

Lex Mercatoria Internacional como instrumento de regulación de las relaciones privadas internacionales

María del Carmen Tovar Gil

1. Introducción

El objeto de estudio del Derecho Internacional Privado es el tráfico jurídico privado externo, y el propósito de la disciplina es construir los mecanismos más adecuados para la regulación de relaciones privadas internacionales.

La solución tradicional propuesta por el Derecho Internacional Privado ha sido la de establecer el Derecho aplicable a las relaciones privadas vinculadas con más de un Estado por medio de normas de conflicto de leyes, es decir, de normas que remiten la solución a un Derecho estatal por medio de la aplicación de un factor de conexión. Estas normas ofrecen una solución abstracta e indirecta que no aporta la previsibilidad y seguridad necesarias. Por ello, hoy en día en que el tráfico de personas y bienes se está incrementando cada día más y se habla de globalización, es preciso explorar todas las herramientas legales que permitan reducir la imprevisibilidad e inseguridad con la que operan los actores en la vida privada internacional, debido a las deficiencias de las respuestas tradicionales que da el Derecho Internacional Privado.

Esto se torna particularmente importante respecto de las relaciones privadas internacionales de carácter mercantil que forman parte del tráfico jurídico privado externo y como

tal son materia del Derecho Internacional Privado. En este contexto, llama la atención comprobar que los comerciantes han generado, en forma espontánea, una respuesta propia a sus necesidades de regulación, mediante la creación de usos, que aplican como la normativa adecuada para sus transacciones internacionales. Estos usos, que no tienen una fuente de generación ni un respaldo estatal, constituyen una realidad que no puede ser desconocida por los juristas.

Consideramos que corresponde a los estudiosos del Derecho Internacional Privado analizar la existencia de este fenómeno, que la doctrina viene denominando Nueva Lex Mercatoria Internacional, y estudiar su posibilidad de aplicación como fuente de Derecho por los árbitros y los jueces de los Estados. Nuestra posición es que la Lex Mercatoria Internacional debe estudiarse dentro del marco del Derecho Internacional Privado, como una nueva herramienta que se ofrece a esta disciplina para la regulación de relaciones privadas internacionales.

2. Derecho Mercantil y Lex Mercatoria

El Derecho Mercantil como disciplina autónoma no ha existido siempre. Por el contrario, su aparición se produce en un momento determinado, como una rama del Derecho Privado, al lado del Derecho Civil, por circunstancias y exigencias históricas.¹

158

De este modo, pese a la intensa actividad económica ocurrida en la época del Imperio Romano, no surge 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 nacimiento del Derecho Mercantil ocurre principalmente en la Edad Media, antes de que se definieran y formaran los Estados nacionales. Con el renacimiento de las ciudades como centros de actividad económica y comercio, el Derecho común existente se adapta 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) los que generan la establecimiento del Derecho Mercantil.² Surge así el Derecho Mercantil, 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.³ Si bien, en esta etapa, podían existir

¹ BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Editorial Tecnos, 1994, p. 51.

² *Ibid.*, p. 53.

³ URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. Vigésimosegunda edición. Madrid: Imprenta Aguirre, 1982, p. 6.

múltiples usos locales, la historia jurídica enseña que es en esta época que se desarrollan las técnicas fundamentales del Derecho cambiario, de transportes y del comercio, que se expandió por Europa gracias a las ferias y a los contratos de transporte marítimo. Los usos del comercio se generalizan en ese momento por el propio interés de los comerciantes, a quienes no les conviene que se den a los términos de sus tratos una interpretación o normativa local. El Derecho Mercantil nace, entonces, con una vocación de uniformidad y universalidad para facilitar las transacciones.

En una primera época, la organización política de la ciudad permite a los mercaderes y artesanos crear consuetudinariamente el Derecho que regula su actividad profesional. Sin embargo, con el fortalecimiento de la soberanía de los monarcas surge una nueva ideología sociopolítica que influye en la formación del Derecho Mercantil. Así se modifica el proceso de formación del Derecho Mercantil. El monarca, por favorecer la unidad política, dicta normas para regular el comercio. La aparición de los Estados nacionales supuso, pues, una importante revolución para el uso como fuente de derecho. El reconocer un mundo dividido en Estados, en el cual no existen territorios no sometidos a determinada autoridad soberana, supone consagrar un principio de territorialidad en la aplicación de las normas que deja poco campo a la creación espontánea de un Derecho uniforme, como era el Derecho Mercantil consuetudinario en la Edad Media.⁴ De un Derecho Mercantil consuetudinario, creado e interpretado por los comerciantes, se deriva a un Derecho Mercantil nacionalista, al amparo de la soberanía del monarca.⁵

