
SILVANA GRANDE

CANDIDATA A DOCTOR EN DERECHO. PROFESORA DE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, UNIVERSIDAD AUSTRAL,
BUENOS AIRES, ARGENTINA.
silvanagrande@gmail.com

**LA LEX MERCATORIA
EN LOS LAUDOS DE LA
CÁMARA DE COMERCIO
INTERNACIONAL**



RECIBIDO OCTUBRE 27 DE 2008, APROBADO DICIEMBRE 9 DE 2008

RESUMEN

En el derecho internacional es muy conocida la controversia sobre la existencia de un ordenamiento jurídico regulador del comercio internacional, también denominada doctrina de la *lex mercatoria*. Los diferentes argumentos de la doctrina en debate se presentan como irreconciliables, sin embargo, todos ellos se basan en postulados comunes.

Este artículo está dedicado a explicar el consenso que aparece en la disputa y confrontarlo con la práctica arbitral internacional para averiguar si dicho acuerdo alcanza para justificar la *lex*. Con ese propósito analizamos los laudos de la Cámara de Comercio Internacional relativos a la elección del derecho aplicable al fondo del litigio y en los cuales los árbitros no contaban con facultades para pronunciarse *ex aequo et bono*.

El resultado principal del estudio es que la existencia de la *lex mercatoria* no puede ser demostrada por la práctica arbitral bajo las condiciones comunes de la doctrina. La única certeza en los laudos es la remisión a los usos del comercio internacional, y el reconocimiento de principios generales establecidos en instrumentos universalmente aceptados.

En conclusión, la *lex mercatoria* necesita fundamento dogmático y fáctico. Es la filosofía del derecho quien debe indagar la legitimidad y estructura del derecho comercial internacional.

PALABRAS CLAVE

Lex mercatoria, Unidroit, arbitraje comercial internacional, usos del comercio internacional, fuentes del derecho, derecho del comercio internacional, derecho trasnacional, principios generales del derecho, derecho global, derecho comercial uniforme.

ABSTRACT

The existence of a legal order regulating international commerce, also called *lex mercatoria* doctrine, is a well known controversy in international law. The different arguments on debate are presented as irreconcilable but all of them are grounded on a common base.

This paper is devoted to the explanation of the consensus present in the argument and to its comparison with the international arbitral practice to finally discover if this agreement suffices to justify the *lex*. For this purpose we analyze the awards of the International Chamber of Commerce regarding the choice of applicable law and in which the arbitrators were called not to pronounce *ex aequo et bono*.

The main result of this study is that the existence of the *lex mercatoria* cannot be proved by arbitral practices under the common conditions of the *lex mercatoria* doctrine. The only certainty on arbitral awards is the reference to international commercial practice and the acknowledgment of international trade principles established on universally admitted instruments.

In conclusion, *lex mercatoria* needs both factual and dogmatic foundation. The international commerce law should still find out its legitimacy and structure with the help of Jurisprudence.

KEY WORDS

Lex mercatoria, Unidroit, international commercial arbitration, international trade usages, sources of law, international trade law, transnational law, general principles of law, global law, uniform commercial law.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA. 2. OBJETIVO DEL TRABAJO Y ELECCIÓN DE LOS LAUDOS. 2.1 OBJETIVO. 2.2 ELECCIÓN DE LOS LAUDOS. 3. RESULTADO DEL RELEVAMIENTO DE LOS LAUDOS. 3.1 IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA *LEX MERCATORIA* COMO ORDENAMIENTO JURÍDICO. 3.2 MODO EN QUE LOS ÁRBITROS APLICAN LA *lex mercatoria*. 3.3 LA APLICACIÓN DE LA *LEX MERCATORIA* Y LOS USOS DEL COMERCIO INTERNACIONAL. 3.4 LA *lex mercatoria* COMO NORMA Y COMO MÉTODO. 3.5 LA *lex mercatoria* Y LOS CONTRATOS SIN LEY QUE LOS GOBIERNE. 3.6 LA EVOLUCIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA *LEX MERCATORIA*. 4. SÍNTESIS DEL ANÁLISIS DE LOS LAUDOS. 4.1 ASUNTO 1717 DE 1972. 4.2 ASUNTO 1434 DE 1975. 4.3 ASUNTO 2291 DE 1975. 4.4 ASUNTO 2375 DE 1975. 4.5 ASUNTO 2735 DE 1976. 4.6 ASUNTO 3093 DE 1979. 4.7 ASUNTO 3131 DE 1979. 4.8 ASUNTO 3380 DE 1980. 4.9 ASUNTO 3894 DE 1981. 4.10 ASUNTO 4237 DE 1984. 4.11 ASUNTO 4761. SENTENCIA PARCIAL DE 1984. 4.12 ASUNTO 4650 DE 1985. 4.13 ASUNTO 4840 DE 1986. 4.14 ASUNTO 5314 DE 1988. 4.15 ASUNTO 5953 DE 1989. 4.16 ASUNTO 5904 DE 1989. 4.17 ASUNTO 6653 DE 1993. 4.18 ASUNTO 7585 DE 1994. 4.19 ASUNTO 6149 DE 1990. 4.20 ASUNTO 6500 DE 1992. 4.21 ASUNTO 7235 DE 1995. 4.22 ASUNTO 8261 DE 1995. 4.23 ASUNTO 7375 DE 1996. 4.24 ASUNTO 8179 DE 1996. 4.25 ASUNTO 9459 DE 1998. 4.26 ASUNTO 9455 DE 1999. 5. CONCLUSIONES FINALES SOBRE LA CONTROVERSIA. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En el ámbito del derecho internacional se debate acerca de la existencia de un ordenamiento jurídico especial regulador del comercio internacional, y que algunos autores denominan moderna *lex mercatoria*. La controversia aún no alcanzó la claridad necesaria para arribar a una solución debido a dificultades primarias, como la falta de dominio de conceptos y terminología provenientes de diferentes tradiciones jurídicas, y porque persisten serias divergencias de naturaleza iusfilosófica.

Ante todo señalamos que existió una *lex mercatoria* en la Edad Media, que dio su nombre a la moderna *lex mercatoria*,¹ pero que debe diferenciarse de esta última. Aquella *lex mercatoria* medieval se encuentra en la base de todo el derecho mercantil occidental. Su evolución y recepción en los distintos sistemas jurídicos no constituye el objeto central del debate sobre la moderna *lex mercatoria* ni de esta obra.

La complejidad de la disputa, especialmente su derivación iusfilosófica, tampoco es materia del presente estudio. La única finalidad perseguida aquí es confrontar ciertos presupuestos de la doctrina –que son indiscutidos por los protagonistas de la controversia–² con la realidad que pretenden explicar. De este modo colaboramos en el debate al menos revelando algunos prejuicios que impiden resolver-

¹ También denominada *new law merchant*, *lex mercatoria* a secas, *transnational law* o nuevo *ius gentium*, entre otras.

² Este acuerdo básico está inscripto dentro de un consenso científico mayor que constituye, en los términos de Aarnio, la matriz dogmática jurídica actual. Aaulis Aarnio, *Lo racional como razonable, un tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

lo. Para alcanzar esa meta, la perspectiva derivada del consenso es tomada como hipótesis de trabajo y aplicada en primer lugar a la definición de una muestra de casos que luego se analizarán a partir de ese mismo consenso. Dada la extensión del estudio la muestra se acotó solo a los laudos de la Cámara de Comercio Internacional³.

En el numeral uno del presente artículo se exponen brevemente las doctrinas más influyentes sobre la *lex mercatoria* y en especial, el acuerdo básico que sostiene la controversia. La perspectiva adoptada en la investigación, y los criterios de selección de los laudos, están detallados en el numeral 2, mientras que en el numeral tres se presentan los resultados del examen de las decisiones arbitrales. Quienes deseen conocer el modo en que fue seleccionado el derecho aplicable por los árbitros encontrarán un resumen de sus decisiones en el numeral 4. Al final del trabajo enunciamos las conclusiones sobre el debate de la *lex mercatoria* a la luz del estudio de los laudos.

1. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1.1 Los orígenes

Los primeros proponentes de la *lex mercatoria* creyeron advertir el surgimiento de un nuevo ordenamiento legal creado espontáneamente por los protagonistas del comercio internacional.

Philippe Kahn reconoció la existencia de una sociedad extraestatal y autónoma, que aplicaba casi por unanimidad un derecho formulario elaborado en el seno de las organizaciones profesionales internacionales. Esa sociedad de comerciantes rechazaba completamente la aplicación de los derechos locales por considerarlos un obstáculo a las relaciones comerciales normales en el ámbito internacional⁴.

Otro de los representantes iniciales de la doctrina de la *lex mercatoria*, Philippe Fouchard, calificó al derecho formulario como anacional debido a que su validez no dependía de un derecho nacional determinado, sino de los lazos de solidaridad –los intereses comunes de los comerciantes– existentes en la sociedad que lo había creado. Además, Fouchard consideró que este ordenamiento anacional era verdadero derecho, puesto que contaba, en forma análoga a los derechos do-

³ Para efectuar un estudio más representativo sobre la opinión de los árbitros, deberían revisarse los precedentes de otros tribunales arbitrales internacionales tales como Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas (Cameca), Inter-American Commercial Arbitration Commission (Iacac), Permanent Court of Arbitration (PCA), International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), American Arbitration Association (AAA), London Court of International Arbitration (LCIA), Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce, y la Cámara de Comercio de la República China, por mencionar algunos de los centros arbitrales más importantes.

⁴ Philippe Kahn, *La vente commerciale internationale*, Paris, Sirey, 1964, citado por Michael J. Mustill, en Maarten Bos y Ian Brownlie (eds.), *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, Oxford, Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce Clarendon Press, 1987.

mésticos, con su propio órgano jurisdiccional, –los árbitros internacionales–, y su propio régimen de sanciones⁵.

Berthold Goldman⁶ sintetizó las ideas de los primeros proponentes⁷ y formuló la teoría originaria de la *lex mercatoria* sobre la base de los siguientes fundamentos⁸. La *lex mercatoria* está compuesta por reglas materiales. Tales reglas son los usos profesionales codificados y los contratos tipo, cuya repetida aplicación en ausencia de referencia contractual clara y expresa, sumada a la convicción de la comunidad internacional de negocios de su obligatoriedad, los eleva al rango de institución consuetudinaria.

Las cláusulas de contratos tipo y los usos codificados son prescripciones que responden a la definición de regla de derecho por revestir un carácter general y estar formulados con la precisión necesaria para que los interesados los conozcan antes de actuar. Son reglas de derecho, además, en cuanto gobiernan de modo efectivo una determinada colectividad.

Según Goldman, las reglas materiales comprenden también los principios generales del derecho, concebidos como normas elaboradas por la jurisprudencia arbitral. Los principios tienen alcance general por su contenido y son universales debido a su esfera geográfica de aplicación. Además, pueden ser encontrados en los distintos derechos nacionales (es el caso, por ejemplo, del principio *pacta sunt servanda*). Sin embargo, para el autor es irrelevante que dichos principios coincidan con o se elaboren sobre la base de los sistemas locales, porque el cumplimiento de éstos no deriva del respeto a una autoridad nacional sino de la conciencia tomada por la sociedad internacional de su obligatoriedad.

Entonces, de acuerdo con la teoría originaria, la *lex mercatoria* está constituida por los principios del derecho comunes a las naciones involucradas en el comercio internacional y por los usos del comercio internacional. Goldman considera a la *lex mercatoria* un sistema de derecho porque está formada por reglas de derecho, aún a pesar de que ese sistema se encuentre incompleto y no resulte enteramente autosuficiente⁹.

⁵ Philippe Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965.

⁶ Berthold Goldman fue uno de los primeros en abrir el debate en el año 1964 con la publicación de su trabajo *Frontières du droit et 'lex mercatoria'*, Paris, Archives de Philosophie du Droit, 1964.

⁷ Además de Philippe Kahn y Philippe Fouchard, contribuyeron a la formación de la doctrina de la *lex mercatoria*, entre otros, Phocion Francescakis, Charalambos Fragistas y Aleksandar Goldstajn.

⁸ La síntesis de los fundamentos de la doctrina de Goldman es tomada de Antoine Kassis, *Théorie générale des usages du commerce*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, Litec, 1984, y de Paul Lagarde, *Approche critique de la lex mercatoria*, Études offertes à Berthold Goldman, Le Droit des Relations Économiques Internationales, Paris, Litec, 1982.

⁹ Goldman admitió que la *lex mercatoria* posee lagunas estructurales y no temporarias, en particular, respecto a la validez del consentimiento (un tema que considera naturalmente inherente a los ordenamientos jurídicos nacionales). Estas lagunas no son percibidas por Goldman como obstáculo para la existencia de la *lex mercatoria* como sistema de derecho transnacional. Berthold Goldman, "La *lex mercatoria* dans les contracts et l'arbitrage internatiaux: realites et perspectives", *Journal de Droit International*, Paris, 1979.

Los elementos constitutivos de la *lex*, en la versión más ambiciosa de la doctrina originaria, son deducidos de los derechos de todas las naciones (*lex universalis* o *macro lex*)¹⁰, mientras que una perspectiva más modesta nos remite solo a un grupo de países (*micro lex*). Esta última tendencia indica que la *lex mercatoria* no requiere ser idéntica en todo el mundo¹¹. Basta que los árbitros confinen sus investigaciones a los sistemas legales más conectados con la disputa para arribar a la solución del caso mediante una parcial internacionalización del derecho privado¹².

1.2 Las objeciones más frecuentes

Michael Mustill, entre otros, objetó la concepción originaria de la *lex mercatoria*¹³. Sostuvo, contra la creciente autonomía de la *lex*, que no existe ninguna autoridad internacional con el poder normativo necesario para crear un ordenamiento jurídico al cual deba someterse toda la comunidad internacional de negocios. Señaló también que la *lex* no puede ser autónoma porque no se basta a sí misma para ser impuesta a los tribunales nacionales. Así, para la ejecución de un laudo decidido sobre la base de la *lex*, deben aplicarse las reglas de jurisdicción del lugar de ejecución del laudo.

Por otro lado, este autor se preguntó qué principios del derecho comercial (aparte de aquéllos demasiado generales para resolver un caso, como el principio *pacta sunt servanda*) son comunes a los sistemas legales de las naciones involucradas. Mustill estimó que la comunidad internacional de negocios es tan heterogénea que resulta imposible alcanzar la unanimidad que presupone la teoría originaria de la *lex* en su desarrollo más ambicioso (*lex universalis* o *macro lex*). Incluso entendió que tampoco es útil la versión que denomina *micro lex* debido a que los principios de la mayor parte de las naciones, o los más estrechamente conectados con la disputa, carecen de certeza y previsibilidad, no son usados en la práctica como derecho aplicable, y tampoco son reconocidos por los jueces nacionales como fundamento de un laudo válido.

Mustill advirtió también que no aparece claramente definida la función del árbitro frente a la *lex*. Cuando el árbitro aplica este ordenamiento legal, ¿crea derecho?, ¿emite un laudo que tiene valor de precedente?¹⁴.

¹⁰ Las denominaciones *micro lex* y *macro lex* o *lex universalis* provienen de uno de los principales detractores de la *lex mercatoria*, Michael J. Mustill, en Maarten Bos y Ian Brownlie (eds.), *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, Oxford, Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce Clarendon Press, 1987.

