

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

“ANÁLISIS DE LA LEX MERCATORIA Y SU IMPACTO JURÍDICO EN GUATEMALA”

TESIS DE GRADO

SEYDI LILIANA MALDONADO PÉREZ

CARNET 10948-10

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JUNIO DE 2018
CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

“ANÁLISIS DE LA LEX MERCATORIA Y SU IMPACTO JURÍDICO EN GUATEMALA”

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
SEYDI LILIANA MALDONADO PÉREZ

PREVIO A CONFERÍRSELE
EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JUNIO DE 2018
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ
DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN
DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. JUAN FRANCISCO GOLOM NOVA
DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. ANA BELEN PUERTAS CORRO

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

MGTR. JUAN JOSE MORALES RUIZ

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

Per

Juan José Morales Ruiz
Abogado y Notario

Ciudad de Guatemala, 22 de noviembre de 2017

Magister
Christian Roberto Villatoro Martínez
Secretario del Consejo
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Su Despacho

Estimado Magister Villatoro:

Reciba usted un cordial saludo, y deseo sincero de éxitos en sus actividades personales y profesionales.

Por el presente medio, me permito informarle que en virtud de la designación realizada por el Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, procedí a la ASESORÍA de la tesis de la alumna **SEYDI LILIANA MALDONADO PÉREZ**, titulada "**ANÁLISIS DE LA LEX MERCATORIA Y SU IMPACTO JURÍDICO EN GUATEMALA**", encontrando que luego de que se hayan incorporado las observaciones realizadas, me permito comunicar que:

1. La misma no contiene puntos contrarios a la doctrina ni regulación vigente, respecto el tema tratado;
2. El tratamiento del tema se ha realizado con responsabilidad, y el análisis del mismo, incorpora un criterio jurídico novedoso, que permite identificar la visión de la autora en el tema tratado; y
3. El trabajo realizado enriquece el acervo jurídico nacional, al incorporar conclusiones que permiten citar en forma novedosa dicho trabajo en la aplicación del tema tratado.

En virtud de lo cual, concluyo que el mismo puede servir de tesis de graduación para obtener el título de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Agradeciendo la confianza depositada en mi persona, en la designación realizada; me suscribo de usted, atentamente:

Juan José Morales Ruiz

Licda. Helena C. Machado
Abogada y Notaria

Guatemala, 28 Mayo 2018.

Señores:
Miembros del Consejo
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Ciudad

Honora bles Miembros del Consejo:

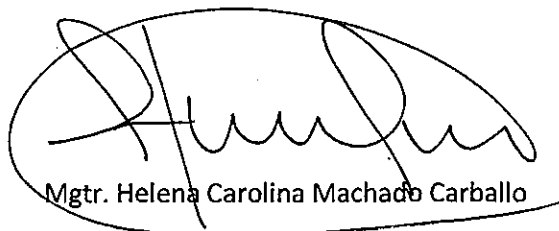
Me dirijo a ustedes con el objeto de hacer de su conocimiento que, en cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, procedí a realizar la **Revisión de Fondo y de Forma** a que se refiere el Instructivo de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, del trabajo de tesis titulado **"ANÁLISIS DE LA LEX MERCATORIA Y SU IMPACTO JURÍDICO EN GUATEMALA"** elaborado por la estudiante **SEYDI LILIANA MALDONADO PÉREZ**.

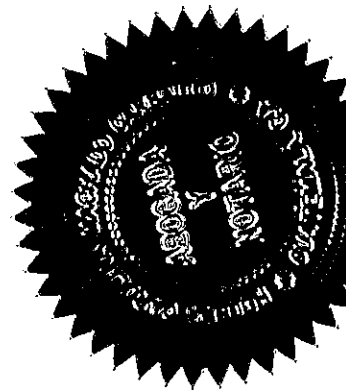
Luego de efectuada la revisión, se sugirieron algunas correcciones a la estudiante Maldonado Pérez, quien cumplió con presentar las mismas dentro del plazo establecido en el Instructivo de Tesis de esa Facultad. En tal virtud, considero que el contenido de la tesis en referencia se encuentra estructurada conforme los requerimientos y regulaciones existentes de la Universidad Rafael Landívar para el efecto.

Por lo expuesto, emito a favor del trabajo de tesis investigado y elaborado por Seydi Liliana Maldonado Pérez de conformidad con los requisitos reglamentarios, **DICTAMEN FAVORABLE SOBRE LA PERTINENCIA DE EMITIR LA ORDEN DE IMPRESIÓN**, a efecto de que se continúen con los procedimientos establecidos por esa Universidad, toda vez que el presente trabajo es apto como tesis para que a la autora del mismo se le confiera el Grado Académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Habiendo cumplido con el encargo encomendado por esa Facultad, me suscribo con muestras de mi consideración y respeto.

Atentamente,


Mgtr. Helena Carolina Machado Carballo



11 calle 22-49 zona 11, Residenciales San Jorge Guatemala Guatemala
Teléfono: (502) 52067801
E-mail: machadohco@gmail.com



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
No. 071804-2018

Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado de la estudiante SEYDI LILIANA MALDONADO PÉREZ, Carnet 10948-10 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07275-2018 de fecha 28 de mayo de 2018, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

“ANÁLISIS DE LA LEX MERCATORIA Y SU IMPACTO JURÍDICO EN GUATEMALA”

Previo a conferírsele el grado académico de LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 19 días del mes de junio del año 2018.



LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar

Responsabilidad: La autora es la única responsable de contenidos y conclusiones de la tesis.

Resumen ejecutivo de la Tesis

El objeto del presente trabajo de investigación consiste en determinar el impacto jurídico en Guatemala que ha tenido la Lex Mercatoria, con el objetivo de lograr especificar el alcance y aplicación de la misma, precisando si los principios generales del derecho son utilizados en el comercio internacional al ser invocados en la realización de documentos jurídicos en las negociaciones mercantiles suscritas en el comercio internacional por los comerciantes guatemaltecos, y sí es beneficiosa la invocación de la Lex Mercatoria en sus transacciones de carácter mercantil a la hora de que exista un conflicto y sea necesario dirimir las diferencias surgidas.

A su vez determinar si la Lex Mercatoria es invocada en su función integradora, o en su calidad supletoria, para constatar qué impacto jurídico ha tenido en los tribunales arbitrales para la resolución de conflictos.

El arbitraje guatemalteco se ha concentrado en centros de arbitraje, siendo sus exponentes principales la CRECIG (Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala) y el CENAC (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala), satisfaciendo la demanda de casos que son sometidos a su jurisdicción arbitral; ya que ha tomado valor en los últimos años por ser un medio alternativo para la resolución de conflictos con celeridad y eficacia, con la certeza jurídica de que los laudos arbitrales no serán impugnables y a su vez contribuye con el descongestionamiento de los tribunales jurisdiccionales.

Índice

Introducción	5
Capítulo 1.....	7
1.1 Antecedentes de la Lex Mercatoria	7
1.1 Lex Mercatoria.....	17
1.2 Ámbito de aplicación de la Lex Mercatoria	27
Capítulo 2.....	42
2.1 Principios de la Lex Mercatoria.....	42
2.2 Reglas de interpretación de los contratos.....	46
2.3 Costumbre.....	47
2.4 Normativas relacionadas a la Lex Mercatoria	49
2.5 Arbitrajes internacionales	54
2.5.1 Las ventajas de utilizar la vía arbitral:	63
2.6 Tratados internacionales.....	64
Capítulo 3.....	69
3.1 Globalización	69
3.2 Características en la era de la globalización	72
3.3 El derecho y la globalización.....	73
3.4 Nueva tendencia del Derecho Mercantil	74
Capítulo 4.....	76
4.1 Antecedentes de los Principios UNIDROIT	76
4.1.1 Principios UNIDROIT	78
4.2 Ámbito de aplicación	79
4.3 Los Principios UNIDROIT y la Lex Mercatoria	80
4.4 Importancia de los principios UNIDROIT en los contratos Internacionales.....	84
Capítulo 5.....	85
5.1 Presentación, análisis de los resultados, discusión de los resultados	85
Referencias.....	94
a) Bibliográficas	94
b) Normativas.....	96

c) Electrónicas 97
d) Otras Referencias..... 98

Introducción

La Lex Mercatoria se ha desarrollado en base a los principios generales del derecho comercial, haciendo de ella un derecho espontáneo, cuyo ordenamiento interno uniforme se somete a la voluntad de las partes, por lo que carece del poder coercitivo del Estado.

La investigación hace referencia a la aplicación de la Lex Mercatoria en Guatemala en las relaciones contractuales, consagrando el Principio de la Autonomía de la Voluntad, por lo que su regulación no depende de una normativa estatal como tal, sino de la aplicación de principios generales del derecho internacional comercial, donde los comerciantes reconocen los efectos vinculantes de la misma.

Siendo objetivo general de la presente investigación; determinar sí al analizar las características principales de la Lex Mercatoria en su aplicación en el sistema jurídico mediante la jurisprudencia arbitral emitida en laudos en la Ciudad de Guatemala, para determinar su efecto y asimilación en el sistema normativo guatemalteco.

Por consiguiente determinar los objetivos específicos del análisis, siendo estos:

- I. Determinar cómo procede la Lex Mercatoria en Guatemala.
- II. Evaluar la asimilación de la Lex Mercatoria en el sistema normativo guatemalteco.
- III. Determinar la independencia de los Principios Unidroit en el sistema jurídico guatemalteco.

Al investigar la aplicación de los principios generales del comercio en los arbitrajes en la Ciudad de Guatemala, se determinó el impacto de la Lex Mercatoria en las relaciones contractuales guatemaltecas. Al responder en la presente investigación al cuestionamiento ¿Cuál es el efecto de la aplicación de la Lex Mercatoria en el arbitraje guatemalteco?

Cuyo alcance en el presente estudio explorará la aplicación de la Lex Mercatoria en Guatemala, mediante la aplicación de sus principios y determinar la independencia de los Principios Unidroit en el sistema jurídico reflejados en los laudos arbitrales producto de litigios en relaciones contractuales.

La investigación abarca únicamente la jurisprudencia de arbitros celebrados entre el 2010 y 2017.

Teniendo como límites de la investigación la falta de actualización de los registros sobre laudos arbitrales en materia de Lex Mercatoria en los Centros de Arbitraje en la Ciudad de Guatemala, por lo cual se compensará dicha limitante con las entrevistas realizadas a los árbitros y profesionales del derecho con conocimientos en materia arbitral.

Cuyo aporte de la investigación es determinar el efecto de la aplicación de la Lex Mercatoria en las relaciones contractuales guatemaltecas, se puede establecer si está es un valioso aporte al comercio como una solución efectiva transfronteriza, que avala el principio de la autonomía de la voluntad, como primacía de las negociaciones contractuales.

Donde los sujetos del presente estudio fueron quince juristas, entre jueces arbitrales de Centros de Arbitraje y abogados especializados en el arbitraje, ubicados en la Ciudad en la Ciudad de Guatemala, con la observación que la muestra es no probalística, utilizando como instrumento para recabar la opinión de los sujetos, la entrevista estructurada.

Capítulo 1

1.1 Antecedentes de la Lex Mercatoria

El comercio data de la antigüedad, es un fenómeno económico y social que ha existido en cada una de las sociedades bajo normas relativas a actos comerciales creadas conforme las necesidades de la época y las costumbres de uso común por los mercaderes utilizados en diversas localidades, sobre todo aquellas que se caracterizaron por su actividad comercial, Egipto, Grecia, Babilonia, Mesopotamia, Fenicia, Cartago, un derecho que nace al margen de la ley reconocida, el derecho Romano, no contenía los instrumentos necesarios para afrontar los retos nuevos que el comercio internacional requería.¹ Ejemplo de ello fueron las normas Rodias, recopilación de usos sobre el comercio marítimo, las cuales fueron incorporadas al derecho romano, que a través del pretor se hizo posible adaptar este derecho a las necesidades del tráfico comercial.²

Es catalogada los usos a los que se refiere, a las prácticas realizadas con regularidad en determinada locación comercial para justificar la expectativa de que ésta es observada respecto a la transacción en cuestión.³

El derecho mercantil como tal, como un derecho especial nace en la Edad Media por la importancia del uso consuetudinario de los mercaderes y las costumbres de cada región, hizo necesario crear normas especiales que regularan y dieran solución a las controversias, ligado a las actividades de prácticas mercantiles de los gremios de la época que se organizaban para dar solución a conflictos ante tribunales de mercaderes regidos por estatutos escritos, estas guías mercantiles compilaron normas consuetudinarias relativas al comercio, conocidos como estatutos mercantiles en las ciudades comerciales medievales. Estas normativas consuetudinarias y las decisiones a

¹ Silva, Jorge Alberto, *Estudios sobre Lex Mercatoria*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, Pág. 203

² De Pina Vara, Rafael, *Elementos del derecho mercantil mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1996, pág. 7

³ Matute Morales, Claudia, La Lex Mercatoria y los Principios Jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Revista de Derecho No. 27, Colombia.

las que llegaban los tribunales consulares, se recopilaron sistemáticamente, llegando a constituirse como ordenamientos mercantiles.⁴

El derecho mercantil desde su inicio ha tenido por objeto regular las relaciones entre los comerciantes y personas que sin serlo, ejecutan actos de comercio.⁵ Regulando los actos de comercio, actos impropios que el legislador considera mercantiles en el cumplimiento de sus obligaciones.⁶

Definiéndose el Derecho Mercantil, como un conjunto de normas jurídicas aplicadas a los actos de comercio legalmente calificados como tales, y aplicado a los comerciantes en el ejercicio de su profesión.⁷ Regulando las relaciones nacidas del comercio y de los actos y obligaciones impuestas a las personas que se consideran comerciantes,⁸ especialmente las relaciones que atañen a los lugares, personas, contratos y actos del comercio marítimo y terrestre.⁹ Cuyo objetivo son las relaciones jurídicas que surjan del ejercicio del comercio.¹⁰

Debido a la expansión internacional del comercio se ha logrado una relativa uniformidad en las normas desde la edad medieval del *ius Mercatorum*, frente a la ausencia de un centro monopolizador de la producción normativa, nace como resultado de una necesidad práctica de regular transacciones de naturaleza mercantil, se desarrollan normativas al margen del derecho romano, ya que esta no contenía los instrumentos necesarios para afrontar los retos del comercio que se generaron con diversidad de localidades mercantiles.¹¹

Las reglas de este antiguo sistema “*sui generis*” utilizadas en ese entonces poseía como característica principal utilizar como punto de contacto los principales puertos y ferias regionales, las ferias medievales se celebraban anualmente recibiendo comerciantes de distintos orígenes y lenguas, de surgir controversias eran solucionados en dichos puntos

⁴ *ibíd.*, Pág. 8

⁵ Ramírez Valenzuela, Alejandro, *Introducción al Derecho Mercantil y Fiscal*, México, Limusa, 1994, Pág. 25

⁶ Garrigues, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*, México, Editorial Porrúa, 1987. Pág. 12

⁷ De Piña, Vara, *óp.cit.*, Pág. 5

⁸ Vásquez, Arminio, Fernando. *Derecho Mercantil, fundamentos e historia*. México, Editorial Porrúa, 1977. Pág. 36

⁹ Palomar de Miguel, Juan. *Diccionario para juristas*, México, Editorial Mayo, 1981. Pág. 406

¹⁰ Cervantes, Ahumada, Raúl, *Derecho Mercantil*, México, Editorial Porrúa, 2000. Pág. 9

¹¹ Silva, Jorge Alberto y coautores, *óp.cit.*,. Pág. 203

bajo principios de equidad con procesos extremadamente ágiles y flexibles, estas reglas transnacionales ajenas a un país en particular, permitían a los mercaderes arreglar entre ellos sus litigios comerciales controlando el correcto flujo de dinero¹² adoptaron progresivamente un orden normativo producto de actividades comerciales. Los comerciantes medievales al margen de la soberanía logran una desvinculación del poder político que ejercían los estados en el comercio, creando un derecho aplicable a sus transacciones mercantiles que se adapten a sus necesidades estableciendo soluciones a las posibles controversias.

