

xNUEVA LEX MERCATORIA: ¿FANTASMA CREADO POR PROFESORES DE LA SORBONA?

José Antonio Moreno Rodríguez ¹

Introducción

En la Edad Media, los mercaderes del continente europeo llegaron a desarrollar un régimen jurídico, mayormente consuetudinario, aplicable a sus vinculaciones de índole comercial. Esa llamada *Lex Mercatoria*, que ha llegado a calificarse de “universal”, por trascender las divisiones territoriales de la época, fue luego encapsulada con las codificaciones del siglo XIX, a partir de las cuales en un importante número de países de Occidente las reglas entre comerciantes pasaron a ser mayormente locales, lo que contribuyó también al desarrollo vertiginoso del Derecho internacional privado para la solución de conflictos normativos suscitados en las relaciones contractuales transfronterizas.

Sin embargo, el mecanismo resultó notoriamente inadecuado, puesto que leyes domésticas no son muchas veces aptas para regular vinculaciones internacionales, por un lado; y por otro, el mecanismo clásico de dirimir el problema del Derecho aplicable presenta frecuentemente terribles deficiencias. Ello ha hecho que en los últimos tiempos, y cada vez con mayor intensidad, los comerciantes, haciendo uso de la libertad para determinar el contenido de sus contratos, se sustrajeran de las regulaciones domésticas y de la “trampa” del sistema de conflicto de leyes, y fueran generando prácticas, usos o costumbres derivadas de la repetición de fórmulas contractuales e incluso la estandarización de muchas de ellas, a veces a sugerencia de instituciones de raigambre como la Cámara de Comercio Internacional.

Por lo demás, como el mecanismo conflictual del Derecho internacional privado lleva en muchos casos a que “quien elige juez, elige Derecho” –debido a la natural inclinación de juzgadores locales de aplicar sus propios sistemas y razonamientos–, para asegurarse que su voluntad fuera respetada, los mercaderes han optado masivamente por el arbitraje como mecanismo de resolución de disputas generadas por sus vinculaciones internacionales. La publicación que, con el debido resguardo de la confidencialidad, han tenido en décadas recientes los fallos arbitrales, ha contribuido también a que fueran uniformándose criterios sobre diversas cuestiones que se presentan en esta área.

En fin, en nuestros días renace de alguna forma un derecho consuetudinario universal como lo fue el de los mercaderes en la Edad Media, al punto incluso que organismos internacionales han propuesto su cristalización en cuerpos normativos como Convenciones o instrumentos análogos, o bien han ensayado consolidarlo en instrumentos peculiares, como ha ocurrido con los Principios de Derecho Contractual de 1994 del organismo intergubernamental UNIDROIT, que no están destinados a ser ratificados por los países, pero que al resumir en reglas y principios las prácticas generalizadas del comercio exterior en la materia, pueden, entre varias aplicaciones, ser adoptados por las partes como reglas en sus contratos o servir como guías a árbitros y juzgadores en lo que respecta al *status* de los usos internacionales.

¹ Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Asunción (SUMMA CUM LAUDE); Master en Derecho, Harvard Law School, Estados Unidos (Calificación de Tesis “A” – Sobresaliente, conferida por el Profesor Emérito Arthur Taylor von Mehren); Abogado, Universidad Nacional de Asunción (Medalla de Mención de Honor); Profesor Contratado del Doctorado (Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica); Director General del Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP-www.cedep.org.py), institución que ha llevado adelante en Paraguay programas con las Universidades de Georgetown, Bologna, Torcuato Di Tella y próximamente con la Universidad Autónoma de Barcelona; Profesor Invitado de la Facultad de Derecho de Buenos Aires (2003); Ex Decano y Profesor de universidades del Paraguay; autor de las obras “Cláusulas Abusivas en los Contratos” (1999), “Teoría de la Causa” (1996) y “Curso de Derecho Civil, Hechos y Actos Jurídicos” (1991, reimpresiones 1995, 1999 y 2001) y “Nuevo Derecho Internacional de los Contratos” (en borrador sujeto a revisión); coautor de otras obras jurídicas; autor de publicaciones en el país y en el extranjero sobre temas contractuales, bancarios, bursátiles, legísticos y arbitrales; expositor en diversos seminarios y eventos; Árbitro y Miembro del Consejo del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara y Bolsa de Comercio; consultor de empresas nacionales e internacionales (www.moreno.com.py).

Excede el alcance de esta monografía el análisis crítico del mecanismo conflictual en el Derecho internacional privado de los contratos, como así también una descripción con mayor detalle de los distintos instrumentos originados por organismos e instituciones públicos y privados, que en tiempos recientes han afianzado el renacimiento de una suerte de Derecho universal de los comerciantes ². Sí nos ocupamos, desde una óptica doctrinaria –en la cual se plantea este debate– sobre la consistencia o no de la teoría de la “Nueva Lex Mercatoria”, que ha adquirido particular fuerza en las últimas tres décadas, sobre todo bajo influencia de académicos franceses, lo que ha llevado a que sus detractores la calificaran como un “fantasma creado por profesores de la Sorbona”. Ello requiere, con la debida indulgencia del lector, un abuso si se quiere de citas y posiciones doctrinarias, que son fundamentales para cualquier análisis no superficial que quiera hacerse del tema. La presente monografía es, pues, mayormente de compilación, pero a la vez pretende exponer la problemática de una manera tal que no quede sino concluir que lejos de representar un fantasma, la Nueva *Lex Mercatoria* está llamada a constituir –una vez que sean objeto de una profunda depuración semántica este término y análogos, y abandonando el simplismo con que muchas veces se pretende presentar debates como éste que esconden profundas complejidades y envuelven numerosas aristas–, el Derecho internacional privado de los contratos del siglo XXI.

El tema resulta de suma actualidad en Latinoamérica ante el cambio de la actitud tradicionalmente hostil mantenida contra el principio de la libertad contractual en vinculaciones internacionales, mutación avalada por gran parte de la doctrina, por precedentes jurisprudenciales y arbitrales, y por numerosos instrumentos internacionales y regionales que han ido entrando en vigor en tiempos recientes, con respecto a los cuales un hito histórico, incluso a nivel mundial, lo representa la Convención de México de 1994 sobre obligaciones contractuales internacionales, que da carta de ciudadanía, por así decirlo, a este nuevo Derecho supranacional.

La monografía empieza con una exposición de los orígenes de la nueva teoría, para ocuparse luego de las distintas acepciones y del problema terminológico, del contenido y de la controversia doctrinaria generada. Se plantean luego los límites de la teoría, y se aborda, por último, con algún detenimiento, la incidencia del arbitraje internacional en todo este tema.

Orígenes y debates que plantea la Nueva Lex Mercatoria

La antigua expresión *Lex Mercatoria*, en alusión al derecho de los comerciantes de la Edad Media, se atribuye a un autor anónimo de la época ³, adquiriendo fama a partir del famoso tratado “*Consuetudo Vel Lex Mercatoria*”, de Gerald Malynes, publicado en 1622 ⁴. En las últimas décadas del siglo XX ⁵, Bertold Goldman y otros renombrados juristas empiezan a utilizar profusamente los términos *Nueva Lex Mercatoria*, en alusión al renacimiento de un derecho tan universal como el de los mercaderes medievales ⁶, no solo porque regula las relaciones entre comerciantes, sino

² De estos temas nos ocupamos con detenimiento en un libro de próxima aparición sobre el nuevo escenario del Derecho de los contratos internacionales, cuyo borrador está sujeto actualmente a revisión, y del cual extraemos también gran parte del contenido de la presente monografía.

³ Que contribuyó en la Colección de Colfore incluida en el “Pequeño Libro Rojo de Bristol” (la referencia se encuentra en la página web de CENTRAL, institución a que hacemos alusión más abajo (www.tldb.de)). En el referido libro rojo se transcribe un tratado de 1280 sobre *Lex Mercatoria* (Reinhard Zimmermann, Estudios de Derecho Privado Europeo, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2000, pg. 198).

⁴ Zimmerman alude a tres épocas: en la Edad Media, la del derecho consuetudinario mercantil; desde el siglo XVI, la de su tratamiento científico; y desde mediados del siglo XVII una fase de particularización de la *Lex Mercatoria* que culmina con la adopción de Códigos en los Estados (Zimmerman, obra citada, pg. 198).

⁵ Lord Mustill refiere que la discusión sistemática del concepto aflora a partir de comienzos de los años 1960, bajo estímulo de la Conferencia de Londres en las Fuentes del Comercio Internacional. De allí que en su artículo del año 1987 figure como parte del título “Los primeros veinticinco años” (Lord Justice Mustill, *New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, Oxford, 1987, pg. 2).

⁶ Goldman encuentra antecesora a esta doctrina al *ius gentium* romano (ver Mauro Rubbino-Sammartano, *International Arbitration and Practice*, Kluwer Law International, La Haya, Londres, Boston, 2001, pg. 439).

porque mayormente resulta creación de ellos mismos y no de autoridades públicas investidas de soberanía ⁷.

En efecto, hoy día ocurre con mayor evidencia el fenómeno que, sin mediación de los Estados, se originan normas para regular uniformemente relaciones mercantiles más allá de unidades políticas territoriales, dentro de la órbita de los mercados que no tienen fronteras, proceso que se ha acentuado en años recientes con la llamada “globalización”, término que –dejando de lado los embates ideológicos de que ha sido objeto– alude a la innegable y creciente dilución física y virtual de fronteras en el mundo, consecuencia de varios fenómenos como el avance en las comunicaciones y los transportes y la progresiva eliminación de barreras jurídicas y de diversa índole, con un importante incremento del flujo de la actividad comercial transfronteriza. Refiere Galgano que la sociedad global tiene su propio lenguaje (el inglés) ⁸ y un derecho propio, al que se ha dado el nombre de *Nueva Lex Mercatoria*, formado directamente por la clase empresarial, sin intervención política alguna por parte de los Estados; ésta *lex* tiene como carácter distintivo la tendencia hacia la uniformidad internacional ⁹.