¹¹ Ole Lando, "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", *International & Comparative Law Quarterly* 34, p. 747 ("...amis communément de la plupart des pays").

¹² Fouchard, ob. cit., p. 424.

¹³ Elegimos las objeciones de Mustill por ser de gran influencia entre sus oponentes. Mustill, ob. cit.

¹⁴ Mustill estima que si el árbitro internacional es simplemente un exponente de la *lex*, entonces, el segundo árbitro no necesita más que atender las razones de su colega sin estar obligado a arribar a la misma decisión, y tiene la libertad de sostener que su predecesor interpretó mal la *lex mercatoria*. Pero también considera que podemos entender que el primer árbitro ha ejercido una función creativa como ingeniero social, y que su sucesor, considerando al primer árbitro como parte del mecanismo regulatorio del contrato bajo el cual actuó, puede por ello sentirse libre de ejercer la misma función bajo su propio contrato aunque arribando a una solución diferente. Ibid., p. 161.

Finalmente, este autor concluyó que si la doctrina de la *lex mercatoria* tiene como único sostén el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, es una concepción jurídica basada simplemente en el *laissez-faire*.

Como reacción a estas objeciones algunos defensores alegaron que la *lex mercatoria* es un cuerpo de normas suficiente para decidir una disputa, pero que no desplaza al derecho nacional aplicable al caso, sino que opera como una alternativa a ese derecho.

Los detractores replicaron contra esta vertiente doctrinal que aunque la *lex* opere de modo alternativo al derecho aplicable, es insuficiente para decidir todos los aspectos de una controversia internacional, e incluso no fue invocada ni aplicada en todos los tipos potenciales de disputas internacionales. Raramente se aplicó en asuntos que versaban sobre vicios del consentimiento o fraude en la preparación, celebración y ejecución de contratos, ni fue utilizada para crear derechos *in rem*, válidos frente a terceros, tales como patentes o derechos de autor, prendas, hipotecas u otros semejantes.

Otra corriente defensora de la *lex mercatoria* le asignó una función no ya alternativa sino complementaria de cualquier otro derecho aplicable. Desde esta perspectiva, la *lex* es la consolidación gradual de los usos del comercio internacional y de las expectativas de los agentes del comercio internacional. Opinan de este modo, por ejemplo, W. Laurence Craig, William W. Park y Jan Paulsson¹⁵ y también, en cierta medida, Clive Schmitthoff quien se pronunció¹⁶ por una complementación provisoria entre la *lex mercatoria* y los ordenamientos nacionales.

El último autor notó una tendencia hacia la independencia de la *lex* gracias a la codificación de los usos del comercio internacional, pero estimó que tal independencia es relativa porque la aplicación de la *lex* depende de las reglas de derecho internacional privado de los sistemas nacionales.¹⁷ Por este motivo no se puede afirmar la existencia de un derecho profesional de los comerciantes como lo fue la *lex mercatoria* medieval¹⁸.

¹⁵ Estos autores entienden que *lex* es útil considerada como una concatenación incompleta de usos del comercio internacional. W. Laurence Craig, William W. Park y Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3 ed. New York. Oceana Publications, Inc./Dobbs Ferry, 2000.

¹⁶ De acuerdo con lo analizado por Antoine Kassiss, ob. cit.

¹⁷ Clive Schmitthoff observó que mientras el derecho internacional privado apunta a la localización de un litigio en un sistema de derecho territorial evaluando el punto de contacto con relación a un orden legal nacional, el derecho transnacional (también denominado *lex mercatoria* o derecho moderno del comercio internacional) tiende a encontrar una solución a nivel supranacional. El derecho transnacional, estimó este autor, se caracteriza esencialmente por el hecho de que es distinto de los sistemas de derecho nacional y es, en ese sentido, anacional mientras que cada sistema de reglas de conflicto forma parte integrante de un sistema de derecho nacional. Kassiss, ob. cit.

¹⁸ La *lex mercatoria* de la Edad Media constituyó un cuerpo de reglas consuetudinarias universales desarrolladas por la comunidad de comerciantes a través de los derechos de las ferias, las costumbres del mar y los tribunales especiales compuestos por comerciantes. Fue el producto de la estratificación de la población en estamentos profesionales, que era el orden social aceptado. Ese derecho cosmopolita fue incorporado entre los siglos XVII al XIX a los distintos derechos estatales de las naciones que adquirían su fisonomía actual.

Schmitthoff identificó a la *lex mercatoria* con los nuevos usos del comercio sobre la base de la noción de usos del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos de América¹⁹ y, finalmente, concluyó que la *lex* está fundada en la autonomía de la voluntad de las partes.

La asimilación de la *lex mercatoria* a los usos del comercio internacional, ya sea que opere de modo alternativo o complementario, no está libre de objeciones, por cuanto se la acusó de dilución de la *lex* en los usos y las costumbres. Quienes advierten la dilución observan que los defensores deberían explicar dónde radica la diferencia entre los usos y las costumbres del comercio internacional, y aquellos otros usos y costumbres que formarían parte del contenido de la *lex*.

Respecto a la extensión de los usos del comercio internacional que integrarían la *lex* existen dos proposiciones básicas. La primera tesis considera a los usos de un modo amplio, como todas las prácticas de los comerciantes generalmente seguidas por ser consideradas obligatorias en ausencia de expresa estipulación contractual en contrario. En estos casos, la *lex* estaría constituida o sería asimilada a los nuevos usos del comercio internacional²⁰. La segunda vertiente señala como usos constitutivos de la *lex* solo a aquellas prácticas formalizadas bajo determinados estándares o formularios, y que expresarían, siguiendo a alguno de sus proponentes, el sentido de justicia de los agentes del comercio²¹.

La crítica que se le formula a la primera posición es que los usos asimilados a la *lex* (incorporados tácitamente al contrato o al derecho relevante aplicable) son aquellos que se han venido aplicando a la solución de los casos, con independencia de la *lex* y sin necesidad de asignarles un estatus jurídico distinto al que ya poseen²².

Los objetores a la segunda variante alegan que la simple repetición de contratos celebrados bajo iguales términos es tan coherente con la autonomía de las partes como con la subordinación de las mismas a un sistema legal de normas obligatorias. Por ese motivo, y de acuerdo con el razonamiento de Mustill, no puede deducirse de la simple reiteración de actos similares la existencia de la *lex* como una fuente del derecho. Como mucho, esa práctica podría crear un grupo de normas particulares para determinadas actividades comerciales pero esto, opina Mustill, es bastante distinto a la premisa teórica de los defensores de la *lex mercatoria*, que sostienen que la *lex* surge espontáneamente de la estructura del comercio internacional.

Además, el uso de formularios solo traduce la necesidad de distribuir los riesgos de un modo conocido sin tener que trabajar los detalles de cada transacción. Si los agentes del comercio desean variar la distribución de los riesgos en una tran-

¹⁹ Ese código define los usos y las costumbres como todas las prácticas observadas con tal regularidad que puede preverse que serán observadas del mismo modo en el futuro.

²⁰ Es la opinión de Craig, Park y Paulsson, ob. cit., de Clive Schmitthoff, ob. cit., y de Kassiss, ob. cit.

²¹ Es la posición de Philippe Kahn, ob. cit..

²² Es la crítica de Mustill, ob. cit., y de Kassiss, ob. cit..

sacción particular, en la práctica modifican los formularios y esto no produce un modelo más justo que el anterior sino uno más adecuado a la nueva distribución de riesgos que desean pactar.

1.3 Revisión de la controversia y propuestas actuales

Entre los autores actuales que realizaron una revisión de toda la controversia sobre la *lex mercatoria* encontramos a Peter Klaus Berger y Emmanuel Gaillard. Berger²³ entiende que el concepto *lex mercatoria* tiene tres significados básicos en la doctrina internacional.

El primer significado otorgado a la *lex* es el de una masa legal de reglas y principios sin ninguna consistencia interna o calidad sistemática que deriva su validez y eficacia del principio de la autonomía de la voluntad de las partes receptado en la mayoría de los estados del mundo, pero cuyo último fundamento sería la soberanía de los estados que otorgan a sus ciudadanos esa libertad a través de sus legislaciones²⁴. El segundo punto de vista define a la *lex* como a la totalidad de los usos comerciales constituyentes de un *ius comune* de hecho²⁵.

Berger estima que estos dos puntos de vista no entran en colisión con la teoría tradicional de las fuentes porque están lejos de afirmar que el derecho transnacional sea un sistema autónomo. Ambas concepciones entienden que el principio de autonomía está siempre ligado a un particular ordenamiento doméstico. Solo una parte de la doctrina concibe a la *lex* como un sistema legal supranacional e independiente, ubicado entre el derecho nacional y el derecho internacional público (cuya justificación y validez pueden derivar de su propia existencia autónoma²⁶ o del principio de la autonomía de la voluntad de las partes pero entendiendo a este principio como regla meta-legal)²⁷.

Berger defiende la tesis según la cual la *lex mercatoria* es un sistema jurídico autónomo y abierto porque se va definiendo mediante la descripción del conjunto de reglas, principios y estándares que lo componen, y que se encuentran en constante elaboración por abogados, árbitros y comerciantes internacionales. Es un derecho de naturaleza híbrida que combina elementos del derecho comercial y del derecho internacional público, y para cuya sistematización es necesario valerse de un método interdisciplinario que incluya al derecho privado en general, al derecho internacional privado, al derecho internacional público y al derecho comparado.

Las características de este tercer orden jurídico son la universalidad de carácter, la flexibilidad y la capacidad para crecer, la informalidad y rapidez de su desarrollo, y su basamento en la costumbre y la práctica comercial.

²³ Klaus Peter Berger, *The Creeping codification of the Lex Mercatoria*, The Hague, Kluwer Law International, 1999.

²⁴ Berger entiende que es la tesis de Charalambos Fragistas, idem.

²⁵ Berger, ob. cit., cita como ejemplo de esta tesis las ideas de Jan Paulsson.

²⁶ De acuerdo con Berger ob. cit., aquí encontramos a la mayoría de la doctrina francesa.

²⁷ Berger ob. cit., considera representante de esta posición a Clive Schmitthoff.

Gaillard sostiene que la expresión *lex mercatoria* es utilizada en forma genérica –tanto por defensores como por detractores, ya sea en el ámbito académico como en la práctica del arbitraje, – para denominar a todas las reglas que no pertenecen a una jurisdicción nacional determinada²⁸. De acuerdo con su concepción, la *lex* comprende las denominadas reglas transnacionales (reglas que no se originan exclusivamente en un sistema nacional particular), y los usos del comercio internacional (la práctica especial generalmente seguida en un negocio o actividad comercial particular)²⁹. A su vez, las reglas transnacionales incluyen las normas comunes a varios sistemas legales determinadas sobre la base del método del tronco común y los principios generales del derecho comercial internacional (deducidos de los principales sistemas legales y de fuentes internacionales como los precedentes arbitrales y las convenciones internacionales que hayan demostrado amplia aceptación en la comunidad internacional)³⁰.

Gaillard prefiere denominar “reglas transnacionales” a la *lex mercatoria*, y rechaza de plano el calificativo anacional. Este autor considera que no es necesario remitirse a reglas de origen internacional para satisfacer las necesidades del comercio internacional. Cada sistema legal puede regular las relaciones legales internacionales por medio de reglas sustantivas que difieran de aquellas que gobiernan las relaciones legales domésticas. En consecuencia, el autor entiende que los términos “reglas transnacionales” y “principios generales del derecho del comercio internacional” son preferibles a *lex mercatoria* porque implican que la solución al problema de la comunidad internacional de negocios puede encontrarse también en los sistemas legales nacionales³¹.

Este autor respondió del siguiente modo a las objeciones más relevantes contra la *lex mercatoria*. La idea de que la elección del derecho aplicable debe restringirse necesariamente a un ordenamiento legal completo (de modo análogo a los derechos nacionales) es cuestionable a partir de la vigencia de los estatutos que siguen al artículo 1496 del Código de Proceso Civil Francés,³² y que permiten a las partes señalar las reglas de derecho aplicables (*rules of law*) en lugar de referirse úni-

²⁸ Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, *On International Commercial Arbitration*, Emmanuel Gaillard y John Savage (eds.), The Hague, Kluwer Law International, 1999, p. 806.

²⁹ Idem. En cuanto a la extensión de los usos rechaza la teoría amplia.

³⁰ Las convenciones que cumplen con ese criterio son principalmente la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, la Convención de La Haya de 1985 sobre derecho aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, la Convención de Roma de 1980 sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales, y los Principios del Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales.

³¹ Así, mientras que el concepto *lex mercatoria* parece sugerir la especificidad de las normas transnacionales, los términos “reglas transnacionales” o “principios generales” implican por el contrario que tales reglas están enraizadas en los sistemas legales nacionales. El concepto no es más de oposición entre sistema legal nacional y un hipotético sistema legal transnacional, sino más bien uno de complementariedad. “Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Discriminating Application of the Transnational Rules”, en *Planning Efficient Arbitration Proceedings – The Law Applicable in International Arbitration*, Congreso de la ICCA, Serie 7 Conferencia de Arbitraje de Seúl de 1994, Ed. Kluwer, 1996, p. 572

³² El artículo 1496 aplicable al arbitraje internacional (Introducido al Código de Proceso Civil por el Decreto 81-500 del 12 de mayo de 1981, publicado en el *Boletín Oficial* el 14 de mayo de 1981) prevé que el árbitro debe decidir las disputas de acuerdo con las reglas de derecho elegidas por las partes pero que en ausencia de tal elección, debe decidir según las reglas que estime apropiadas y en todos los casos debe tomar en cuenta los usos del comercio.

camente al derecho aplicable (*law*).³³ Esto significa que los contratantes pueden elegir tanto un derecho nacional como reglas transnacionales (*lex mercatoria*) para la designación del derecho material o de las normas de conflicto aplicables³⁴.

Gaillard entiende que la concepción de la *lex mercatoria* como una doctrina de *laissez-faire*³⁵ está basada en dos ideas equivocadas: que la *lex* es un ordenamiento legal (además incompleto), y que su contenido fundamental, si no el único, es el principio *pacta sunt servanda*.

Si la *lex* es considerada como un ordenamiento legal incompleto, cualquier contrato que la señale como derecho aplicable podría quedar gobernado solo parcialmente por reglas de derecho, y esto conduciría al reconocimiento de contratos sin derecho que los gobierne (*contracts sans loi*).

Por otra parte, si el contenido de la *lex* es reducido al principio *pacta sunt servanda*, resultará que los términos del contrato prevalecerán sobre cualquier otra norma, y esto otra vez nos llevaría a un contrato sin derecho que lo gobierne. Sin embargo, para este autor, la teoría de la *lex mercatoria* se distingue perfectamente de la doctrina de los *contracts sans loi*³⁶. La libertad de las partes para elegir el derecho aplicable no se extiende hasta el punto de permitirles rechazar la necesidad de que el contrato sea gobernado por alguna regla. Los laudos de la Cámara de Comercio Internacional que se enrolaron expresamente en la doctrina de los *contracts sans loi* muestran, según el autor, que los contratos no fueron autosuficientes para resolver la disputa puesto que los árbitros necesitaron aplicar alguna regla de derecho (como los principios generales del derecho) para arribar a una solución.