A finales de la Edad Media en el siglo XVI se redactó una exposición integral al derecho marítimo, esta compilación conocida como el "Guidon del Mar", tenía como objeto reglamentar el contrato de seguro¹³.

La Lex Mercatoria se plasmó por escrito en diversos documentos desde 1056 siendo estas Consuetudines de Génova, Constitutum usus de Pisa 1161, Liber consuetudinum de Milán 1216, posteriormente Estatutos Corporativos como Arte de la Lana de Florencia 1301, Breve Mercatorum de Pisa 1316, los Statuti dei mercanti de Parma, Piacenza, Brescia, Roma, Verona, Milán, estos integraron tratados internacionales.¹⁴

Transcurrido el tiempo, en la época moderna en Francia se establecen las bases y principios en la cual se fundamenta el derecho mercantil moderno, independizándose de las demás normas del derecho, el Code Merchant francés 1673 regulando el comercio terrestre y en 1681 la segunda parte de estas ordenanzas rigió el comercio marítimo, esta autonomía jurídica sucede también con el derecho romano influyendo en los preceptos del derecho civil en diversos códigos mercantiles obteniendo un carácter de universalidad internacionalidad al estar en armonía con el derecho mercantil de cada Estado, reflejo de las necesidades del tráfico comercial en sus diversas manifestaciones, con preceptos, principios y doctrinas universales.¹⁵

¹² Cadena Afanador, Walter René, "Impacto en Colombia de la Lex Mercatoria", *Civilizar*, Revista electrónica de difusión científica, Universidad Sergio Arboleda Bogotá, Número 11, Colombia

¹³ Cadena Afanador, Walter, *ó.p.cit.*, Pág. 4

¹⁴ *loc.cit.*,

¹⁵ Palladares, Jacinto, *Derecho Mercantil Mexicano*, México, Dirección General de Publicaciones UNAM, 1987. Pág. 250

En España se legisló esta materia a manera de ordenanzas, las de Burgos en 1538, con posterioridad las de Bilbao en 1737.¹⁶

La promulgación del Código de Comercio Francés, conocido como el Código de Napoleón de 1807, inspirado en los principios del liberalismo cambió radicalmente el sistema del derecho mercantil, es concebido con una base objetiva y amplia, como un derecho regulador de actos de comercio, cuya naturaleza comercial intrínseca de los actos aplicados en base a normas existentes en el código de exportación, manteniendo los principios regulados en el Código Francés, como todas las leyes napoleónicas.

Bajo la influencia del Código de Napoleón, España promulgó en 1829 el Código de Pedro Sainz de Andrino, el cual fue sustituido en 1885.

Italia promulga el Código Albertino en 1829, sustituido en 1865, y este por el de 1882, finalmente derogada por el Código Civil de 1984 que unifico el derecho privado italiano.

Alemania promulgó el Código de Comercio de 1861, sustituido en 1900, configurando el derecho mercantil tomando como base al comerciante.

Cada una de las compilaciones mencionadas, no poseía coercibilidad, dado que no eran sancionadas por el poder público, a pesar que el derecho ya era formulado por escrito, su aplicación era consuetudinaria como lo demuestra la redacción de dichos documentos, la principal de ellas el Consulado del Mar, contiene definiciones, ejemplos, razones, como una obra doctrinal, no existe alguna regla con carácter de mandato.¹⁷

Con el objeto de unificar el derecho mercantil, se celebraron conferencias, acuerdos y tratados, la primera reunión fue realizada en Berna en 1878.¹⁸

En Suiza, la Ley Federal de Derecho de Obligaciones (Código de las Obligaciones) de 1911, regula en forma unificada, la materia civil y mercantil.¹⁹

¹⁶ De Piña, Vara, *óp.cit.*, Pág. 9

¹⁷ Tena, Felipe de Jesús, *Derecho Mercantil Mexicano con exclusión del marítimo*, México, Editorial Porrúa, 1998. Pág. 30

¹⁸ *ibíd.*, Pág. 255

¹⁹ Faya Rodríguez, Alejandro, "La Nueva Lex Mercatoria: Naturaleza y alcances", *Revista Jurídica. Anuario*, Pág.47

Dentro de dichas reglas se encuentran normas basadas en el uso y práctica que los antiguos mercaderes establecieron, y que fueron validadas por parte de las legislaciones nacionales, haciendo que los acuerdos informales puedan llegar a ser legalmente válidos y vinculantes, la protección al comprador de buena fe, cuando adquiere bienes robados adquiridos en mercados abiertos, el derecho de pago por la posesión de una letra de cambio, como el derecho del vendedor de detener el tránsito de bienes vendidos en caso de incumplimiento del comprador, como la potestad de los socios de demandarse entre sí, la antigua Lex Mercatoria fue absorbida por los Estados nacionalizándolo en su legislación interna.²⁰

Entre los países que nacionalizaron la antigua Lex Mercatoria, cuyo precedente fue muy importante ya que referían como una normativa diferente a su derecho interno, fueron Italia, Inglaterra, Francia, y otras naciones del Mediterráneo, propulsaron algunas reglas del derecho mercantil moderno.

Estas fuentes materiales del derecho mercantil fueron las que dieron nacimiento a las normas con convicción jurídica de los comerciantes, manifestándose como un derecho positivo,²¹ exteriorizándose en dos fuentes fundamentales, la ley y la costumbre, teniendo como principal característica el principio de la autonomía de la voluntad.

Al ser una de las características intrínsecas que da soporte al uso continuado de esta fuente creadora de derecho, según Carlos Larios Ochaita, la autonomía de la voluntad es *“Regla del Derecho Internacional Privado que indica que las partes tienen la facultad de someter la sustanciación y efectos de sus obligaciones a una ley determinada libremente elegida, son libres para elegir la ley que deba conocer o que debe ser aplicable en caso de controversia”*.²²

²⁰ loc.cit.,

²¹ Sánchez Bejarano, Manuel, *Obligaciones Civiles*, México, Ed. Oxford. 1999. Pág. 28

²² Larios Ochaita, Carlos, *Derecho internacional Privado*, Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, séptima edición, 2004, Pág. 77

La autonomía de la voluntad es una facultad que tienen los seres humanos en su libre albedrío, de elegir si someterá su actuar y conducta a determinada forma en particular, por lo que es una decisión consciente de hacer o no hacer un acto en particular, es importante debido que es la base del compromiso a regirse a la decisión tomada que ejecutará en sus relaciones mercantiles.

Las partes según la Organización de Naciones Unidas citado por Cadena Afanador se encuentran autorizados de forma total o parcial a la aplicación de la autonomía de la voluntad, de sus propias disposiciones, según lo estipulado en el artículo 6 que establece *“las partes podrán excluir la aplicación del Convenio, establecer excepciones a las disposiciones o modificar sus efectos aplicándolo a los contratos de compraventa, observando el respeto hacia la autonomía de la voluntad de las partes”*.²³

Debido a las excepciones a las disposiciones decayó la Lex Mercatoria antigua a mediados del siglo XVI, la consolidación del derecho estatal provocó este descenso absorbiendo y prohibiendo la Lex Mercatoria transnacional, el desplazamiento de los centros de comercio, las falencias internas de la Lex Mercatoria que la habían tornado impredecible y de parcializada aplicación, desde ese entonces no logró auge y reconocimiento hasta la década de 1980.²⁴

Esta decadencia fortaleció al derecho mercantil y las fuentes de las relaciones contractuales, las costumbres nacidas de dichas prácticas mercantiles entendiendo el derecho mercantil como *“el conjunto de doctrinas y normas jurídicas, codificadas o no, que regulan la actividad profesional de los comerciantes, las cosas mercantiles y la negociación jurídica mercantil”*.²⁵

Tratando a las fuentes del derecho Mercantil como formas peculiares de manifestación, sino como normas legales o consuetudinarias relativas a la materia mercantil,

²³ Castrogiovanni R.M. *óp.cit.*, Pág. 34

²⁴ Cadena Afanador, Walter, *óp.cit.*, Pág. 4

²⁵ Villegas Lara, René Arturo, *Derecho Mercantil Guatemalteco*, Guatemala, Editorial Universitaria Universidad San Carlos de Guatemala, sexta edición, 2004, Pág. 21

diferenciándose de las costumbres civiles, respecto al contenido de las relaciones sociales y las necesidades que satisfacen.²⁶

Joaquín Garrigues define el Derecho Mercantil como “*el conjunto de normas jurídicas que se aplican a las relaciones que se dan entre dos o más Estados en cuanto a los actos de comercio legalmente calificados como tales y a los comerciantes en el ejercicio de su profesión*”.²⁷

El derecho mercantil se queda corto a lo largo del tiempo, cuando las actividades comerciales tras trascender fronteras al no poder aplicar normativas si se interrelacionan dos o más Estados, provocando conflicto al determinar cuál derecho aplicar, esto da origen al nacimiento del derecho mercantil internacional tras la necesidad de regular estas relaciones entre diversos Estados y de unificar de alguna forma la diversidad de legislaciones y buscar una equidad internacional.

Al no poder aplicar normativas específicas los usos y costumbres reconocidas por los comerciantes, quienes se fortalecieron logrando imponer precios y las condiciones de producción,²⁸ con un papel trascendental en el comercio por los mercaderes que buscaban la oportunidad de comprar bienes para revenderlos con ánimo de lucro en otro lugar, enfrentándose a tres problemas principalmente, la obtención de capital para la adquisición de mercaderías, mercados distantes y la protección del crédito otorgado a sus clientes,²⁹ consecuencia de la revolución industrial se da un cambio radical de las relaciones económicas internacionales, se crean políticas de expansión internacional, los Estados deben adaptar sus normas locales e internacionales buscando una integridad y uniformidad en sus normas que se adecuen a las nuevas requisiciones comerciales.

El Derecho Internacional nace para regir las relaciones que surgen de actividades comerciales entre Estados, queda limitado a la jurisdicción propia de cada Estado aplicando el derecho internacional privado determinando el derecho nacional aplicable

²⁶ Garrigues Joaquín, *óp.cit.*, Pág. 115

²⁷ *Ibid.*, Pág. 8

²⁸ Galdano, Francesco, *Derecho Comercial*, Bogotá, Temis, S.A. Tomo I. 1999 Pág. 12

²⁹ Kohn, M, *Introducción al comercio pre-industrial de Europa*, 2003 Pág. 4

en el marco de las relaciones de derecho privado³⁰ al regular las actividades de los comerciantes dado que el comercio cambia constantemente, exige rápidas negociaciones y que estas sean efectivas, dado el alto volumen de negociaciones y que estas se desenvuelven a nivel internacional con circunstancias propias de cada uno de los Estados que interactúan en dicha relación comercial, hace que el Derecho Mercantil Internacional sea poco formalista, a veces sacrificando la seguridad jurídica, en virtud que las negociaciones mercantiles se concretan sin tantas formalidades, con límites de tiempo, libertad de negociación, y con diversos medios y modalidades para comercializar gracias a los avances tecnológicos, facilitando el tráfico mercantil.

Dada la creciente cantidad de transacciones los mercados se han adecuado a necesidades de los comerciantes y viceversa, transformando el mercado global con nuevas formas de comercialización que faciliten las negociaciones internacionales que repercuten en el comercio buscando uniformidad, que permita el fácil intercambio internacional con garantías destinadas a disminuir los riesgos, asegurando el cumplimiento de las obligaciones de cada una de las partes.

Las operaciones del comercio internacional para su regulación, explica según Alejandro Faya³¹, tres principales razones de este fenómeno:

1. Los sistemas jurídicos nacionales poseen diferencias importantes, que impiden la consolidación uniforme para el mercado global de negocios de un marco legal.
2. Las leyes locales no tienen la capacidad de regular transacciones complejas de tipo transnacional.
3. La consolidación ante las leyes locales de los medios de resolución de controversias transnacionales a través del arbitraje, y la recepción positiva de la figura del arbitraje.

³⁰ Herdegen, Matthias, *Derecho Internacional Privado*, México, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México Fundación Konrad Adenauer, 2005, Págs. 5-6.

³¹ Faya Rodríguez, Alejandro, *óp.cit.*, Pág.45

Las regulaciones estatales, la evolución del comercio, la creciente cantidad de transacciones con corrientes a considerar; fluctuaciones del mercado, la economía, tipos de cambio, los grandes avances en la tecnología en el campo de las comunicaciones, los diversos marcos jurídicos de cada Estado que interactúan en distintos mercados; dichos factores influyen y deben adaptarse a las circunstancias propias de los mercados que les faciliten medios de negociación, ya que se está en constante innovación por las alternativas comerciales, debido al creciente volumen de las negociaciones mercantiles.

La internacionalización del comercio es un factor determinante que da impulso al comercio internacional creando mecanismos consagrados en busca de la seguridad jurídica, “*ante un conflicto entre la seguridad jurídica del tráfico mercantil, lo que se traduce en la subordinación de la realidad a la apariencia jurídica*”³², dado el carácter innovador de las transacciones mercantiles, se busca que en dichas negociaciones, se evite prácticas contrarias a la buena fe, evitando manipulación de normas imperativas de competencia vigentes en cada Estado, la jurisdicción legislativa internacional en la balanza comercial, manipulación de precios, los inconvenientes provocados en la insuficiente conexión de nacionalizar los bienes en compraventas internacionales, los diferendos ocasionados en los costos de las operaciones, reajustes por gastos indirectos, el impedimento de las restricciones a la competencia en un mercado en particular, y demás conflictos que pudieran suscitarse que no estén incluidos en la normativa legal de los Estados, evitando así limitar el control de los mercados internacionales.