A pesar de este cambio en el proceso de generación de normas, el carácter primordialmente consuetudinario se mantiene en el Derecho Mercantil hasta los inicios de la codificación mercantil del siglo XIX. La aparición de las nacionalidades y la consolidación del sistema de Estado nacional llevó, a partir de ese momento, a cada Estado a nacionalizar el Derecho Mercantil y sentar las bases para que la primitiva tendencia a la uniformidad del mismo fuera perdiéndose. Las diferencias pequeñas entre las diversas primeras ordenanzas nacionales se acentuaron en los Códigos y más aun en las legislaciones especiales por causa del nacionalismo y de las distintas concepciones dogmáticas.⁶

Con la codificación del Derecho Mercantil viene también otro viraje en la doctrina, que hasta entonces consideraba al Derecho Mercantil como un Derecho subjetivo —es decir, un Derecho profesional para los comerciantes— para convertirlo en un Derecho objetivo, que regula lo que denomina los «actos de comercio». Este cambio en el enfoque del Derecho Mercantil se remite, fundamentalmente, por la generalización de sus normas

⁴ BEGUIN, Jacques. «Le Developement de la Lex Mercatoria: Menace til le order juridique international». *Mc Gill Law Journal* 478, julio de 1985, pp. 487-488.

⁵ BROSETA PONT, Manuel. Ob. Cit., p.53.

⁶ ZURITA, Jaime. «Otros medios de pago con especial referencia de la letra de pago internacional». En CENTRO DE ESTUDIOS COMERCIALES. *Seminario sobre régimen jurídico de las técnicas bancarias*. Madrid: Ministerio de Economía y Comercio y Cámara Oficial de Comercio de París, 1979, p. 206.

e instituciones. La utilización cada vez más extendida de las instituciones del Derecho Mercantil por no comerciantes lleva a que los doctrinarios de inicios del siglo XIX propongan la aplicación del Derecho Mercantil no solo a los comerciantes, sino a los actos de comercio. Durante el siglo XX, se acentúa la generalización del Derecho Mercantil o la comercialización del Derecho Civil.

No cabe en el marco de este trabajo desarrollar en toda su extensión esta discusión. Para nuestros efectos es, sin embargo, oportuno indicar que consideramos que la importancia de un Derecho Mercantil paralelo al Derecho Civil no está en el contenido de sus normas, sino en la flexibilidad de sus soluciones, que se manifiesta fundamentalmente por la importancia particular del uso. La realidad nos demuestra que, cuando la norma escrita no se adapta a las necesidades del comercio, el comerciante se aparta de ella y crea, en la práctica, normas adecuadas para sus finalidades económicas.⁷ Debe entenderse que el interés del comerciante está en la flexibilidad y agilidad de sus actividades. Por lo tanto, visualiza que la operación se trate dentro de los términos pactados, interpretados con una mentalidad comercial común.⁸

Los términos de seguridad para el comerciante están más orientados, lógicamente, a evaluar la seguridad de la operación en términos de riesgo comercial, es decir, a evaluar la posibilidad de pérdida o ganancia en el negocio, que a la determinación de qué ley o derecho será aplicable a la relación jurídica en caso de conflicto. Por ello, el hecho de que se consagraran diversos derechos mercantiles nacionales no impidió que los comerciantes continuaran creando prácticas y usos en su comercio internacional, usos que por el consenso y repetición se han ido extendiendo y cobran cada vez mayor importancia.

160

El desarrollo del proceso de creación de usos en el comercio internacional actual ha resultado un fenómeno imprevisible frente a los nacionalismos jurídicos. Este fenómeno lleva a lo que se ha considerado una progresiva formación de un Derecho Mercantil uniforme espontáneo, nacido por las exigencias de la vida mercantil internacional.⁹ Es una realidad palpable que la comunidad internacional de comerciantes ha desarrollado una insospechable cantidad de instrumentos jurídicos para su uso, que no tienen otra base jurídica para su aplicación en las relaciones comerciales que el de la voluntad general de la comunidad —o de la voluntad particular de las partes— de aplicarlos.

⁷ Antaki cita diversos ejemplos en los que los usos se han anticipado a la norma. Uno de ellos es la denominada compañía personal, figura similar a la empresa individual de responsabilidad limitada. Indica que la Corte de Quebec nunca levantó el velo de la sociedad, pese a que claramente no se cumplía con la pluralidad de capitales y se usaba esa forma. Posteriormente, se reconoce y regula la compañía personal. ANTAKI, Nabil. «La Role de la Pratique dans la formation du droit commercial et économique de Quebec». *Revue de Droit Université de Sherbrook*, 1984, p. 488.