Gaillard contestó a la opinión de algunos autores sobre la imposibilidad de determinar el contenido exacto de los principios generales del derecho³⁷ (o, lo que es lo mismo, la carencia de organización de las diversas reglas agrupadas bajo el rótulo *lex mercatoria*)³⁸ que estos principios generales están especializándose en forma creciente en la práctica arbitral, y que tienden en la actualidad a ser un coherente juego de reglas que, aunque sea incompleto, presenta una de las características principales de un ordenamiento legal: contiene reglas generales que orientan la creación de reglas específicas.

³³ Tienen como fuente al artículo 1496 del Código de Proceso Civil Francés las siguientes disposiciones: artículo 17 de las Reglas de Arbitraje de la CCI (1998); artículo 28(1) de las Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (1997); artículo 22.3 de las Reglas de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (1998); artículo 24(1) de las Reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo (1999); artículo 1054 del Código de Procedimiento Civil de los Países Bajos (1986); artículo 187 del Estatuto Suizo de Derecho Internacional Privado (1987); artículo 834 del Código Italiano de Procedimiento Civil (1994); artículo 1051 del Código Alemán de Procedimiento Civil (1998); artículo 1445(2) de la Ley Mexicana de Arbitraje (1993); artículo 2 de la Ley de Arbitraje de Brasil (1996) entre otros.

³⁴ Gaillard, ob. cit., p. 791.

³⁵ Es una objeción de Mustill, ob. cit.

³⁶ Gaillard, ob. cit., p. 799.

³⁷ Es una objeción de Mustill, ob. cit.

³⁸ Es una de las objeciones de Lagarde, ob. cit.

Comparada con un derecho nacional determinado, la *lex mercatoria* es descrita por sus detractores como vaga, incompleta e imprevisible³⁹. Gaillard considera que tales observaciones se deben más al desconocimiento de la naturaleza del arbitraje que a la utilización de principios generales para resolver las disputas.

Los tribunales arbitrales no son permanentes ni se encuentran jerárquicamente estructurados como los tribunales nacionales, por ello los precedentes arbitrales no pueden aspirar al mismo grado de consistencia que los de un tribunal nacional. Si desde el punto de vista de la predicción de las reglas aplicables el ideal es un derecho nacional como lo aplica un tribunal nacional, no hay duda de que los tribunales arbitrales ofrecen menos grado de predicción y certeza. Pero en el contexto del derecho internacional, el autor estima que la pregunta relevante es si los árbitros internacionales cuando deciden un caso con fundamento en los principios generales del derecho del comercio internacional son significativamente menos predecibles que los árbitros internacionales que aplican un derecho nacional, o incluso que un tribunal nacional que resuelve sobre la base de un derecho que no es la *lex fori*.

Finalmente, Gaillard entiende que es imposible encontrar dentro de la *lex mercatoria* un conjunto de reglas que sea accesible y certero para conducir eficientemente las transacciones si se persigue la elaboración de una lista de principios generales. Las reglas transnacionales son esencialmente un método que permite elaborar y aplicar cuantos principios sean necesarios para resolver cada situación en disputa.

Berger⁴⁰ opina distinto respecto a la forma en que la *lex mercatoria* es receptada y aplicada. Propone como meta la codificación de la *lex* mediante el desarrollo y la redacción de las normas y los principios que la integran a partir del método legal comparativo y de un acercamiento interdisciplinario. Berger imagina una codificación evolutiva y abierta, hecha a medida del sistema legal abierto que es la *lex mercatoria*, pero a cada momento definida y capaz de ser invocada y probada ante un tribunal arbitral.

1.4 Tesis comunes a las diversas doctrinas

Hasta aquí se han expuesto las divergencias doctrinarias que nutren la controversia. Pero a pesar de las disparidades, en dichas posiciones existe un acuerdo básico que consiste en considerar al problema de la *lex mercatoria* solo como referido a la definición del derecho material aplicable a la solución de fondo del asunto. Por ello, tanto se excluye lo atinente a cuestiones jurisdiccionales y procesales como expresamente se rechaza la posibilidad de evaluar a la *lex* como norma de conflicto unificadora o universal⁴¹.

³⁹ Esta crítica es principalmente formulada en los países del *common law* según Gaillard, ob. cit.

⁴⁰ Berger, ob. cit., p. 43.

⁴¹ Sin embargo, admiten la presencia de la *lex mercatoria* en cuestiones distintas a la elección del derecho de fon-

Otro condicionamiento aceptado por todos en el debate es reducir la acción de la *lex* al ámbito del arbitraje comercial internacional y olvidar que su existencia podría ser analizada en el ámbito jurisdiccional local.

Además del acuerdo básico mencionado pueden encontrarse en forma latente presupuestos iusfilosóficos que actúan como prejuicios limitantes de la disputa y condicionan sus resultados. Predomina una definición de derecho coercitiva que lleva a identificar al derecho con el ordenamiento jurídico y a la validez extrínseca del ordenamiento jurídico con la eficacia del mismo. Debido a ello, en el marco de la discusión, carece de sentido el análisis de la necesidad de una norma de reconocimiento o al menos una norma fundamental hipotética que otorgue validez, coherencia y legitimidad al mentado ordenamiento jurídico. La efectividad es el único argumento de legitimidad de la *lex* en la disputa.

2. OBJETIVO DE ESTE TRABAJO Y ELECCIÓN DE LOS LAUDOS

2.1 Objetivo

Como se adelantó en la Introducción, la intención de esta investigación es confrontar los supuestos teóricos indicados poniéndolos a prueba con la realidad. Para ello se asume la perspectiva de análisis derivada del consenso, y se la aplica a la definición de una muestra de casos. De este modo llegamos a establecer como objeto de estudio la relevancia que la aplicación de la *lex mercatoria* tiene para los árbitros comerciales internacionales, y las condiciones bajo las cuales los mismos la eligen como derecho material aplicable a las soluciones de fondo.

Nos basamos en las decisiones de los árbitros de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) emitidas desde el año 1974 hasta el año 2000 que se encuentran publicadas en la colección oficial de laudos de la CCI⁴².

Más allá de remitirnos a la opinión de los árbitros por el rol creador que los defensores de la *lex* le asignan, la importancia de los mismos reside en que sus decisiones pueden basarse en un derecho distinto al nacional o incluso en un sistema de reglas distinto al indicado por las normas de conflicto de un derecho local, porque el arbitraje internacional en principio no está limitado por un orden jurídico de base⁴³ o por la *lex fori*⁴⁴.

do Craig, Park y Paulsson, ob. cit., p. 646, notas 63 y 64, y Berger, ob. cit., pp. 282 y 300, en ambos casos al citar el Asunto 1434 de 1975.

⁴² Collection of ICC Awards editados en forma conjunta por ICC Publishing, Paris - New York y Kluwer Law International (Tomos I, II y III), es la publicación oficial de laudos de la CCI.

⁴³ Pierre Mayer, "Le mythe de 'l'ordre juridique de base' (ou Grundlegung)", en *Le Droit des Relations Économiques Internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982.

⁴⁴ Pierre Lalive como árbitro en el Asunto 1512 del año 1971 (Collection of ICC Awards) afirmó: "...the international arbitrator does not dispose of any *lex fori* from which he could borrow rules of conflicts of law".

La Colección no incluye el texto completo de las decisiones sino los extractos que la CCI resuelve publicar a fin de preservar el anonimato de las partes. Esto significa que no se publican todos los casos, y que los publicados no se encuentran completos. Por ello no es posible conocer, fuera de los laudos de la Colección, si existen otros asuntos en los que se haya planteado ante árbitros de la CCI la aplicación de la *lex* y el resultado del eventual planteo.

Se señala además que la mayoría de los pronunciamientos están publicados junto con observaciones, las cuales no han sido tomadas en cuenta para la elección del laudo porque no reflejan la opinión del árbitro sino la del editor de la colección⁴⁵.

Sin embargo, estos comentarios fueron de gran valor para interpretar los laudos una vez elegidos.

2.2 Elección de los laudos

En principio fueron seleccionadas todas las sentencias arbitrales que se refieren a la *lex mercatoria*⁴⁶ de acuerdo con el índice temático de la Colección que suman cuarenta y cinco pronunciamientos y forman la primera categoría de decisiones (las denominaremos las “sentencias analizadas” o “total analizado”). Queríamos saber qué casos eran considerados por la propia CCI como referidos a la *lex mercatoria*.

Entre esos cuarenta y cinco casos, seis tratan cuestiones formales (la competencia de los árbitros, la validez de la cláusula compromisoria, la extensión de esa cláusula a sociedades controladas cuando el acuerdo de arbitraje fue suscripto por la controlante, etc.), y fueron descartados porque no responden al objeto del trabajo como ya definimos. Debía tratarse de cuestiones de fondo como lo indica el consenso doctrinario.

El resto de los laudos (treinta y nueve decisiones) resuelven asuntos sustanciales e integran una segunda categoría de laudos analizados. Fueron separadas de esta categoría las decisiones en las que los árbitros debían pronunciarse *ex aequo et bono* (siete casos) porque la aplicación de *lex mercatoria* se hacía sobre la base de la equidad lo cual impedía indagar su relevancia como ordenamiento jurídico tal como se encuentra definido en la controversia.

Excluimos también seis decisiones en las que la elección del derecho aplicable no fue considerada por los árbitros. En estos casos, los árbitros actuaron con la prudencia propia de su función, y resolvieron los litigios mediante la indagación

⁴⁵ Los comentaristas de los laudos son Jean-Jacques Arnaldez, Yves Derains y Sigvard Jarvin.

⁴⁶ La expresión “reglas transnacionales” que otros autores prefieren utilizar para denominar a la *lex* no es término utilizado en la Colección. Sin embargo, son utilizadas expresiones como *international principles*, *general principles of law*, *general principles of law applicable in Western Europe*, *general principles of international commercial law*, *international trade usages*. Un trabajo más extenso, que excede nuestro objetivo, debería analizar también los casos resueltos con fundamento en dichas expresiones a fin de conocer qué tipo de relación existe para los árbitros de la CCI entre todos estos conceptos y el de *lex mercatoria*.

de la razonabilidad de la conducta de las partes frente a las circunstancias particulares.

A continuación adelantamos las conclusiones a las que arribamos del estudio de las cuarenta y cinco sentencias. Al final de este trabajo agregamos una síntesis de las decisiones que la CCI señala como referidas a la *lex mercatoria* que resolvieron la elección del derecho aplicable al caso y solucionaron el fondo del litigio, y en las cuales los árbitros no contaban con facultades para pronunciarse *ex aequo et bono*. Son veintiséis laudos que forman una tercera categoría de decisiones analizadas y que por su importancia denominamos las “sentencias o casos relevantes”⁴⁷.

3. RESULTADO DEL RELEVAMIENTO DE LOS LAUDOS

3.1 Importancia de la aplicación de la *lex mercatoria* como ordenamiento jurídico

Una vez analizadas el total de las sentencias que la CCI señala como referidas a la *lex mercatoria* encontramos que las sentencias que denominamos sentencias relevantes (veintiséis decisiones que representan casi el 58% del total analizado) son los pronunciamientos que de acuerdo con los términos de la controversia podían arrojar algún resultado sobre la relevancia de la *lex mercatoria* en las decisiones de los árbitros bajo las normas de la CCI. Las demás decisiones (el 42% restante del total analizado) fueron descartadas como señalamos anteriormente porque no se referían a la *lex* como sistema de normas, o no resolvían las cuestiones de fondo o no trataban la elección del derecho aplicable.

Dentro de la categoría de casos relevantes mencionan expresamente a la *lex mercatoria* dieciséis sentencias (el 61% de las sentencias relevantes o el 35,5% del total analizado) de las cuales once se pronuncian a favor de la aplicación de la *lex* (el 42% de las sentencias relevantes o el 24,4% del total analizado), y cinco rechazan su aplicación (el 19% de las sentencias relevantes o el 11% del total analizado).

Es interesante notar que la *lex mercatoria* no es mencionada en el casi 39% de las sentencias relevantes (el 22% del total analizado). Esto indicaría en definitiva que no puede apoyarse la tesis de la existencia de la *lex mercatoria* como derecho aplicable a la solución de controversias en el comercio internacional con fundamento en la jurisprudencia de la CCI porque aún sobre la base de la cantidad de laudos que la CCI indica como referidos a la *lex mercatoria* (en donde los porcentajes deberían ser muy altos) únicamente el 24% se pronuncian en favor de

⁴⁷ Son los pronunciamientos dictados en los siguientes asuntos: 1434, 1717, 2291, 2375, 2735, 3093, 3131, 3380, 3894, 4237, 4650, 4761, 4840, 5314, 5904, 5953, 6149, 6500, 6653, 7235, 7375, 7585, 8179, 8261, 9455, 9459.

la misma como derecho aplicable, y solo el 9% la aplica en forma exclusiva como veremos a continuación⁴⁸.

3.2 Modo en que los árbitros aplican la *lex mercatoria*

Entre los once casos que utilizan la *lex mercatoria* como derecho aplicable a la solución del litigio, la *lex* se aplicó del siguiente modo: en cuatro casos se eligió a la *lex* como único derecho aplicable (es el 9% de casos analizados); en cuatro casos se eligió a la *lex* como derecho aplicable junto con los principios generales del derecho, los principios del derecho comercial, los principios Unidroit, o los usos del comercio internacional, en diferentes combinaciones pero siempre en un mismo pie de igualdad (el 9% de los casos analizados), y en tres casos se aplicó la *lex* supletoriamente, ya sea de un derecho nacional indicado como aplicable por el árbitro (dos casos) o de los términos del contrato (un caso).

Los laudos que eligen solo a la *lex* como derecho aplicable representan casi el 9% del total de casos. Esta proporción es idéntica a la de los laudos que deciden aplicar la *lex* juntamente con otras fuentes (los principios generales del derecho, los principios del derecho comercial, los principios Unidroit, o los usos del comercio internacional. Con más frecuencia los últimos). La igualdad indica que la aplicación exclusiva de la *lex* no predomina sobre la aplicación conjunta, y ello quizá esté motivado por la falta de previsibilidad y certeza de los principios que constituyen la *lex*, y por la falta de aceptación universal de la misma, lo cual lleva a los árbitros a preferir mencionar junto con la *lex* otras fuentes más conocidas y de probada legitimidad para resguardar a sus laudos de posibles declaraciones de invalidez en las jurisdicciones nacionales al momento de su ejecución.

3.3 La aplicación de la *lex mercatoria* y los usos del comercio internacional

Existen datos que indican que los árbitros tienden a asimilar la *lex* a los usos del comercio internacional. En primer lugar, la aplicación de la *lex* juntamente con los usos como formando un bloque normativo indiferenciado. Esto se observa en las últimas sentencias, y se confirma además porque de la totalidad de los casos que invocan los usos y las costumbres de acuerdo con el índice temático de la CCI, un poco más de la mitad lo hacen en forma conjunta con la *lex mercatoria*.