Está visto que el Derecho mercantil medieval había sido fragmentado en Códigos de Comercio decimonónicos. Con la propagación de ideas nacionalistas, que impulsaron el referido proceso de codificación, el carácter internacional del derecho de las transacciones transfronterizas fue desatendido por escritores, tribunales y legisladores. Aun debilitado por el nacionalismo, el Derecho mercantil internacional sobrevivió y se desarrolló, podría decirse, como Derecho universal ¹⁰. Su fuente de universalidad –expresan Berman y Dasser– no se encuentra en el Derecho comparado como tal, es decir, en las similitudes que puedan encontrarse en reglas y principios jurídico-comerciales, sino en el proceso efectivo de interacción de sujetos que realizan actividades de importación y exportación. Su fuente primaria es, por ende, la práctica de los comerciantes ¹¹, que tiende cada vez más a ser institucionalizada por organismos internacionales públicos y privados, y a ser reconocida por instancias estatales –judiciales– y arbitrales de adjudicación.

Las expresiones *Nueva Lex Mercatoria*, o lisa y llanamente *Lex Mercatoria*, a las que muchos en su exageración rodean de un aire de misterio o místico –debido a disparidades en su formulación doctrinaria y en la praxis jurisprudencial y arbitral– no

⁷ Observa Pendón Meléndez que “este nuevo Derecho autónomo, de nacimiento espontáneo, opera la vuelta del Derecho mercantil a sus orígenes –tanto en sus formas de producción como en su vocación de difusión universal, esta última todavía limitada–, desplazando al Estado como responsable principal y protagonista en la producción normativa, y se justifica desde la constatación de que las relaciones patrimoniales superan con facilidad las fronteras jurídicas; se evidencia, de esta manera, la necesidad de independizarlo de los prejuicios y las exigencias nacionales, considerándolo un derecho común de la comunidad internacional de comerciantes. De ahí que, conectando tradición con modernidad, y como medio de englobar esa amalgama de realidades en su único concepto, sociológico y a la vez simplificador, se le denomina Moderna *Lex Mercatoria*, rememorando, en un intento de compartir su prestigio y afirmar sus pretensiones de universalidad, el Derecho heredado hace siglos a través de la codificación justinianea. El moderno empresario reivindica el papel que en su día desempeñó el mercader medieval, como creador y, a la vez, destinatario de unas normas esbozadas y posteriormente perfiladas a la medida de sus necesidades. Se trata de corregir y de limitar los excesos, los errores, la confusión y la complejidad originadas en nuestra materia con la codificación y la proliferación de normas estatales, ajenas en buena medida a las peculiaridades del tráfico económico y no siempre acordes con las experiencias y las prácticas internacionales” (Miguel Ángel Pendón Meléndez, en David Morán Bovio (Coordinador), Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1999, pg. 235).

⁸ A pesar de que Kasirer, por ejemplo, niega que el inglés sea la única alternativa como *lingua franca* para la *Lex Mercatoria*, en un artículo muy interesante sobre el lenguaje, la ley y el derecho comparado (Nicholas Kasirer, *Lex-icographie mercatoria*, en *American Journal of Comparative Law*, Fall, 1999 (47 *Am. J. Comp. L.* 653), pgs. 654 y siguientes).

⁹ Francesco Galgano, *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Editorial Fundación Cultural del Notariado, Madrid, España, 2000, pg. 13. La Sentencia de la Cassazione italiana habla de un “ordenamiento jurídico”, separado de ordenamientos estatales, como expresión de la sociedad mercantil (Galgano, obra citada, pg. 14)

¹⁰ Harold J. Berman y Félix J. Dasser, en *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Thomas E. Carbonneau, Editor, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, pg. 54.

¹¹ Berman y Dasser, obra citada, pgs. 54-55.

cuentan con perfiles del todo claros. Algunos han llegado a afirmar lisa y llanamente que la teoría elaborada en torno a estos términos no existe¹².

Fuertes críticas son proferidas desde el *common law*, sobre todo inglés, en tanto que en Europa continental los conceptos se vienen propagando desde hace más de tres décadas, y en el mundo en vías de desarrollo existe aún un marcado recelo¹³, coincidente con las reticencias que allí provoca aún hoy el principio de la autonomía o libertad contractual, que constituye el pilar en el cual se asienta la actividad jurídica transfronteriza. En los Estados Unidos –destaca Dalhuisen –, la doctrina de la *Lex Mercatoria* ha sido mejor recibida, debido a los avances experimentados desde los años 1930 en el enfoque de los conflictos de leyes entre los Estados que conforman aquel país, aun cuando allí el desarrollo moderno de la disciplina no analice la cuestión en términos de un emergente superderecho, sino como interpretación del propio derecho interestatal¹⁴.

La misma expresión *Lex Mercatoria* resulta imprecisa, puesto que, como se ha hecho notar, ni subraya el carácter internacional de este “Derecho”, además que la palabra “*lex*” queda muy estrecha ante el carácter fuertemente consuetudinario y la pluralidad de fuentes a la que se recurre en esta cuestión¹⁵. Por lo demás, aun los adherentes de la teoría no se ponen de acuerdo con respecto a su alcance; mientras algunos la consideran como un sistema jurídico autónomo a los derechos nacionales, otros lo conciben meramente como una alternativa o incluso como un régimen meramente supletorio a dichos regímenes domésticos¹⁶.

Lex Mercatoria como régimen jurídico autónomo

Desde esta perspectiva, se considera la *Lex Mercatoria* como un orden jurídico autónomo, independiente a los sistemas jurídicos nacionales, creado espontánea y paulatinamente por quienes se encuentran envueltos en relaciones económicas internacionales¹⁷, consistente en usos y costumbres internacionales, precedentes arbitrales y principios como los de Derecho contractual de UNIDROIT, entre otros.

Amén de que sus contornos no pueden ser precisados, y considerando que no existen organismos como, por ejemplo, una Corte Internacional de Comercio o algo parecido, este enfoque desatiende cuanto admiten los propios defensores de la *Lex Mercatoria*: de que importantes cuestiones se encuentran reservadas a la órbita de los derechos nacionales, como las relativas al consentimiento y sus vicios, a la capacidad, e incluso a temas extracontractuales conexos¹⁸.

Cabe destacar también que la concepción teórica del Derecho conocida como “positivista” solo acepta la vigencia de reglas jurídicas a partir de su origen estatal¹⁹. De allí que algunos propongan hablar en este contexto de “*rule of law*” (regla de Derecho) antes que “*law*” o “*legislation*” (Derecho) para diferenciar su carácter de normas no de origen legislativo-judicial-estatal, sino de carácter supranacional²⁰.

¹² Mann, citado por Berthold Goldman, en Thomas E. Carbonneau, Editor, *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, pg. xix.

¹³ Yves Derains y Eric A. Schwartz, *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Oxford University Press, México, D.F., 2001, pg. 269.

¹⁴ Jan H. Dalhuisen, *Dalhuisen on International Commercial, Financial and Trade Law*, Hart Publishing, Portland and Oregon, 2000, pg. 121.

¹⁵ Filip De Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Elsevier Science Publishers B.V., Netherlands, 1992, pg. 207.

¹⁶ Resaltadas por Craig, Paul y Paulsson, en *International Chamber of Commerce Arbitration*, Third Edition, Oceana Publications, 2000, pgs. 623 y siguientes.

¹⁷ Como lo señala Born, ésta es la acepción más ambiciosa (Gary B. Born, *International Commercial Arbitration, Commentary and Materials*, Second Edition, Transnational Publishers Inc. and Kluwer Law International, pg. 556).

¹⁸ Craig, Park y Paulsson, obra citada, pgs. 626-629.

¹⁹ Un provocativo enfoque moderno de este tema puede encontrarse en el artículo de Gunther Teubner, *Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems*, en *American Journal of Comparative Law*, Winter, 1997 (45 Am. J. Comp. L. 149).

²⁰ Yves Derains, *The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration*, pg. 14. Sin querer entrar en el debate desde el punto de vista de teoría del

Lex Mercatoria como alternativa o complemento del Derecho aplicable

Otra posición identifica la nueva *Lex Mercatoria* como un cuerpo de reglas sustantivas o materiales, principalmente derivadas de fallos arbitrales y convenciones internacionales²¹, suficiente para decidir una disputa, que operan como alternativa a los derechos nacionales que resultarían aplicables conforme al mecanismo conflictual del Derecho internacional privado²².

Desde una óptica más restrictiva aún, se concibe la nueva *Lex Mercatoria* como un simple complemento a la ley aplicable, considerándose nada más que una gradual consolidación del uso y de las expectativas establecidas en el comercio internacional, ya sea en cuanto a sus principios generales, ya sea con relación a categorías específicas de transacciones²³.

Tal constituye el sentido asignado a la expresión por Goldman –pionero en la nueva doctrina formulada en este tema –quien conceptualiza la nueva *Lex Mercatoria* como un conjunto de principios y reglas consuetudinarias surgidas espontáneamente o elaboradas en un marco del comercio internacional, sin referencia a un sistema jurídico nacional en particular²⁴.

El problema terminológico

Diversas expresiones son también utilizadas para aludir a la nueva *Lex Mercatoria*, como, por ejemplo, derecho privado supranacional, derecho internacional de contratos, o derecho transnacional.