⁸ CREMADES, Bernardo. «Prólogo». En CENTRO DE ESTUDIOS COMERCIALES. *Seminario sobre régimen jurídico de las técnicas bancaria*. Madrid: Ministerio de Economía y Comercio y Cámara Oficial de Comercio de París, 1979.

⁹ URÍA, Rodrigo. Ob. cit., p. 9.

3. Lex Mercatoria como instrumento del Derecho Internacional Privado

La existencia del fenómeno de creación espontánea de usos por los comerciantes que hemos descrito en el apartado anterior ha llevado a sostener que el conjunto de usos extendidos en Comercio Internacional suponen, en la actualidad, el nacimiento de una nueva Lex Mercatoria. Surge, así, en el plano doctrinal, impulsada principalmente por los profesores Schimithoff y Goldman, la teoría de la Nueva Lex Mercatoria.¹⁰ 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. El punto de partida es el mismo: la existencia de costumbres que escapan de los Derechos locales y que regulan el Derecho Internacional.

Se afirma que existe un movimiento hacia un Derecho Mercantil universal homogéneo y que ya existen los elementos para ello. Llega incluso a decirse que existe una Lex Mercatoria como derecho sustantivo, independiente de todo orden normativo nacional, aplicable a la sociedad de comerciantes.¹¹ La formulación de la idea de la existencia de este orden internacional resulta sin duda tentadora. De un lado, tenemos la naturaleza ya comentada de las relaciones comerciales, que no se adapta a un Derecho nacional determinado o determinable rígido. De otro lado, tenemos la efectiva existencia y aplicación de los usos. ¿Qué quedaría de las relaciones comerciales financieras internacionales si desaparecieran los créditos documentarios, las euroemisiones o los contratos llave en mano?¹² Pese a lo expresado, el extremo de sostener la existencia de una nueva Lex Mercatoria Internacional como un nuevo orden jurídico autónomo ha sido materia de múltiples opiniones y discrepancias.

Consideramos que no cabe llegar al extremo de considerar a la Lex Mercatoria como un orden jurídico autónomo. Creemos que lo que debemos hacer es estudiar la Lex Mercatoria Internacional como una fuente de Derecho Internacional Privado y buscar que se la reconozca como un instrumento que se le ofrece a este para construir soluciones aplicables a las relaciones del tráfico jurídico privado internacional.

Es preciso propiciar la existencia de mayores desarrollos en propugnar y concretar la búsqueda de soluciones sustantivas en la regulación de temas de Derecho Internacional Privado y, particularmente, de los asuntos de carácter mercantil. La Lex Mercatoria se presenta, entonces, como una herramienta útil para estos efectos. Debe buscarse, por medio de aplicación de este instrumento —generado por iniciativa de los propios interesados—, un nuevo mecanismo de solución jurídica. Para ello es preciso asegurar que la

¹⁰ CREMADES, Bernardo. Ob. cit., p. 11.

¹¹ CROFF, Carlo. «The Applicable Law in International Commercial Arbitration: Is Still a Law of Conflict Problem?». *The International Lawyer*, 1982, p. 635.

¹² BEGUIN, Jacques. Ob. cit., p. 483.

Lex Mercatoria pueda ser aplicada no solo por los propios comerciantes, en el desarrollo normal de sus relaciones comerciales, sino también por los árbitros y por los jueces nacionales, cuando ello sea preciso.

4. Aplicación de la Lex Mercatoria por los comerciantes

Para entender la problemática que presenta la Lex Mercatoria Internacional debemos distinguir dos niveles de aplicación de la misma. Un primer nivel está constituido por la aplicación de la Lex Mercatoria por los propios comerciantes. Un segundo nivel, por la aplicación de la Lex Mercatoria por la autoridad llamada a resolver un conflicto. Los dos niveles mencionados son distintos. Sin embargo, no se puede dejar de relacionarlos. No cabría el reconocimiento y aplicación de los usos mercantiles por los árbitros y jueces, sin su existencia previa, como norma entre los comerciantes, pues es en esa aplicación previa donde reside su valor.

Asimismo, resulta inconsistente rechazar la aplicación de los usos para resolver un conflicto por razones estrictamente formales, si constatamos su efectiva y reiterada aplicación directa por parte de los comerciantes. Es una realidad irrefutable la existencia de conjuntos de usos, organizados incluso en cuerpos legales de normas, aceptados y aplicados de hecho por los comerciantes.