La transnacionalización de la economía ha provocado la globalización de la misma favoreciendo la circulación de bienes y servicios y aperturas de mercados creando condiciones para la inversión de capitales extranjeros produciendo un desarrollo sostenible que fomenta el incremento de las transacciones mercantiles, permitiendo la integración mundial de un derecho transnacional que pretende evitar inconvenientes entre los comerciantes, como la legalidad y jerarquía normativa.³³

³² Villegas Lara, René Arturo, *óp.cit.*, Pág. 25

³³ Cadena Afanador, Walter René *La Nueva Lex Mercatoria y la transnacionalización del Derecho*, Colombia, Universidad libre de Colombia, 2004. Pág. 1

Los avances en las vías de comunicación, la consolidación de un sistema bancario internacional que permite y fomenta las transacciones internacionales, la implementación en el comercio internacional de instrumentos como los Términos para el Comercio Internacional (INCOTERMS) publicados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) unificaron la interpretación de las negociaciones al utilizar términos comunes en la distribución y asignación de los riesgos que puedan surgir en las operaciones de compra venta internacional, facilitando así los lineamientos de las operaciones y por ende los contratos.

Entidades intergubernamentales trabajan en promover la armonización del derecho comercial como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) desde 1926; emitiendo en 1994 los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Principios UNIDROIT), estableciendo en ellos una serie de principios aplicables a contratos comerciales internacionales, que casi en todos los casos poseen una cláusula arbitral. La Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, ha aportado en varias de sus convenciones asistencia judicial ante conflicto de leyes; la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) constantemente está trabajando para unificar reglas relativas a diversas áreas comerciales, específicamente en esta área emitió una ley modelo para arbitraje, esta ley modelo pretende unificar el sistema arbitral con reglas para regular arbitrajes ad-hoc, con la finalidad de instaurar un sistema arbitral liberal y moderno a nivel mundial, otorgando a los árbitros amplias facultades de jurisdicción y asistencia sobre el arbitraje, ordenando a las cortes el respeto a la cláusula arbitral. Este ánimo de armonizar ha presentado instrumentos internacionales, convenciones, principios y usos codificados, modelos de leyes, contratos tipo, estudios, recomendaciones para su implementación de las negociaciones mercantiles internacionales.³⁴

Se ha caracterizado la UNCITRAL por el alto nivel técnico-científico, heterogeneidad política y jurídica en sus disposiciones.³⁵ La UNCITRAL reconoce las disparidades que existen entre las leyes nacionales al regir el comercio internacional creando en el

³⁴ Faya Rodríguez, Alejandro, *óp.cit.*, Pág. 46

³⁵ Castriguavanni R.M. *óp.cit.*, Pág., 19

comercio obstáculos para su ejecución, por ello la Organización de las Naciones Unidas ha desempeñado un papel más activo para reducir dichos obstáculos.³⁶

La presencia en una relación jurídica de elementos extranjeros genera un dilema sobre la legislación aplicable³⁷, la realidad jurídica de la globalización enmarca un derecho transfronterizo, producto de la necesidad de oferta y demanda del mercado comercial y las negociaciones son llevadas a cabo en cualquier lugar del mundo de forma directa o indirecta, la distancia también añade nuevos elementos en la forma de concretar las negociaciones, transporte, divisas, seguros, impuestos de importación o exportación si fuera el caso y demás gastos operativos, dependiendo del servicio o bien adquirido u ofrecido, se necesita de una vía rápida y eficaz en las negociaciones que demanda el mercado.

1.1 Lex Mercatoria

Las sociedades en cada etapa de tiempo han necesitado mantener relaciones comerciales para satisfacer sus necesidades, producto de estas transacciones y las conductas tomadas por los comerciantes, se crea para satisfacer las negociaciones que demanda el mercado una vía rápida y eficaz.

Se desarrolló un incipiente comercio internacional antes del surgimiento del moderno Estado regulador, las actividades mercantiles se producían de forma espontánea como un derecho autónomo libre de interferencias gubernamentales, basados en usos comerciales transfronterizos. Los límites del derecho civil se quedaron obsoletos y se improvisaron normas y mecanismos satisfactorios de resolución de conflictos, los mercaderes internacionales crearon una forma cooperativa al que se sometieron voluntariamente, no haciendo necesario acudir a un gobierno coactivo para cumplir las resoluciones de los jueces mercantiles, llamados consulares, de no cumplir con la decisión tomada, se autoexcluía del comercio internacional, dañando su reputación y por

³⁶ Moreno, Francisco, *óp.cit.*, Pág. 6

³⁷ Ruiz Castellano, Gerardo "La Nueva Lex Mercatoria", *Revista Boliviana de derecho* núm. 21, Fundación Iuris Tantum, Bolivia, 2016 Pág. 9

ende era impedido de poder realizar tratos a futuro con otros mercaderes, las normas surgidas de esta Lex Mercatoria, respetaban la equidad, podía intercambiarse en el transcurso del tiempo si así las circunstancias lo exigían, dicho sistema era imbatible si se comparaba con los procedimientos ordinarios sometidos al derecho autoritario.³⁸

El origen de la Lex Mercatoria tomó importancia al ser utilizada reiteradas veces en las ferias de ciudades en diferentes mercados, ferias importantes las llevadas a cabo en la región de Champaña y Flandes y puertos de Europa expandiéndose a nuevas rutas comerciales, en este intercambio comercial se elimina la dependencia que implicaba delimitar el mercado a un solo lugar; estas prácticas comerciales toman fuerza a través del tiempo, al utilizar normas generales basadas en las costumbres y usos que regulaban el comercio, esta base fue conocida como Lex Mercatoria.³⁹

La Lex Mercatoria conlleva un conjunto de principios generales, instituciones y reglas adicionales a las fuentes que han alimentado la estructura y funcionamiento jurídico propio,⁴⁰ creando mecanismos innovadores para la solución de conflictos.

Este concepto encuadra dentro de un sistema jurídico con base consuetudinaria, Fernández Rozas lo sustenta al indicar que, se ha desarrollado en América Latina una versión del viejo *ius mercatorum*, donde los agentes económicos imponen sus propios usos y costumbres convertidos en normas consuetudinarias, autónomas y de aceptación general aplicando leyes propias con fórmulas más adecuadas a la realidad del tráfico mercantil moderno.⁴¹

Estos usos y costumbres han sido reconocidos e incorporados a diversos ordenamientos jurídicos como fuente de derecho a estar presente de forma constante a través de los años.

³⁸ Moreno, Francisco, *Lex Mercatoria*, Derecho de la globalización sin Estado,

<http://www.liberalismo.org/articulo/423/258/lex/mercatoria/derecho/globalizacion/estado/> 10/17/2017. Pág. 1

³⁹ Marzorati, Osvaldo J. *Derecho de los Negocios Internacionales*, Buenos Aires, Editorial Astrea, tercera edición, 2003, Pág.3

⁴⁰ Cepeda Rincón, Henry, "La Nueva Lex Mercatoria", *Revista en Derecho* No. 83, <///C:/Users/Allan/Desktop/LA%NUEVA%20LEX%20MERCATORIA.pdf> Colombia

⁴¹ Silva, Jorge Alberto y coautores, *óp.cit.*, Pág. 101

La Lex Mercatoria al estar formada por los propios usos y costumbres comerciales, constituía en los contratos un derecho aplicado independiente de la ley del lugar y de la ley personal de los participantes, que ante esta situación eran colocados en un marco de igualdad, cuya intención era realizar negocios que no estaban limitados a fórmulas cerradas.⁴²

Se remonta su origen con el nacimiento de las *societas mercatorum* o *business community*, tratada como una clase de *parias* medievales, rompió esquemas sociales y económicos al utilizar la Lex Mercatoria fortaleciendo las contrataciones comerciales permitiendo el desarrollo del capitalismo como sistema.⁴³ Al prescindir los Estados de la autodeterminación y la autonomía normativa que se expresa a través de un derecho transnacional, por lo que la Lex Mercatoria fue el exponente más relevante con sus correspondientes órganos de adjudicación que son los tribunales arbitrales hoy en día.⁴⁴

La doctrina define a Lex Mercatoria como el uso de reglas que nacieron bajo la práctica en un contexto internacional aplicadas a sus operaciones transnacionales, que no se derivan de un sistema legal en particular, con un cuerpo legal autónomo creado por los comerciantes para satisfacer las necesidades del comercio internacional y la cooperación económica.⁴⁵ Porque para el comercio internacional la utilización para la solución de litigios conflictuales, presenta características de inseguridad siendo muchas veces imprevisibles siendo inaceptables para su dinámica.⁴⁶

Teubner indica que el *“derecho moderno ha pasado de la diferenciación territorial a la diferenciación sectorial, y esto porque la sociedad transnacional genera una demanda de normas reguladoras que no pueden ser satisfechas por las organizaciones estatales ni*

⁴² Castrogiovanni R.M. *óp.cit.*, Pág. 1

⁴³ Sombart Werner, *El Capitalismo Moderno*, Turín, Cavalli, 1967, Pág. 167

⁴⁴ López Ruiz, Francisco *El papel de la societas mercatorum en la creación normativa: la Lex Mercatoria*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, Dpto. Filosofía del Derecho Universidad de Alicante, Fecha de presentación: 13/04/2010 | De aceptación: 08/06/2010 | De publicación: 30/06/2010, Pág. 73

⁴⁵ Mustill, Michael, *La Nueva Lex Mercatoria*, Bos and Brownlie, Londres, 2014 capítulo 9

⁴⁶ Castrogiovanni. R. M. *óp.cit.*, Pág. 1

*por las organizaciones internacionales; por esta razón diversas instituciones privadas están creando un Derecho autónomo con pretensión de validez global.*⁴⁷

Teubner Gunther citando a Schmitthof, indica que son todas aquellas reglas que gobiernan las transacciones comerciales internacionales, solamente con el propósito de regular operaciones transnacionales⁴⁸.

En dicho documento cita a Goldman indicando que asevera que de acuerdo a sus fuentes es un conjunto de principios generales y reglas de uso y costumbre elaboradas con referencia a un sistema legal nacional en particular.⁴⁹

Se puede inferir a la Lex Mercatoria, como indica José Domingo Alvarado, es un derecho espontáneo, autónomo, flexible, dinámico e informal cuyo propósito, es evitar en las transacciones internacionales la aplicación conflictiva de las legislaciones locales de los Estados que se están volviendo irrelevantes e inoperantes.⁵⁰

Frignani la define como *“el cuerpo de reglas concernientes al comercio internacional comúnmente aplicadas por los mercaderes con la convicción de que se trata de reglas de derecho, o al menos de que los demás se comportarán observando estas reglas”*⁵¹ a lo que Draetta la identifica como *“el derecho trasnacional del comercio internacional.”*⁵²

Sergio Alvarado consideró al hacer una integración de distintos elementos de autores en su tesis, definiendo según su criterio a la Lex Mercatoria como *“el conjunto de normas, principios, reglas, usos o prácticas del comercio internacional que rigen las transacciones*

⁴⁷ Teubner Gunther. *El Derecho como sistema auto poético de la sociedad global*, Alemania 2005
www.liberalismo.org/articulo/423/258/lex/mercatoria/derecho/globalizacion/estado/ 07/08/2017

⁴⁸ loc.cit.,

⁴⁹ loc.cit.,

⁵⁰ Alvarado Fuentes, Sergio José Domingo, Tesis, *La Nueva Lex Mercatoria y la necesidad de que Guatemala ratifique la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa de mercaderías*; Guatemala, 2013, Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala, Pág. 59

⁵¹ Frignani citado por Jaime Jaramillo Vargas. *La Lex Mercatoria: mito o realidad*, Pág. 16.

⁵² Draetta citado por Jaime Jaramillo Varga, *óp.cit.*, Pág. 17.

*comerciales a nivel mundial, a lo que concluye que es considerada como un sistema jurídico transnacional.”*⁵³

La Lex Mercatoria comprende usos y costumbres de carácter internacional, jurisprudencia arbitral, doctrina internacional, leyes modelo, principios generales del comercio internacional, convenciones internacionales vigentes y no vigentes, condiciones generales de la contratación, entre otros.⁵⁴

La Lex Mercatoria se ha convertido en una técnica jurídica con base a principios generales del derecho comercial, haciendo de ella un derecho espontáneo, cuyo ordenamiento interno uniforme, se somete a la voluntad de las partes por lo que carece del poder coercitivo para su cumplimiento, se espera su cumplimiento de buena fe, y si existiese el incumplimiento este será llevado por vía arbitral. Se espera en la aplicación una solución más justa, dado que el juzgador basará su decisión, en los principios generales contenidos en la Lex Mercatoria, evitando con ello políticas contrarias al comercio internacional que limiten el libre comercio, analizando las características principales de la Lex Mercatoria.

La Lex Mercatoria, se fortalece a raíz de la autorregulación de las relaciones comerciales, donde han regido en las transacciones los usos y costumbres comerciales fundamentados en principios propios del derecho internacional, donde prevalece el principio de la autonomía de la voluntad como un pilar fundamental, con el objeto de solucionar los conflictos entre las partes de manera rápida y eficiente sin la intervención estatal, que aduce contratiempos por la legislación nacional aplicada, la falta de conocimiento específico en la materia del juzgador en hechos concretos por no ser especialista en dicho campo, y lo engorroso de los procedimientos. En virtud de ello las partes eligen la ley aplicable voluntariamente a la cual se someten, creando con ello un derecho autónomo.

⁵³ Alvarado Fuentes, Sergio, *óp.cit.*, Pág. 59

⁵⁴ *loc.cit.*,

La potestad de elección que tienen los contratantes respecto a qué derecho someterán sus relaciones contractuales al analizar la viabilidad del sistema normativo de cada Estado, y a conveniencia eligen los tribunales arbitrales que mejor se adapten a sus necesidades aplicando la Lex Mercatoria.

Su campo de acción es amplio no limitado solamente a usos y costumbres, lo que enriquece la jurisprudencia arbitral en su aplicación utilizando fórmulas más adecuadas a cada relación mercantil.

Este derecho nace al margen de cualquier órgano legislativo oficial, era de difícil comprensión aceptar que usos y costumbres de carácter internacional basados en principios generales hayan creado un cuerpo normativo vinculante y este haya sido elevado a la categoría de sistema Jurídico donde las partes pueden excluir la legislación propia de cada Estado.

Por ello *“el carácter internacional del comercio y la carencia de leyes supranacionales han contribuido poderosamente a la adopción de diversos usos mercantiles por la generalidad de los países, e incluso al reconocimiento de su fuerza supletoria por los códigos de comercio”*.⁵⁵

Para regular dichas transacciones internacionales determinando los ámbitos de aplicación adecuados a la realidad del tráfico mercantil han sido utilizados principios de aceptación general, regulando sus relaciones con efectos vinculantes que son respetados por las partes al aplicar la Lex Mercatoria.

Un sistema jurídico, comprende normas positivas regidas en determinado tiempo y espacio en una jurisdicción determinada. A lo que Castán Tobeñas indica que *“un sistema jurídico constituye el conjunto de normas e instituciones que integran un derecho*

⁵⁵ Usos del Comercio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Guatemala, Editorial Datascan, Primera edición. Primera Edición Electrónica, 1999, Pág.974.