En segundo lugar, la inexistencia de casos que apliquen la *lex* y los usos del comercio internacional en forma supletoria quizás indique que éstos son asimilados por los árbitros a la *lex*. Este hecho haría que la complementación perdiera sentido. Finalmente, entendemos que el dato más importante es la existencia de casos que

⁴⁸ En el Asunto 4761 de 1984 el comentarista Jean Jacques Arnaldez manifestó que a pesar del vivo interés por lo que se llama *lex mercatoria*, se constata que con relación al número total de casos sometidos arbitraje según las reglas de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, la *lex mercatoria* no hace su aparición más que raramente.

la CCI indica como referidos a la *lex*, pero que no hacen mención a ella, y que se resuelven con fundamento en los usos del comercio internacional.

3.4 La *lex mercatoria* como norma y como método

En aproximadamente el 20% del total de casos analizados, como señalamos arriba, los árbitros no aplican la *lex* expresamente, tampoco la rechazan (ni siquiera la mencionan), sin embargo, son señalados por la CCI como referidos a la *lex mercatoria*. Encontramos que en este grupo de casos o se invocaron los usos del comercio internacional (la mayoría) o se eligió el derecho aplicable a través de la vía directa, o mediante la invocación de los principios generales en materia de conflicto de leyes.

Quizás este dato podría tomarse como un indicador más de la inclinación a identificar a la *lex* con los usos del comercio internacional como dijimos, pero también muestra una tendencia a confundir la utilización de la vía directa o de los principios generales en materia de conflicto de leyes con la aplicación de la *lex* como norma de conflicto.

Ello probablemente sea consecuencia de la influencia de cierta doctrina que intenta ver en la *lex* no solo un ordenamiento jurídico sino también un método (el más adecuado) para la elección de las normas aplicables al comercio internacional⁴⁹.

3.5 La *lex mercatoria* y los contratos sin ley que los gobierne

Podríamos decir que no existe un peligro real de que los árbitros, por vía de la aplicación de la *lex mercatoria*, otorguen al principio de autonomía de la voluntad de las partes un alcance tal que los obligue a abandonar la búsqueda del derecho doméstico aplicable. La proporción de casos que eligen la *lex* como único derecho aplicable (8,8% de los laudos relevantes) muestra que la *lex* no ha desplazado a los derechos nacionales como reguladores de los casos. Esto está incluso corroborado por la cantidad de casos que aplican la *lex* supletoriamente a un derecho local.

Así, los laudos que eligen aplicar la *lex* supletoriamente al derecho nacional indicado por el árbitro representan el 4,4% del total de casos analizados, y el 7,7% de los casos relevantes, mientras que los casos que aplican la *lex* supletoriamente a los términos del contrato, que son los únicos casos que carecen de todo contacto con un derecho nacional, representan el 2,2% de los casos analizados y el 3,8% de los casos relevantes. La excepcional aparición de laudos que resuelven el problema del derecho aplicable a partir de la invocación de los términos del contrato y supletoriamente de la *lex* muestran el poco éxito de la doctrina de los *contracts sans loi* en relación con la *lex mercatoria*.

⁴⁹ Parece ser la opinión de Gaillard, ob. cit.

Por otro lado, la voluntad de las partes en la elección de la *lex* como único derecho aplicable no es determinante. La *lex mercatoria* fue invocada por al menos una de las partes como único derecho aplicable en solo dos casos, y el tribunal en ambos casos rechazó expresamente su aplicación en favor de un derecho nacional. Incluso, solo hay un caso en el que las partes decidieron de común acuerdo aplicar la *lex mercatoria*, pero el rol que le asignaron fue supletorio de un derecho nacional.

3.6 La evolución de la aplicación de la *lex mercatoria*

En las sentencias de la CCI que analizamos distinguimos tres épocas diferentes. En la primera etapa (desde el inicio de las Colección hasta los años ochenta) la *lex* es ignorada de manera predominante, pero cuando excepcionalmente se la aplica, lo es a título exclusivo. Esta etapa coincide con el periodo de elaboración de la doctrina originaria de la *lex* y las primeras críticas.

Notamos que en la segunda etapa –década de los años ochenta– se rechaza expresamente la aplicación de la *lex* (tendencia que predomina) o se la aplica en forma conjunta o supletoria a otras fuentes. Los árbitros probablemente actuaron así con el fin de proteger sus pronunciamientos de posibles descalificaciones por un tribunal nacional al momento de ser ejecutados, en razón de fundarse en un ordenamiento no reconocido o que se reputa contrario al orden público del derecho del país donde intenta ejecutarse. No hay que olvidar que durante esta etapa se produjeron dos hechos de gran repercusión: el asunto Norsolor⁵⁰ y el desarrollo de las objeciones doctrinarias más importantes.

La concepción negativa de la *lex* de los años anteriores tiende a desaparecer desde los años noventa en adelante, ya sea por obra de la adopción de los principios Unidroit, la vigencia de la Convención de Roma de 1980 sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales (aceptada como regla universal), o la asimilación del concepto de *lex* a los usos y las costumbres, todo lo cual es fácilmente aceptado por las jurisdicciones nacionales⁵¹.

Esta tendencia parece indicar que predominará la aplicación de la *lex* en forma conjunta o supletoria de otras fuentes, especialmente con los principios Unidroit que se perfilan como su principal competidor.

4. SÍNTESIS DEL ANÁLISIS DE LOS LAUDOS

Los laudos sintetizados pertenecen al conjunto de sentencias relevantes. En cada uno de ellos se reducen al máximo los hechos, y se describe con la mayor precisión posible los argumentos que los árbitros utilizan para determinar el derecho aplicable a la solución material. Al final de cada laudo aparece una referencia

⁵⁰ Asunto 3131.

⁵¹ Como advierte Berger en la obra citada, la asimilación de la *lex* a los usos no se encuentra en colisión con la doctrina tradicional de las fuentes del derecho internacional.

bibliográfica, si es que el caso fue comentado o citado por alguno de los autores mencionados en este trabajo (por razones de brevedad, para identificar la fuente utilizamos solo el apellido del autor. La referencia completa puede encontrarse en la bibliografía final).

4.1 Asunto 1717 de 1972

Un árbitro fue llamado a determinar el derecho aplicable a un contrato de venta concluido en Irán entre el representante de un vendedor yugoslavo y un comprador iraní. El árbitro concluyó que la relación más estrecha y efectiva estaba dada con Irán porque el contrato fue suscrito en Teherán, las mercancías debían ser entregadas en Irán, el demandante estaba establecido en Teherán y el demandado fue representado en Irán. Por tanto, se pronunció a favor de la aplicación del derecho iraní. Además, señaló que la misma solución se desprendía de la aplicación del artículo 3 de la Convención de la Haya del 15 de junio de 1955, que no obstante no estar suscripta por Irán, establecía como derecho aplicable el derecho del país donde el vendedor o su representante o agente habían recibido el pedido de mercancías. La Convención de la Haya sobre derecho aplicable a los contratos de venta internacional de mercaderías del 15 de junio de 1955 es considerada en el laudo como regla de conflicto universal y preexistente, pero solo fue utilizada para confirmar subsidiariamente la solución que el árbitro ya había escogido por la vía directa.

En definitiva, el árbitro no utiliza una norma de conflicto para determinar el derecho aplicable sino una vía directa (la relación más estrecha y efectiva), el derecho elegido es un ordenamiento jurídico nacional, y no se menciona a la *lex mercatoria*. Las referencias bibliográficas del laudo son las siguientes: Mustill, nota 19, p. 154. Craig/Park/Paulsson, nota 51, p. 643. Fouchard/Gaillard/Goldman, nota 45, p. 874; nota 48, p. 874.

4.2 Asunto 1434 de 1975

En primer lugar, el tribunal eligió las reglas de conflicto que determinarían el derecho aplicable al fondo del asunto. Pero no siguió la concepción tradicional que a falta de *lex fori* establece que el derecho de la sede nos indica el derecho aplicable al fondo, sino que invocó los “principios generales reconocidos en materia de conflicto de leyes”, aunque aclaró que éstos coincidían con las reglas de derecho internacional privado de la sede, y con los principios de los demás países en contacto con el caso que establecen una solución idéntica.

Lamentablemente, el tribunal no enunció cuáles son los “principios generales reconocidos en materia de conflicto de leyes”. Sobre la base de tales principios el tribunal analizó la autonomía de la voluntad de las partes y dedujo que la voluntad tácita de las mismas era la aplicación del derecho francés.

La *lex mercatoria* no es invocada por las partes, ni aplicada por el tribunal arbitral para resolver el fondo del litigio.

Las referencias bibliográficas del laudo son las siguientes: Berger, pp. 282, 283, 300, 302. Mustill, nota 92, p. 176; nota 105, p. 177. Craig/Park/Paulsson, nota 63, p. 646; nota 64, p. 646. Fouchard/Gaillard/Goldman, nota 14, p. 788; nota 211, p. 824; p. 825; nota 218, p. 826; notas 225 y 226, p. 827.

4.3 Asunto 2291 de 1975

El árbitro estimó que como la voluntad de las partes no se encontraba expresada por escrito en un contrato formal sino mediante el intercambio de télex, o por negociaciones confirmadas por télex, convenía interpretar los compromisos de las partes a partir de sus escritos y en función de “los principios generales del derecho y de la equidad que deben regir las transacciones comerciales internacionales”.

De esta forma, el árbitro consideró que toda transacción comercial está fundada sobre el principio de equilibrio de las prestaciones que es una regla de la *lex mercatoria*. Además, las convenciones deben interpretarse de buena fe. La obligación de no dañar a la otra parte, y el principio de renegociación razonable deben considerarse como principios consuetudinarios en los contratos económicos internacionales. Basándose en estos principios el árbitro decidió el fondo del asunto sin necesidad de acudir a un derecho nacional.

El árbitro da una solución material directa aplicando expresamente la *lex mercatoria*, los principios generales del derecho y la equidad como fuente de su decisión pero en forma indiscriminada.

Las referencias bibliográficas del laudo son: Berger, pp. 291, 301, 305. Mustill, nota 49, p. 163; nota 53, p. 164; notas 93, 94 y 95, p. 176; nota 103, p. 177. Fouchard/Gaillard/Goldman, nota 213, pp. 825 y 829; nota 246, p. 830. Craig/Park/Paulsson, nota 26, p. 632; nota 50, p. 643; nota 59, p. 644; nota 61, p. 645.

4.4 Asunto 2375 de 1975

En los términos del acta de misión acordada por las partes, éstas encomendaron al árbitro que determinara, antes de solucionar el fondo del asunto, “según cuáles leyes nacionales, o según qué reglas generales de derecho, usos y costumbres deben ser interpretadas las relaciones de las partes”. La sociedad demandada entendía que era aplicable el derecho español.

El tribunal arbitral estimó que la solución al caso debía encontrarse en la interpretación de las convenciones realizadas entre las partes y la búsqueda de su voluntad exacta al momento de la celebración de los acuerdos. Una vez analizados los factores objetivos de conexión invocados por la demandada consideró que no

eran concluyentes, porque se encontraba ante un caso con presencia de grupos de vocación internacional cuyas sedes estaban establecidas en Bahamas y en París respectivamente, y que esas sociedades poseían filiales de diversas nacionalidades. No cabía duda para el tribunal de que el objeto de los acuerdos era la realización de un proyecto en España, y la creación de una sociedad promotora para asegurar la realización del mismo, pero no obstante ello, las partes no tuvieron interés de aplicar una ley nacional al momento de la conclusión de sus acuerdos.

Los árbitros decidieron que las formalidades de constitución y funcionamiento de la sociedad promotora quedaban sujetas a las leyes locales españolas lo mismo que el pago de impuestos para la realización del proyecto previsto, que era una circunstancia de naturaleza tributaria perteneciente al derecho español.

Sin embargo, las normas del derecho español no habían influenciado en la naturaleza y el contenido de las demás obligaciones de las partes. Finalmente, el tribunal hizo propias las ideas de Goldman y Fouchard, a quienes citó, y manifestó que tratándose de acuerdos entre sociedades especialistas del comercio internacional les eran aplicables las reglas contenidas en sus contratos, en reconocimiento de la autonomía de la comunidad internacional de comerciantes obediente, bajo sus mutuas relaciones, a reglas propias (tales como por ejemplo el derecho de las sociedades comerciales internacionales que escapaba a la consideración del derecho estatal).

El tribunal consideró que los puntos que las partes le sometían eran de naturaleza tributaria, regidos por el derecho español, pero dejó en claro su posición favorable a la aplicación de un derecho no nacional al resto de las relaciones de las partes. Entendemos que la cita a Fouchard y Goldman nos indica que este derecho es la *lex mercatoria*.

Las referencias bibliográficas del laudo son: Berger, p. 300. Mustill, nota 92, p. 176. Craig/Park/Paulsson, nota 41, p. 332.

4.5 Asunto 2735 de 1976

Como las partes no indicaron en sus acuerdos el derecho aplicable, antes de abordar los problemas de fondo los árbitros examinaron las circunstancias del caso a fin de establecer si existían razones objetivas para aplicar un determinado derecho local.

El examen de las características del asunto demostró el carácter fortuito del lugar de suscripción del contrato, en la medida en que las partes mantenían relaciones comerciales continuas y tenían la costumbre de efectuar sus transacciones en países y ciudades diversas.

Según los árbitros, el único lugar con el cual el contrato estableció una conexión específica es París, designada como lugar de arbitraje, y sobre esa base dedujeron que las partes no tenían ninguna objeción a la aplicación del derecho francés.

Derains comenta que el tribunal tomó una solución clásica al aplicar al fondo del litigio el derecho material de la sede del arbitraje (Francia). Pero el árbitro analizó antes la voluntad de las partes, las circunstancias del caso y la costumbre de las partes en sus transacciones a fin de establecer si existían razones objetivas que indicaran algún derecho en particular. Los árbitros eligieron el derecho francés. La *lex mercatoria* no es invocada por las partes ni aplicada por el árbitro, que ni siquiera la menciona.

Las referencias bibliográficas del laudo son: Mustill, nota 19, p. 154. Fouchard/Gaillard/Goldman, nota 23, p. 789.

4.6 Asunto 3093 de 1979

A un tribunal arbitral con sede en Ginebra le fueron sometidas las dificultades de ejecución de dos contratos de venta de productos petroleros concluidos entre dos empresas públicas de estados africanos.

Los árbitros se pronunciaron sobre el derecho aplicable al fondo de litigio. Constataron que las partes habían decidido atribuir competencia al derecho del país de la vendedora, elección que ellos debían respetar en virtud de lo dispuesto por el artículo 13(3) del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la CCI (“Reglamento de Arbitraje de la CCI”).⁵² La dificultad del caso consistía en resolver un conflicto de leyes en el tiempo, entre el Código Civil Francés, vigente en el país de la vendedora cuando las partes habían concluido los contratos de venta, y un nuevo código civil que había sido sancionado después de esa fecha.

A falta de previsión contractual al respecto, el tribunal consideró que el principio de irretroactividad de las leyes (presente tanto en el artículo 2 de Código Civil Francés como también en el artículo 2 del código civil del país de la vendedora) lo conducía a resolver el litigio a la luz de los principios del derecho francés. Derains opina que en materia de conflicto de leyes, el ámbito de aplicación en el tiempo de una ley está determinado en general conforme al derecho transitorio de esa ley. Sin embargo, parece que los árbitros no resolvieron este caso con fundamento en ese principio clásico sino en otro principio general: “los derechos y obligaciones de un contrato permanecen sometidos a las normas jurídicas en vigor al momento de la conclusión del mismo”. Este principio responde a una tendencia del arbitraje comercial internacional que transpone al plano arbitral una práctica contractual frecuente en *lex mercatoria*: las relaciones entre estados y empresas privadas, que consiste en congelar a la fecha de conclusión del contrato el derecho declarado aplicable, excluyendo cualquier modificación posterior.