162

Los usos mercantiles creados por los comerciantes pueden incorporarse a sus relaciones en distintas formas. Una forma es incorporarse automáticamente, sin necesidad de declaración expresa de los comerciantes, cuando se trata de usos generales considerados obligatorios en el medio. Estos serían usos normativos, es decir, objetivos y con pleno carácter de norma jurídica. Un ejemplo claro de este tipo de norma son las reglas uniformes para el crédito documentario, cuyas disposiciones aplican las partes interesadas a menos que se haya pactado en contra. Estas reglas no son rechazadas jamás por los contratantes, aun cuando no se haya pactado expresamente su aplicación y no tengan un respaldo estatal de existencia.¹³

Otra forma de incorporación de los usos mercantiles es la que se manifiesta por parte de los contratantes. La incorporación puede ser expresa y general al indicar que el contrato se regula por los usos, por la Lex Mercatoria, o por un compendio de usos, como pueda ser una referencia a una determinada versión de los Incoterms. Puede también ser tácita y específica cuando lo que se hace es incluir en el contrato una palabra, o juego de palabras, como puede ser el mencionar que el precio será FOB Callao.

Finalmente, los usos mercantiles también pueden incorporarse tácitamente si se demuestra que tal era la intención de las partes en prácticas anteriores.

¹³ *Ibíd.*, p. 507.

Como ya se ha dicho, los usos mercantiles en el Comercio Internacional surgen de la necesidad de los comerciantes de crear reglas comunes y justas que se adapten a los fines de los operadores del comercio.¹⁴

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 pagar o cumplir pueda dejar de pagarse, o de cumplirse, por la aplicación de un cuerpo legal nacional determinado, por lo que tiende a actuar según fórmulas establecidas por la comunidad de comerciantes.¹⁵

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 estas normas para resolver sus problemas.

La organización de estos usos en reglas uniformes y objetivas por instituciones gremiales como la Cámara de Comercio Internacional de París acentúa esta 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, lo que les da un sentido objetivo y cierto.

Es frente a la realidad descrita en este nivel de aplicación de los usos que algunos juristas se ven tentados a afirmar que existe un sistema jurídico no estatal, creado por los comerciantes, que constituye un sistema jurídico autónomo que regula sus relaciones.

La existencia de este sorprendente repertorio nos llenará de satisfacción en las instituciones jurídicas, en los circuitos económicos, en los agentes, en las empresas, cuando no pasa nada, mientras todo funciona.¹⁶ 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, por ejemplo, la existencia de la empresa para una de las partes. En este caso, una vez agotada la negociación directa, las partes podrían acudir al arbitraje. Los defensores de la Lex Mercatoria como orden jurídico autónomo considerarán que, si se usa este medio de solución de conflictos, se habrá acudido al medio de solución establecido como adecuado por la propia Lex Mercatoria.

Pero puede ocurrir el caso, al surgir este conflicto irreconciliable, que una de las partes se encuentre insatisfecha con la solución que darían los usos. Puede suceder que, por sim-

¹⁴ CREMADES, Bernardo. Ob. cit., p.14.

¹⁵ MARTÍ MINGARRO, Luis. «La patología de los instrumentos internacionales». En CENTRO DE ESTUDIOS COMERCIALES. *Régimen jurídico de las técnicas bancarias en el comercio internacional*. Madrid: Ministerio de Economía y Comercio, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, 1980, p.223.

¹⁶ Ídem.

ple conveniencia en la disputa, un contratante 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 no aceptar ni la aplicación de los usos, ni la del arbitraje como medios de solución del conflicto.

Tendremos así que, en situaciones patológicas, el comerciante desfavorecido puede intentar revelarse y escapar de los usos hasta entonces normalmente aceptados. La posibilidad de escapar la hallará eventualmente en la alternativa de ampararse en un Derecho y en una autoridad nacional.

Si los Derechos nacionales y sus autoridades niegan todo valor a las normas e instituciones de la Lex Mercatoria, su importancia quedará limitada a su aplicación en este primer nivel, vale decir, en el nivel de aplicación directa y voluntaria de los comerciantes.

No puede subestimarse la trascendencia de esta aplicación para el Derecho. El Derecho no solo es tal en situaciones de conflicto o patológicas. El Derecho es Derecho en su aplicación normal y cotidiana. Sin embargo, el Derecho debe estar en capacidad de aplicarse en situaciones de conflicto.

164

Candian nos dice que hay una profunda diferencia entre los que crean la norma y los que la interpretan (juristas), entre los que la interpretan y los que la aplican (los jueces) o entre los que colaboran con su aplicación e interpretación (abogados). Esta diferencia no impide que a los unos y a los otros, artífices y ejecutores, se les imponga el conocimiento y lo más próximo posible de la realidad social.¹⁷

Así, la norma jurídica es forma y recibe la relación con el exterior. La norma no siempre debe obrar sobre la realidad modificándola, sino, más bien, debe asegurar en la respuesta del ordenamiento jurídico su congruencia con la realidad.¹⁸

Según nuestra opinión, la constatación fáctica de la aplicación de la Lex Mercatoria como norma por parte de los comerciantes, y la verificación de que dicha aplicación puede ser excluida en caso de conflictos extremos, es el argumento más contundente para afirmar la necesidad de hallar las bases adecuadas para afianzarla mediante la garantía del reconocimiento estatal. De lo contrario se daría la situación de que la respuesta del Derecho sea ajena a la realidad social que regula.