*positivo y que rigen una determinada colectividad, con ello se entiende que toda sociedad posee su propio sistema.”*⁵⁶

Entendiendo a este “*sistema como un conjunto de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación mediante la calificación de mercantiles dada a ciertos actos, regulan éstos y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos*”,⁵⁷ donde los agentes económicos imponen sus propias normas consuetudinarias autónomas, en la búsqueda de fórmulas adecuadas a la realidad del tránsito mercantil moderno, de aceptación general, con el objeto de resolver controversias.⁵⁸

Producto de un conjunto de varios ordenamientos jurídicos, relacionados con instituciones y principios del derecho privado, han permitido reconocimiento al derecho transnacional⁵⁹, sin embargo no se les dio el carácter de ordenamiento jurídico autónomo, la validez se reconoce a través del derecho nacional o mediante el derecho internacional.

Al elegir el derecho aplicable a utilizar en cada relación contractual, los tratadistas Alfredo Ávila de la Torre e Ignacio Morajela Menéndez, parten de la concepción que “*el sistema es la autonomía de la voluntad, de modo que las partes están autorizadas para elegir libremente la ley aplicable al contrato*”.⁶⁰

Es por ello que ha cobrado importancia la Lex Mercatoria debido al auge de las relaciones contractuales a nivel internacional, se hizo imperativo regular las transacciones, disciplinándose de tal manera que ha creado reglas uniformes, limitando la mediación y coacción del poder legislativo de los Estados para su ejecución, el cual está supeditado a la ejecución o no del acto contractual, de tal manera que si este no es llevado a cabo de acorde a la voluntad de las partes, recurren al arbitraje comercial internacional como

⁵⁶ Castan Tobeñas, José, *Los sistemas Jurídicos del Mundo Occidental*, España, Editorial Reus, 1957, Pág. 5

⁵⁷ Mantilla Molina Roberto L., *Derecho mercantil*, México, Editorial Porrúa, Vigésima novena edición, 2010, Pág. 57

⁵⁸ Silva, Jorge Alberto, *óp.cit.*, Pág. 101

⁵⁹ Herdegen Matthias, *Derecho Económico Internacional*, Colombia, Biblioteca Jurídica Dike, 1994 Pág. 39

⁶⁰ Avila de la Torre, Alfredo, *Lecciones de derecho de los contratos en el comercio internacional*, España, Universidad Salamanca, 2006, Pág. 37

procedimiento en el arreglo de controversias⁶¹, tras laudo arbitral sí existiere incumplimiento del mismo, este es trasladado a la vía judicial para que se ejercite coacción estatal.

En la resolución del caso Norsolor 1983, un laudo arbitral reconoció oficialmente la Lex Mercatoria, derivado de una controversia entre una empresa turca, Pabalk Ticaret y una empresa francesa Norsolor, al no existir una ley aplicable elegida voluntariamente por las partes, y sí se eligiera cualquiera de las leyes nacionales involucradas se llegaría a consecuencias radicalmente distintas, en virtud de ello basaron su decisión justa en los principios generales contenidos en la Lex Mercatoria por primera vez.⁶²

Se sentó precedente ante el Derecho Mercantil Internacional, oficialmente con la resolución del caso Norsolor, el árbitro basó su decisión en los principios generales contenidos en la Lex Mercatoria conforme a equidad, el laudo fue apelado en tribunal nacional y este reconoció la resolución de los árbitros internacionales al determinar que habían procedido correctamente al invocar los principios, la repercusión doctrinal promovió como válido y viable el uso de la Lex Mercatoria reconocida por la legislación, impulsada por las publicaciones y conferencias de los profesores Goldman y Schmitthof alimentando así la doctrina en esa época;⁶³ fomentando el uso de normativas internacionales, la Lex Mercatoria, los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, especificando para su aplicación mediante cláusula determinando su alcance pudiendo direccionar el derecho al cual se están rigiendo, alcances y límites, en virtud de una exclusión positiva, *“las partes pueden acordar la elección del derecho X, pero no estar de acuerdo con algunas normas”*.⁶⁴

⁶¹ E-Prints Complutense, Fernández Rozas José Carlos, *El derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización*, España 2000, <http://eprints.ucm.es/6869/1/> El Derecho del comercio internacional en la globalización. Pdf. Consultado 15 julio de 2016

⁶² Moreno, Francisco, *óp.cit.*, Pág. 4

⁶³ LCrenadesm Bernardo M. *“La buena fe en el arbitraje internacional”*

www.revistaslegis.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/pàginas%20desde03-ens-cremades%20pdf 07/08/2017

⁶⁴ Boggiano Antonio, *Derecho Internacional Privado*, tomo II, Argentina, Tercera edición, 1991, Pág. 1106

La repercusión doctrinal provocó que el laudo del caso Norsolor, fuera considerable, los asesores jurídicos de las multinacionales, petroleras en primer lugar promovieran a partir de ello el uso de la Lex Mercatoria en su deseo de internacionalizar los conflictos que poseían con países productores de petróleo.⁶⁵

Olé Landó en junio de 1985, reconoce en un instrumento jurídico internacional la procedencia de la Lex Mercatoria como fuente para la resolución de un conflicto en materia comercial.⁶⁶

La Ley Modelo de Arbitraje Internacional Comercial de la CNUDMI en su artículo 28.1 establece que las normas aplicables al fondo del litigio que el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes aplicables al fondo del litigio.⁶⁷

Faya Rodríguez en su publicación realizada en la Revista Jurídica Anual Sobre la Nueva Lex Mercatoria, infiriendo sobre su naturaleza y sus alcances, indica que el concepto de la Lex Mercatoria posee dificultad al conceptualizarlo; ya que a su percepción, todos insisten en verla como un cuerpo sustantivo de normas, cuando en la realidad, puesta en práctica, su aplicación varía en cada caso, dependiendo de las circunstancias y el contexto específico de la situación misma; lo que implica que si la concepción que la Lex Mercatoria es una verdadera ley en sí misma, implica que está suficientemente identificada para ser el equivalente de un sistema legal funcional en miniatura, que no es el caso, indicando que la Lex Mercatoria es un concepto alimentado de principios y usos, la mayoría de ellos no codificados.⁶⁸

⁶⁵ Moreno, Francisco, *óp.cit.*, Pág. 4

⁶⁶ Cadena Afanador, Walter *óp.cit.*, Pág. 5

⁶⁷ *loc.cit.*,

⁶⁸ Faya Rodríguez, Alejandro, *óp.cit.*, Pág. 57

Varias iniciativas en el seno universitario se gestan para compilar reglas comunes a la Lex Mercatoria.⁶⁹

- Enciclopedia de Derecho Comparado en Hamburgo publicada por Max Planck Institute of Foreign and Private International Law, realiza estudios comparados del derecho mercantil y civil
- Universidad de Colonia, proyecto coordinado por el Centro para el Derecho Transnacional (CENTRAL) compila reglas, términos y principios relativos al derecho mercantil internacional, dedicada exclusivamente a recopilar textos relativos a la Lex Mercatoria ofreciendo una extensa base de datos.

En esa misma línea, diversos institutos se interesan cada vez más por la Lex Mercatoria: Universidad Melbourne, Facultad de Derecho comparado de McGill, Quebec, Instituto de Derecho Comparado de París, Facultad de Derecho de la Universidad de Oslo, Instituto Angelo Sraffa, Milán, IFCOL de Pretoria, BIICL de Londres, el Instituto de Global Law de la University College of London, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México, el Parker School de la Universidad de Columbia, New York.⁷⁰

Esto implica que si estos cuerpos educativos consideran importante documentarse y realizar estudios sobre la Lex Mercatoria es porque han visto la trascendencia en el mundo actual tras la globalización de aplicar un derecho transnacional.

Dicha recopilación alberga la propuesta formulada por Boaventura de Sousa Santos, Fernando Mantilla, Paul Lagarde, Jean Denis Bredin y Carlos Espinosa⁷¹, ellos concuerdan en que existen características en común en la Lex Mercatoria como:⁷²

⁶⁹ Moreno, Francisco, óp.cit., Pág. 6

⁷⁰ loc.cit.,

⁷¹ Santos, Boaventura de Sousa, *La transnacionalización del campo legal en Nuevo Orden Global: dimensiones y perspectivas*, Colombia, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1996, Págs. 229-238

⁷² Cadena Afanador, Walter óp.cit., Pág. 8

- i. Un derecho anacional y desterritorializado.
- ii. Responde a las necesidades de los comerciantes, defendiendo sus intereses.
- iii. Coercibilidad, en el sentido de la aceptación que tienen los actores económicos internacionales frente a reglas de conducta que ellos mismos establecen para el desarrollo de su actividad.
- iv. Garantiza la prelación del principio de la autonomía de las partes en un contrato internacional.
- v. Se desarrolla en un contexto en el cual el estado-nación pierde su papel principal en las relaciones económicas, pasa a un segundo plano, tiene poca injerencia en las relaciones comerciales internacionales.
- vi. Rompe esquemas del derecho estático flexibilizando las relaciones comerciales internacionales.
- vii. Establece un sistema de jerarquías del orden económico mundial
- viii. Reterritorialización para favorecer los derechos de los inversionistas.
- ix. Internacionalización del capital, al brindar a los inversores internacionales mayores facilidades a la hora de permear los mercados locales.
- x. Garantiza transacciones seguras y predecibles.
- xi. Desarrolla procedimientos ágiles y efectivos, otorgando ventaja sobre la complejidad e ineficacia que representan los derechos locales.
- xii. Su principal herramienta de tipo jurisdiccional es el arbitraje internacional, garantizando a las partes una mayor neutrabilidad y conocimiento por parte de quien administra justicia.

Por ello surge la nueva Lex Mercatoria en respuesta a lo expuesto según los autores de la propuesta, estableciendo reglas que se adapten a la dinámica del mercado debido a su volatilidad, por lo que las prácticas comerciales se requieren de flexibilización.⁷³

1.2 **Ámbito de aplicación de la Lex Mercatoria**

⁷³ *loc.cit.*,

Existe una urgencia en el entorno jurídico internacional con una creciente interdependencia de implementar un medio jurídico para solucionar conflictos comerciales mercantiles que se caracterice por su flexibilidad, eficiencia y universalidad, al no satisfacer los requerimientos de los actores internacionales del comercio de forma estructurada con regulaciones profesionales.⁷⁴

Los principales actores que impulsan la aplicación y desarrollo de la nueva Lex Mercatoria son:⁷⁵

- i. Los operadores del comercio internacional, empresas corporativas, sociedades internacionales con ánimo de lucro.
- ii. Corporaciones jurídicas internacionales
- iii. Organizaciones internacionales gubernamentales, La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Organización Mundial del Comercio (OMC), y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial).
- iv. Organizaciones internacionales no gubernamentales, como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Cámara de Comercio Internacional (CCI).
- v. Procesos de Integración regionales, como la Unión Europea, el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), el ASEAN, el APEC, el NAFTA, CAFTA-DR.
- vi. Centros Internacionales de Arbitraje, mediación y conciliación, como son el Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, El Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

⁷⁴ Cadena Afanador, Walter René, "Impacto en Colombia de la Lex Mercatoria", *Civilizar*, Revista electrónica de difusión científica, Universidad Sergio Arboleda Bogotá, Número 11, Colombia
www.usergioarboleda.edu.co/civilizar

⁷⁵ *Ibib.*, Pág. 10

Dado lo evolutivo de las negociaciones mercantiles por la diversidad de beneficios patrimoniales, ya no se limita únicamente a un lucro implícito en las relaciones comerciales buscando favorecerse económicamente, es vital que dichas negociaciones se realicen sin limitaciones de tiempo ni burocracias legales, aunque en esa búsqueda de rapidez se ponga en riesgo la seguridad jurídica al elegir basado en la autonomía de la voluntad de las partes, el sometimiento a un sistema jurídico nacional específico a la vía arbitral utilizando la Lex Mercatoria.

Por ello la aplicación en un sistema legal nacional de la Lex Mercatoria es casi imposible si no se ha pactado una cláusula arbitral, esta facultad que permite a las partes decidir el derecho a aplicar, bajo qué parámetros o que guarde una conexión material con el asunto, aduciendo al principio de conexión.⁷⁶

La Comunidad Económica Europea a través del tratado firmado en 1980 (El Convenio de Roma) hace referencia al derecho aplicable a las obligaciones contractuales, el artículo 4.1 cita que ante la ausencia de selección de derecho aplicable, el juez aplicará el derecho del país signatario que guarde la relación más estrecha con el asunto. El Convenio de Roma fue derogado por el Reglamento 593/2008, del Parlamento Europeo y del consejo, de 17 de junio de 2008, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Como excepción, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México 1994) dispone en el artículo 10 las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.⁷⁷

Esta es una aplicación directa, y por regla general la aplicación de la Lex Mercatoria solo es factible incorporarla a los sistemas legales cuando medie una cláusula arbitral, sin que entre en controversia con las normativas internas nacionales.

⁷⁶ Boggiano Antonio, óp.cit., Pág. 52

⁷⁷ Departamento de Derecho Internacional, *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los contratos internacionales*, México 1994

La aplicación supletoria de principios, usos y costumbres, requieren de los jueces, su aplicación en dos maneras; ya sea expresamente, o incorporando las obligaciones de buena fe. El Código de Comercio Uniforme (UCC) de Estados Unidos, dispone en el artículo 2, con relación a los usos comerciales (Sección 1-203), que los contratos imponen una obligación de buena fe en su cumplimiento. A pesar de que no es esta norma de uso obligatorio, su referencia es utilizada en muchos Estados de los Estados Unidos de América.⁷⁸ Esto denota que, su aplicación es voluntaria, para poder realizar de forma correcta las transacciones mercantiles, basadas en principios generalmente aceptados por el comercio internacional. Es en casos como éste, donde se observa la relevancia de la costumbre, como forma de llenar lagunas legales.

En virtud de la influencia de la Lex Mercatoria miembros del UNCITRAL argumentaron que los usos comerciales debían ser reconocidos en el comercio internacional como un elemento importante, influyeron en la elaboración de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena 1980), referida en adelante como la Convención de Viena, y la cual el Estado de Guatemala no ha ratificado.⁷⁹ El espíritu de la referida Convención de Viena, no es de competir con la Lex Mercatoria, su estatus de ser la fuente exclusiva legal para el comercio internacional, las reglas de la convención son aceptadas y operan junto con los usos de comercio internacional y el principio de la autonomía contractual.⁸⁰

En referencia a los usos y costumbres internacionales, la Convención más relevante es la referida Convención de Viena, la cual reconoce dos tipos de usos internacionales, los establecidos por las partes en los contratos y los aceptados por la rama específica del comercio.

⁷⁸ Comisionados en Leyes Uniformes del Estado, *Código Uniforme de Comercio*, Estados Unidos de América versión castellano, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, España, 2002

⁷⁹ Faya Rodríguez, Alejandro, *óp.cit.*, Pág. 54

⁸⁰ Audit Bernard, *Lex Mercatoria y Arbitraje*, Londres, Juris Publishing. 1990, Pág. 179

En relación al contrato de compraventa, la Convención de Viena determina en el artículo 9 que las partes están obligadas a cualquier uso que hayan acordado y a cualquier práctica establecida entre ellos. Cita así mismo artículo que se considere a las partes, a menos que exista acuerdo en contrario, haber hecho aplicable de manera implícita al contrato o a su formación, los usos que las partes conocían o debieron de haber conocido, altamente reconocidos en el comercio internacional, y regularmente observadas por las partes en contratos de ese tipo,⁸¹ con el objeto de armonizar y unificar para responder a la demanda de internacionalizar el Derecho Mercantil.