⁵² El artículo 13(3) establecía que las partes podían acordar libremente el *derecho* que el tribunal arbitral debía aplicar al fondo de la controversia, pero a falta de elección de las partes el tribunal aplicaría el *derecho* que considerara conveniente. Este artículo fue sustituido en 1998 por el artículo 17(1) en el cual se reemplaza la palabra *derecho* por *normas jurídicas*, lo cual permite la aplicación de normas que no constituyen necesariamente un derecho nacional.

Dudamos que los árbitros hayan tenido en cuenta tal principio. De cualquier modo no lo enuncian en el laudo ni mencionan a la *lex* como fuente de la solución dada al caso. Las referencias bibliográficas del laudo son: Mustill, nota 84, p. 175. Berger, p. 88 y 290. Craig/Park/Paulsson, nota 99, p. 656. Fouchard/Gaillard/Goldman, nota 60, p. 797; nota 239, p. 829.

4.7 Asunto 3131 de 1979

Una empresa turca demanda a una empresa francesa por la rescisión de un contrato de agencia, las comisiones impagas y daños y perjuicios ante la CCI. La sede del arbitraje se fijó en Viena. El tribunal eligió el derecho aplicable al fondo del litigio. Primero buscó factores de localización objetivos que le permitieran relacionar el caso a algún derecho nacional. Para ello comparó las legislaciones de los países europeos en materia de contratos de agencia internacional, y encontró que en general estaban a favor de la aplicación del derecho del lugar de cumplimiento del contrato (que en este caso señalaban al derecho turco) pero advirtió, sin embargo, que este principio no regulaba la relación interna entre el agente y su principal sino que buscaba proteger a los terceros que contrataran con el agente a fin de que pudieran referirse al derecho del lugar donde se desarrollaba la actividad del agente.

El tribunal señaló que en la relación entre el agente y su principal era más conveniente referirse a la ley de residencia del principal o donde éste tiene sus negocios, que a la ley del lugar de cumplimiento del contrato porque la ley del principal era la que éste tomaba en cuenta para definir la posición con su agente debido a que le permitía regular de manera uniforme los contratos de agencia concluidos con todos sus representantes, locales o extranjeros. Además, esa ley otorgaba al principal cierta seguridad que no podría encontrar en el derecho de algunos países en desarrollo.

A continuación, el tribunal analizó si las partes habían establecido algún índice localizador del contrato con un derecho nacional, al menos respecto a las relaciones entre sí. Los árbitros entendieron que esta solución era la prevista en la Convención de la Haya sobre el derecho aplicable al contrato de agencia que indica como aplicable la ley de autonomía⁵³.

En ausencia de toda indicación de las partes suficiente para determinar el derecho aplicable, y dada la naturaleza internacional del acuerdo, el tribunal decidió dejar de lado cualquier referencia a una específica legislación nacional, y aplicar uno de los principios de la *lex mercatoria* internacional que establece que la buena fe debe presidir la formación y ejecución de los contratos.

⁵³ La Convención preserva la aplicación del derecho del lugar de ejecución respecto a las modalidades de ejecución del contrato (art. 9) y admite la posibilidad de aplicar reglas extranjeras de policía en la relación entre la persona representada y el intermediario (art. 16).

Las referencias bibliográficas del laudo son: Berger, p. 279. Craig/Park/Paulsson, nota 15, p. 627; nota 59, p. 644; nota 47, p. 334. Mustill, nota 88, p. 175; p. 170. Gaillard, nota 58, p. 581. Fouchard/Gaillard/Goldman, notas 136 y 137, p. 810; nota 182, p. 819; nota 233, p. 828; nota 247, p. 830; nota 80, p. 879.

4.8 Asunto 3380 de 1980

Un tribunal arbitral con sede en Ginebra fue llamado a determinar el derecho aplicable a un contrato celebrado entre una empresa italiana y una empresa estatal siria. El contrato establecía originalmente que los árbitros debían juzgar *ex aequo et bono*, pero esta expresión fue posteriormente reemplazada por la mención del derecho sirio y el recurso a los principios generales del derecho y de la justicia.

De acuerdo con la empresa italiana (actora) se trataba de un arbitraje que debía ser resuelto por los árbitros como amigables componedores y el caso no estaba regido por el derecho sirio. La demandada sostuvo, por el contrario, que se trataba de un arbitraje en derecho, y que el contrato estaba regido por el derecho sirio y por los principios generales comunes al derecho sirio e italiano. El tribunal resolvió que frente a dos interpretaciones contradictorias del mismo contrato, prevalecía la última, y que por tanto se trataba de un arbitraje en derecho.

En cuanto al derecho aplicable, el tribunal estimó que las partes habían elegido el derecho sirio, y que tal derecho debía ser aplicado sin restricciones (es decir, incluyendo sus reglas imperativas o de orden público). Además del derecho sirio debían aplicarse los principios generales del mismo, y aquellos que se desprendían de la jurisprudencia arbitral internacional (que podían incluir los usos del comercio de acuerdo con lo establecido por el artículo 13(5) del Reglamento de Arbitraje de la CCI). Esta decisión del tribunal se encontraba confirmada por las partes durante el procedimiento oral en tanto que las mismas habían invocado la práctica arbitral internacional y ciertos principios generales.

Derains comenta que el tribunal arbitral dejó entender que el artículo 13(5) del Reglamento de Arbitraje de la CCI (que establece que en todos los casos el árbitro deberá tener en cuenta los términos del contrato y los usos de comercio) favorece la aplicación combinada de un sistema jurídico nacional y la *lex mercatoria*. Los árbitros no mencionan a la *lex mercatoria*.

Las referencias bibliográficas del laudo son: Berger, pp. 283 y 302. Mustill, nota 19, p. 154. Craig/Park/Paulsson, nota 4, p. 624. Fouchard/Gaillard/Goldman, nota 218, p. 826.

4.9 Asunto 3894 de 1981

Una sociedad vendedora alemana y la compradora siria, sometieron de común acuerdo ante un solo procedimiento arbitral con sede en París las dificultades de

ejecución de un grupo de contratos de compraventa internacional identificados como contratos c1 a c11. Cada parte invocó como aplicable a los contratos su derecho local.

A fin de determinar el derecho aplicable el tribunal indagó la voluntad de las partes. En los contratos sometidos a su consideración el tribunal solo encontró estipulaciones evolutivas, cambiantes y sin coherencia, que no expresaban una elección clara e incontestable del derecho aplicable. En consecuencia, el tribunal sostuvo que en tanto que el litigio se refería a compraventas comerciales internacionales la “práctica del comercio internacional a falta de una elección cierta y no equívoca de las partes” indicaba como aplicable el derecho del país del vendedor, en el caso, el derecho de la República Federal Alemana.

Derain comenta que la solución que adoptaron los árbitros es clásica, obedece a una tendencia dominante de la jurisprudencia arbitral, y además es la solución dada por la Convención de La Haya de junio de 1975 que, salvo excepciones, conduce a la aplicación del derecho del vendedor y que los árbitros no dudan en ver como “reglas de aplicación universal”.

Aunque los árbitros sin duda resuelven este caso invocando a la práctica del comercio internacional, no hay indicios en el laudo de que esta práctica forme parte o sea fuente de la *lex mercatoria* (la cual, por otro lado, no se encuentra mencionada en ninguna parte de la decisión, como tampoco la convención a que hace referencia Derains).

Las referencias bibliográficas del laudo son: Berger, pp. 68 y 302.

4.10 Asunto 4237 de 1984

Una organización estatal comercial Siria (actora) compró a otra empresa estatal de Ghana (demandada) bloques y láminas de madera. El contrato no fue cumplido. La actora, luego de una acción fallida ante un tribunal en Damasco en reclamo de la diferencia de precios y la pérdida de beneficios, inició arbitraje ante la CCI. Las partes designaron como sede del arbitraje a París, y como la ley aplicable al proceso arbitral la ley de arbitraje internacional francesa.

Antes de resolver los puntos litigiosos el árbitro estableció como cuestión preliminar la determinación de las reglas de conflicto aplicables. El arbitraje se encontraba expresamente sujeto a la ley de arbitraje internacional francesa que contenía reglas de conflicto. El árbitro admitió que no era unánime la posición que establecía que un árbitro internacional debía utilizar las reglas de conflicto del derecho aplicable al procedimiento, pero que en tanto la nueva ley francesa contemplaba reglas de conflicto, se sentía obligado a seguirlas. Como ningún documento sometido por las partes y admitido por el árbitro hacía mención a la elección del derecho apli-

cable, el árbitro entendió que en virtud el artículo 1426 de la ley francesa⁵⁴, debía determinar las reglas apropiadas a la solución del fondo del litigio.

El árbitro también se ocupó de aclarar que la función del artículo 13(3) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, dentro del marco de las reglas de conflicto contenidas en el artículo 1496 mencionado, era especificar la forma en la que el árbitro debe determinar las reglas apropiadas.

El árbitro indagó qué reglas de derecho eran las apropiadas. Descartó la *lex mercatoria* porque “más allá de que su contenido no es fácil de determinar (...) ninguna de las partes solicitó su aplicación”. Aún más, como cada parte se refirió en sus reclamos a un derecho nacional, el árbitro entendió que debía “seguir el deseo implícito de las partes de aplicar un derecho nacional”.

Así, con fundamento en el mencionado artículo 13(3), y en vista del carácter internacional del arbitraje, el árbitro aplicó las “reglas de conflicto generalmente seguidas en los arbitrajes internacionales” similares al sometido a su análisis. Con tal fin se refirió a laudos publicados que muestran una preferencia por las reglas de conflicto del país con el cual el caso guarda la conexión más estrecha y que es el derecho del domicilio de la parte que lleva a cabo la prestación más característica. Tratándose de un contrato de compraventa de bienes bajo condiciones C&F, el árbitro consideró que la prestación más característica era la obligación del vendedor y, en consecuencia, decidió que el derecho de Ghana era en principio aplicable. Sin embargo, como los argumentos de los demandados, que indicaban como aplicable el derecho inglés, le resultaron convincentes, y este derecho no era diferente del derecho de Ghana, el árbitro aceptó que la disputa fuera resuelta sobre la base del derecho inglés.

No conocemos los motivos por los cuales los argumentos de los demandados convencieron al árbitro pero entendemos que probablemente juzgó que mediante la aplicación del derecho inglés obtenía el mismo resultado y satisfacía las expectativas de las partes de aplicar un derecho nacional que al mismo tiempo fuera neutral.

El árbitro descartó expresamente la aplicación de la *lex mercatoria* como sistema de conflicto de leyes y como derecho sustantivo por razones prácticas, y porque consideró una exigencia para su aplicación la invocación por las partes. La solución del conflicto fue tomada de las reglas contenidas en los laudos, a los que el árbitro otorgó valor de precedente.

Las referencias bibliográficas del laudos son: Berger, p. 289. Mustill, nota 113, p. 179. Fouchard/Gaillard/Goldman, nota 7, p. 866. Craig/Park/Paulsson, nota 6, p. 624; nota 43, p. 641; nota 90, p. 652; nota 105, p. 657.

⁵⁴ El artículo 1496 del Código de Proceso Civil Francés prevé que el árbitro debe decidir las disputas de acuerdo con las reglas de derecho elegidas por las partes, pero que en ausencia de tal elección, debe decidir según las reglas que estime apropiadas, y en todos los casos debe tomar en cuenta los usos del comercio.

4.11 Asunto 4761. Sentencia parcial de 1984

Un consorcio italiano creado con el propósito de hacer trabajos de ingeniería civil en Libia fue contratado por una empresa libia para realizar trabajos de construcción. No obstante que el contrato se encontraba expresamente sujeto al derecho libio, las partes establecieron en el acta de misión que el tribunal debía decidir mediante una sentencia parcial el derecho aplicable al fondo del litigio. Además, acordaron que el procedimiento estaría regido por el Reglamento de Arbitraje de la CCI, que el tribunal arbitral podía inspirarse en la ley de procedimiento civil de Ginebra, y que el derecho aplicable al fondo del litigio debía ser probado por las partes como un hecho, a menos que fuera reconocido por los árbitros.

En una sentencia parcial de acuerdo de partes se estableció que el derecho libio era en principio aplicable a todos los aspectos del litigio en lo que no fuera contrario al orden público internacional y a los principios de la buena fe. En la hipótesis de que el derecho libio no fuera probado de acuerdo con el acta de misión, el tribunal arbitral debía aplicar la *lex mercatoria* (definida como los principios generales de derecho) que también se aplicaría si el derecho libio presentaba manifiestamente lagunas o resultaba insuficiente o incompleto en uno o varios aspectos del litigio.

Sigvard Jarvin, en su comentario al laudo, señala que no está universalmente admitido que la *lex mercatoria* pueda considerarse derecho como los derechos nacionales. Atendiendo al desarrollo de la doctrina y de la jurisprudencia internacional sobre el concepto de *lex mercatoria*, la definición dada por las partes limitó la acción del árbitro a un conjunto de reglas de derecho, lo mismo que dispone el Reglamento de Arbitraje de la CCI sin necesidad de acuerdo de partes. Este caso es interesante porque constituye el único publicado en la Colección en el que las partes de común acuerdo solicitan expresamente la aplicación de la *lex mercatoria* (aunque en forma supletoria) y la califican (principios generales del derecho). El caso fue resuelto en el año 1987 aplicando el derecho libio, sin necesidad de acudir a la *lex*.

Las referencias bibliográficas del laudo son: Berger, pp. 280, 298 y 305. Fouchard/Gaillard/Goldman, nota 259, p. 832. Craig/Park/Paulsson, notas 68 y 69, p. 646; nota 80, p. 650; nota 56, p. 336.

4.12 Asunto 4650 de 1985

La disputa surgió cuando un arquitecto demandó ante la CCI las diferencias impagas de sus honorarios por una construcción realizada en Arabia Saudita. La compañía árabe reconvinó y sostuvo haber pagado en exceso. Respecto al derecho aplicable el actor sostuvo que debía aplicarse el derecho del estado de Georgia, Estados Unidos, porque todo el trabajo había sido realizado en ese lugar, y admitió como alternativa la aplicación del derecho suizo sustantivo por ser la *lex fori* o, eventualmente, la *lex mercatoria*. El demandado solicitó la aplicación de su dere-

cho local porque si bien las obligaciones del actor fueron parcialmente ejecutadas en Arabia Saudita y en el estado de Georgia, sus obligaciones fueron totalmente ejecutadas en Arabia Saudita. Además, negó la aplicación del derecho suizo sustantivo y de la *lex mercatoria*.

El tribunal arbitral rechazó la aplicación del derecho sustancial suizo y de la *lex mercatoria* porque consideró que su aplicación requería un acuerdo de partes. Los árbitros no consideraron necesario referirse a determinadas reglas de conflicto para encontrar el derecho aplicable al contrato en vista de que la mayoría de tales reglas de un modo u otro señalaban como derecho aplicable el del lugar de ejecución de la prestación característica o trabajo dominante. De acuerdo con la evidencia presentada por las partes los servicios contratados fueron ejecutados predominantemente en Georgia y, en consecuencia, el derecho aplicable era el derecho del estado de Georgia, Estados Unidos.