Si sostenemos que el Derecho debe estar al servicio de la justicia, debemos aceptar que no resulta justo que quienes han generado una norma que respetan y hacen respetar puedan, en situaciones límite, escapar de la misma y ampararse en un Derecho estatal

¹⁷ CANDIAN, Aurelio. *Instituciones de Derecho Privado*. México: Editorial Hispanoamericana, 1961, pp. 34 y 35.

¹⁸ Ídem.

que no hubieran aplicado, valiéndose de la ausencia de un mecanismo de coordinación que permita invocar la Lex Mercatoria como fuente de Derecho estatal.

Es importante que este reconocimiento se concrete. El Derecho debe estar al servicio de la justicia y, si comprobamos que los comerciantes —normalmente y en forma generalizada— respetan y hacen respetar los usos mercantiles, los Estados no deberían permitir que puedan escaparse de ellos y ampararse en el Derecho estatal —que normalmente no aplicaban—, aprovechando la falta de un mecanismo de coordinación legal que permita acudir a esta fuente de Derecho para la resolución de conflictos.

5. Aplicación de la Lex Mercatoria por los árbitros

Cuando, en un conflicto, las partes no consiguen llegar a una solución por mutuo acuerdo, la resolución del litigio quedará en manos de una autoridad. Cuando nos referimos a autoridad nos referimos a la tercera persona que tendrá la capacidad de resolver el conflicto entre las partes. La autoridad puede ser una designada por las partes, o una facultada por los Estados nacionales, con competencia para el caso. Cuando son las partes las que designan la autoridad para la resolución de sus conflictos, estamos frente a la institución del arbitraje.

Podemos decir que los árbitros no tienen, en principio, inconveniente para dar a la Lex Mercatoria el carácter de fuente de Derecho Mercantil internacional y que, ya sea por elección de las partes o por falta de elección, acuden a ella para resolver los conflictos privados internacionales de los comerciantes.

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 con una ley nacional determinada responde a la realidad de los arbitrajes internacionales que no están, en la práctica, necesariamente vinculados con un solo Estado nacional. No puede afirmarse, en el caso de los árbitros, que ellos están vinculados con un conjunto de normas de Derecho Internacional Privado. En el mejor de los casos, están vinculados con 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 es la forma como debe actuar un árbitro internacional para determinar su vinculación a un sistema de normas de conflicto. Tampoco existe una jurisprudencia oficial de todas las decisiones arbitrales¹⁹ que permita llegar a una conclusión definitiva. Sin embargo, sí podemos sacar algunas conclusiones generales por medio 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.

¹⁹ CROF, Carlo. Ob.cit., p. 613.

Tanto en la Convención Europea sobre Arbitraje (artículo VII),²⁰ como en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París (artículo 13)²¹ y la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (artículo 28),²² se establece la libertad de las partes para 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.

Aun 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, principalmente 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 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 por medio de esta norma en los árbitros. Esto ha sido interpretado por algunos autores como una puerta abierta a la desnacionalización del arbitraje.²³

Lo cierto es que, como veremos en la práctica, los árbitros internacionales establecen el Derecho apoyados más en la sabiduría y experiencia que en las normas de conflicto

²⁰ Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional celebrado 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. Si no 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».

²¹ 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».

²² 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 solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así».

²³ CROF, Carlo. Ob.cit., p.641.

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.

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, a que se trate. Vemos, así, que en diversos arbitrajes reportados, los árbitros no han dudado en aplicar la Lex Mercatoria como fuente directa para resolver el caso.²⁴

Así, por ejemplo, en el caso de un contrato de suministro de carbón sudafricano entre una empresa de Nueva York y una de España, en laudo dictado en París por un árbitro único, este resolvió a favor de la aplicación de la Lex Mercatoria. En este caso, el árbitro consideró que ninguno de los elementos 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.²⁵

167

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 qué 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.

²⁴ UNIDROIT. *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*. Roma: UNIDROIT, 1995.

²⁵ Laudo Parcial del 1.º de septiembre de 1988 y Laudo Final del 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.

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 [...].²⁶

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 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.²⁷

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.²⁸

²⁶ Ídem.

