitrales son susceptibles de recurso de anulación. El recurso de anulación es resuelto por la Corte Superior del lugar de sede del arbitraje. Cabe indicar sin embargo, que éste recurso sólo procede declararse fundado en los casos puntuales establecidos en el artículo 106 de la Ley General de Arbitraje.

<sup>30</sup> Cantuarias Salaverry, Fernando y Aramburú Yzaga, Manuel Diego, El Arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual Perspectivas Futuras, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1994, p. 370.

De acuerdo al texto del referido artículo, la Corte Superior competente para conocer de una anulación, carecería de facultades para pronunciarse sobre el fondo del laudo, o sobre el proceso de elección por los árbitros de la ley aplicable al fondo del laudo. En tal sentido, la posible intervención de la autoridad estatal judicial, no mella la flexibilidad de que gozan los árbitros, conforme lo hemos señalado, para aplicar la Lex Mercatoria a un caso de derecho mercantil privado internacional.

Finalmente, cabe indicar, que de acuerdo al artículo 76 de la Ley General de Arbitraje<sup>31</sup> establece que el laudo consentido tiene el mismo valor de ejecución que una sentencia, es decir es de obligatorio cumplimiento.

En tal sentido, cuando no pueda ser ejecutado por los propios árbitros, el juez civil dispondrá su ejecución forzosa. Para tal efecto, de acuerdo al artículo 79 de la Ley General de Arbitraje, sólo es preciso adjuntar copia del laudo, del documento que acredite la notificación, de la certificación de que está consentido y en caso hubiere sido anulado, de la copia de la sentencia que resuelve la apelación o anulación.

Tenemos entonces que, desde el punto de vista de la Ley General de Arbitraje, las normas tienen la flexibilidad necesaria para que el pueda aplicar la Lex Mercatoria y para que el laudo dictado por el mismo sea válido y pueda ser ejecutado en el Perú.

---

<sup>31</sup> Este artículo de la Ley General de Arbitraje está en la Sección primera de la Ley. Resulta sin embargo aplicable al Arbitraje Internacional supletoriamente conforme a lo establecido en el artículo 32 de la propia Ley.