Las referencias bibliográficas del laudo son: Berger, pp. 215 y 289. Craig/Park/Paulsson, nota 21, p. 631; nota 33, p. 329.

4.13 Asunto 4840 de 1986

Una compañía libanesa de construcción, y una compañía saudita celebraron dos contratos para la erección de edificios de oficinas en Arabia Saudita. Los contratos contenían una cláusula de arbitraje ante la CCI inspirada por la cláusula 67, segunda edición, de los contratos tipo de la Federación Internacional de Ingenieros (Fidic). La CCI fijó en Bahrein la sede del arbitraje. En los términos de referencia se indicó que entre los temas que debían ser decididos en el laudo se encontrara la jurisdicción de los árbitros y el derecho aplicable al fondo del litigio.

La demandada libanesa objetó la intervención de la CCI, porque sostuvo que el derecho de Arabia Saudita (en particular, el decreto real número M. 46) era el derecho aplicable al caso, y que el mismo establecía que las partes que deciden iniciar arbitraje deben presentar su disputa ante las autoridades competentes de Arabia Saudita (un comité de resolución de disputas comerciales), y que en consecuencia, cualquier decisión tomada por los árbitros sería inválida e inejecutable.

Respecto al derecho aplicable al fondo del asunto el tribunal razonó, en línea con la previsión del artículo 13(3) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, que el primer deber del tribunal era determinar la existencia de algún acuerdo expreso o tácito entre las partes sobre el tema, y señaló que en el caso tal acuerdo no existió. Advirtió que la parte no saudita evitó la referencia al derecho de Arabia Saudita como el derecho que gobernaba el contrato a pesar del hecho de que el lugar de negociación, suscripción y ejecución de los contratos estaba estrechamente ligado con aquel país.

El tribunal indicó que las partes adoptaron los formularios estándar y las condiciones contractuales preparados por la Fidic, pero que la sección del contrato tipo

que establecía el derecho aplicable había sido borrada y fueron agregadas algunas referencias a leyes sauditas específicas respecto a las relaciones laborales y el boicot de Israel. El tribunal arbitral consideró entonces que los arreglos al contrato tipo Fidic acordado entre las partes eran una clara indicación de que éstas no desearon sujetar los contratos en su totalidad al derecho saudita.

En consecuencia, el tribunal decidió aplicar a los puntos sometidos al arbitraje las reglas que las partes establecieron para regular su relación, es decir, los términos de sus contratos y, supletoriamente, el uso comercial relevante aplicable en la materia. Para cuestiones directamente relacionadas con el objeto de los contratos que pudieran surgir en el curso del procedimiento arbitral, y todo lo que no se encontrara previsto en los contratos, el tribunal resolvió aplicar supletoriamente el derecho saudí en primer lugar.

Ni el tribunal ni las partes se refieren a la *lex mercatoria* para resolver el litigio, sino solo a las estipulaciones contractuales, las prácticas comerciales habituales y el derecho saudita para ciertos aspectos de la relación entre las partes, sin asimilar ninguno de estos conceptos al de *lex mercatoria*.

4.14 Asunto 5314 de 1988

Una sociedad italiana poseedora de un derecho de patente en Estados Unidos celebró con una sociedad norteamericana un acuerdo de cesión de patentes y licencias de *know-how* que permitía a la última fabricar y vender en forma exclusiva en los Estados Unidos y Canadá ciertos equipos basados en la patente y tecnología de la sociedad italiana. La sociedad norteamericana demandó a la italiana por ruptura de contrato y los daños resultantes. Las partes sometieron su disputa al arbitraje de la CCI y establecieron la sede del arbitraje en Suiza. En los términos de referencia se indicó que el tribunal arbitral debía decidir sobre el derecho aplicable al fondo. El demandado requirió la aplicación de la *lex mercatoria*, incluyendo los principios generales del derecho y la equidad, mientras que el actor requirió la aplicación del derecho norteamericano en general, y del derecho de Massachussets en particular, con referencia a la *lex mercatoria* si fuera necesario.

Para resolver de este modo, los árbitros descartaron la aplicación de las reglas de la sede del arbitraje (las reglas de conflicto suizas) para la elección del derecho de fondo porque entendieron que el Reglamento de Arbitraje de la CCI no contiene obligación en ese sentido, y aplicaron el artículo 13(3) del Reglamento en cuanto establece que en todos los casos el árbitro debe tener en cuenta las previsiones del contrato y los usos de comercio relevantes.

El tribunal recurrió al denominado método acumulativo porque consideró que respondía a la práctica de la CCI en materia de arbitraje. Así analizó las reglas de conflicto de los Estados vinculados a la disputa: Suiza (sede del arbitraje) Estados Unidos e Italia (lugar de constitución de la actora y de la demandada, respectivamente).

Una vez analizadas estas normas, el tribunal encontró que las reglas de conflicto de los Estados Unidos utilizaban el test de la relación más significativa que determinaba el derecho aplicable en relación con diferentes contactos, entre otros, el lugar de negociación o celebración del contrato, el lugar donde se localiza el objeto del contrato, el domicilio de las partes, la nacionalidad de las partes, el lugar de incorporación de las sociedades.

Bajo las reglas de conflicto italianas, el derecho aplicable era el del lugar donde el contrato había sido concluido, pero debía tenerse en cuenta que Italia ratificó la Convención de Roma sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales que favorecía la aplicación del derecho del lugar con la conexión más estrecha, y que la convención presumía que esa conexión existía con el país de residencia de la parte que ejecutaba la prestación más característica (aunque tal presunción no se aplicaba si de las circunstancias del caso resultaba que el contrato tenía su conexión más estrecha con otro país).

Según las reglas de conflicto suizas el derecho con la conexión más estrecha era el derecho del domicilio del deudor que ejecutaba la prestación más característica, que en caso de un contrato bilateral, era la parte que no debía el pago de sumas de dinero. Sin embargo, y aunque la cuestión se encontraba controvertida, el tribunal federal suizo aplicó a un contrato de licencia el derecho del domicilio de la parte a quien se le otorgaba la licencia, considerando que esa era la parte que ejecutaba la prestación más característica.

El tribunal arbitral concluyó que aplicando las reglas de conflicto de los Estados Unidos, de Suiza o de la Convención de Roma, el derecho aplicable era el derecho norteamericano en general, y el derecho del estado de Massachussets en particular porque a pesar de que el lugar de residencia del deudor de la prestación más característica era Italia, el contrato tenía su conexión más estrecha con los Estados Unidos, y en particular con el estado de Massachussets, por ser el lugar de localización del objeto del contrato.

Además, se pronunció en favor de la aplicación supletoria de la *lex mercatoria* con fundamento en el artículo 13(5) del Reglamento de Arbitraje de la CCI que obliga a los árbitros a tener en cuenta los usos de comercio relevantes en la medida que consideró que la *lex mercatoria* tenía sus fuentes en los usos de comercio internacional y en los principios generalmente aplicables al mismo.

Como puede advertirse, el tribunal da valor de precedente a los laudos de la CCI en cuanto al método de determinación de las reglas de conflicto. En general, el resultado del método acumulativo conduce a la aplicación de un derecho sustantivo al que convergen todos los sistemas jurídicos con algún contacto con el caso. Por ese motivo este laudo es un típico ejemplo de dicho método.

Observamos que el tribunal otorga una función supletoria a la *lex mercatoria*, y justifica su aplicación asimilándola a los usos mencionados en el artículo 13(5) del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

Las referencias bibliográficas del laudo son: Fouchard/Gaillard/Goldman, nota 323, p. 845.

4.15 Asunto 5953 de 1989

Un árbitro único con sede en París fue llamado a resolver las dificultades de ejecución de un contrato concluido entre una sociedad española y una sociedad norteamericana para el suministro de carbón por la sociedad norteamericana. El precio debía ser fijado cada seis meses por negociaciones entre las partes, lo cual fue hecho durante los tres primeros semestres. La empresa norteamericana, ante la falta de acuerdo de fijación del precio en el cuarto semestre presentó un procedimiento de arbitraje.

El árbitro debía pronunciarse sobre el derecho aplicable y decidió que el conflicto fuera arreglado según los usos de comercio internacional denominados como *lex mercatoria*. No sabemos cómo aplicó la *lex* a la solución del caso pues el laudo solo señala el derecho aplicable.

Las referencias bibliográficas del laudo son: Berger, pp. 40, 81, 173, 279 y 287. Fouchard/Gaillard/Goldman, notas 135, 136 y 137, pp. 810; nota 183, pp. 819. Craig/Park/Paulsson, nota 23, pp. 631.

4.16 Asunto 5904 de 1989

Una sociedad europea compradora envió órdenes de compra a un proveedor originario de un país en vías de desarrollo. Ante el retardo de la vendedora, la compradora anuló las demás órdenes de compra.

Las relaciones entre las partes se regían por ciertas condiciones generales redactadas por la compradora que tenían algunas modificaciones propuestas por la vendedora. Una de esas modificaciones establecía que en caso de litigio el derecho aplicable a su resolución era el derecho correspondiente a las sociedades en la zona franca del país de la vendedora.

Durante el proceso, las partes y el árbitro se pronunciaron por una interpretación restrictiva de esa referencia al derecho de la vendedora. El derecho designado según las partes no era un sistema de derecho completo, por ello, la aplicación limitada de la ley del vendedor dejaba sin resolver el problema del derecho material aplicable.

Las partes sugirieron que el árbitro no estaba obligado a determinar como aplicable un derecho nacional si no que podía dejarse guiar por los principios de los usos generales del comercio internacional. De esta forma, el tribunal entendió que las partes habían optado por la aplicación de los principios generales y los usos normales del comercio internacional.

Faltaba determinar qué derecho fijaría la tasa de interés puesto que el tribunal expresó que la *lex mercatoria* no contenía reglas detalladas relativas a este aspecto. El árbitro consideró que para la determinación de la tasa el derecho francés era más apropiado.

Aplicando el principio de la buena fe constituyente de la *lex mercatoria*, y las condiciones generales suscriptas por las partes, el tribunal dedujo que el comprador no tuvo derecho alguno de anular las órdenes de compra en curso o las futuras debido a retardos de la vendedora. El árbitro aplicó a *lex mercatoria* y en forma supletoria un derecho doméstico.

Las referencias bibliográficas del laudo son: Berger, p. 281. Fouchard/Gaillard/Goldman, nota 270, p. 834.

4.17 Asunto 6653 de 1993

Una sociedad alemana (vendedora) y un organismo sirio (comprador) celebraron un contrato de venta de barras metálicas. La venta fue convenida C&F “liner terms” a dos puertos sirios convenidos. Las partes no estaban de acuerdo sobre la cantidad de mercadería enviada lo que finalmente condujo a someter el conflicto a un procedimiento arbitral con sede en París. El tribunal debía decidir de acuerdo con el reglamento de la CCI y el nuevo Código de Procedimiento Civil francés. Entre las cuestiones preliminares debía resolverse el derecho aplicable al fondo.

El tribunal analizó el contrato de venta el cual estipulaba en su cláusula de arbitraje que debían aplicarse las leyes sustantivas de Francia. Este derecho estaba constituido por los artículos del Código Civil Francés referidos a la venta, y por la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 (que estaba también ratificada por Siria y por Alemania).

Por tanto, la voluntad de las partes conducía a aplicar el derecho francés que remitía a las disposiciones de la Convención de Viena de 1980 actualmente parte integrante de los derechos nacionales de los tres estados. En todas las cuestiones no especialmente cubiertas por la Convención de Viena, el derecho aplicable era el derecho francés (por ejemplo en materia de prueba o aspectos generales de las obligaciones). La referencia hecha por las partes a las Incoterms, condujo al tribunal a referirse también, y en la medida necesaria, a los principios y usos del comercio internacional.

Las referencias bibliográficas del laudo son: Berger, pp. 302 y 306. Craig/Park/Paulsson, nota 64, p. 646.

4.18 Asunto 7585 de 1994

Un árbitro único con sede en Ginebra fue llamado a pronunciarse sobre la resolución de un contrato de venta concluido por una empresa italiana vendedora y una empresa finlandesa compradora. La empresa finlandesa reclamó el pago del 30% del precio contractual a título de compensación, más daños e intereses. El árbitro debía determinar el derecho aplicable.

Las partes habían previsto que el contrato estaba regido y debía ser interpretado conforme a la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, pero la empresa finlandesa había formulado una reserva mediante la cual estableció que no se encontraba obligada por la segunda parte de la Convención referida a la formación de los contratos.

El árbitro señaló en primer lugar que había que hacer una distinción entre la aplicación de la Convención de Viena con origen en el acuerdo de partes o derivada del derecho aplicable. En el último supuesto había que indagar si la Convención de Viena era aplicable independientemente de la voluntad de las partes teniendo en cuenta si había sido ratificada por los estados donde las partes tenían sus establecimientos. En el caso, las partes tenían sus establecimientos en países diferentes, ambos ratificantes de la convención, y por ello la misma era aplicable.

El árbitro manifestó que cuando una convención era aplicable solamente porque estaba designada por las partes tenía naturaleza contractual y, a falta de elección por las partes del derecho aplicable, ciertas disposiciones podían ser regidas por el derecho designado por las reglas de conflicto, pero cuando la aplicación de una convención derivaba de su ratificación tenía la naturaleza de ley.

Según la Convención de Viena, la misma era aplicable si una de las partes contratantes, en virtud de normas de derecho internacional privado, remitía a su legislación o a la de otro estado ratificante. Era entonces necesario determinar la regla de conflicto de derecho aplicable al caso.

Italia y Finlandia habían ratificado la Convención de La Haya sobre derecho aplicable a los contratos de venta internacional del 15 de junio de 1955. Como el contrato fue concluido en Italia por un vendedor establecido en ese país, la convención de La Haya conduce a aplicar el derecho del país donde el vendedor está establecido, a saber, el derecho italiano. Italia no realizó reserva alguna al ratificar la Convención de Viena de 1980, incluso debía considerarse que las disposiciones del derecho interno italiano de las ventas habían sido reemplazadas por las de la Convención de Viena. Por ello, la Convención de Viena era íntegramente aplicable.

El árbitro concluyó entonces que la Convención de Viena era el derecho aplicable al fondo del litigio, que debía ser aplicada a título de ley por estar referido por la regla de conflicto de derecho expresada en la Convención de La Haya de 1955 (que indica como derecho aplicable el derecho italiano, el cual incorporó íntegramente

la convención a su derecho interno), y que debía ser aplicada íntegramente, sin reserva alguna.

La elección de las partes de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías no había hecho perder a ésta su carácter de ley.

Las referencias bibliográficas del laudo son: Craig/Park/Paulsson, nota 30, p. 328.

4.19 Asunto 6149 de 1990

Un vendedor coreano y un comprador jordano celebraron tres contratos de compraventa de bienes para ser entregados en diferentes embarques. El comprador contrató a una empresa en Irak para enviarle la mercadería y emitió a favor de la empresa compradora iraquí una garantía de ejecución de un banco en Jordania. Un banco de Luxemburgo, actuó a través de su sucursal en Jordania como banco re-emisor de la garantía para un banco coreano. Los tres contratos contenían una misma y única cláusula de arbitraje que establecía que cualquier disputa en relación con el contrato debía ser resuelta amigablemente por dos árbitros, o de lo contrario por medio de un arbitraje regulado por las normas de la CCI con sede en París.