²⁷ «Pabalk Ticaret vs. Norsolor». *International Legal Materials*, 1989, p. 360.

²⁸ En la página web 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:

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 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 ICC en 1996. El silencio en el contrato respecto de la ley aplicable y la referencia a los Incoterms son interpretados 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.

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.²⁹

Puede entonces decirse 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 esta, acuden a ella para resolver los conflictos privados internacionales de los comerciantes.

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 unanimidad absoluta de criterio.³⁰

Los árbitros vinculados a la ley peruana tendrán, de acuerdo a lo establecido en la Ley General de Arbitraje, como primera fuente de Derecho para resolver un arbitraje internacional, sometido a su consideración las normas que elijan las partes. A falta de elección expresa, aplicarán las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.³¹

La ley peruana recoge la flexibilidad característica del árbitro internacional de no estar indefectiblemente atado a un sistema de normas de conflicto determinado, y deja a su criterio la determinación de las normas de conflicto a utilizar, lo que le permite, en definitiva, definir con amplia libertad las normas que, en última instancia, regularán el problema de fondo. Esto le deja abierta la posibilidad de aplicar la Lex Mercatoria. Es más, se reconoce expresamente a los árbitros la facultad de decidir con arreglo a las estipulaciones del contrato y se señala que deberá tener en cuenta, de tratarse de un asunto de carácter comercial, los usos mercantiles aplicables al caso.

²⁹ Caso 9875 citado en la página web de UNIDROIT <www.unilex.info>.

³⁰ 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 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 identify the applicable law by choosing the rule of conflict that he considers the most appropriate [...]».

³¹ Ley General de Arbitraje aprobada por ley 26572.

Existen, sin embargo, dos limitaciones fundamentales a la aplicación de la Lex Mercatoria por medio de los laudos arbitrales: en primer lugar, el carácter voluntario de la institución arbitral; en segundo lugar, la dependencia para la ejecución forzosa de los límites de los tribunales nacionales.

La limitación más seria para la eficacia de la aplicación de la Lex Mercatoria por los árbitros está en el carácter voluntario de este procedimiento de solución de controversias. Cuando existe pacto de sometimiento, este medio de aplicación de la Lex Mercatoria puede resultar bastante eficaz. No obstante, la falta de convenio o sometimiento constituye un problema irreducible. No hay posibilidad alguna de nombrar árbitros para la solución del conflicto ni hay compromiso arbitral. Todos los reglamentos internacionales de arbitraje establecen claramente que la competencia de los árbitros debe estar establecida por pacto y se exige que el pacto conste por escrito. Es más, el artículo V c) de la Convención de Nueva York, sobre ejecución de sentencias arbitrales extranjeras permite a los Estados rechazar los laudos arbitrales cuando resulte que no existió compromiso arbitral.³²

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

El otro punto débil de la aplicación de la Lex Mercatoria por medio 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. Sin embargo, es importante señalar 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 del 10

³² El artículo V de la Convención de Nueva York sobre Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras del 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[...]».

de junio de 1958 sobre sentencias arbitrales extranjeras. Esta Convención 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.

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.

Podemos decir, entonces, que la segunda 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, en todo caso, por el contenido de las normas sobre arbitraje de los Estados nacionales.

De otro lado, existe jurisprudencia concreta que ya ha avalado la aplicación de laudos arbitrales en que los árbitros han resuelto aplicando como norma la Lex Mercatoria.

Vemos así que, en el caso antes citado del laudo emitido en un contrato de suministro de carbón sudafricano, 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.³³

171

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.³⁴

Esta sentencia guarda congruencia con otras sentencias dictadas antes, entre ellas con la del caso Norsolor. 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.³⁵

La primera cuestión que debía 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

³³ Laudo Parcial del 1.º de septiembre de 1988 y Laudo Final del 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.

³⁴ Ídem.

³⁵ «Pabalk Ticaret vs. Norsolor». *International Legal Materials*, 1989, p. 360.

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 componedores y no habían excedido sus atribuciones y poderes bajo los términos del acuerdo arbitral.³⁶ Podemos concluir, entonces, que, cuando los jueces nacionales cuentan con normas que facilitan la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, están en capacidad de aceptar la aplicación de un laudo sin cuestionar que los árbitros hallan acudido a las normas de la Lex Mercatoria para sustentar su fallo.

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 flexibles para 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 sobre sentencias arbitrales extranjeras es de particular relevancia.

6. Aplicación de la Lex Mercatoria por los jueces nacionales

172

Cuando quien resuelve el conflicto es un juez o tribunal de un Estado, estamos frente al sometimiento de las partes a un sistema legal y jurídico nacional.

En los diversos casos, el sistema jurídico y, particularmente, las fuentes de Derecho a que la autoridad tenga acceso no son necesariamente los mismos.