Producto de los cambios en el mercado, los juristas crean mediante técnicas jurídicas, en base a los principios generales del comercio internacional, un compendio de reglas y códigos, las tendencias de este sistema de normas en el porvenir, se podrá afirmar que el derecho internacional no será verosímilmente ya la traducción de unas relaciones de dominación desiguales o hegemónicas.⁸²

Por ello el ámbito de aplicación de la Lex Mercatoria abarca todos los actos que sean regidos por la autonomía de la voluntad utilizando principios generales del derecho mercantil para interpretar o complementar la voluntad de las partes cuando este sea invocado como ente regulador de las actividades comerciales sin sujetarse a una soberanía estatal sin embargo para su integración o aplicación requiere de su reconocimiento.

La doctrina ha incluido a la Lex Mercatoria varios elementos, Ole Lando citado por Roy Goode, identificó siete elementos: principios generales del derecho, usos o costumbres no codificadas, derecho internacional público, leyes modelo, formatos estándares de contratos, reglas de las organizaciones internacionales, laudos arbitrales.⁸³

⁸¹ Convención de Viena, Austria 1980

⁸² Bedjaoui Mohammed, *Hacia un nuevo orden económico internacional*, España, Ediciones Sígueme, 1979, Pág. 209

⁸³ Roy Goode, *Usage and its reception in International Commercial Arbitration*, British Institute of International and Comparative law, 1997, Pág. 7

Todo ello conlleva a que *“el comercio internacional comprende el mundo entero como campo de actuación y queda, por tanto, bajo la esfera de intervención de organismos internacionales, de carácter universal o regional; por ello el ordenamiento regulador de esta realidad jurídica de naturaleza transnacional coarta la posibilidad del legislador estatal de determinar con entera libertad las respuestas jurídicas a estas transacciones de acuerdo con su propia concepción del mercado”*.⁸⁴

En el mercado internacional se realizan las transacciones comerciales siendo el intercambio de bienes y servicios la principal actividad, formalizados a través de contratos mercantiles, en la creación de dichos documentos se realiza una mezcla de diferentes tipos legales o que creen figuras contractuales de valor sustantivo que no encajen en ningún tipo legal pues no es posible dar una solución igual para todos los casos, dependerá de la finalidad y de la equitativa valoración de los intereses en juego para que se adapte a las disposiciones comerciales que demande la relación contractual.

El comercio internacional jurídicamente se enfoca desde el punto de vista “internacional público” e “internacional privado”; en el primer caso involucra la actividad de los Estados; impuestos, restricciones, cuotas, tarifas preferenciales, trato preferencial, mercados comunes, naciones más favorecidas, etc. En el segundo caso involucra a los individuos (físicos o jurídicos) pertenecientes a diferentes Estados intercambiando bienes y servicios.⁸⁵

Este intercambio ha logrado un *“desenvolvimiento de la nueva Lex Mercatoria de proyección universal constituye uno de los aspectos estructurales más importantes en las mutaciones que experimenta el derecho privado de la economía, como vía de superar las insuficiencias del ‘método clínico’ de los conflictos de leyes y de los modestos resultados alcanzados por el ‘método preventivo’ de la elaboración de un derecho mercantil uniforme, tiene base consuetudinaria y su aplicación se apoya en el frecuente recurso al*

⁸⁴ Fernández Rozas José Carlos, Arenas García Rafael, Miguel Asensio (de) Pedro Alberto, *Derecho de los Negocios Internacionales*, Madrid, Iustel, 2007, Pág. 26

⁸⁵ Larios Ochaita, Carlos, *óp.cit.*, Pág. 213.

*arbitraje*⁸⁶. Por eso la Lex Mercatoria se configura como un derecho espontáneo, un nuevo ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes con el propósito fundamental de evitar en sus transacciones internacionales la aplicación siempre conflictiva, de las legislaciones locales de sus respectivos países.

Esto es, liberarse de la rigidez y falta de sensibilidad para el tráfico mercantil internacional de las legislaciones internas a través de un culto hacia el principio de la autonomía de la voluntad y de la autorregulación en este sector.⁸⁷

La Lex Mercatoria se fundamenta en un derecho anacional poco sistemático, con sus reglas, adjudicación y aplicación espontánea y acelerada, la globalización del comercio ha cambiado muchas cosas entre ellas, la forma de concebir el derecho.

El uso permanente en el comercio internacional de créditos documentarios, de Incoterms, de marcos de operaciones financieras tipo ISDA (Asociación Internacional de Swaps y Derivados), de contratos tipo internacionales, requieren de una relativa estabilidad y seguridad. Por lo que se observa una creciente manifestación de voluntad de someterse a arbitrajes internacionales (Pactos Arbitrales) en caso de controversia, los cuales son manifestaciones evidentes de estas modernas prácticas comerciales.⁸⁸

Los créditos documentarios aplicados a los créditos bancarios, del mismo modo los usos uniformes adoptadas por las asociaciones bancarias, y la banca individual en 175 países, han optado por utilizar las reglas de la London Commercial Trade Association para el comercio de granos, incluyendo 60 fórmulas tipo, en la misma modalidad mercados de seda, productos forestales y minerales entre otros.⁸⁹

El arbitraje internacional es la principal institución que permite a las partes en una controversia a eludir una vía judicial, sometiendo la resolución a un tercero, por vía

⁸⁶ loc.cit.,

⁸⁷ Loc.cit.,

⁸⁸ Moreno, Francisco, *óp.cit.*, Pág. 4

⁸⁹ Castrogiovanni R. M. *óp.cit.*, Pág. 2

arbitral.⁹⁰ La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) reconoce la procedencia de la Lex Mercatoria, al establecer en su artículo 28, que el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.⁹¹

La Lex Mercatoria supone un espacio transnacional, ya que no hay un terreno físico delimitado, donde no existen límites fronterizos, cuyo objetivo es evitar conflictos jurisdiccionales legales en sus transacciones internacionales.

*Por ello “la Lex Mercatoria actúa dentro de una realidad caracterizada por la división política de los mercados en una pluralidad de Estados, su función es superar la discontinuidad jurídica por éstos provocada. Dentro de esta nueva Lex Mercatoria se disuelven tanto los particularismos jurídicos de las codificaciones y como fenómeno todavía más significativo, también las diferencias entre el civil law y el common law”.*⁹²

La Lex Mercatoria se empeña en superar la discontinuidad jurídica disolviendo los particularismos introducidos por las codificaciones de los Estados.⁹³

Se ha tomado como verdadero en la Lex Mercatoria⁹⁴, la tendencia hacia la internacionalidad, la existencia de un ordenamiento jurídico y la consolidación de procedimientos de controversias al margen del Estado, han propiciado un ordenamiento interno e internacional, incluso unificación de las legislaciones estatales, cuyo ámbito de

⁹⁰ Guardiola Sacarrera, Eduardo, *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Barcelona, Editorial Bosh, 1998, Pág. 25

⁹¹ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006; Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Nueva York, 2008 http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf, 8 junio 2015

⁹² Galgano, Francesco, *Derecho Comercial*, volumen 1, España, 2005, Pág. 65

⁹³ Ruiz Castellano, Gerardo *óp.cit.*, Pág. 11

⁹⁴ Fernández Rozas José Carlos, Arenas García Rafael, Miguel Asensio (de) Pedro Alberto, Ob. Cit. Pág. 43

vigencia no corresponde a las exigencias de uniformidad que el comercio internacional plantea.

La nueva Lex Mercatoria, nacida de la práctica comercial internacional, alude a un derecho espontáneo, uniforme y de cierta manera universal, que son usos propios de los comerciantes, tratando de superar conflictos de leyes nacionales producto de la relación jurídica contractual en un ámbito internacional globalizado.

Al tratar de superar los conflictos, la interrelación con la autonomía conflictual y el derecho material, Arisel considera *“que no se entiende por qué una libertad que puede llegar a transformar las leyes estatales en simples catálogos de recetas susceptibles de combinarse, en simples modelos a seguir, se pueden ser adaptados y recortados, no llegaría a permitir darse una reglamentación contractual por referencia a la Lex Mercatoria o adoptar los Principios de UNIDROIT”*⁹⁵ los principios de los contratos de comerciales internacionales, llevados a cabo por el Instituto Internacional para la Organización de la unificación del Derecho Privado UNIDROIT en 1994, es una comisión intergubernamental independiente ubicada en Roma, recopila principios generales de derecho comercial sobre formación de contratos de carácter internacional, validez, interpretación y resolución cuando las partes y árbitros no apliquen a legislaciones nacionales para dirimir disputas.⁹⁶

El desenvolvimiento de la nueva Lex Mercatoria, es desarrollar un derecho mercantil uniforme, con base consuetudinaria y su aplicación se apoya en el frecuente uso de cláusulas y de aplicación generalmente por vía arbitral, que manifiesten la voluntad legítima de las partes contratantes.

Puede darse el caso, que las partes, solo definan que en caso de controversia este será sometido por vía arbitral, sin determinar a qué jurisdicción se someterán, en la omisión de esa elección, el árbitro entrará en acción para definirla y aplicarla.

⁹⁵ Silva Jorge Alberto, *Estudios sobre Lex Mercatoria*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, segunda edición, 2013, Pág. 113

⁹⁶ Moreno, Francisco, *óp.cit.*, Pág. 5

Dadas esas circunstancias, el árbitro se sentirá más cómodo aplicando el derecho nacional al cual pertenezcan, ya que se desenvuelven dentro de ese marco legal nacional, aplicando las normas internacionales necesarias, según el caso en concreto.

Para cumplir con el objetivo de evitar en las transacciones internacionales la aplicación conflictiva de las normativas nacionales en cada país, busca liberarse de la rigidez de las legislaciones internas.

De acuerdo a estos usos, atendiendo a técnicas normativas o su eventual juridicidad, la clasificación de las posturas de la Lex Mercatoria son:⁹⁷

i. Desde el punto de su origen, la doctrina sostiene que este nuevo orden, se nutre de normas específicas que resultan apropiadas para las relaciones internacionales que se han desarrollado consuetudinariamente, concretamente en principios generales del derecho de los negocios internacionales.

Desde la perspectiva que las necesidades del comercio internacional exigen la aplicación de un ordenamiento neutral, por ello las cláusulas de los contratos internacionales están cuidadosamente redactadas para evitar vinculación con la jurisdicción nacional y ser lo más independiente posibles.

ii. Desde el punto de vista de su eficacia jurídica, es un recurso interpretativo o una función supletoria, ante la duda sobre el sentido y el alcance de una cláusula de un contrato se podría recurrir a la Lex Mercatoria para tratar de precisarlo o sí se aplicaría solamente en aquellos vacíos o lagunas que dejan abiertos los ordenamientos jurídicos nacionales.

Las costumbres comerciales internacionales a partir de caóticas condiciones del mercado mundial, dictadas por intereses económicos dominantes y conflictos que prefieren ser resueltos por vía arbitral, ha propiciado la aplicación de contratos multinacionales conectados entre diversos Estados, pero no lo suficiente para que se justifique la

⁹⁷ Fernández Rozas José Carlos, Arenas García Rafael, Miguel Asensio (de) Pedro Alberto, *óp.cit.*, Pág. 45

aplicación de un Estado determinado, cuyo objetivo es prescindir por completo del control estatal.

La explicación al rechazo positivista centrado en la negación de la interpretación jurídica estatal, desconoce la intervención de los árbitros, que resuelven el mayor número de contenciosos en el comercio internacional.

Por ello, la Lex Mercatoria se elige como un orden jurídico propio, aunque incompleto, ya que este se encuentra subordinando a un ordenamiento jurídico nacional para su aplicación y eficacia, cuya dependencia no afecta su autonomía.⁹⁸

Es normal encontrar cierto recelo en la aplicación de los principios de la Lex Mercatoria en la jurisdicción nacional, ya que como esta es manejada en un contexto de arbitraje internacional, los árbitros están acostumbrados a la diversidad legislativa y que en las relaciones contractuales sea viable la elección de las partes de someterse a la aplicación de principios de carácter internacional en el ámbito mercantil, no así los jueces nacionales, que se limitan al ordenamiento nacional, o cuando se requiera como fundamento de derecho tratados internacionales especificando claramente el artículo que indican sea invocada su aplicación en aspectos que no sea posible enmarcar a una norma específica, los principios realizan una función integradora utilizados para suplementar o interpretar proporcionando una solución a la controversia en cuestión.

En este punto se observa cómo perjudica que sea estática la aplicación de las normas nacionales, ya que son sujetas a una jurisdicción estatal, y viendo la realidad política de los Estados, los organismos legislativos son burocráticos a la hora de hacer, modificar o ampliar una norma, esto repercute en tener normas que no van de la mano con la realidad constante del mercado, que producto de la globalización no solo ha traspasado fronteras sino ha diversificado las contrataciones mercantiles.

⁹⁸ *Ibid.* Pág. 47

Por ello una crítica profundizada de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, ha destacado dudas o la imposibilidad de considerar a la Lex Mercatoria como sistema jurídico del cual puedan derivarse obligaciones.⁹⁹

También ha sido criticada la Lex Mercatoria por varios autores Lyon-Caen, Feldstein, Chillon y Merino, Lagarde, Glavinis, Bredin, De Castro y Bravo, Wengler, Rigaux, Glossner, Kassis, Kahn, que concuerdan que al ser amplia y manejada en un marco general, hace que sea imprevisible jurídicamente, no teniendo la capacidad de responder a las necesidades que surjan por su fragmentación e inoperatividad, al no operar con total libertad, depende de la tolerancia y legitimidad que tengan los Estados hacia la Lex Mercatoria, por consiguiente consideran que no es autónoma ya que depende de la aceptación y aprobación del ordenamiento jurídico nacional o internacional según sea el caso.

La Lex Mercatoria está frente a un ámbito de libertad dejado por los Estados a las partes contratantes en sus contratos internacionales, espacio que responde utilitariamente a la dinámica y necesidades del comercio internacional urgido de agilidad, pero también de seguridad jurídica¹⁰⁰ regulado jurisdiccionalmente por el arbitraje internacional.

En contra parte, autores como Berthoid Goldman, Mathias Herdegen, Enrique Guardiola, Santos Boaventura, Fernando Hinestrosa, Carlos Espinoza, consideran que es beneficioso como un mecanismo idóneo, creen y defienden su postura, ya que el comercio busca regir las actividades lucrativas “*que consiste en intermediar directa o indirectamente entre productores y consumidores, con el objeto de facilitar y promover la circulación de la riqueza*”¹⁰¹ al proteger dichas relaciones económicas, Berthoid Goldman define a Lex Mercatoria como un sistema legal autónomo de carácter internacional regulado jurisdiccionalmente por el Arbitraje Internacional para solventar controversias.¹⁰²

⁹⁹ Boggiano Antonio, *óp.cit.*, . Pág. 1098

¹⁰⁰ Larios Ochaíta, Carlos, *óp.cit.*, . Pág. 236

¹⁰¹ Comercio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Guatemala, Datascan, Primera Edición Electrónica, 1999, Pág. 178.