Goode utiliza la expresión *Derecho comercial transnacional (transnational commercial law)* para referirse a un Derecho que no es particular o producto de un sistema doméstico en particular, sino representa una convergencia de reglas derivadas de diversos regímenes jurídicos, e incluso, un elenco de normas enteramente supranacionales que tienen fuerza derivada de su observancia por la comunidad mercantil²⁵. Esta concepción incluye la totalidad de los principios y las reglas, sean consuetudinarios, convencionales, contractuales o derivados de cualquier otra fuente. En tanto que reserva Goode al término *Lex Mercatoria* la acepción restringida de Goldman, para quien constituye solo la parte derecho mercantil internacional consuetudinaria, es decir, no codificada o no cristalizada en leyes o tratados adoptados por los distintos países. Con esta distinción, inmuniza Goode el concepto de cualquier positivismo, entendido como corriente doctrinaria que solo admite como Derecho las normas jurídicas que tengan origen estatal²⁶.

derecho, hay que señalar que Hart, considerado el máximo exponente del positivismo contemporáneo, al referirse al derecho internacional, hace notar su analogía con los derechos nacionales en cuanto a su función (al diferir ambos del orden meramente moral) y contenido (pues los dos tienen principios, conceptos y métodos comunes), aunque no coincidan en su forma. Ningún otro orden de reglas sociales es tan análogo al derecho nacional como el derecho internacional (H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1992, pg. 231).

²¹ Born, obra citada, pg. 556.

²² Berman and Dasser, ob. citada, pgs. 53 y ss.

²³ A esta última acepción se adhieren los respetados autores en materia arbitral internacional Craig, Park y Paulsson como de significación práctica hoy día (Craig, Park y Paulsson, obra citada, pg. 633). No ha ganado mayores adeptos posiciones como la de Lew, que han asimilado la *Lex Mercatoria* con el arbitraje de amigable composición (*ex aequo et bono o amiable composition*), en que el árbitro tiene la discreción de arribar a un resultado justo y equitativo (ver Born, obra citada, pg. 556).

²⁴ En efecto, Goldman referencia dos concepciones de la *Lex Mercatoria*: una amplia, que incluye todos los principios y reglas que gobiernan las relaciones económicas internacionales, sean tratados o sean incluso legislaciones estatales designadas para relaciones internacionales. Esto sumado a reglas espontáneas de los comerciantes, como usos y principios generales de allí emergentes. Goldman se adhiere a la posición restrictiva que solo considera estos últimos, sin perjuicio de que Tratados internacionales puedan, por remisión, admitir la aplicabilidad de la *Lex Mercatoria* (Goldman, obra citada, xxi).

²⁵ Abul F. M. Maniruzzaman, *The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration*, 14 Am. U. Int'l L. Rev. 657, pgs. 2-3.

²⁶ Maniruzzaman, obra citada, pg. 5.

Por su parte, expresa De Ly que la terminología de Derecho transnacional (*Transnational law*) denota el carácter transfronterizo del Derecho comercial internacional, y evita emplear la palabra “internacional” que, en este contexto, no se refiere a relaciones entre Estados. Prefiere utilizar la terminología Derecho comercial transnacional (*Transnational business law*) por ser más específica en su alusión al comercio, puesto que Derecho transnacional es mucho más que lo atinente a lo mercantil²⁷.

Algunos prefieren hablar de *Principia Mercatoria* antes que de *Lex Mercatoria*²⁸. De hecho, hay quienes sostienen que la nueva *lex mercatoria* no consiste sino en doctrinas ampliadas de principios como los de buena fe, enriquecimiento injusto y *force majeure* o fuerza mayor, entre otros²⁹.

Destacan Derains y Schwartz que el término *Lex Mercatoria* ha sido descrito de diversas formas y se emplea cada vez más de modo intercambiable con las expresiones “principios generales de Derecho comercial internacional” o “reglas transnacionales de Derecho”. Pero en sus inicios denotaba específicamente un conjunto de reglas derivadas del comercio internacional y adaptadas al mismo, por lo que ha sido confundido también con “usos comerciales”³⁰, que son cosas distintas³¹. El uso comercial está incluido en el acuerdo de las partes (a menos que haya sido excluido). Es decir, las partes esperan que los contratos que concluyen se ejecutarán conforme a la práctica usual de la esfera de sus negocios, salvo acuerdo en contrario. De allí que –concluyen Derains y Schwartz– el uso comercial sea interno, y no, como la *Lex Mercatoria*, externo al contrato³². No comparten esta doctrina Craig, Park y Paulsson, para quienes existe considerable superposición entre los dos conceptos, usos y *Lex Mercatoria*³³.

Indudablemente, este tipo de estériles discusiones doctrinarias favorece a los detractores de la teoría de la *Lex Mercatoria*, la que ha sido objeto de un innecesario manoseo especulativo sin que se advirtiera muchas veces que en la mayoría de las hipótesis las contradicciones son de orden meramente lingüístico o semántico. Gran parte de los términos (derecho supranacional, derecho transnacional, usos internacionales, principios generales, etcétera) son empleados en alusión a las soluciones sustantivas o materiales que, como alternativa al sistema de conflicto de leyes, se generan en el derecho mercantil internacional, emergentes mayormente de la praxis de los comerciantes, ya sea por su utilización constante en formularios estándares, ya sea por usos y prácticas repetidas, ya sea por su cristalización en cuerpos normativos de origen no estatal, como lo son en materia contractual los Principios UNIDROIT. En este sentido, la nueva *Lex Mercatoria* no es sino la solución sustantiva que, como alternativa a la técnica conflictual, cuenta con fuerte arraigo en el derecho de las transacciones transfronterizas. Por ello, sostiene Borchers que la nueva *Lex Mercatoria* constituye la consagración del enfoque sustantivo en materia de derecho internacional de los contratos, y que es equivocada la pregunta de si existe o no, porque estamos ante una cuestión semántica con respecto a la denominación que se da a dicho enfoque. Resulta plenamente admisible el debate de si la solución sustantiva, en oposición a la conflictual, es mejor, o en su caso la discusión sobre cuál es la solución apropiada sustantiva, pero preguntar si existe dicha solución sustantiva es como preguntar si el número tres existe. El debate relevante no es entonces, concluye Borchers, acerca de la existencia, sino la utilidad de las distintas soluciones³⁴. En parecidos términos se pronuncia Juenger³⁵.

²⁷ De Ly, obra citada, pg. 8.

²⁸ Maniruzzaman, obra citada, pg. 17.

²⁹ Ver referencia en Berman y Dasser, obra citada, pg. 59. Conforme a cierta doctrina los principios generales se aplican a contratos estatales, no así la *Lex Mercatoria* (Maniruzzaman, obra citada, pg. 676-677).

³⁰ También la *Lex Mercatoria* ha sido confundida por algunos con la “composición amigable” (*ex aequo et bono o amiable composition*) en el arbitraje, que no requiere fundamentación jurídica. Esta postura incurre en una notoria confusión de conceptos.

³¹ Derains y Schwartz, obra citada, pg. 268.

³² Derains y Schwartz, obra citada, pg. 276.

³³ Craig, Park y Paulsson, obra citada, pg. 332 (nota al pie).

³⁴ Patrich J. Borchers, *The Triumph of Substance Over Rules of Choice in International Commercial Transactions: From the Lex Mercatoria to Modern Standards, an Introduction to Transnational Legal*

Actualmente se encuentran muy en boga las expresiones en inglés *soft law*, o derecho de génesis no-estatal, y su contrapartida *hard law*, que sí tiene dicho origen ³⁶. Sobre el *soft law*, destacan Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo que de buenas a primeras tienen como función operar como principios interpretativos, pero que en la práctica, en una disciplina caracterizada por múltiples lagunas, como es el Derecho internacional privado, pueden servir de fundamento básico de una decisión judicial ³⁷, y también –obviamente– arbitral. Al aludirse como *soft law* a la *Lex Mercatoria*, que reviste en buena parte idénticos caracteres, se descomprime la resistencia que genera de por sí esta última expresión que ya sido muy manoseada o estigmatizada.

Contenido

Lord Mustill identificó veinte posibles principios o reglas de *Lex Mercatoria*, como un modesto extracto de veinticinco años de arbitraje internacional reportado cuando escribió una muy citada publicación, en el año 1987. Entre ellos *pacta sunt servanda* (o los pactos son para ser cumplidos); *rebus sic stantibus* (o excesiva onerosidad sobreviviente que admite la revisión del contrato); buena fe; el principio de conservación (cuando existan dudas sobre la validez o invalidez del acto); etcétera ³⁸.

El recelo con que Mustill se pronuncia hacia la *Lex Mercatoria* hace que sea considerado un fuerte oponente de la teoría. Sin embargo, opina Goldman que, cuidadosamente leído, el artículo demuestra que el prominente juez y académico inglés no niega su existencia, sino meramente señala su pobre contenido, dificultosa accesibilidad y carencia de predecibilidad ³⁹. Se ha destacado que el principal mérito del trabajo de Mustill ha sido la demostración de la cantidad de conceptos que habían sido oscurecidos en gran parte de la literatura previa ⁴⁰.

Mustill entiende que el carácter supranacional de *Lex Mercatoria* se manifiesta en dos facetas: primera, que sus reglas no derivan directamente de un solo cuerpo nacional de derecho sustantivo; y segunda, que tiene un valor jurídico vinculante independiente a cualquier sistema jurídico nacional ⁴¹.

Utiliza Mustill la expresión “macro *Lex Mercatoria*”, para aludir a la doctrina de quienes la consideran un régimen jurídico común a todos o casi todos los Estados envueltos en el comercio internacional (algo así como una *lex universalis*). Sin embargo, esta posición – refiere Mustill – desatiende la base intelectual de la doctrina, construida en torno a la presumida intención de las partes en sus respectivos contratos individuales, no pudiendo admitirse que ellas conocían o comprendían el Derecho de otros Estados. Por lo demás, cuando existen diferentes soluciones jurídicas, es muy difícil decir cuál es la aplicada por la mayoría de los Estados. Ello indica que, evidentemente, el concepto aritmético aquí no funciona ⁴². De allí que haya evolucionado una doctrina, a la que Mustill alude como “micro” *Lex Mercatoria*, conforme a la cual dicha expresión alude a la ley de los comerciantes generada con referencia al contrato individual. Así entendida, la *Lex Mercatoria* no tendría que ser la misma en todo el mundo, y el juzgador solo debería confinar sus investigaciones a las

Transactions, Edited by Marylin J. Raisch and Roberta I. Shaffer, Oceana Publications Inc., New York, London, Rome, 1995, pgs. 150-151.