A diferencia de los árbitros, los jueces nacionales sí están atados a un conjunto de normas de conflicto que los obligan y que no pueden dejar de lado. Esto lleva a que dependa del marco legal de cada juez la posibilidad de aplicación de la Lex Mercatoria.

La posibilidad, en este caso, de aplicación directa de la Lex Mercatoria, con exclusión de las normas imperativas de una ley nacional, es difícil. Para que sea posible, será necesario que las normas de Derecho Internacional privado del juez lo remitan, de alguna forma, a la Lex Mercatoria:

Existen supuestos en los que cabe esta posibilidad, como la existencia de tratados como la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Esta Convención fue adoptada en el marco de las Naciones Unidas en Viena el 11 de abril de 1980.³⁷

³⁶ Ídem.

³⁷ La Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías fue ratificada por el Perú mediante Decreto Supremo 011-99-RE del 22 de febrero de 1999 y está vigente para el Perú desde el 1.º de agosto de 1999.

La Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías contiene una disposición que reconoce a los usos el carácter de fuente de Derecho para los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Así, su artículo 9 establece que las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas; y, lo que es incluso más importante, dispone también que, salvo haber pactado lo contrario, se considera que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que en el Comercio Internacional es ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo, en el tráfico mercantil del que se trate.³⁸

La Convención también se refiere al valor de las prácticas entre las partes. Su artículo 8 numeral 3), establece que, para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable, deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso y, en particular, las negociaciones, cualquier práctica que hubieren establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.³⁹

Vemos en las disposiciones de esta convención una puerta para la aplicación directa de la Lex Mercatoria Internacional.

Cuando no hay un tratado, el juez nacional deberá recurrir a sus normas de conflicto para establecer el Derecho al que debe acudir para resolver el conflicto. Veremos que, en el marco del Derecho Internacional Privado peruano, al estar prevista la aplicación de la ley elegida por las partes en los contratos, sin limitaciones, queda abierta la puerta para que las partes pacten como Derecho aplicable al contrato la Lex Mercatoria.

³⁸ «Artículo 9:

- 1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
- 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en los contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate».

³⁹ «Artículo 8:

- 1) A los efectos de la presente Convención las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.
- 2) Si el párrafo precedente no fuera posible, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.
- 3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes».

Finalmente, si no hay acuerdo respecto de las normas aplicables al contrato, el juez deberá necesariamente aplicar sus normas de conflicto. Estas difícilmente tomarán como alternativa posible la aplicación directa de la *Lex Mercatoria*. Los puntos de conexión tradicionalmente aceptados, llámense lugar de ejecución o lugar de celebración, entre otros, nos remitirán al Derecho de un Estado nacional determinado.

Una excepción a este tipo de factores de conexión es el uso de la noción *proper law of the contract*. Aunque la noción suele interpretarse como que lleva a la ley elegida por las partes, o a la del lugar de celebración o de ejecución, la que resulte más vinculada, el concepto podría dar la flexibilidad suficiente como para llevarnos también a la *Lex Mercatoria*.

Esta noción, que tiene su origen en el Derecho anglosajón, ha sido recogida por otras normas que vinculan a Europa Continental, que han introducido esta flexibilidad en el factor de conexión aplicable a la categoría obligaciones contractuales. Vemos así que, en el Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, firmado en Roma en 1980, se establece que la ley aplicable al contrato, a falta de elección, es aquella con la que el contrato presente vínculos más estrechos.⁴⁰ También han sido recogidas por la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales (CI-DIP V).⁴¹

Cuando las normas de Derecho Internacional Privado de los jueces los lleven necesariamente a la aplicación de una ley nacional, el juez solo podrá aplicar la *Lex Mercatoria* si hay en sus normas un resquicio que le permita hacerlo.

En este caso, la aplicación de los jueces nacionales de la *Lex Mercatoria* se dará solo en la medida en que el propio Derecho nacional aplicable reconozca esta posibilidad, ya sea mediante la valoración general que hagan de los usos como fuente de Derecho, o de la remisión especial a ellos en las normas específicas aplicables para resolver el caso concreto.

Esta posibilidad, sin embargo, sí existe y se da en la práctica. Vemos que el caso peruano es ilustrativo. Así, el artículo 2 del Código de Comercio establece que los actos de comercio, sean o no comerciantes quienes los ejecuten y estén o no especificados en el Código, se regirán por las condiciones establecidas en él, y, en su defecto, por los usos de comercio observados en cada plaza y, solo a falta de ambas reglas, por el Derecho común.