¹⁰² *Ibíd.*, Pág.236

Lex Mercatoria es beneficiosa para el derecho comercial, al erigirse como instrumento jurídico garantizando la prelación del principio de la autonomía, ofreciendo a las ciencias jurídicas un mayor grado de objetividad con alternativas normativas impulsando el proceso de globalización utilizando al arbitraje internacional con el objeto de procurar neutralidad judicial y resoluciones ad-hoc, al tener los árbitros un amplio conocimiento sobre la materia de la litis en cuestión.

La revista Lex Mercatoria¹⁰³, doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación informa sobre la materia proporcionando reseñas jurisprudenciales vigentes.

La publicación enero-marzo 2017, recopiló artículos de interés comercial, entre ellos cabe recalcar el artículo titulado “*El deber del juez de controlar de oficio las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores en el seno del concurso de acreedores*”; en este artículo la autora Amanda Cohen Benchetrit recalca que el juez nacional no sólo tiene la facultad, sino también el deber de controlar de oficio las cláusulas abusivas insertas en contratos celebrados, informa de la jurisprudencia donde las resoluciones contestan las cuestiones prejudiciales planteadas a los Tribunales en interpretación a esa postura de forma favorable en sentencias, 27/06/2000 Océano, 04/06/2009 Pannon, 26/01/2017 Banco Primus; en forma independiente.¹⁰⁴

Como se observa, la Lex Mercatoria se alimenta y sigue en constante evolución del comercio, va de la mano con su desenvolvimiento, lo que permite a esta revista ser una herramienta jurisprudencial, que permite acceder a información sin violar la confidencialidad de las partes.

EL Licenciado José Rolando Alvarado Lemus Doctor en Derecho de la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala comenta “*resulta sumamente difícil la comprensión de un conjunto de usos y costumbres internacionales tengan la categoría de sistema jurídico*”

¹⁰³ www.revistas.innoacionumh.es/index.php?journal=lexmercatoria ISSN 2445-0936, 05/08/2017

¹⁰⁴ loc.cit.,

*reconocido con legítimas facultades legislativas*¹⁰⁵ al introducir el tema hacia la Lex Mercatoria, sin que provenga de un órgano legislativo, la Lex Mercatoria tiene una regulación social que se fundamenta en la autonomía de la voluntad, como se ha plasmado, va adelante del derecho positivo nacional.

Es limitante en su aplicación, Goldman afirma que la Lex Mercatoria no ofrece reglas de uso transnacional al no poseer normas para solucionar todas las controversias, se hace necesario recurrir a sistemas jurídicos.¹⁰⁶ Lando citado por Alejandro Faya, afirma que la Lex Mercatoria no puede ser una ley en sí misma, dado que es un cuerpo desfragmentado que no posee el nivel organizativo funcional de un sistema legal, en virtud que su aplicación siempre está sujeta a la aprobación o remisión que efectúe un sistema local, dado que ninguna situación jurídica puede quedar flotante, y debe ser ligada a un sistema jurídico nacional.¹⁰⁷

Ha empezado a tomarse en serio la doctrina jurídica contemporánea, mientras exista una visión espacial y soberanista se tendrá una percepción inadecuada de la realidad ante la globalización que favorece un entorno jurídico a los derechos de la propiedad y a la libertad de contratación, que compromete la capacidad ordenadora de las legislaciones tradicionales, el surgimiento de la nueva Lex Mercatoria es una faceta de la teoría del desprendimiento al preferir prescindir de la asistencia de la jurisdicción nacional para resolver sus asuntos de comercio internacional privado.¹⁰⁸

Siendo los principales factores para el surgimiento de la nueva Lex Mercatoria según Walter Cadena:¹⁰⁹

- i. Tendencias repetitivas de las cláusulas en contratos internacionales.
- ii. Homogeneización y reconocimiento de usos y costumbres comerciales.

¹⁰⁵ www.corpolegal.com.gt/index.php/publicaciones/indices/61-les-mercatoria 06/08/2017

¹⁰⁶ Faya Rodríguez, Alejandro, *óp.cit.*, Pág. 57

¹⁰⁷ *loc.cit.*,

¹⁰⁸ Moreno, Francisco, *óp.cit.*, Pág. 6

¹⁰⁹ Cadena Afanador, Walter *óp.cit.*, Pág. 10

- iii. Arbitraje, mediación y conciliación internacional cada vez más vinculante e independiente.
- iv. Jurisprudencia arbitral
- v. Inaptabilidad de los derechos estatales al comercio internacional.
- vi. Estructuración heterogénea de actores económicos.
- vii. Reconceptualización de la naturaleza jurídica, ordenamiento, jerarquización, extraterritorialidad de la norma, supra y transnacionalidad.

Capítulo 2

2.1 Principios de la Lex Mercatoria

Los principios generales que regulan el comercio internacional, entre ellos la buena fe y lealtad al negociar, principio de indemnización por daños, principio de la acción de contrato no cumplido, pacta sunt servanta, verdad sabida, entre otros, son invocados en ordenamientos jurídicos cuando se hace necesario resolver un conflicto.

Existen principios generales universales reconocidos: las partes deben cumplir con lo pactado, los contratos deben ejecutarse de conformidad con sus términos, las partes tienen la obligación de negociar los contratos en buena fe y no romper sin justificación dichas negociaciones, si por circunstancias inesperadas cambian las circunstancias de lo pactado entre las partes de buena fe deben renegociar los términos, la parte que sufre el incumplimiento debe tomar las medidas pertinentes a efecto de mitigar sus daños, no es válido ejercitar un derecho sin beneficio para el titular, las relaciones contractuales deben atender a la mayor reciprocidad de intereses bajo el principio de equidad.¹¹⁰

Los principios pueden decirse que tienen una función creativa, interpretativa e integradora que operan auxiliándose entre sí y se considera además que *“las características y principios deben funcionar conjuntamente para una correcta interpretación del derecho vigente”*.¹¹¹

La equidad tiene el propósito de desarrollar los principios, al buscar igualar las condiciones evitando desigualdades en virtud de ventajas competitivas en situaciones comerciales entre distintos sistemas jurídicos.

Los juristas, han recopilado principios propios del comercio internacional, extrayendo al analizar laudos arbitrales realizando un listado que pueden ser utilizados al ser previamente reconocidos por la Lex Mercatoria.

¹¹⁰ Faya Rodríguez, Alejandro, *óp.cit.*, Pág. 52

¹¹¹ Villegas Lara, Arturo, *óp.cit.*, Pág. 23.

El incremento de la circulación mercantil internacional busca agilizar las transacciones comerciales evitando pérdidas económicas a largo plazo si surgen controversias, la elección de costo beneficio del sistema jurídico al cual someterse, por lo que limitar la jurisdicción al sometimiento de un Estado u otro no lo hace viable en algunos casos dada las circunstancias propias de cada relación comercial, en virtud que el derecho mercantil internacional se maneja en tres supuestos en las disposiciones internas de los Estados y en la generalidad de los convenios de comercio. Se trata, en primer lugar del principio de “libertad de comercio”, fiel reflejo del liberalismo económico proclamado por la Revolución Francesa; en segundo término, del principio de “libre cambio” caracterizado el período anterior e indispensable para el desarrollo de las transacciones internacionales y, por último del principio de la “igualdad de trato entre el extranjero y el nacional” en materia mercantil,¹¹² hace que en ciertas relaciones comerciales sea elegible regirse bajo los principios de la Lex Mercatoria, fundamentados en la autonomía de la voluntad como se ha indicado con anterioridad.

Entendiendo la autonomía de la voluntad como la *“potestad que tienen los individuos para regular sus derechos y obligaciones mediante el ejercicio de su libre arbitrio. Representada en convenciones o contratos que los obliguen como la ley misma y siempre que lo pactado no sea contrario a la ley, a la moral, al orden público o a las buenas costumbres”*.¹¹³

Como la Lex Mercatoria se fundamenta en la autonomía de la voluntad, da margen amplio a regirse de forma independiente, existe limitantes que no pueden obviarse, la capacidad de las partes lo establece normativas nacionales, que no pueden ignorarse, caso contrario se vulnera derechos que son inviolables, en Guatemala el Código Civil, artículo

¹¹² E-Prints Complutense, Fernández Rozas José Carlos, *El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización*, España, 2000, disponible en http://eprints.ucm.es/6869/1/EL_DERECHO_DEL_COMERCIO_INTERNACIONAL_EN_LA_GLOBALIZACION.pdf , consultado el 15 de Julio de 2016.

¹¹³ Autonomía de la Voluntad, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Guatemala, Datascan, Primera Edición Electrónica, 1999, Pág. 98.

1254 establece refiriéndose a este tema, que toda persona en un negocio jurídico es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad.

Reforzando dicha norma, en su artículo 2, del Código Procesal Civil y Mercantil, la que indica que las partes pueden someterse expresa o tácitamente, interpretando la elección no solamente al ámbito nacional, sino extendiéndose en dicha elección al ámbito internacional.

Así mismo se manifiesta La ley del Organismo Judicial en referencia al pacto de Sumisión en su artículo 31, indicando que se rigen por la ley los actos y negocios jurídicos que las partes se sometan, que no sean contrarias a la ley.

Larios Ochaita indica como *“Regla del Derecho Internacional Privado que las partes tienen la facultad de someter la sustanciación y efectos de sus obligaciones a una ley determinada libremente elegida, es decir son libres para elegir la ley que deba conocer o que debe ser aplicable en caso de controversia.”*¹¹⁴ Por ello las partes tienen la libertad de elección ante las normas en conflicto, de elegir a cuál se van a someter.

Organismos internacionales y civiles constituyen fuentes de información que han recopilado la utilización de principios generales lo que ha contribuido a que la Lex Mercatoria sea un derecho autónomo.

Los principios generales de la Lex Mercatoria, son principios internacionalmente aceptados del derecho que gobiernan las relaciones contractuales, siendo estos:

- i. Interpretación de buena fe de los contratos
- ii. Presunción de competencia internacional
- iii. Obligación para el acreedor de una obligación ejecutada de minimizar el perjuicio.
- iv. Presunción, a falta de acción, de renuncia a las sanciones contractuales
- v. Deber de cooperación de las partes

¹¹⁴ Larios Ochaita, Carlos, óp.cit., Pág. 77

- vi. Exigencias de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses.
- vii. Validez de la aceptación tácita del contrato.¹¹⁵

Las negociaciones se realizan bajo el presupuesto de la buena fe aplicada al cumplimiento de las obligaciones contractuales, donde se presume que las partes actuarán de manera honrada, con la intención de cumplir con lo pactado dentro de un marco legal.

La buena fe se refiere al *“convencimiento, en quien realiza un acto o hecho jurídico, de que éste es verdadero, lícito y justo. El concepto tiene extraordinaria importancia en materia contractual y de derechos reales (propiedad, posesión, servidumbres, etc.), así como también en materia de prescripción”*.¹¹⁶

Esta presenta dos aspectos fundamentales *“al aplicar la buena fe al cumplimiento de las obligaciones contractuales: la buena fe -creencia-, en cuanto conocimiento de no estar actuándose en detrimento de un interés legítimo, y la buena fe -lealtad-, como intención de cumplir con los deberes jurídicos que resultan del contrato”*.¹¹⁷

Al facilitar los mecanismos con medios idóneos con condiciones equitativas para el comercio que sean transparentes en sus relaciones contractuales, se fomenta la competencia leal reflejada en las políticas comerciales con compromisos vinculantes en un sistema que favorezca el libre comercio que promueva el desarrollo económico, la apertura y fortalecimiento de nuevos mercados, mejorando las condiciones para las negociaciones comerciales con la creación de políticas económicas que generen un desarrollo de libre competencia, evitando prácticas comerciales discriminatorias y competencia desleal.

¹¹⁵ *loc.cit.*,

¹¹⁶ Buena Fe, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Guatemala, Datascan, Primera Edición Electrónica, 1999, Pág. 124.

¹¹⁷ *loc.cit.*,

Con el objeto de que permita el fortalecimiento de los mercados y la libre competencia evitando malas prácticas, basados en el Principio de Igualdad, la presunción de competencia internacional refiere a que si un país aumenta los beneficios que concede a uno de sus interlocutores comerciales, tiene que dar ese mismo “mejor” trato a todos los demás de modo que todos sigan siendo los “más favorecidos”.¹¹⁸

La utilización de principios que sean base en las regulaciones comerciales, se debe a que estos llenan vacíos no regulados, teniendo una función integradora, cada vez más son utilizados en las negociaciones mercantiles por empresas transnacionales que prácticamente se rigen bajo sus propios contratos, haciendo creciente la ausencia de vigilancia de órganos legales, que no se dan abasto dado la creciente demanda del tránsito mercantil, se ha fomentado la utilización de principios y códigos de conducta para regular el actuar profesional para que los documentos legales que nacen a la vida, no vulneren derechos entre las partes.

2.2 Reglas de interpretación de los contratos:

La celeridad del tráfico mercantil hace que nazcan a la vida jurídica contratos atípicos, al no poder acoplarse a determinado tipo legal establecido, son creados contratos modificados regidos por la autonomía de la voluntad interpretados y ejecutados bajo los siguientes preceptos:

- a) La buena fe,
- b) La verdad sabida
- c) La verdadera intención de las partes
- d) Normas del efecto útil

¹¹⁸ Organización Mundial de Comercio, *Los Principios del sistema de comercio*, 2011, disponible en http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm#mfndbox, consultado el 28 de agosto de 2016

- e) Transparencia sustantiva en un grupo de sociedades y ampliación del efecto relativo de los contratos.¹¹⁹

Los contratos tipos son documentos jurídicos con cláusulas contractuales, que han sido creados como instrumentos legales, que nacen a la vida jurídica por medio de la autonomía de la voluntad.

La Organización de las Naciones Unidas, por medio de su comisión jurídica, ha venido trabajando en una especie de Código Mercantil Universal. Regionalmente (América, Europa, etc.) también ha surgido la inquietud de uniformización, sin que hasta la fecha se haya llegado a algo concreto.¹²⁰

2.3 Costumbre

La costumbre es fuente de derecho, por la relevancia que tienen los actos repetitivos propios del comercio a través del tiempo, que son aceptados y reconocidos por los comerciantes ya que sustentan conocimientos y vínculos fundamentados en principios de derecho, fomentando así la equidad.

La costumbre ocupa un papel secundario en cuanto a la creación de normas jurídicas con relación a la ley, sin embargo como fuente del derecho se reconocen dos elementos constitutivos de la costumbre, uno es material y el otro psicológico, que define la repetición constante y generalizada de un hecho, creando una convicción que ese actuar es jurídicamente obligatorio.

Por ello la costumbre constituye una fuente de derecho con fuerza para crear normas jurídicas o ante la presencia de lagunas o en prevención de ellas, cumple una función integradora.

¹¹⁹ Fernández Rozas José Carlos, Arenas García Rafael, Miguel Asensio (de) Pedro Alberto, *óp.cit.*, Pág. 47

¹²⁰ Larios Ochaíta, Carlos, *óp.cit.*, Pág. 213.