³⁵ Friedrich K. Juenger, The *Lex Mercatoria* and Private International Law, Louisiana Law Review, Summer, 2000 (60 La. L. Rev. 1133)

³⁶ A este respecto, según Joseph Gold, hay casi tantas definiciones como autores se han ocupado del tema. Según él, *soft law* expresa una preferencia y no una obligación de los Estados para actuar o abstenerse de actuar de una manera determinada. En tanto que *hard law* o “*firm*” law es una obligación de los Estados, cuya violación los hace responsables de la sanción o penalidad que ella pudiera acarrear (Ver artículo de Cynthia Crawford Lichtenstein, *Hard Law v. Soft Law*, en *The International Lawyer*, Volumen 35, No. 4, pgs. 1433-1434).

³⁷ José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Segunda Edición, Editorial Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2001, pg. 56.

³⁸ Alan Redfern y Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Third Edition, Sweet & Maxwell, London, 1999, pgs. 2-61.

³⁹ Goldman, obra citada, pg. xx.

⁴⁰ Craig, Park y Paulsson, obra citada, pg. 626.

⁴¹ Mustill, obra citada, pgs. 2-3.

⁴² Mustill, obra citada, pg. 5.

leyes conectadas con la materia de disputa. Al emerger la regla jurídica en cada ocasión, esta acepción –refiere Mustill– no coincide con la que pretende la aplicabilidad universal de la *Lex Mercatoria* ⁴³.

Debido a que distintas áreas cuentan con un alto desarrollo de principios y usos propios, se habla incluso de subespecies de *Lex Mercatoria*, como *lex constructionis*, *lex petrolea*, *lex electronica*, *lex maritima*, etcétera ⁴⁴.

Se hace también referencia, como expresión de la *Lex Mercatoria*, a los textos internacionales que institucionalizan su desarrollo, como la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios de UNIDROIT, etcétera ⁴⁵. Refiere, por ejemplo, Berger que el movimiento mundial de creciente aceptación de los principios UNIDROIT desde el estadio de las negociaciones contractuales hasta la resolución de disputas a través de tribunales arbitrales internacionales y hasta tribunales domésticos dará un nuevo ímpetu a la doctrina y práctica de la nueva ley mercantil o *Lex Mercatoria* ⁴⁶.

Antes que “fuentes”, algunos prefieren referirse a los “elementos” de este derecho supranacional, a saber: derecho internacional público, leyes uniformes, principios generales, reglas de organizaciones internacionales, usos y costumbres, contratos estándares, fallos arbitrales publicados ⁴⁷.

Controversia doctrinaria

La *Lex Mercatoria* ha ocasionado apasionados debates, al punto que se la ha llegado a calificar como un “fantasma creado por profesores de la Sorbona” ⁴⁸. La teoría puede ser remontada a Edouard Lambert en las primeras décadas del siglo XX ⁴⁹, y a partir de la segunda mitad del siglo a Clive Schmitthoff, Philippe Kahn y Berthold Goldmann ⁵⁰, a pesar de que recae en éste último y en otros juristas franceses que lo siguieron el reconocimiento de la inserción del tema en los debates contemporáneos.

Juenger opina que el movimiento empezó en Francia quizás por el reconocimiento temprano de la Corte de Casación del peculiar carácter de los contratos internacionales, lo cual llevó a escribir sobre el renacimiento del derecho supranacional de comerciantes ⁵¹.

Los ingleses se han mostrado en general hostiles a la *Lex Mercatoria*, y Lowenfeld lo atribuye a una concepción que admite allí, más ampliamente que otros

⁴³ Mustill, obra citada, pgs. 5-6.

⁴⁴ Lorenzetti, por ejemplo, se refiere a una *lex informática*, autoreferente y adaptada a las necesidades de dicho medio (Ricardo Lorenzetti, Comercio Electrónico, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pg. 39.). Carbonneau habla de una “*lex mercatoria arbitralis*” (Thomas Carbonneau, A Definition and Perspective Upon the Lex Mercatoria Debate, en *Lex Mercatoria and Arbitration, a Discussion of the New Law Merchant, Revised Edition*, Thomas E. Carbonneau, Editor, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, pg. 13.)

⁴⁵ Así, por ejemplo, en la base de datos UNILEX pueden encontrarse seis fallos que hacen alusión a la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías como *Lex Mercatoria* (www.unilex.info).

⁴⁶ Klaus Peter Berger, “International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 46 Am. Comp. L. J. 129, pg. 11. Algunos consideran que los Principios UNIDROIT constituyen un eje del debate sobre *Lex Mercatoria* y podrían convertirse en el corazón de la misma, a pesar de lo cual no se identifican con ella; otros los consideran una codificación de principios generales y *Lex Mercatoria*. Este debate es académico, puesto que en la práctica –expresa Lew– son usados para dar reglas concretas a la *Lex Mercatoria* (Julian D. M. Lew, The UNIDROIT Principles as *lex Contractus* Chosen by the Parties and Without an Explicit Choice-of-Law Clause: The Perspective of Counsel – Special Supplement 2002, ICC International Court of Arbitration Bulletin, pg. 88).

⁴⁷ Ole Landö, citado por Mustill, obra citada, pgs. 15-16.

⁴⁸ Ver Teubner, obra citada, pg. 151.

⁴⁹ Dalhuisen afirma que el holandés Jitta (1854-1924) ya hablaba de *Lex Mercatoria* en sus escritos (Dalhuisen, obra citada, pg. 121).

⁵⁰ De Ly, obra citada, pgs. 208 y siguientes.

⁵¹ Juenger, Contract Choice of Law of the Americas, An American Journal of Comparative Law, Winter, 1997, (45 Am. J. Comp. L 195), pg. 203.

sistemas, la revisión judicial del trabajo de los árbitros, lo cual, sin embargo, se ha venido relajando últimamente ⁵².

Se reconoce al internacionalista Mann como la voz preponderante en doctrina que, en debate y franca oposición con Goldman y sus seguidores, cuestiona la existencia de una supuesta *Lex Mercatoria*, la que, señala, no es sino una excusa para una desautorizada sustitución de las preferencias personales del juzgador antes que emplear la ley aplicable propiamente ⁵³. Sostiene enfáticamente el renombrado jurista que cuando las partes han acordado, expresa o implícitamente, con respecto a la ley aplicable a su contrato, o cuando el contrato tiene clara conexión con un sistema jurídico en particular, resulta inconcebible pretender, en todo o en parte, la aplicación de uno diferente, o de la llamada *Lex Mercatoria*, cualquiera fuera la concepción que se tenga de ésta. Sería una grave violación al deber (*breach of duty*) de quienes pretenden administrar justicia que puedan dejar de lado las instrucciones de las partes. De allí que Mann discrepe absolutamente con quienes admiten excepciones cuando la regla elegida no resulte apta para el comercio internacional. Los juzgadores no pueden, bajo circunstancia alguna, dejar sin efecto cuanto las partes pretendieron o el punto de vista del legislador al cual sujetaron su contrato y consecuentemente arrogarse, ellos mismos, una función decisoria totalmente subjetiva ⁵⁴.

En general, los detractores aluden a los principios o reglas de la *Lex Mercatoria* como indefinidos, inciertos, evasivos e incluso “míticos”. Desde la vereda de enfrente, Goldman se apoya en Paul Valery, para quien “mito es el nombre de todo lo que existe y subsiste teniendo meramente al lenguaje como su causa”; y sostiene que quienes no la consideran un mito, citan numerosos ejemplos de sus propias experiencias donde un principio o regla, no tomado de una ley nacional o incluso internacional en sentido clásico de Derecho internacional público, ha sido aplicado por tribunales arbitrales e incluso por tribunales estatales ⁵⁵.

Refiere Goldman que el Derecho no está solo hecho de y para cuestiones litigiosas. Gobierna, independientemente a cualquier disputa, el funcionamiento de la sociedad humana que lo engendra y lo aplica efectivamente. Con respecto a la comunidad económica internacional, estima Goldman que la *Lex Mercatoria* constituye tal derecho ⁵⁶, con las siguientes características: generalidad, accesibilidad y certeza. También se habla de coercibilidad, pero al respecto quedan dudas sobre todo en el Derecho internacional público. En lo que atañe a la *Lex Mercatoria*, un fallo aplicándola, si no se cumple espontáneamente, se ejecuta por un tribunal estatal. Y esto ha ocurrido en más de un juzgamiento francés y ha hecho lo propio el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales. Los contratos que se remitan a *Lex Mercatoria* no serán, en consecuencia, contratos sin ley (*contrats sans loi*), porque los gobernarán reglas jurídicas ⁵⁷.

En el medio de detractores radicales y defensores, se encuentra un tercer grupo – según Eugen Lancen– de quienes perciben un progresivo desarrollo de la *Lex Mercatoria* y desean su eventual consolidación (“*cautious well-wishers*”) ⁵⁸.

Algunos resaltan también que la *Lex Mercatoria* no es universal: solo representa el punto de vista de juristas y árbitros de Occidente, y su formulación se encuentra acorde con sus prácticas y usos (se utiliza la palabra “*Europocentric*”) ⁵⁹.

Redfern y Hunter identifican tres categorías de problemas con respecto a la *Lex Mercatoria*: no hay consenso en cuanto a sus fuentes, no resulta claro cuándo será aplicada y su contenido no puede precisarse. Esto último en cuanto solo puede identificársela, a lo sumo, o por algunas máximas que pueden servir de guía para quienes pretenden resolver conflictos comerciales, pero de tan insuficiente desarrollo que no cumple un rol sustancial. De todos modos, estos autores admiten el impacto que

⁵² Han llegado a referirse a la *lex mercatoria* como “wicked misnomer” o “contradiction in terms” (Andreas F. Lowenfeld, *Lex Mercatoria: An Arbitrator’s View – Special Supplement 2002*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, pgs. 72-73).