Ante la falta de cumplimiento del vendedor, y a fin de solucionar sus diferencias, el vendedor coreano designó un árbitro y requirió lo mismo al comprador. Como el comprador no designó al segundo árbitro, el vendedor inició el proceso de arbitraje ante la CCI. El tribunal arbitral debía pronunciarse en un laudo parcial sobre su jurisdicción y el derecho sustantivo aplicable a los contratos.

Basándose en la intención implícita de las partes, el tribunal resolvió que todos los reclamos introducidos por el actor estaban gobernados por un mismo derecho sustancial que se extendía a todas las materias directa o indirectamente relacionadas con el contrato, sin tomar en cuenta su naturaleza legal. El tribunal manifestó que esta conclusión era corroborada por reglas de conflicto encontradas en convenciones internacionales (el artículo 10(1) de la Convención de Roma sobre el derecho aplicable a las obligaciones contractuales) y por derechos nacionales (por ejemplo las reglas de conflicto francesas, inglesas, alemanas y los derechos de diferente jurisdicciones de los Estados Unidos), y que todas estas reglas tenían en común aplicar a las cuestiones directa o indirectamente relacionadas al contrato el mismo derecho sustantivo, excepción hecha por el modo de ejecución del contrato que se sujetaba al derecho del lugar de ejecución del mismo.

En cuanto a la elección del derecho sustantivo, el tribunal arbitral consultó las reglas de conflicto de los estados más conectados con la materia del arbitraje. Los tres contratos de compraventa estaban conectados con la república de Corea (domicilio del vendedor, lugar de celebración del contrato), Jordania (domicilio del

comprador), Irak (último lugar de los bienes vendidos) y con Francia (sede del arbitraje). El tribunal arbitral demostró que una comparación de las reglas de conflicto de las jurisdicciones más estrechamente conectadas conducían a la aplicación del derecho donde el contrato fue celebrado. El tribunal arbitral entonces determinó que el derecho sustantivo coreano era el derecho aplicable a los tres contratos de compraventa, y que esa era también la solución dada por los principios generales prevalecientes en las reglas de conflicto modernas (artículo 3(1) de la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a la venta internacional de bienes muebles corporales y el artículo 4 de la Convención de Roma sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales) que establecían en general que un contrato de venta se encontraba sujeto al derecho local del vendedor.

Los actores coreanos habían argumentado que la aplicación del derecho coreano sería impracticable, y que los árbitros debían elegir directamente el derecho aplicable, que se trataba en el caso de la *lex mercatoria* (la cual implicaba esencialmente la aplicación de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías), y en forma subsidiaria el derecho francés, por ser el derecho de la sede del arbitraje.

El tribunal arbitral consideró que no era adecuado aplicar la llamada *lex mercatoria* bajo las circunstancias del caso, y que aparte del hecho de que era muy discutido si la teoría de la *lex mercatoria* era viable, lo importante era que dudaba que la misma pudiera soportar las eventuales objeciones de un tribunal estatal que revisara el laudo, así como dudaba que pudiera resolver todos los conflictos de derecho que posiblemente surgieran en el procedimiento arbitral (por ejemplo, reclamos basados en un enriquecimiento ilícito del comprador o la prescripción de la acción, temas que no se encontraban previstos en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías). La Convención de Viena podría haberse aplicado solo si las partes lo hubieran estipulado de común acuerdo (mientras que el derecho coreano podría gobernar los temas no cubiertos por la convención) pero como dicho acuerdo no existió, y los árbitros tenían el deber de elegir un derecho que pudiera aplicarse a todas las posibles controversias, elegían el derecho coreano.

El tribunal utilizó el método acumulativo para decidir dos cuestiones: si todas las disposiciones de los tres contratos estaban regidas por un solo derecho, y cuál era ese derecho. Entendemos que el árbitro desechó la aplicación de la *lex mercatoria* con una actitud práctica. Mencionó dos puntos débiles de la *lex*: su relación con los derechos nacionales al momento de que un laudo sea evaluado para su ejecución en jurisdicciones locales, y la posible presencia de lagunas. Estas dos desventajas de la *lex* frente a un derecho nacional pueden producir la ineficacia de la elección de la *lex mercatoria* y defraudar las expectativas que las partes tuvieron al momento de elegir el arbitraje internacional como forma de solucionar sus diferencias.

Las referencias bibliográficas del laudo son: Fouchard/Gaillard/Goldman, nota 35, p. 872.

4.20 Asunto 6500 de 1992

A un tribunal arbitral, con sede en París, le fue sometido un litigio relativo a las dificultades de ejecución de un contrato de agencia comercial. Entre las cuestiones sometidas a los árbitros se encontraba la de determinar el derecho aplicable al caso. La actora pretendía la aplicación de la ley del Líbano (incluido el Decreto 34, una norma de orden público) mientras que la demandada sostuvo que no era aplicable ninguna ley nacional, si no la *lex mercatoria*, y que si una ley nacional se aplicaba debía ser la ley suiza.

El tribunal arbitral analizó primero el contrato en cuestión y advirtió que como no contenía ninguna disposición en cuanto a la elección del derecho aplicable debía remitirse al artículo 13(3) de Reglamento de Arbitraje de la CCI que a falta de indicación por las partes del derecho aplicable, autorizaba al árbitro a aplicar la ley designada por las reglas de conflicto que juzgue apropiadas.

Tratándose de un contrato de representación exclusiva en el Líbano concluido con una sociedad de ese país, los árbitros tuvieron como índice determinante el del centro de gravitación del contrato, justificando la aplicación del derecho libanés. El tribunal rechazó la aplicación del derecho suizo porque no encontró ningún factor de conexión con ese derecho salvo algunas conexiones que en general no eran consideradas determinantes.

La demandada alegó que en ausencia de cláusula de elección del derecho aplicable un contrato internacional debía regirse por los principios generales y los usos del comercio internacional constituyentes de la *lex mercatoria*, lo cual encontraba fundamento en el artículo 13(5) del Reglamento de Arbitraje de la CCI que establecía que el árbitro debía tener en cuenta en todos los casos las estipulaciones del contrato y los usos del comercio.

El tribunal manifestó que no podía aplicar la *lex mercatoria* en lugar de la ley nacional designada por las reglas de conflicto, en primer lugar, porque a falta de elección expresa del derecho aplicable la *lex mercatoria* no podía considerarse el único derecho aplicable (entendió que decidir de otro modo iría contra el principio de la voluntad común de las partes y del principio dominante de la autonomía de la voluntad). La aplicación de la *lex mercatoria* se justificaba ante un contrato de carácter plenamente internacional, pero el caso analizado, aunque internacional en razón de nacionalidades y sedes diferentes de las partes, y del movimiento de mercaderías y dinero de un país a otro, estaba sin embargo fuertemente ligado a un país determinado. En tal supuesto se debía combinar el derecho nacional aplicable con los principios generales y los usos del comercio internacional.

Por otro lado, el tribunal opinó que la ley del lugar de ejecución del contrato de agencia era la ley aplicable si el contrato no contenía cláusula de elección de derecho, y que podría decirse que tal principio era tanto una regla del sistema de conflicto de la *lex mercatoria* como un principio general del comercio internacional. De cualquier modo, si el árbitro aplicaba un derecho nacional o la *lex mercatoria*

debía siempre tener en cuenta las normas de aplicación inmediata o de orden público de otros sistemas (de acuerdo al artículo 7 de la Convención de Roma sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales), y que tal era el caso del Decreto 34 invocado por la actora.

El tribunal arbitral concluyó que la ley aplicable era la ley libanesa, y que la *lex mercatoria* podía utilizarse si la ley libanesa omitía dar solución a alguno de los puntos sometidos al litigio.

La actora quiso hacer valer de manera absoluta el principio de autonomía de la voluntad de modo que la omisión de elección expresa de derecho aplicable fuera interpretada por el tribunal como un supuesto de elección negativa y así desplazar al derecho nacional mediante la aplicación de la *lex mercatoria*. Sin embargo, el tribunal se interrogó sobre una eventual conexión del contrato a una ley estatal. Los árbitros, comenta Jean-Jacques Arnaldez, se basaron en las disposiciones del artículo 13(5) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, y apelaron al método de la vía directa que evita todo pasaje por un sistema de conflicto de leyes. Observa que el caso fue resuelto únicamente mediante la noción de centro de gravitación en derecho internacional privado, sin otra precisión. Compartimos la opinión del comentarista. El tribunal arbitral rechazó aplicar a título exclusivo la *lex mercatoria* recurriendo a la noción de contrato plenamente internacional y a la fuerte conexión del contrato con un derecho nacional, pero podría entenderse que en ausencia de ese contacto estrecho, y tratándose de un contrato internacional, el tribunal naturalmente hubiera aplicado la *lex mercatoria* (tal sería el caso si las actividades del representante se hubieran efectuado en diferentes países).

Las referencias bibliográficas del laudo son: Berger, pp. 84 y 290. Fouchard/Gaillard/Goldman, nota 47, p. 874; nota 79, p. 879; nota 99, p. 882.

4.21 Asunto 7235 de 1995

La sede del arbitraje se estableció en Suiza. El árbitro único examinó la cuestión del derecho aplicable y, con fundamento en el hecho de que en el contrato las partes excluyeron expresamente la aplicación de todo derecho nacional, dedujo que las mismas habían deseado regir sus relaciones exclusivamente sobre la base de sus estipulaciones contractuales que establecían la aplicación del derecho internacional, y especialmente del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

Sin embargo, el árbitro interpretó que el recurso en el contrato al derecho internacional no permitía identificar el derecho aplicable, y que por ello las reglas sustantivas aplicables debían ser determinadas por el árbitro según lo dispuesto por el artículo 13(3) del Reglamento de Arbitraje de la CCI que en ausencia de acuerdo de partes autoriza al árbitro a aplicar la regla de conflicto que estime más apropiada. El árbitro señaló que el artículo 187(1) de la ley suiza sobre derecho internacional privado conducía a la misma solución.

La aplicación de esos textos, y la referencia a la ley del contrato, llevaron al árbitro a decidir que toda cuestión que no fuera directamente reglada por el contrato debía ser resuelta de manera supletoria mediante el recurso a las reglas del derecho transnacional, a las reglas de la *lex mercatoria*, a los usos comerciales, y a las reglas correctivas del orden público transnacional.

4.22 Asunto 8261 de 1995

Las partes sometieron sus diferencias al arbitraje de la CCI con sede en París. El tribunal arbitral resolvió la cuestión del derecho aplicable por medio de una sentencia parcial. En ausencia de elección demostrada, el tribunal aplicó el artículo 13(3) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, y examinó las diferentes reglas de conflicto de derecho que se le ofrecían (las reglas del lugar más estrechamente conectado con el contrato, la regla de conflicto del estado de la sede del arbitraje, las reglas del lugar de cumplimiento de la prestación característica, e incluso las normas de conflicto contenidas en la Convención de Roma sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales). El tribunal manifestó que esos diferentes métodos conducían a designar una ley nacional (lo cual no había sido voluntad de las partes desde que ellos no mencionaron ninguna ley nacional en sus contratos) o a soluciones contrarias entre sí.

El tribunal no se sintió obligado por ninguna de las soluciones dadas sino por la sola voluntad de las partes, y puesto que las partes se habían sometido a un arbitraje internacional, habían elegido como sede del mismo un tercer país, y habían seleccionado árbitros de una nacionalidad distinta a la de las partes, dedujo que ellas habían expresamente rechazado la aplicación de un derecho nacional.

El tribunal decidió entonces que las partes habían entendido someter el contrato a los principios generales aplicables al comercio internacional y constitutivos de la *lex mercatoria*. Esta solución había sido aceptada por las partes en sus memorias. El tribunal decidió que la *lex mercatoria* podía también aplicarse a las obligaciones no contractuales nacidas entre las partes sin que fuera necesario referirse a una ley nacional.

Creemos que los índices objetivos que el tribunal toma en cuenta para decidir la aplicación de la *lex mercatoria* no son suficientes, y que conducen a que cualquier caso sometido a un arbitraje internacional en el que las partes no acordaron la elección del derecho aplicable, y en el que los árbitros no encuentran las reglas de conflicto apropiadas quedarían regulados sin más por la *lex mercatoria*, solo por el hecho de tratarse de un arbitraje con características internacionales.

Por otra parte, no es satisfactoria la aplicación extensiva de la *lex mercatoria* a obligaciones no contractuales nacidas entre las partes, salvo que el tribunal se refiera a las obligaciones derivadas del procedimiento arbitral o nacidas durante el procedimiento pero no contempladas en el contrato, lo que no está claramente definido en el laudo.

4.23 Asunto 7375 de 1996

El conflicto se sometió al arbitraje de la CCI con sede en Zurich. El tribunal primero determinó cuestiones de procedimiento y su propia competencia, y luego se abocó a determinar el derecho aplicable. Ante la falta de estipulación expresa en el contrato, el tribunal buscó determinarlo apelando al sistema jurídico más estrechamente conectado con el contrato. La generalidad de los sistemas de derecho internacional privado, y de las sentencias arbitrales le indicaban que la conexión más estrecha estaba dada con el lugar del domicilio o de la actividad de la parte deudora de la prestación característica (en el caso, el derecho del demandado). La mayoría de los árbitros consideró insatisfactorio el criterio objetivo.

La ausencia de estipulación del derecho aplicable no significaba que las partes no hubieran efectuado una elección implícita y, en consecuencia, analizaron la voluntad implícita de las partes. Tuvieron en cuenta la ausencia de cláusulas de elección del derecho aplicable, y las declaraciones de las partes que manifestaron que no hubieran celebrado los contratos si su conclusión hubiera estado subordinada a la aplicación del derecho de la otra parte. Aplicando la teoría de la elección negativa, la mayoría del tribunal interpretó que la voluntad implícita de las partes era que los contratos no debían ser sometidos a la ley nacional de ninguna de las partes.

La mayoría del tribunal examinó las diferentes posibilidades de elección de reglas sustantivas según la teoría de la elección negativa, a saber: la aplicación de un derecho neutro, la aplicación de la teoría del tronco común que indicaba que la elección debía estar guiada por las disposiciones comunes a los derechos nacionales relacionados con el caso, y la aplicación de la *lex mercatoria* (teniendo en cuenta los principios Unidroit y los usos comerciales). La mayoría descartó la elección de un derecho neutro porque era imposible determinarlo, y también rechazó la teoría del tronco común porque era impracticable en el caso y no daba una solución al litigio. La mayoría del tribunal prefirió aplicar la *lex mercatoria*, los principios Unidroit y los usos del comercio a pesar de las dificultades de poner en práctica tal elección, debido a la falta de definición precisa de los principios generales y la *lex mercatoria*. Sin embargo, entendió que era la solución más conveniente por ser la única que tenía en cuenta las reticencias de un estado soberano de someterse al derecho de otro estado, que permitía mantener un equilibrio entre las partes descartando sus argumentos *pro domo*, y la única que verdaderamente hubieran elegido las partes si hubieran continuado las discusiones sobre la determinación del derecho aplicable durante la negociación de los contratos.