Los legisladores en sentido técnico deben tener cuidado al distinguir la costumbre verdadera y real del uso o elemento objetivo, dado que la función debe ser integradora o supletoria.¹²¹

Un uso consiste en la repetición constante y uniforme de actos idénticos comisivos u omisivos consentidos tácitamente por todos respetándola y aplicándola.¹²²

Lo que llevó a plasmarla en normativas, *“la costumbre comercial internacional, era asociada a la susceptibilidad de la norma consuetudinaria en cuestión de ser recogida por escrito, recientemente llegó a requerirse el pacto expreso contractual para que sea así considerada”*.¹²³

Lo que significa que dichos actos repetitivos a lo largo del tiempo, deben contener ciertas características para que sean considerados como costumbre, entre las características existen requisitos indispensables considerados por los comerciantes, son conductas que encajan en los estándares aceptados como acciones propias del comercio que se realizan de forma pública y al aceptarla los comerciantes la respetan y la acatan, por lo que se espera y se considera obligatoria para las personas que ejerzan el comercio, deben adecuarse a los comportamientos establecidos que no se encuentran regulados por ley, sin caer en ilegalidades si no quieren contravenir las relaciones comerciales.

Se ha dicho que los usos reiterados en el tiempo se convirtieron en reglas emitidas por las entidades nacionales o internacionales. El uso es una práctica o método realizado con regularidad, de observancia en determinado lugar, localidad o comercio para justificar la expectativa de que ésta será observada respecto de la transacción en cuestión.¹²⁴ Su aplicación hace que la costumbre tenga una función integradora.

¹²¹ Vásquez, Arminio, *óp.cit.*, Pág. 78

¹²² Castrogiavanni R.M. *óp.cit.*, Pág. 2

¹²³ Illescas Ortiz, Rafael y Pilar Perales Viscosillas. *Derecho mercantil internacional*, el derecho uniforme, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2003, Pág. 50

¹²⁴ Alvarado Fuentes, Sergio, *óp.cit.*, Pág. 63

La costumbre mercantil obtiene un carácter vinculante con “*una dosis alta de costumbres que por la opinión iuris seu necessitatis, o convicción de tratarse de normas de derecho obligatorias para las partes, la uniformidad, reiteración y publicidad de las mismas*”¹²⁵ estos usos incorporadas a instrumentos que regulan transacciones internacionales han brindado elementos que han enriquecido la Lex Mercatoria, obteniendo un ordenamiento autónomo, creado por los propios comerciantes.

Los agentes económicos imponen sus propios usos y costumbres convertidos en normas consuetudinarias, autónomas y de aceptación general, buscando con ello fórmulas más adecuadas a la realidad del tráfico mercantil moderno con el propósito de resolver controversias sin aplicar las leyes propias¹²⁶ y al invocar “*La recepción de la Lex Mercatoria por los sistemas estatales puede llevarse a cabo a través de textos internacionales que institucionalizan su desarrollo*”¹²⁷ haciendo que la Lex Mercatoria tenga una traducción jurídica, que se ve reflejada en las relaciones contractuales.

Dichas relaciones son las que enriquecen la aplicación de la Lex Mercatoria, “*el conjunto de usos o prácticas que realizan los comerciantes y que cumplen los requisitos exigidos por el código de comercio para adquirir tal denominación*”¹²⁸

2.4 Normativas relacionadas a la Lex Mercatoria

Villoro Toranzo define una norma como “*una orden general, dada por quien tiene autoridad, para regular la conducta de otros. Una orden, es un mandato por el cual se pretende obligar a las normas mandadas. Se distingue así del consejo y de la*

¹²⁵ Pace Law School Institute of International Commercial Law, Oviedo Alban Jorge, Los usos y costumbres en el derecho privado contemporáneo, Estados Unidos, disponible en:

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.html#56>, consultado el 28 de agosto de 2016.

¹²⁶ Silva Jorge Alberto, *óp.cit.*, Pág. 101

¹²⁷ Fernández Rozas José Carlos, Arenas García Rafael, Miguel Asensio (de) Pedro Alberto, *óp.cit.*, Pág. 53

¹²⁸ Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Cardoso, Juan Pablo, *La costumbre mercantil internacional como mecanismo de solución de conflictos en la contratación mercantil internacional en la corte suprema de justicia y corte constitucional colombiana*, Colombia, 2010, disponible en:

http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/univ_est/documents/5Lacostumbre.pdf, consultado el 1 de marzo de 2016

recomendación, los cuales no pretenden obligar a las personas a las cuales se aconseja o recomienda algo".¹²⁹

Para Georg Henk Von Wright el concepto de norma debe de ir implícitamente aparejado al concepto de deontología y dice que "*se refiere a la teoría general del deber ser, es decir de los conceptos normativos y sistemas normativos*".¹³⁰

Siguiendo dicha concepción una norma es un enunciado de derecho previamente establecido legalmente en base a una teoría general que busca regir el comportamiento idóneo de una sociedad con el imperativo que debe cumplirse en un área geográfica delimitado por el poder coercitivo de un Estado, aplicando reglas generales establecidas que permitan o prohíban conductas establecidas en ley.

Kelsen en su teoría respecto a la naturaleza de una norma, la sintetizó así:¹³¹

A = hecho que encuadra con el supuesto jurídico

B= consecuencia legal

Aplicado a la Lex Mercatoria, si es A, puede ser B, C, D, E, ó F, inclinándose a la idea que es más que un conjunto de normas, cuya metodología va a través de un análisis comparativo y fáctico, arrojando soluciones concretas en la resolución de un problema trasnacional, utilizando en su aplicación usos y costumbres internacionales, siendo posible si la controversia se resuelve bajo un sistema legal que lo permita en los arbitrajes internacionales.¹³²

En búsqueda de una solución concreta el comercio no limita sus relaciones comerciales a un solo Estado, por lo que cuando se relacionan comercialmente uno o más Estados en una transacción y surge un conflicto entre las partes, generalmente la parte afectada

¹²⁹ Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM, Villoro Toranzo, Miguel, La norma jurídica y sus caracteres, México, 2010, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/111/dtr/dtr9.pdf>, Consultado el 18 de septiembre de 2016

¹³⁰ Von Wright, Georg Henrik, *Norma y acción una investigación lógica*, España, Editorial Tecnos, 1970, Pág. 87.

¹³¹ Faya Rodríguez, Alejandro, *óp.cit.*, Pág. 57

¹³² *loc.cit.*,

aplica la jurisdicción y aplicación de la ley del Estado donde pertenezca, esto ocasiona un conflicto para la otra parte que no se sentirá cómodo que le sea aplicada una ley que no le es propia, por lo que no establecer a qué ley nacional se someterán en caso de controversia, genera inconvenientes por la falta de uniformidad de los diversos ordenamientos jurídicos dado que el comercio se desenvuelve en varias locaciones, se hace inevitable que surjan conflictos entre las partes las cuales necesitan resolver las litis que se produzcan ya sea por características propias del negocio jurídico, por el incumplimiento de una obligación, o por el conflicto entre normas de los Estados contratantes.

Larios Ochaita define la norma en conflicto como *“una disposición interna que tiene por objeto remitir al ordenamiento jurídico dentro del cual se enmarca la cuestión o relación jurídica que se pretende solucionar, la norma de conflicto es un indicador, una guía que nos lleva a un fin buscado.”*¹³³

Las normas en conflicto son normativas que rigen un mismo aspecto y que pueden someterse a distintos ordenamientos jurídicos *“qué derecho se aplica a cada asunto que se relaciona con varios Estados de acuerdo a las normas aplicadas a las relaciones jurídicas, dependiendo del campo de especialización, se tratará de las reglas del derecho internacional privado, del derecho penal internacional, o del derecho público internacional. El derecho internacional privado determina el derecho nacional aplicable en el marco de las relaciones de derecho privado”*.¹³⁴

Pueden entrar en conflicto en leyes de comercio según Larios Ochaita¹³⁵:

- La calidad del comerciante
- El registro mercantil
- Las sociedades
- Títulos de crédito y documentos negociables
- El seguro

¹³³ Larios Ochaita, Carlos, *óp.cit.*, Pág. 80.

¹³⁴ Herdegen, Matthias, *óp.cit.*, Págs. 5-6.

¹³⁵ *Ibíd.*,Pág.81

El Código de Derecho Internacional Privado en el artículo 232 establece que la capacidad para ejercer el comercio y para intervenir en actos y contratos mercantiles, regulando las capacidades e incapacidades de ejercer actividades comerciales bajo la ley personal de cada interesado.

Se consolidó la Lex Mercatoria con los usos y costumbres comerciales las cuales se fueron normando con el paso del tiempo propiciando que se genere un sistema de regulación de aplicación universal de las actividades comerciales internacionales generando fundamentos éticos vinculantes para el cumplimiento de las obligaciones.

Jugaron un rol importante las reglas desarrolladas por la Cámara de Comercio Internacional en París (ICC), las cuales ayudan a interpretar en los contratos comerciales internacionales, las cláusulas.

Al incrementar las transacciones comerciales internacionales se hizo necesario reglas que unificaran términos propios que caractericen en qué condiciones se negocian los productos que se importan o exporten al traspasar fronteras indicando las estipulaciones de las condiciones internacionales de venta.

Las condiciones de venta internacionalmente donde se están tomando en cuenta las prácticas y usos uniformes, están formuladas por la Comisión Económica para Europa y la Organización de Naciones Unidas, y por el Consejo de Ayuda Mutua Económica (COMECON) para los países de economía planificada.¹³⁶

La más utilizada la constituye al normar reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales¹³⁷ llamadas Incoterms “términos internacionales de comercio”, que son un desglose de abreviaturas utilizadas en el comercio internacional, para reflejar el estatus de los términos con los cuales se realizó la negociación, estableciendo mecanismos de regulación en el derecho económico exterior, el mecanismo utilizado son

¹³⁶ Castrogiovanni R.M. *óp.cit.*, Pág. 2

¹³⁷ UNESCO, *El Convenio de UNIDROIT* de 1995, <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1995-unidroit-convention/> 10 junio 2015

los aranceles aduaneros determinando estos, las limitaciones a las importaciones/exportaciones o estableciendo cuotas de las mismas, en respuesta a políticas económicas nacionales.

Los INCOTERMS vigentes, definen estándares utilizados en las operaciones de importación y exportación que toman validez cuando son establecidos en los contratos de compra y venta, con el respaldo de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) han sido estandarizados a nivel mundial.

La definición de los INCOTERMS facilitó el ámbito de aplicación con términos que interpretan la intención de forma uniforme y de aplicación general, abarcando:

- Fijación momento y lugar en que se producirá la entrega de la mercancía.
- Definición de Derechos y obligaciones del vendedor y comprador, de acuerdo a la cláusula de venta elegida.
- Determinación de si el vendedor o comprador será quien asuma los gastos y riesgos
- Reglamentación de la obligación de pago del comprador.¹³⁸

Se aplica en las relaciones comerciales la amplia gama de documentos jurídicos disponibles, usos y costumbres del comercio internacional, condiciones generales de contratación, incoterms, códigos de conducta, principios generales del comercio internacional, leyes modelo, convenciones internacionales vigentes, y no vigentes, laudos arbitrales, reglas uniformes y guías establecidas.

Invocando normas internacionales o principios estas normas cobran valor jurídico cuando estas son incorporadas al ordenamiento interno al ser aplicadas en procedimientos legales, cumplimiento con las formalidades requeridas haciendo que esta sea válida cuyo efecto es vinculante para las partes.

¹³⁸Castrogiovanni R.M *Lex Mercatoria* www.derecho-comercial.com/Doctrina/lex-merc.pdf 06/08/2017

El Decreto 67-95 del Congreso de la República (Ley de Arbitraje) es la normativa actual que rige las relaciones arbitrales nacionales e internacionales en la República de Guatemala, la misma se basa en la Ley Modelo de UNCITRAL.

2.5 Arbitrajes internacionales

A partir del caso Norsolor, se cambió el enfoque y la expansión del arbitraje internacionalmente creció.

El arbitraje utiliza “*todos aquellos mecanismos de solución de controversias por los que se dirimen conflictos en el ámbito del comercio internacional sin recurrir al auxilio de los tribunales de justicia de un determinado país*”¹³⁹ haciéndolo un medio por el cual a sometimiento de la voluntad de las partes eligen dirimirlos por vía arbitral, decidiendo a qué tribunal arbitral, normativas, reglas y principios se someterán, sean estas estipuladas con anterioridad en el contrato o posteriormente al surgir la litis, teniendo la potestad de elegir a los juzgadores expertos en la materia del litigio en cuestión.

El arbitraje puede definirse como el instrumento de impartición de justicia con mecanismos propios de conciliación alternativo al proceso judicial. La complejidad de las relaciones económicas y la diversidad territorial donde estas son llevadas a cabo, ha conducido a la búsqueda de nuevas formas para solucionar controversias surgidas en el ejercicio del comercio internacional.¹⁴⁰ Lo que lo hace al arbitraje flexible, ofreciendo libertad para resolver las controversias con la aplicación de diversos métodos procesales menos formalistas.

Esta informalidad es una ventaja para el arbitraje comercial internacional, ya que en la práctica transnacional ofrece una vía simple sin las formalidades de las derecho interno nacional de cada país, porque casi todas las leyes en materia de arbitraje dan gran libertad a las partes para la elección del derecho aplicable a sus transacciones, siendo libres de seleccionar como derecho aplicable tratados internacionales, usos y costumbres

¹³⁹ Illescas Ortiz, *óp.cit.*, Pág. 569.

¹⁴⁰ Contreras Vaca, Francisco José, *Derecho Internacional Privado*, Parte especial, Oxford, México 2013, Pág. 195

internacionales, principios generales del derecho, Lex Mercatoria, o combinaciones del derecho internacional con algún sistema legal en sus contratos siempre que sean consistentes con el Derecho Internacional Público.¹⁴¹

Por lo que es ventajoso la utilización de un arbitraje internacional, entendiendo este, como *“aquel en las partes al momento de celebrar el acuerdo de arbitraje tiene sus establecimientos en países diferentes; o cuando el lugar señalado para el arbitraje, el sitio de cumplimiento de una parte sustancial de la obligación comercial o el lugar donde se lleve a cabo el litigio esté ubicado fuera del país en que las partes tengan su establecimiento.”*¹⁴²

En el arbitraje es donde tiene aplicación la invocación de la Lex Mercatoria *“este conjunto de reglas de aplicación constante entre los particulares en la solución de sus controversias en el ámbito mercantil han dado lugar a principios dentro de la doctrina arbitral los cuales los árbitros siguen regularmente”*¹⁴³ por lo que la jurisprudencia que emana de los laudos es un elemento invaluable, han examinado las circunstancias, objetivos, ejecución del negocio y la voluntad de las partes respecto a la elección del derecho aplicado, al evaluar todos los aspectos intrínsecos de la negociación se documenta factores que permiten analizar y armonizar con otros instrumentos jurídicos internacionales que se interrelacionan en las negociaciones mercantiles.