⁵³ Mann, citando a Park, en Thomas E. Carbonneau, Editor, obra citada, Introduction, xxv.

⁵⁴ Mann, obra citada, xxiii.

⁵⁵ Berthold Goldman, en Thomas E. Carbonneau, Editor, obra citada, 1998, Introduction, xix.

⁵⁶ Goldman, obra citada, pg. xx.

⁵⁷ Goldmann, obra citada, pg. xxi.

⁵⁸ Berman y Dasser, obra citada, pg. 55.

⁵⁹ Maniruzzaman, obra citada, pg. 13.

la figura ha tenido sobre todo en el arbitraje internacional, y también el énfasis de que los tribunales arbitrales están operando en un nivel internacional y que distintos elementos pueden interactuar de aquellos que se encuentran en arbitrajes puramente nacionales o domésticos ⁶⁰.

Dalhuisen, quien defiende la necesidad de contar con este derecho supranacional, hace notar la falta de consenso sobre su contenido y método, señalando que Savigny al menos partía del derecho romano como método de análisis de un sistema netural de normas, sistema que falta en *Lex Mercatoria* ⁶¹. Señala Dalhuisen que la nueva *Lex Mercatoria* se distingue de la antigua que estaba mayormente compuesta de costumbres y prácticas no escritas, en tanto que ahora constituye una jerarquía de diversos principios y normas ⁶². Hace notar la ambivalencia existente en la materia y la falta de idea clara de qué es realmente la nueva *Lex Mercatoria*, lo cual lleva a que referencias directas a ella permanezcan raras. Las palabras *Lex Mercatoria* son evitadas en leyes de arbitraje, en tanto que tribunales y árbitros prefieren generalmente recurrir a usar otra terminología y evitar así quedar atrapados en controversias teóricas. También son poco frecuentes las cláusulas refiriéndose a la aplicabilidad al contrato de la *Lex Mercatoria*, y hasta se ha sostenido que serían inválidas, particularmente en Inglaterra, en que existe renuencia en aceptar la teoría ⁶³.

Por su parte, refiere Juenger que a medida en se incrementa el flujo de las transacciones transnacionales, leyes hechas principalmente para consumición local revelan reiteradamente sus deficiencias como normas para la resolución de disputas internacionales ⁶⁴. En palabras del gran jurista David, “la idea del abogado que aspira a someter el comercio internacional, en cada caso, a uno o más sistemas nacionales, no es sino un “*bluff*”. Los hombres prácticos se han liberado de ella hace mucho tiempo, por medio de contratos estándares y del arbitraje” ⁶⁵.

Esta posición tiende a adquirir cada vez mayor fuerza. Antes que la incertidumbre de no tener designada una ley aplicable, como destaca Derains, es mejor someterse a principios de *Lex Mercatoria* o como se los llame (*general principles of law, international commercial customs*) en que al menos existen prácticas generalmente fijadas. Además la estabilidad de los sistemas nacionales no debe ser sobreestimada: ocurre muchas veces que luego de varios años un precedente, incluso de un tribunal supremo, puede ser cambiado por otro, con lo cual se produce una profunda alteración del derecho nacional ⁶⁶.

No sin razón ha sido señalado que demasiado peso ha sido puesto en la expresión ⁶⁷. De allí que, desde una perspectiva más pragmática, se ha dicho que la pregunta no debería ser: ¿*Lex Mercatoria*, sí o no?, sino: ¿cuándo y cómo?; es decir, lo que últimamente importa es el grado en que los Estados hoy día permiten que las partes, en un contrato comercial internacional, se refieran a ella para escapar a la aplicación de leyes domésticas. De hecho, la *International Law Association*, en estudios llevados a cabo a principios de los años noventa, dedicó poca o hasta ninguna atención a la cuestión teórica de la naturaleza de las reglas y si representan o no un orden independiente, para enfocar directamente la cuestión práctica de la validez y posibilidad de ejecución (*enforceability*) de fallos basados en derecho transnacional por tribunales domésticos ⁶⁸. Ello demuestra que se está ante algo más que un concepto académico, a pesar de lo cual la cuestión no deja de resultar controversial ⁶⁹.

⁶⁰ Redfern y Hunter, obra citada, pgs. 2-61, 2-62.

⁶¹ Dalhuisen, obra citada, pg. 64.

⁶² Dalhuisen, obra citada, pgs. 102-103.

⁶³ Dalhuisen, obra citada, pg. 118.

⁶⁴ Friedrich K. Juenger, *The Lex Mercatoria and The Conflict of Laws*, en *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Thomas E. Carbonneau, Editor, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, pg. 265.

⁶⁵ René David, *The International Unification of Private Law*, 2 Int'l Ency. Comp. L., ch. 5, at 212 (1969), citado por Juenger, obra citada, pg. 265.

⁶⁶ Derains, obra citada, pg. 14.

⁶⁷ Craig, Park y Paulsson, obra citada, pg. 625.

⁶⁸ Passer citado por M.J. Bonell, Michael Joachim Bonell, *Then Unidroit Principles and Transnational Law*, www.unidroit.org, pg. 1.

⁶⁹ Craig, Park y Paulsson, obra citada, pgs. 337-338.

La aplicación de principios generales o *Lex Mercatoria*, diría un novato, implicaría dar una carta blanca (*carte blanche*) a lo que sea y el juzgador tendría una fácil tarea por delante (*easy ride*), al no tener que entrar en mayores profundizaciones. Esto, expresa Blessing, está absolutamente equivocado, pues ocurre en estos casos exactamente lo contrario: el juzgador debe extremar esfuerzos en cotejar las distintas posibilidades existentes ante la problemática del caso que se le presente y optar por alternativas que fundadamente puedan ser aceptables conforme a parámetros manejados internacionalmente ⁷⁰.

Límites de la Lex Mercatoria

No caben dudas que la *Lex Mercatoria* puede ser una alternativa al sistema de conflicto de leyes, cuya búsqueda es frecuentemente artificial y no lleva a resultados concluyentes, y también un sustituto a la aplicación de reglas inconsistentes con las necesidades y los usos del comercio internacional, adoptadas por los Estados teniendo en miras transacciones internas y no internacionales ⁷¹. Incluso sostiene Goldman que la *Lex Mercatoria* está en igualdad de condiciones con el Derecho extranjero, en el sentido que, ante tribunales nacionales, puede ser aplicada cuando ha sido elegida como Derecho aplicable ⁷².

Aun siendo un ferviente y radical propulsor doctrinario de la nueva *Lex Mercatoria*, Goldman reconoce que no tiene status de monopolio para resolver disputas transnacionales. Además del derecho internacional público, que pueda resultar aplicable, las leyes nacionales también tienen qué decir, por ejemplo, tratándose de capacidad de las partes, vicios de la voluntad, poderes o representación. Asimismo, se necesita del apoyo de leyes nacionales para ejecutar acuerdos extranjeros que han aplicado sus reglas ⁷³.

Por su parte, Boggiano, quien aboga fervientemente por la autonomía material o sustantiva de las partes en el derecho del comercio internacional, considera que la *Lex Mercatoria* puede ser concebida no como sistema jurídico autónomo o hasta cierto punto “autónomo”, creada por términos y usos del comercio internacional fuera de los derechos nacionales, sino como un conjunto de reglas y principios dentro de ellos, en los intersticios y límites que los sistemas de derecho internacional privado les dejan para crear ⁷⁴.

Jurisprudencia

No se explica Lowenfeld por qué el debate sobre *Lex Mercatoria* se concentra casi exclusivamente en el arbitraje, en tanto que la cuestión también se plantea con respecto a los fallos judiciales ⁷⁵.

En Francia, por sentencia del 21 de junio de 1950 dictada en el asunto *Etat Francais c. Comité de la Bourse d'Amsterdam et Mouren (Messageries maritimes)*, la Corte de Casación ha sostenido que “todo contrato internacional queda sometido necesariamente a la ley de un Estado”. Un fallo de un tribunal inglés en el año 1939, en el asunto *Vita Foods Products c. Unus Shipping Co. (in liquidation)*, da virtualidad a la

⁷⁰ Marc Blessing, Choice of substantive law in international arbitration, pg. 7.

⁷¹ Lowenfeld, obra citada, pg. 85.

⁷² Citado por De Ly, pgs. 214-215. Ello también se encuentra resaltado por Niboyet, tal cual lo refiere Grandino Rodas (ver Joao Grandino Rodas, Elementos de Conexao do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente As Obrigacoes Contratuais, en Contratos Internacionais, 3ª Edición, Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2002, pg. 21).

⁷³ Destaca Maniruzzaman que la *Lex Mercatoria* como derecho sustantivo no eliminará el problema de conflicto de leyes, por existir cuestiones de orden local o hasta internacional que no están comprendidas en ella (Maniruzzaman, obra citada, pg. 11).

⁷⁴ Antonio Boggiano, Curso de Derecho Internacional Privado, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pg. 780.

⁷⁵ Andreas F. Lowenfeld, Lex Mercatoria: An Arbitrator's View, ___, pg. 74.

opción de las partes del Derecho en cuanto sea “de buena fe y legal”. En parecidos términos se ha pronunciado el Reichsgericht en Alemania el 28 de mayo de 1936⁷⁶.

En Inglaterra, Dalhuisen hace notar una actitud definitivamente favorable a partir del caso *Eagle Star v. Yuval*, del año 1978⁷⁷. En Francia se ha llegado incluso a atribuir un carácter normativo al nuevo derecho de los comerciantes (*Compañía Valenciana de Cementos Portland c. Société Primary Coal Inc.*, Tribunal de Apelación de París, 13 de julio de 1989⁷⁸). Este último criterio ha sido confirmado por la Corte de Casación francesa, que en un fallo del 22 de octubre de 1991, decidió que un árbitro que aplique *Lex Mercatoria* o reglas transnacionales de ley, en lugar de reglas creadas por el Estado, decide conforme a Derecho⁷⁹.