La mayoría del tribunal señaló la ausencia de valor de precedente de las sentencias arbitrales que contienen los principios generales del derecho y la *lex mercatoria*. También puso de manifiesto las imprecisiones conceptuales y terminológicas de la noción de principios generales del derecho, y constató que a veces se hacía referencia a esos principios bajo la denominación de principios de derecho privado generalmente aceptados, reglas de derecho anacionales, reglas de derecho

transnacional, *lex mercatoria*, principios del derecho internacional, etc. La mayoría entonces decidió aplicar los principios generales y las reglas aplicables a las obligaciones contractuales internacionales que podían ser consideradas como reglas de derecho y que eran ampliamente aceptadas por los actores del comercio internacional, incluyendo en la noción de principios generales a los componentes de la *lex mercatoria* (los principios generales del derecho, los usos comerciales pertinentes, y los principios Unidroit, en la medida en que ellos reflejen reglas generalmente aceptadas).

La mayoría del tribunal advirtió que la elección de los principios generales del derecho como derecho aplicable no significaba que el tribunal tenía las facultades de un amigable componedor.

Finalmente, el tribunal examinó la cuestión relativa a la prescripción de las demandas y entendió que no era un asunto meramente procesal, y que por esa razón el tema debía ser resuelto por el derecho sustantivo. En consecuencia, solicitó a las partes someter sus argumentos en cuanto a la prescripción frente a los principios generales del derecho con el fin de que esta cuestión fuera también resuelta por la sentencia final.

Sería interesante saber cómo argumentan las partes y resuelven los árbitros el tema de la prescripción sobre la base de los principios generales del derecho, los usos comerciales pertinentes, y los principios Unidroit.

4.24 Asunto 8179 de 1996

El tribunal debía examinar si el demandado había incumplido su obligación por causa de fuerza mayor. En relación con el derecho aplicable, el tribunal enunció, sin otra precisión, que eran aplicables al caso el derecho suizo elegido por las partes, el derecho del demandado para los asuntos relativos al régimen de exportaciones de su país, los términos del contrato, que eran la ley de las partes, y la *lex mercatoria* resultante de los principios generales del comercio internacional.

El tribunal entendió que el actor había contravenido las disposiciones de derecho suizo y de la *lex mercatoria* que imponen a todas las partes tomar las medidas necesarias a fin de minimizar los daños.

Los árbitros utilizaron la vía directa para determinar el derecho aplicable. En cuanto a la *lex mercatoria* expresamente declarada aplicable ignoramos su contenido porque aunque los árbitros la identifican con los principios generales del comercio internacional, nos preguntamos si dichos principios son un sistema de reglas de derecho o un conjunto de prácticas relevantes.

4.25 Asunto 9459 de 1998

El tribunal arbitral debía elegir el derecho aplicable a un contrato de compraventa de acciones. Consideró que las partes no habían convenido implícita ni explícitamente aplicar un determinado derecho, y que como el contrato encontraba su conexión más estrecha con el derecho español debía aplicarse ese derecho sustantivo. El tribunal agregó que tanto el derecho español aplicable al caso, como el derecho francés y el derecho belga (que tenían contacto objetivo con el caso pero no el más estrecho) no derivaban del silencio de las partes la manifestación implícita de voluntad alguna. El tribunal constató que este análisis estaba confirmado además por los principios *Unidroit*, que responden a un consenso internacional, y que por ello no era necesario hacer referencia a la Convención de Roma sobre derecho aplicable a las obligaciones contractuales.

El tribunal descartó la aplicación de *la lex mercatoria* (definida como el conjunto de reglas transnacionales establecidas por la comunidad de comerciantes) porque entendió que el silencio de las partes no podía ser interpretado como una manifestación implícita de la voluntad de someterse a dicho derecho. El tribunal descartó también el criterio de conexión establecido en la Convención de Roma de 1980 (domicilio del deudor de la prestación más característica) por la naturaleza del contrato en cuestión que contenía obligaciones que de ordinario no se encontraban en los contratos comunes de compraventa.

4.26 Asunto 9455 de 1999

El árbitro debía determinar el derecho aplicable. La actora solicitó la aplicación del derecho turco con fundamento en que el equipamiento fue montado en Turquía mientras que la demandada requirió la aplicación del derecho italiano por ser el derecho del domicilio del deudor de la prestación más característica del contrato.

El árbitro manifestó que en las audiencias las partes no se opusieron a su sugerencia de aplicar la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, y que tampoco habían invocado disposiciones particulares de los derechos citados en sus pretensiones. Con base en ello, entendió que las partes no habían probado suficientemente la elección de los derechos invocados en sus demandas, y que en realidad habían fundado sus pretensiones en los principios del derecho contractual. Finalmente, teniendo en cuenta la naturaleza del litigio en cuestión, decidió aplicar los principios generales del derecho de los contratos o *la lex mercatoria*, y los principios del derecho de las obligaciones invocados por las partes.

5. CONCLUSIONES FINALES SOBRE LA CONTROVERSIA

El estudio de la práctica arbitral arroja resultados sorprendentes sobre la discusión doctrinaria. Algunas de estas conclusiones son mencionadas a continuación.

La importancia de la *lex mercatoria* como derecho aplicable a la solución de fondo en el comercio internacional, en las condiciones indicadas por la doctrina, no puede sostenerse con fundamento en los laudos de la CCI. Debido a ello, y a la representatividad de este organismo como centro de arreglo de controversias, la tesis de la elaboración exclusiva de la *lex* por los árbitros internacionales no es adecuada a la realidad.

La *lex mercatoria* no es autónoma. Esto se deduce al menos del hecho de que no es aplicada en forma exclusiva sino como complementaria a un derecho local, o junto con los usos y las costumbres del comercio, los principios generales de las convenciones más ampliamente reconocidas, o los principios Unidroit. Y en general, los árbitros no la asimilan a un ordenamiento jurídico (entendiendo a este último como un conjunto completo y coactivo tal como expresa el consenso básico de la disputa) sino a los usos y las costumbres comerciales internacionales.

En la práctica, la *lex* no conduce a los *contracts sans loi*. Por este motivo, y porque no es autónoma, no podría señalarse a la *lex* como un tercer ordenamiento jurídico ubicado entre el derecho internacional público y los derechos nacionales.

Además, ni el principio *pacta sunt servanda* ni la especialidad de las transacciones comerciales parece a los árbitros fundamento suficiente para justificar la creación o aplicación de la *lex mercatoria* como un ordenamiento jurídico separado. De lo contrario, en todos los laudos de la CCI se hubiera considerado expresamente la *lex* (al menos para rechazarla) puesto que los principios mencionados se encuentran implícitos en todo arbitraje comercial internacional. Sin embargo, de todos los asuntos presentados ante la CCI, solo cuarenta y cinco laudos tienen relación con la *lex* según la propia CCI.

Lo único constante en las decisiones arbitrales es la remisión a los usos y las costumbres, y el reconocimiento de la universalidad de principios generales del comercio mayormente plasmados en instrumentos internacionales (convenciones internacionales o principios Unidroit). Como aquellos principios surgen mediante la internacionalización del derecho doméstico, esto podría indicar que no existe un derecho autónomo especialmente creado al margen de los derechos locales.

De lo anterior, y debido a que los usos y las costumbres se desarrollan junto con el derecho de fuente local, podría postularse que el derecho del comercio internacional se estaría gestando en estrecha relación con los derechos domésticos.

La aplicación de la *lex mercatoria* por los árbitros de la CCI en las condiciones que ya mencionamos no justifica la relevancia que le es atribuida a la *lex* en el ámbito teórico. La importancia de la *lex* está dada por su aplicación en condiciones distintas a las establecidas en el debate, y por ello debe modificarse el planteo doctrinario desde el inicio.

Hasta la actualidad, la controversia se desarrolló a medio camino entre la casuística y la filosofía del derecho, y por eso carece tanto de justificación empírica

como de basamento filosófico⁵⁵. Ni los defensores ni los detractores han intentado interpretar solo los casos a partir de los criterios de los propios árbitros aunque señalan a los mismos como fuente primordial de la *lex*.

Es grande la confusión que se percibe sobre las nociones “sistema jurídico”, “sistema de reglas”, “ordenamiento jurídico”, “principios generales del derecho”, “principios aplicables en las naciones civilizadas”, “usos y costumbres del comercio internacional” entre otros (sin tomar en cuenta además los neologismos “normas anacionales” y “normas transnacionales” frecuentemente utilizados). La confusión terminológica podría haberse evitado mediante apelación a la filosofía del derecho. Pero como los autores colocaron la discusión en un plano intermedio (ni casuístico, ni filosófico) el tratamiento de la *lex* termina siendo superficial.

La circunstancia de que la invocación de la *lex* en la práctica arbitral sea menor a la que le asigna la dogmática no autoriza, sin embargo, a ignorar las dificultades teóricas que la *lex* implica. El reconocimiento de un eventual sistema jurídico, método o fuente que otorgue una solución adecuada a casos absolutamente internacionales es el gran problema que la doctrina debe resolver. La práctica arbitral confirma esta necesidad ya que la *lex mercatoria* surgió en los casos para dar respuestas más justas, como lo indican las decisiones de la primera época de la CCI. En esos laudos los árbitros contaban en su mayoría con facultades de amigables compondores, esto equivale a decir que la *lex* era invocada como imperativo de la equidad o la justicia.

En el debate se observa la aparición de asuntos muy distintos, por ejemplo: la consideración de modos descentralizados de generación del derecho, la necesidad de comprobar si los agentes del comercio internacional pueden ser sujetos de derecho internacional, y también el valor real que la costumbre del comercio internacional tiene no solo para los árbitros sino sobre todo para los jueces locales.

Ante una materia tan variada y compleja solo puede asumirse una perspectiva iusfilosófica que desde un ángulo de mayor abstracción pueda observar en panorama los problemas y cada una de sus partes. Desde ese punto de vista, se percibe que las corrientes doctrinarias, en distinta medida, son tributarias de una matriz conceptual positivista que no ha permitido apreciar el fenómeno de la *lex*. Ya vemos que el positivismo jurídico no otorga una herramienta explicativa adecuada.

Una vez asumida una perspectiva superior debemos indagar qué cuestiones filosóficas esconde la *lex* para luego utilizar los medios técnicos que puedan resolverlas. Primero hay que descubrir un método que indique cómo identificar a la *lex mercatoria* y cómo sistematizarla. Estos temas que aparecen en el debate de forma latente solo pueden responderse si antes se ha tomado una clara posición en cuestiones tales como ¿qué es un sistema jurídico?, ¿cómo identificarlo y como identificar

⁵⁵ Esto explica expresiones tan duras de Mustill o Kassis, entre otros, quienes luego de exponer sus argumentos concluyen que la doctrina de la *lex mercatoria* está basada únicamente en el principio del *laissez-faire*. Mustill, ob. cit., o que luego de analizar en casi la mitad de su obra a la *lex mercatoria*, Kassis, ob. cit., termine su escueta conclusión afirmando que los proponentes de la *lex* hacen argumentaciones triviales.

sus normas?, ¿pueden los principios del derecho ser derecho y miembros de un sistema legal?⁵⁶ La identificación y sistematización se logran a partir de una teoría del sistema legal no positivista. Este es un importante y extenso trabajo para la filosofía del derecho que debería arribar a una nueva matriz dogmática.

Cuando el sistema haya sido identificado debe analizarse cómo aplicar la *lexy* su relación con los derechos locales, y esto se alcanza mediante los principios de la interpretación jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable, un tratado sobre la justificación jurídica*, Madrid, Centro de Estudio Constitucionales, 1991.
- Barberis, Julio, *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 1995.
- Berger, Klaus Peter, *The Creeping codification of the Lex Mercatoria*, La Haya, Kluwer Law International, 1999.
- Craig, W. Laurence; Park, William W.; Paulsson, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3 ed., Nueva York, Oceana Publications, Inc./Dobbs Ferry, 2000.
- Derains, Yves, "The ICC Arbitral Process Part VIII. Choice of the Law applicable to the Contract and International Arbitration", *International Court of Arbitration Bulletin*, Paris, International Chamber of Commerce, 1994.
- Dworkin, Ronald M., Comentarios introductorios a *The philosophy of law*, R.M. Dworkin (ed.), Oxford Readings in Philosophy, Oxford, Oxford University Press, 1977.
- Dworkin, Roland M., *Is law a system of rules?*, en R. M. Dworkin (ed.), *The philosophy of law*, Oxford Readings in Philosophy, Oxford, Oxford University Press, 1977.
- Fortier, L. Yves, "New Trends in Governing Law: The New, New Lex Mercatoria, or, Back to the Future", *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, núm. 1, Primavera, 2001.
- Fouchard, Philippe; Gaillard, Emmanuel; Goldman, Berthold, *On International Commercial Arbitration*, Emmanuel Gaillard y John Savage (eds.), La Haya, Kluwer Law International, 1999.

⁵⁶ Estas preguntas aparecen formuladas en la actual filosofía del derecho en autores tan diversos como Ronald M. Dworkin, *Is law a system of rules? The philosophy of law*, en R. M. Dworkin, Oxford Readings in Philosophy, Oxford, Oxford University Press, 1977, y Joseph Raz, *The Concept of a Legal System, an Introduction to the Theory of a Legal System*, 2 ed., New York, Clarendon Press, Oxford University Press, 1990.

- Gaillard, Emmanuel, "Thirty Years of *Lex mercatoria*: Towards the Discriminating Application of Transnational Rules", en A. J. van den Berg (ed.), *Planning Efficient Arbitration Proceedings – The Law Applicable in International Arbitration*, ICCA Congress Series 7, Seul Arbitration Conference 1994, La Haya, Kluwer Law International, 1996.
- Gaillard, Emmanuel, "The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin", *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, vol. 14, núm. 1, Washington, 1999.
- Goldman, Berthold; Mann, Francis A., Comentarios introductorios en Thomas Carboneau (ed.), *Lex mercatoria and Arbitration*, edición revisada, La Haya, Kluwer Law International, 1998.
- Grigera Naón, Horacio A., "Choice-of-law problems in internacional commercial arbitration", *Studien Zum ausländisches und internacionales Privatrecht* 29, Max Plank Institut für ausländisches und internacionales Privatrecht, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1992.
- Kassis, Antoine, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1984.
- Lagarde, Paul, "Approche critique de la *lex mercatoria*", *Études offertes à Berthold Goldman, Le Droit des Relations Économiques Internationales*, Paris, Litec, 1982.
- Mayer, Pierre, "Le mythe de 'l'ordre juridique de base' (ou Grundlegung)", *Études offertes à Berthold Goldman, Le Droit des Relations Économiques Internationales*, Paris, Litec, 1982.
- Mustill, Michael, "The New *Lex Mercatoria*: The First Twenty-five Years", en Maarten Bos y Ian Brownlie, *Liber Amicorum for the Rt. Hon. Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, Oxford University Press, 1987.
- Orrego Vicuña, Francisco, *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society: Constitutionalization, Accesibility, Privatization*, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures at Cambridge University, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System, an Introduction to the Theory of a Legal System*, 2 ed., Nueva York, Clarendon Press, Oxford University Press, 1990.
- Schmitthoff, Clive, *The sources of the law of international trade*, International Association of Legal Sciences, Frederick A. Praeger (ed.), Nueva York, 1964.