Sin embargo, estrictamente, en la jerarquía de las fuentes mencionada, las normas específicas del Código de Comercio se mantienen como fuente de mayor importancia que los

⁴⁰ Artículo 4 del Convenio sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales firmado en Roma el 19 de junio de 1980 y Protocolos de interpretación. Véase *Legislación Básica de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 743.

⁴¹ Suscrito en México el 17 de mayo de 1994.

usos. Esta afirmación se ve mediatizada por algunas circunstancias. En primer lugar, si bien el artículo 2 del Código de Comercio establece como primera fuente las normas del propio Código y solo en su defecto la aplicación de los usos, debe notarse que los usos son fuente de mayor importancia que el Derecho común. Ergo, debemos interpretar que, a falta de normas específicas en el Código de Comercio, se aplican primero los usos y solo a falta de usos, el Derecho común.

Por otro lado, es cierto que, para el caso de contratos, el artículo 50 del Código de Comercio establece una disposición especial que señala que los contratos mercantiles — en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción, y a la capacidad de los contratantes— se regirán, en lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en sus leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común y no hace alusión a los usos. Sin embargo, de una interpretación sistemática de ambas normas, debemos concluir que el Derecho común solo será de mayor jerarquía que los usos para los contratos mercantiles en lo relativo a los temas puntuales establecidos en el artículo 50, es decir, básicamente en los aspectos relativos a la formación y modificación del contrato. En lo demás que concierne a la regulación del contenido del contrato, debemos concluir que, como norma general, los usos prevalecen sobre el Derecho común.

Esta circunstancia resulta importante si recordamos que, al aprobarse el Código Civil de 1984, se derogaron paralelamente las disposiciones del Código de Comercio relativas a la compraventa, el mutuo, la permuta, el depósito y la fianza. El sentido de la derogatoria sería que estos contratos se rijan por las normas del Código Civil. Nótese, sin embargo, que no se derogó ni modificó el artículo 2 del Código de Comercio. Por lo tanto, al derogarse la regulación de estos contratos y normar los mismos solo en el Código Civil, la primera fuente de Derecho para regular el contenido de estos contratos será la de los usos. En consecuencia, en estos contratos, que son de la máxima importancia en las relaciones comerciales internacionales, puede sostenerse que, en aspectos de fondo, prevalecen los usos sobre las disposiciones del Código Civil. Esta interpretación también es válida para cualquier contrato mercantil innominado.

Debe además apreciarse que el artículo 50 sobre las relaciones contractuales mercantiles debe complementarse con lo establecido en el artículo 57 del Código de Comercio. Este artículo flexibiliza notablemente la posibilidad de tomar en cuenta los usos, aun en los aspectos en que la ley es considerada como fuente de mayor jerarquía, pues estos deben considerarse como parte de la voluntad de los contratantes y esta voluntad es fuente de indudable importancia en el caso de contratos mercantiles. En síntesis, de lo hasta aquí expuesto podemos concluir que, si bien no se establece explícitamente en el Derecho peruano, los usos como primera fuente general del Derecho Mercantil para muchas relaciones resultará, en la práctica, la primera fuente de Derecho.

Existe otro factor adicional que otorga importancia a los usos. Veremos que, en muchas normas concretas del Derecho común que regulan los contratos, se encontrará de una u

otra forma referencias a los usos, que conceden una insospechada importancia a la Lex Mercatoria. Así, aun cuando se aplique el Derecho común antes de los usos, este no excluye necesariamente la aplicación de la Lex Mercatoria. En el Código Civil, al regular los contratos, encontramos constantes referencias como primera solución de muchas situaciones a los usos. Esto podemos verlo, por ejemplo, en el artículo 1558. Este artículo dispone que la forma, lugar y momento de pagar el precio se establece por pacto y, a falta de pacto, por los usos. Solo a falta de pacto y usos se establece una solución legislativa. Como este artículo, existen muchos otros que remiten la solución a los usos.

7. Conclusión

La Lex Mercatoria Internacional debe constituirse y consolidarse como un instrumento del Derecho Internacional Privado para construir soluciones materiales aplicables a las relaciones del tráfico jurídico privado internacional.

La doctrina y la jurisprudencia, y particularmente la jurisprudencia arbitral, reportan la utilización frecuente de la Lex Mercatoria en las relaciones comerciales internacionales. Sin embargo, esta aplicación no puede darse plenamente y con las características de previsibilidad y seguridad deseables, si no hay un reconocimiento de la misma como fuente de Derecho por parte de los Derechos internos de los Estados.

Debe propiciarse la adopción de mecanismos en el Derecho interno de los Estados que permitan que la Lex Mercatoria Internacional sea reconocida como una fuente privilegiada de Derecho para la regulación de las relaciones comerciales internacionales.