Evolución del arbitraje internacional y el Derecho supranacional

Es indudable el decisivo aporte del arbitraje internacional en la paulatina conformación de un Derecho internacional material o sustantivo en la contratación internacional⁸⁰, con perfiles propios independientes a los de los Derechos locales⁸¹, sobre todo en las últimas décadas, en que los fallos arbitrales comenzaron a ser publicados y –por ende– difundidos⁸².

El crecimiento de este derecho privado supranacional se ha producido como natural consecuencia de la aceptación del principio de la autonomía de la voluntad o “libertad contractual”, consagrado por numerosos Estados nacionales. En ejercicio de dicha facultad, sujetos en diferentes países recurren voluntariamente al arbitraje, usualmente regido por principios y reglas a los cuales se remiten o se adhieren las partes, aceptados y difundidos internacionalmente, que sirven a su vez como precedente en otras vinculaciones contractuales.

Debido a la gran discreción de que gozan los árbitros, no resulta difícil entender la evolución de un derecho transnacional más acorde a las necesidades del comercio, tanto en lo que respecta a normas materiales o sustantivas supranacionales, como así también en lo atinente a cuestiones conflictuales de Derecho internacional privado, en que muchas veces se dejan de lado soluciones que serían aplicadas por jueces estatales⁸³.

Excepcionalmente, en algunos países, como Estados Unidos, los juzgadores han hecho uso también de una gran discreción, en cierta medida análoga a la de los árbitros, y han contribuido así a la formación de un derecho supranacional incluso antes de que el arbitraje se popularizase, por ejemplo, al reconocer la autonomía de las partes, como así también al recurrir a criterios flexibles de elección del Derecho, como la intención presumida de las partes; o la determinación del “centro de gravedad” del contrato; o mediante manipulaciones de las reglas de conflicto para que el resultado asegure la máxima eficacia de transacciones consensuales⁸⁴.

De hecho, el arbitraje recién influyó efectivamente el robustecimiento de un derecho supranacional luego de un proceso evolutivo solo consolidado en tiempos recientes. Hace notar von Mehren que antes de la segunda regla mundial, se consideraba el arbitraje internacional simplemente como un proceso de resolución de disputas, al igual que el judicial, que se encontraba geográficamente localizado, y que era tolerado por los Estados como una alternativa a sus tribunales locales. Se entendía, pues, que tanto los jueces como los árbitros se encontraban investidos de un poder

⁷⁶ Ver Esplugues, obra citada, pg. 59.

⁷⁷ Dalhuisen, obra citada, pg. 118.

⁷⁸ Esplugues, obra citada, pgs. 62-63.

⁷⁹ Derains y Schwartz, obra citada, pg. 268, nota al pie.

⁸⁰ Mustill por un lado minimiza este hecho (Mustill, obra citada, pgs. 3-4), pero de la lectura de su argumentación y de cuanto arriba se expone se desprende que si bien el concepto de *Lex Mercatoria* no es inherente ni consecuencia del arbitraje internacional, éste ha tenido un rol importante en su desarrollo.

⁸¹ Así lo hace notar también Berger, con referencia al arbitraje y el derecho comparado (Berger, obra citada, pag. 129).

⁸² Con el debido resguardo de la confidencialidad que impone la materia arbitral, lo cual implica por lo general la no mención de las partes y de ciertos hechos relativos a los casos que se publican.

⁸³ Dalhuisen, obra citada, pg. 16; también pg. 121.

⁸⁴ Juenger, en *The Lex Mercatoria and Conflict of Laws*, pgs. 272-273.

derivado de la autoridad soberana local, como cuya natural consecuencia debía prevalecer el Derecho local y su sistema de conflicto de leyes (*teoría jurisdiccional del arbitraje*)⁸⁵. Luego, se ha venido reconociendo que los arbitrajes pueden ser ambulatorios, es decir, no localizarse geográficamente ni depender de autorización de alguna sociedad políticamente organizada, sino mayormente de la voluntad de quienes se someten a él (*teoría de la autonomía del arbitraje*). Se hizo difícil así que los Estados renuentes prevalecieran en su posición: el arbitraje simplemente no se conduce en jurisdicciones que no se acomodan a su carácter autónomo y ambulatorio, en tanto que los que sí lo hacen, reciben sus beneficios al estimularse sus economías con pequeño – o aún inexistente – costo para sus sistemas judiciales, que se ven liberados de la complejidad de litigios que tengan que resolver complejas cuestiones de conflictos de leyes y de fondo⁸⁶.

Controversia sobre el Derecho aplicable a los arbitrajes

El principio de la libertad contractual en materia de arbitraje internacional no implica que las reglas previstas por las partes en su convenio contendrán solución a todos los puntos de la disputa. Ello plantea el complejo problema del Derecho aplicable⁸⁷. Indudablemente, éste constituye uno de los puntos más discutidos en arbitraje comercial internacional, en el que existe el mayor cuerpo de precedentes arbitrales y el cual ha dado lugar al mayor número de casos en que los árbitros de la Cámara de Comercio Internacional citan fallos previos⁸⁸, y dicho organismo es el referente principal de arbitraje a nivel mundial⁸⁹.

Sobre el particular debe, sin embargo, tenerse presente la advertencia de Vagts, extraída de su propia experiencia como árbitro confirmada por evidencia anecdótica en conversaciones y lecturas, de que una alta proporción de controversias presentadas a los árbitros no se refieren a la validez misma del contrato internacional sino a significado o interpretación⁹⁰. En la misma línea, ha dicho Born que no debe exagerarse la implicancia de cuestiones relativas al Derecho aplicable a los arbitrajes, puesto que en muchos casos las controversias giran en torno a cuestiones de hecho, de credibilidad, de usos y de equidad, antes que a complicadas cuestiones de conflicto de leyes o derecho sustantivo⁹¹.

El problema del Derecho aplicable se presenta, contrariamente a cuanto se cree, no solo de surgir una disputa, sino al comienzo mismo de la ejecución del contrato. De allí –expresa Derains– no es exageración decir que la ignorancia de la ley aplicable al contrato no solo complica la solución de disputas sino puede contribuir a que aparezcan. Si las partes no saben cuál regla se aplica a su relación contractual, cada una de ellas, de buena fe, estará tentada a cumplir el contrato de acuerdo al Derecho que conoce mejor (el del su país) sin percibir que al hacerlo, no está cumpliendo el mismo contrato, dando

⁸⁵ von Mehren, *International Commercial Arbitration and Conflict of Laws*, *The American Review: Essays in Honor of Hans Smit*, pg. 59

⁸⁶ von Mehren, obra citada, pg. 61.

⁸⁷ La doctrina arbitral identifica al menos cinco diferentes sistemas de leyes que pueden tener incidencia en un arbitraje internacional: la ley relativa a la capacidad de las partes para someter su contienda a arbitraje; la ley que gobierna el acuerdo arbitral y su cumplimiento; la ley que rige la existencia y los procedimientos del tribunal arbitral (*lex arbitri*); la ley o las normas relevantes que gobiernan cuestiones sustantivas de la disputa (referida generalmente como “ley aplicable”, “ley sustantiva”, “ley propia del contrato”, o términos análogos); y la ley relativa al reconocimiento y ejecución del fallo (que puede ser más de una, en caso en que la parte perdedora tenga o se piense que tenga activos en más de una jurisdicción).

⁸⁸ Craig, Park y Paulsson, obra citada, pg. 641.

⁸⁹ Fundado en 1919, este organismo recibió en 1998 su caso 10.000, y publica sus fallos desde 1974 en “*Journal du droit international*”, y a partir de entonces también aparecen en otras publicaciones. Estos fallos a su vez citan en muchos casos otros anteriores. Cientos de fallos de distintos tribunales arbitrales, sin embargo, no han sido publicados, ya sea por razones de confidencialidad, ya sea porque han sido mutilados para proteger dicha confidencialidad.

⁹⁰ Detlev F. Vagts, *Arbitration and the UNIDROIT Principles*, en *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, México, 1998, pg. 272.

⁹¹ Born, obra citada, pg. 525.

pie, precisamente por ese hecho, al nacimiento de un conflicto. Una parte de mala fe puede tomar ventaja de cualquier incertidumbre relativa a la ley aplicable para convencerse que se encuentra libre de cumplir el Derecho que mejor sirve sus propios intereses⁹².

Arbitraje y derecho supranacional

El carácter ambulatorio del arbitraje hace que las partes eviten los Estados hostiles a este medio de resolución de disputas, y lo conduzcan en lugares en que aquellas pueden controlar importantes aspectos de su contienda tanto procesales⁹³ como del Derecho de fondo que les rige. En lo que concierne al fondo, los afectados pueden escribir sus propias reglas, requerir la aplicación de reglas y principios no estatales, principios generales del derecho, principios de derecho internacional, o sistemas –estatales o no– de conflicto de leyes si así lo optan⁹⁴. Con ello, las partes se liberan de reglas locales inadecuadas para el comercio internacional, y al someter sus disputas a juzgadores que son normalmente de diferentes países, consiguen denacionalizar sus disputas generadas en sus relaciones contractuales⁹⁵.

Un arbitraje internacional tiene peculiaridades que lo distinguen claramente de litigios ante jueces naturales. Se ve reflejado en los fallos arbitrales el deseo en general de quienes se someten a este medio de controversias de evitar una solución legalista a los conflictos comerciales. Los comerciantes frecuentemente sienten que los tribunales ordinarios no entienden las realidades del intercambio comercial. Y los árbitros, cuya misión deriva del contrato de las partes, deberían –y generalmente lo hacen–, dar prelación a las reglas que las mismas partes han establecido para su relación, es decir, los términos del contrato. Se entiende entonces por qué en materia arbitral se propende cada vez más hacia soluciones sustantivas, más apropiadas para la resolución de conflictos que las del mecanismo conflictual⁹⁶.

El acuerdo de las partes para arbitrar disputas que surjan de un contrato internacional implica que, además de cualquier estipulación expresada en el acuerdo, serán tenidas también en cuenta los usos de la comunidad de comerciantes internacionales que resulten aplicables. Esta autoridad jurisdiccional implícita, tal cual lo señaló David, no es ni *amiable composition* (*arbitraje de equidad*) ni fallo conforme a Derecho en su acepción usual. En vez, demuestra que una base de adjudicación sustantiva especialmente creada e innovadora se aplica en arbitraje comercial internacional⁹⁷.

⁹² Yves Derains, *The ICC Arbitral Process*. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration, pg. 10.

⁹³ Salvo que se violen disposiciones procesales consideradas de orden público en sentido estricto (“mandatory”), como por ejemplo ocurrió en un arbitraje llevado a cabo en Suiza, en un caso que envolvía a una compañía francesa y la República de Yugoslavia. Se denegó la ejecución del fallo porque solo habían sido designados dos jueces, en tanto que la legislación suiza requiere que los tribunales arbitrales estén integrados en número impar, lo cual fue considerado como de orden público (ver Pippa Read, *Delocalization of International Commercial Arbitration: Its Relevance in the New Millennium*, en *The American Review of International Arbitration*, 1999 (10 Am. Rev. Int'l Arb. 177), pgs. 182-183).

⁹⁴ von Mehren, obra citada, pg.62.

⁹⁵ Juenger, *Contract Choice of Law of the Americas*, pg. 202.

⁹⁶ Señalan Craig, Park y Paulsson que la ley aplicable puede ser elegida: 1) Recurriéndose al sistema de conflicto de leyes del lugar del arbitraje; 2) Acumulativamente, al recurrirse a los sistemas de conflicto de los países que tienen relación con la disputa; 3) Aplicándose los principios generales de conflicto de leyes; 4) Aplicándose una regla de conflicto elegida directamente por el árbitro; y 5) Mediante el “liberalizante” efecto del art. 17(1) de las reglas del Tribunal de la Cámara de Comercio Internacional de 1998, que permiten al tribunal aplicar directamente “las reglas de derecho que determina ser apropiadas” sin referencia a sistema alguno de conflictos (Craig, Park y Paulsson, obra citada, pg. 323).

⁹⁷ Tom Carbonneau, *A Definition and Perspective Upon the Lex Mercatoria Debate*, en *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Thomas E. Carbonneau, Editor, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, pg. 21.

Las reglas de buena conducta comercial precisamente porque son amplias y adaptables dan a los árbitros mejor y más suficiente guía que distinciones técnicas de proposiciones legales rígidas que serían el sello de legislación local ⁹⁸.

Al no poderse, al menos en principio, revisar judicialmente los méritos de los fallos arbitrales y al ser libres las partes en elegir su Derecho aplicable, independientemente a regulaciones locales, cabe admitir que alguna forma de *Lex Mercatoria* –o Derecho, o principios, o usos supranacionales, o como se lo llame–, existe y controla la resolución de disputas en comercio internacional a través del arbitraje ⁹⁹. Gillis Wetter prefiere hablar de un “Derecho internacional del arbitraje” (*international law of arbitration*) que crece paulatinamente de manera análoga al *common law*, en base a precedentes y prácticas, señalando que la expresión *Lex mercatoria* está muy sobreutilizada y tiene limitado alcance ¹⁰⁰. Lo que no hace sino confirmar que lejos están de aquietarse las aguas en lo que respecta a la cuestión semántica alusiva a un mismo fenómeno, cual es la emergencia y consolidación de soluciones sustantivas como alternativa a las conflictuales en materia de Derecho internacional de los contratos.

Controversia sobre el derecho supranacional y el arbitraje

A pesar de que las peculiaridades del arbitraje favorecen la postura de quienes defienden un derecho supranacional emergente de él, observa Carbonneau que la cuestión no deja de ser controvertida. Quienes se oponen al Derecho supranacional derivado del arbitraje sostienen que la creación del derecho (*law-making*) constituye exclusivamente una función política del Estado, ejercida a través de instituciones legislativas y judiciales. Según esta posición, árbitros designados por particulares, carentes de mandato público alguno y que están contratados para un único caso, no pueden adoptar determinaciones con fuerza jurídica. Incluso cuando el Estado interviene para revisar un fallo arbitral, ello continúa siendo consecuencia de una opción contractual de particulares. Y, cuando el fallo es ejecutado coactivamente en la esfera judicial, el resultado, y el razonamiento – si existe alguno – que subyace en la decisión no constituyen fuente del derecho. En estos casos, el Estado meramente ratifica las decisiones de los árbitros como reconocimiento o tolereancia al derecho contractual de las partes de comerciar y de someter su relación mercantil al arbitraje ¹⁰¹.

Desde otra perspectiva, quienes defienden el Derecho supranacional configurado a través de la práctica arbitral sostienen que, a pesar de su origen privado, puede progresivamente adquirir la fuerza de norma jurídica. Los Estados implícitamente han delegado su potestad creadora de derecho (*law-making authority*) en la órbita del comercio internacional, a árbitros y a un proceso de resolución de conflictos privados admitido internacionalmente, particularmente en los países que han adoptado la ley modelo de arbitraje. Los Estados han puesto en vigencia leyes que promueven la desregulación del arbitraje, actúan como venia hospitalaria para que se lleven adelante arbitrajes y para el refuerzo de fallos arbitrales, bajo un muy escueto escrutinio judicial. La conducta del Estado ha legitimado el procedimiento y la autonomía del arbitraje ¹⁰².

Sea cual fuera la posición que uno adopte en el debate, Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo destacan tres fenómenos de innegable actualidad: el aumento de protagonistas de las relaciones privadas internacionales; la existencia de un derecho de carácter espontáneo creado en el ámbito de la sociedad de comerciantes; y un procedimiento especial de arreglo de controversias, el arbitraje comercial. Sostienen que “resulta poco acertado, en términos estrictos, hacer referencia a un orden jurídico transnacional o a unas “fuentes” del Derecho internacional privado de carácter transnacional. Es indudable que existe un espacio transnacional y una serie de

⁹⁸ Tom Carbonneau, *The Remaking of Arbitration, Design and Destiny*, en *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Thomas E. Carbonneau, Editor, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, pg. 37.

⁹⁹ Carbonneau, obra citada, pg. 34-35

¹⁰⁰ Craig, Park y Paulsson, obra citada, pgs. 624-625.

¹⁰¹ Carbonneau, obra citada, pg. 12.

¹⁰² Carbonneau, obra citada, pg. 12.

conductas ordenadas por sus participantes para moverse en dicho espacio. Mas tal ordenación de conductas no cobra en ningún caso autonomía ni elude por completo el control estatal internacional... la *lex mercatoria* descansa en el regazo de los Estados y su importancia deriva del grado de admisibilidad y permisividad de los Estados a la autonomía material en la contratación internacional y en el recurso al arbitraje, pero nunca exento de todo control”¹⁰³.

Consolidación de la autonomía del arbitraje

La autonomía del arbitraje ha tenido un impulso vertiginoso sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX. La Convención de Nueva York de 1958 sobre ejecución de laudos arbitrales prevé condiciones uniformes para la ejecución de los laudos arbitrales en los países adherentes, amén de confirmar el criterio de la libertad contractual y que las partes se rigen por la ley que determinen. Como bien lo señala Carbonneau, la Convención de Nueva York sobre arbitraje prácticamente ha eliminado la relevancia de las leyes domésticas individuales y ha profundizado el carácter transnacional del arbitraje¹⁰⁴. Una vez que textos como éstos son insertos en autoridades soberanas nacionales y puestas en operación, dejan detrás referencia a leyes nacionales y responden, como están destinados a hacerlo, a transacciones transnacionales en sus propios términos¹⁰⁵.

En el año 1985, UNCITRAL aprobó un texto de ley modelo, que refuerza la Convención de Nueva York de 1958, previendo en su artículo 28 la libertad de las partes para seleccionar las normas aplicables al fondo del litigio. Lo propio había hecho ya en el año 1976 el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, ayudando, según se ha dicho, a modelar efectivas reglas supranacionales¹⁰⁶.

También diversos tratados multilaterales han contribuido a la autonomía del arbitraje. Se destaca aquí la Convención Europea de Arbitraje Comercial Internacional de 1961¹⁰⁷, que en su artículo VII(1) habilita a las partes a determinar libremente el Derecho aplicable por los árbitros a la sustancia de la disputa¹⁰⁸.

Asimismo, distintos reglamentos de las instituciones arbitrales más relevantes a nivel mundial han contribuido a dar un decisivo impulso a la autonomía del arbitraje. Ello al establecer que ante el silencio de las partes, los árbitros tienen la libertad de elegir la ley aplicable, y no recurrir al mecanismo de conflictos de leyes para llegar a una legislación local. Se da pie así a la aplicación de la *Lex Mercatoria* u otros sistemas. Un hito a este respecto lo representa el art. 59(a) de las reglas de arbitraje de 1994 de la WIPO¹⁰⁹, en tanto que el art. 17(1) de las nuevas reglas de arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, vigentes desde 1998, dan un paso más, al permitir a las partes, así como al árbitro, a recurrir a “*rules of law*” antes que “*the law*” o “*proper law*” a que hacía alusión el art. 13(3) de las reglas de 1975¹¹⁰. Esta expresión también ha sido adoptada en revisiones de la American Arbitration Association (1997) y del London Court of International Arbitration (1998).

Todo ello, en palabras de Maniruzzaman, pavimenta el camino para la aplicación de reglas supranacionales, principios generales, *Lex Mercatoria* y principios o reglas de derecho internacional, tanto consuetudinarias como convencionales, cualquiera que sea tenida como más apropiada de acuerdo a las circunstancias¹¹¹.

¹⁰³ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, obra citada, pgs. 74-75.

¹⁰⁴ Carbonneau, obra citada, pg. 33 y fallos al pie.

¹⁰⁵ Carbonneau, obra citada, pg. 32.

¹⁰⁶ Ralph Amisshah, Revisiting the Autonomous Contract, Transnational contracting, trends and supportive structures, en www.lexmercatoria.org, pg. 5.

¹⁰⁷ Esta Convención fue diseñada principalmente para tratar problemas derivados de disputas comerciales entre países del Este y Oeste de Europa (Redfern and Hunter, obra citada, pg 475).

¹⁰⁸ Hacen lo propio la Convención de Roma de 1980, la Convención Interamericana de México de 1994, etcétera.

¹⁰⁹ World Intellectual Property Organization, que como se ha visto constituye el organismo mundial en materia de propiedad intelectual.

¹¹⁰ Craig, Park y Paulsson, obra citada, pg. 320.

¹¹¹ Maniruzzaman, obra citada, pg. 19

El reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional dispone en su art. 17(2) que “en todos los casos el Tribunal Arbitral deber tener en cuenta la previsión contractual y todo uso relevante de comercio”. Cuando esta regla fue formulada en 1975, el entonces Vice-Chairman de la Corte, Jean Robert, dijo: “Es legítimo pensar aquí que esa fórmula abre camino a una forma de arbitraje más o menos libre, en el futuro, de constreñimientos legalísticos”. Al respecto, se ha dicho que los requerimientos del artículo 17(2) pueden ser vistos tanto como complemento a una previsión del derecho nacional sustantivo determinado a ser aplicable al contrato, como sustituto de la aplicación de un derecho nacional sustantivo. Aun cuando los árbitros han determinado que una sola ley nacional gobierna la interpretación y ejecución del contrato en cuestión, términos específicos del contrato tienden a adquirir prevalencia sobre principios de derecho establecidos en leyes o fallos judiciales, salvo una expresa provisión legal de efecto obligatorio, por ejemplo relativa al ejercicio del poder estatal¹¹².

Precedentes en materia de Derecho supranacional

Una de las primeras emancipaciones del Derecho nacional en materia de arbitraje se dio con un fallo dentro del procedimiento de la Cámara de Comercio Internacional (1641/1969), conforme al cual, al no haber las partes indicado en sus acuerdos la ley nacional a la que intentaban sujetar sus relaciones o disputas, le han dado implícitamente al árbitro la discreción y el poder para interpretar sus obligaciones, aplicar las reglas de Derecho y en su ausencia, los usos comerciales¹¹³.

Derains cita un fallo del mismo organismo (No. 1581), de 1971, conforme al cual “en tanto el tribunal arbitral deriva sus poderes y su jurisdicción de los términos de referencia y, a diferencia de un tribunal local, está ligado por la voluntad de las partes, cuando ellas la expresaran en mutuo acuerdo”...“en tanto, consecuentemente, a pesar del hecho de que, sorprendentemente como pueda ser visto, *prima facie* a la luz de los principios de derecho internacional privado un caso cuyos elementos centrales están situados en Suiza ha sido vinculado a la legislación francesa, el tribunal está atado a declarar el derecho francés como el aplicable al caso”¹¹⁴.

En 1972, en el caso *The Bremen v. Zapata Offshore Co*, la Corte Suprema de Estados Unidos resolvió que solo tendría un control posterior a los fallos que afecten el orden público (*public policy*). El *dictum* del fallo sugiere que ahora se entiende que los árbitros internacionales tienen no solo el derecho sino la obligación de examinar el efecto de la legislación imperativa foránea a la ley elegida por las partes y la ley del lugar del arbitraje¹¹⁵. Ejemplos comunes son las leyes de defensa de la competencia, de controles de cambio, de restricciones a exportaciones e importaciones, etcétera.

En 1985 la Corte Suprema de los Estados Unidos observó que el tribunal de un arbitraje internacional no se debía a normas de Estados en particular; consecuentemente, no tiene obligación directa de aplicar sus dictados normativos. El Tribunal se encuentra obligado a dar virtualidad a la intención de las partes (*Mitsubishi Motor Corp. V. Soles Chrysler-Plymouth Inc.*)¹¹⁶.

Como derivación de fallos arbitrales impugnados luego ante instancias judiciales, aceptan también la existencia de la *Lex Mercatoria* o de algún otro orden general de reglas como sistema único los siguientes tribunales: Suprema Corte de Austria (caso *Norsolor v. Pabalk Ticaret*, año 1982); Corte de Casación francesa (1981, caso *Fougerolle v. Banque du Proche Orient*); y Cámara de Apelaciones inglesa (1998,

¹¹² Craig, Park y Paulson, obra citada, pg. 331. Ver fallos citados en la nota 38.

¹¹³ La referencia se encuentra en Craig, Park y Paulson, obra citada, pg. 333.

¹¹⁴ El fallo aparece en el *Journal du Droit International*, 1974, pg. 887.

¹¹⁵ Craig, Park y Paulson, obra citada, pg. 343.

¹¹⁶ 473 U.S. 614, 636 (1985), citado por von Mehren, pg. 60. Von Mehren, *Arbitration Between Status and Foreign Enterprises. The Significance of the Institute of International Law's Santiago de Compostela Resolution*, 5 *ICSID Rev. – Foreign Investment L.J.* 54 (1990)

Deutsche Schaubau-und Tiefbohrergesellschaft mbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co. and Shell International Petroleum Co. Ltd)¹¹⁷.

Por lo demás, refiere Carbonneau que la Corte de Casación francesa ha articulado principios que vuelven hermético al litigio internacional y arbitraje del contenido de reglas domésticas contrarias. Por ejemplo, al crear una noción especial de orden público internacional: cuando el refuerzo de un fallo arbitral foráneo es pretendido, el orden público debe confinarse a cuestiones de debido proceso y a requerimientos de justicia procedimental. En Estados Unidos también ocurrió algo parecido al limitarse, por ejemplo, el *forum shopping*, restringiéndose al litigante foráneo al acceso a tribunales norteamericanos aun cuando invoquen el *long-arm jurisdiction*¹¹⁸.

Incluso, aun cuando el derecho aplicable al fondo de la controversia estuviera aparentemente limitado a la selección de un “derecho,” un importante sector de la doctrina y distintos laudos arbitrales decidieron que esa referencia no impedía pronunciarse por la aplicación de principios generales del derecho, *Lex Mercatoria* o derecho transnacional¹¹⁹. Ello implica un paso más en refuerzo a la autonomía del arbitraje¹²⁰.

Debe tenerse, sin embargo, siempre presente la advertencia de Craig, Park y Paulsson, de que pese a toda esta corriente a favor de la aplicación de la *Lex Mercatoria* o del derecho supranacional, no se debería hacerlo de no existir voluntad expresa o presunta de las partes, a fin de no poner en peligro la ejecutabilidad del fallo¹²¹.

Conclusión

La *Lex Mercatoria* o *Nueva Lex Mercatoria* no es ningún fantasma. Instrumentos internacionales como los Principios de derecho contractual de UNIDROIT o la Convención de México, también de 1994, aluden a ella, de manera expresa e implícita, respectivamente, y lo propio ocurre con un respetable número de fallos y con un importante sector de la doctrina internacional. Cada vez más voces se hacen eco del fracaso del derecho internacional privado conflictualista en importantes cuestiones de la contratación internacional, a la vez que aumentan los adherentes de la vía alternativa del derecho supranacional. Queda por resolver el problema semántico y las divergencias metodológicas que requieren de un urgente diálogo a nivel mundial, con una mucho mayor apertura y compenetración hacia técnicas foráneas, para lo cual la disciplina del derecho comparado está llamada a jugar un rol fundamental. Por de pronto, no nos queda sino concluir, de manera general, que la *Nueva Lex Mercatoria*, o como se la llame finalmente, lejos está de constituir un fantasma, y promete ubicarse en el centro del desarrollo del Derecho de los contratos del siglo XXI.

¹¹⁷ Born cita el caso No. 4237 de la Cámara de Comercio Internacional, en que el tribunal considera, pero rechaza, la posibilidad de aplicar la *Lex Mercatoria* o ley de los comerciantes para resolver la disputa. A pesar de la atención que ha suscitado en el mundo académico, pocos fallos arbitrales se han basado en *Lex Mercatoria* y hay importantes controversias sobre su refuerzo en algunas jurisdicciones, como por ejemplo en Inglaterra donde ello fue cuestionado por Lord Mustill. Recientemente, sin embargo, las decisiones judiciales han sugerido con vehemencia que la mayoría de los tribunales reforzarían fallos arbitrales internacionales basados en *Lex Mercatoria* (ver Born, obra citada, pg. 556).

¹¹⁸ Carbonneau, *The Remaking of Arbitration, Design and Destiny*, pgs. 32-33.

¹¹⁹ Horacio A. Grigera Naón, *Los Árbitros Internacionales, ¿Pueden o Deben Aplicar las Leyes de Policía?*, pg. 608.

¹²⁰ Al respecto, dice Grigera: “Ocasionalmente, árbitros que en un primer momento habían concluido que un derecho nacional regiría la controversia se tomaron la libertad, no expresamente consignada en el reglamento (del Tribunal de la Cámara de Comercio Internacional), de excluir la aplicación de ciertas normas sustantivas de dicho derecho nacional que por ser consideradas de naturaleza exclusivamente local y no suficientemente adaptadas a las necesidades o modernas tendencias del arbitraje o del derecho comercial internacional, no serían apropiadas para regir la cuestión litigiosa a ser resuelta...”. Ello, refiere Grigera, “a pesar de la ausencia en el reglamento arbitral de referencia a ese tipo de técnicas...” (Grigera Naón, obra citada, pgs. 608-609).

¹²¹ Craig, Park y Paulsson, obra citada, pg. 337.