Las partes pactan en condiciones de igualdad, en los puntos que de acuerdo a su voluntad negocien, sin embargo este pacto debe abarcar como mínimo ámbitos esenciales; la sede del arbitraje, el idioma del arbitraje, la nacionalidad de los árbitros, la especialización del árbitro, las reglas del procedimiento, el derecho aplicable y la representación jurídica, por lo que los árbitros para solucionar los conflictos, toman en cuenta los usos del comercio, lo que se estipule en el contrato, INCOTERMS y reglas uniformes relativas a actividades específicas del comercio, para garantizar en los laudos

¹⁴¹ Faya Rodríguez, Alejandro, *óp.cit.*, Pág. 58

¹⁴² Contreras Vaca, *óp.cit.*, Pág. 435

¹⁴³ Matute Morales, Claudia. *La lex mercatoria y los principios jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional*, Anuario, Universidad de Carabobo, Colombia, 2004 Pág. 1.

equidad y encontrar la solución correcta no solo tomando los elementos sustantivos de las normas que tengan a su disposición, toman en cuenta si necesitan una función integradora jurisprudencia, los principios propios del comercio internacional, Lex Mercatoria y los principios recogidos por la Ley Modelo sobre Arbitraje de la UNCITRAL, aplicados al contexto legal del derecho al cual se somete la controversia.

Por la eficacia de los arbitrajes para resolver las desavenencias comerciales internacionales lo hace un medio confiable, se ha consagrado para resolver litigios al obtener eficacia jurídica, la facultad de elegir los árbitros, la sede del arbitraje, las normas de derecho aplicable y gozar con la garantía de confidencialidad, celeridad, ha incrementado la utilización de la vía arbitral haciendo de esta un sistema de solución extrajudicial confiable, por lo que es viable y preferible por las partes para la solución de sus controversias mercantiles internacionales.

La confidencialidad es fundamental en este proceso legal, en virtud que salen a la luz detalles propios del negocio, datos financieros, características industriales, que las partes no quieren que sean de dominio público, sin embargo la solución de estos queda plasmado en laudos que alimentan la jurisprudencia arbitral y sirven a otros jueces arbitrales para tomarlos en cuenta de ser necesario en la solución de un conflicto sometido a ellos.

La jurisprudencia arbitral es aquella comprendida en la doctrina de carácter nacional e internacional, la cual está compuesta por los fallos emitidos en tribunales arbitrales nacionales e internacionales, los laudos producto de relaciones contractuales comerciales ya sea de carácter nacional o internacional; dicha doctrina se nutre de la costumbre, la aplicación de normativas legales nacionales, tratados internacionales y convenios, y por la aplicación de los principios propios del derecho internacional, que rigen las relaciones comerciales.

Tiene un valor invaluable la jurisprudencia nacida en los laudos para la aplicación de casos análogos, entendiendo por jurisprudencia la interpretación que de la ley hacen los árbitros en sus laudos para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción. La

jurisprudencia al estar formada por el conjunto de sentencias dictadas por jueces arbitrales sobre una materia determinada. Sin embargo, hay países que cuentan con tribunales de casación, estos consideran que únicamente los fallos judiciales que sean emitidos por estos tribunales de casación sientan jurisprudencia, que constituyen la más alta jerarquía dentro de la organización judicial, y cuya doctrina es de obligatorio acatamiento para todos los jueces y tribunales sometidos a su jurisdicción afianzando la seguridad jurídica. En los países donde no existen tribunales de casación, cada tribunal o juez tiene libertad para sentenciar conforme a su criterio¹⁴⁴ dentro de un ámbito de aplicación para arbitrajes comerciales nacionales como internacionales, así como también, cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, independientemente de que sea o no una institución permanente la que lo lleve a cabo.¹⁴⁵

En el ámbito internacional “la jurisprudencia internacional en materia de arbitraje comercial, es basta en cuanto a casos donde las partes no determinaron en un contrato cual sería en caso de disputa el derecho aplicable a la negociación y por ende no existe una estipulación de las reglas que deben ser utilizadas por los árbitros para buscar una solución a la controversia de las partes, o se puede dar el caso que genere dudas al tribunal arbitral, la determinación de que derecho aplicar, si este no fue claro, o se dio de forma ambigua, por eso mismo, han existido diversos criterios que los árbitros han plasmado en la jurisprudencia arbitral, principalmente aquella hipótesis del derecho aplicable de la Corte Internacional de Comercio, que tienen como fin dar soluciones a los contratos de comercio internacionales cual derecho aplicar, es de los temas que más desarrollo jurisprudencial han tenido los tribunales arbitrales, dado por la omisión común que se presenta en contratos donde no es clara la manifestación de las partes de querer someterse a ordenamientos jurídicos en particular, o disposiciones determinadas. El derecho o la ley aplicable, incluso puede ser elegido posteriormente a la celebración del

¹⁴⁴ Jurisprudencia, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Guatemala, Datascan, Primera Edición Electrónica, 1999, Pág. 531.

¹⁴⁵ *Ibíd.* Pág. 435

*contrato, así mismo no es necesario que exista vinculación con la ley elegida manifieste las circunstancias del caso”.*¹⁴⁶

En la aplicación práctica el arreglo de controversias a través del arbitraje comercial internacional evita conflictos territoriales, fundamentado en la voluntad de las partes la elección de someterse a ella, no siendo necesaria la ejecución coactiva en el cumplimiento de los laudos.

Los tribunales locales resultan lentos y burocráticos debido al cúmulo de asuntos que se ventilan en ellos, por lo que el arbitraje es de beneficio tanto para los particulares en sus relaciones contractuales como para el órgano judicial que se desahoga de litigios, teniendo como efecto la mutua colaboración entre la jurisdicción arbitral y la judicial.¹⁴⁷

Los procesos de la vida económica que tienen inferencia en las relaciones internacionales que son llevados ante la jurisdicción arbitral, afectan la reglamentación nacional que pueden ser sujeto de valoración, sobre este aspecto se deciden las reglas con antelación o posteriormente a las cuales se regirá la negociación mercantil, sobre que jurisdicción se aplicará dicha relación contractual, lo que radica en determinar si determinando asunto se aplica el derecho nacional propio o el derecho extranjero que se invoque.¹⁴⁸

Dado que las litis que se ventilan por vía arbitral, son negociaciones realizadas en países diferentes, se complica por las características propias de cada Estados, lenguaje, cultura, diversos ordenamientos jurídicos y aspectos que no puedan ser de dominio popular por lo que se hace necesario garantizar y aplicar confidencialidad, hace que esas diferencias deban ser tomadas en cuenta por las partes y determinar a conveniencia de ellas, la sede del arbitraje, el idioma y las normas aplicables.

El arbitraje da opción a las partes, de elegir normativa de determinado país dado que son varios Estados los involucrados en transacciones comerciales, acogiéndose a una

¹⁴⁶ Poder Judicial República de Costa Rica, Piedra Poveda, Federico, *Principios de la Jurisprudencia Arbitral Comercial internacional*, Piedra Poveda, Federico, Costa Rica, 2012, Disponible en http://sitios.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/revista%20104%20por%20archivo/05-%20Jurisprudencia%20arbitral%20comercial.pdf, consultado septiembre 2016

¹⁴⁷ Contreras Vaca, Francisco José, *óp.cit.*, Pág. 196

¹⁴⁸ Herdegen Matthias, *Derecho Económico Internacional*, Biblioteca Jurídica Dike, 1994, Pág. 47

jurisdicción estatal específica, o acogerse a principios de UNIDROIT, Lex Mercatoria; utilizando la equidad conforme su saber.

Tomar la elección de ventilar sus conflictos ante una vía arbitral que ha demostrado ser eficaz en sus resoluciones y vinculantes ante las partes, tiene como efecto una desvinculación del poder político que se proyecta en el ámbito de la territorialidad normativa, también en el del arreglo de las eventuales controversias que puedan surgir entre los operadores del comercio; dichos procedimientos tienen al arbitraje comercial internacional como protagonista. El Derecho del comercio internacional queda limitado al ordenamiento jurídico elaborado en el seno de la “*sociedad internacional de comerciantes*”, y al arbitraje comercial internacional como procedimiento de arreglo de controversias.¹⁴⁹

Dichas resoluciones quedan plasmadas en los Laudos arbitrales, existen anuarios de arbitraje que recopilan información de los argumentos utilizados por los árbitros en la solución del conflicto, enriqueciendo la jurisprudencia internacional, ya que publican el estudio de laudos que puede ser apoyo a otros árbitros a observar las tendencias tomadas en las resoluciones publicadas, en que normas, principios o reglas se fundamentaron para llegar a esa decisión.

El arbitraje también se somete a principios instrumentales que regulen su competencia arbitral, la autonomía jurídica de la cláusula de arbitraje que no invalide lo estipulado en ella, como la interpretación restrictiva de la cláusula compromisoria, ellas con el finalidad de garantizar el proceso arbitral en virtud que es esa cláusula es la que abre la puerta a que sea ventilada la litis por vía arbitral, sin embargo eso no implica, que si no existe previamente dicha cláusula, con posterioridad al surgir un conflicto no pueda elegirse solucionarlo en un arbitraje.

¹⁴⁹ E-Prints Complutense, Fernández Rozas José Carlos, *El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización*, España, 2000, disponible en http://eprints.ucm.es/6869/1/EL_DERECHO_DEL_COMERCIO_INTERNACIONAL_EN_LA_GLOBALIZACION.pdf, consultado el 15 de Julio de 2016

Es por ello si se tiene contemplado con antelación que de surgir controversia esta sea ventilada por vía arbitral, es aconsejable dejarlo estipulado en el contrato a través de una cláusula arbitral.

Sobre dicha cláusula, la Cámara de Comercio Internacional recomienda que sea incluida en este formato, *“Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento”*.¹⁵⁰

Estipular en el Contrato la utilización del arbitraje, otorga a las partes un marco de referencia que garantiza la defensa de los derechos y obligaciones que se pactaron para la solución del litigio, la solución emitida por el juzgado arbitral quedará establecido en un laudo, un laudo equivale a una sentencia judicial, sin embargo la ley no otorga a los árbitros la facultad de utilizar medidas de apremio, para ejecutar coactivamente sus resoluciones, por lo que tienen que homologar el laudo ante tribunales judiciales, para que logren la eficacia del arbitraje de ser necesario,¹⁵¹ existiendo un apoyo entre ambos sistemas jurídicos y un respaldo del Sistema Judicial hacia los Tribunales Arbitrales.

Al crear contratos atípicos, por las características propias de cada negociación, las cláusulas cubrirán las peculiaridades del negocio, sin embargo, debe de contener un marco general que contenga las estipulaciones que cubra en su contenido las generalidades y condiciones, derechos y obligaciones, estableciendo garantías, limitaciones de la responsabilidad, y la jurisdicción y derecho aplicable de una actividad comercial entre las partes la cual se perfeccionará con la aceptación.

La ejecución de los laudos arbitrales gozan de reconocimiento internacional que son acatados por las partes de forma definitiva ya que los laudos arbitrales no son apelables,

¹⁵⁰ La Corte Internacional de Arbitraje, Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 1998

¹⁵¹ Contreras Vaca, Francisco José, *óp.cit.*, Pág. 198

si las partes incumplen el laudo, se realiza un procedimiento de reconocimiento y ejecución.

El arbitraje ha demostrado ser eficiente en la solución de conflictos de forma independiente al sistema nacional por lo que ofrece una descongestión de los despachos judiciales nacionales.

En el ámbito internacional las cortes arbitrales internacionales reconocidas por su prestigio son¹⁵²:

La Cámara de Comercio Internacional (CCI), es la organización privada comercial más importante, desde 1923, sus miembros, empresas transnacionales procedentes de más de 130 países, que se organizan en 80 Comités Nacionales aproximadamente repartidos mundialmente, su secretaría internacional se encuentra ubicada en París. La CCI fomenta la utilización universal de Reglas y usos Uniformes relativos a los créditos documentarios, RUU 500 ó UCP 500, reglas aplicadas por bancos para financiar millones de dólares del comercio mundial cada año. Así mismo definió los INCOTERMS, cláusulas internacionales comerciales utilizadas ya de forma mundial en infinidad de contratos transfronterizos. En apoyo a las pequeñas empresas que no pueden costearse asesorías jurídicas onerosas, disponen de los contratos modelos de la CCI, a su vez dicha Cámara es pionera en la autorregulación del comercio electrónico.

La Corte Arbitral Privada (London Court of International Arbitration -LCIA-) radicada en Londres, completamente al margen de la jurisdicción inglesa, a futuro presenta las condiciones para competir con la CCI.

La American Arbitration Association (AAA) cuenta con el Centro Internacional para resolución de disputas (ICDR).

En el ámbito latinoamericano, se cuenta con la Comisión Interamericana de arbitraje comercial (CIAC).

¹⁵² Moreno, Francisco, óp.cit., Pág.5

La International Council for Commercial Arbitration (ICCA) con sede en Washington, juega un papel importante en las relaciones internacionales entre Europa del Este tras la caída del muro de Berlín.

El Arbitraje privado entre inversores privados y Estados, se administra a través del ICSID, institución internacional establecida por el Banco Mundial 1965 al amparo del convenio multilateral para la resolución de disputas en materia de inversión.¹⁵³

Producto de la globalización se crean cada vez más centros de arbitrajes internacionales.

En el ámbito nacional la utilización de la vía arbitral en Guatemala tiene fundamento legal en:

- Constitución Política de la República de Guatemala
- Ley de Arbitraje 67-95 del Congreso de la República de Guatemala
- Reglamento y Arancel de CRECIG

La elección de someterse en vía arbitral en Guatemala, da opción a elegir

- Comisión de Resolución de Conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala (CRECIG)
- Centro de arbitraje y conciliación de Cámara de Comercio de Guatemala (CENAC).

Las ventajas al someter al arbitraje a la CRECIG, costo/beneficio, es privado, confidencial, transparente, celeridad, certeza, seguridad jurídica, los árbitros son expertos en la materia.

Para iniciar ante la CRECIG el proceso de arbitraje, se debe presentar la siguiente documentación:

- Demanda de arbitraje y documentos adjuntos (según lo regulado en el artículo 12 Reglamento Arbitraje CRECIG).

¹⁵³ Loc.cit.,

- Copia de la cláusula arbitral o acuerdo compromisorio
- Pago de US\$200.00 como abono a la provisión inicial (según artículo % arancel CRECIG).¹⁵⁴

Se tiene opción de llevar la vía arbitral ante una institución privada, El Centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala, ofrece las mismas ventajas que el Centro de arbitraje y conciliación de Cámara de Comercio de Guatemala.

CENAC es pionero en fomentar la cultura arbitral en la niñez, para ello crea la Fundación CENAC, implementando un Programa de Mediación Escolar “Armonía” fomentando destrezas para enfrentar los conflictos en base al dialogo, el respeto, la tolerancia, y la comunicación, incitando a la niñez un cambio de mentalidad buscando una cultura de paz.¹⁵⁵

2.5.1 Las ventajas de utilizar la vía arbitral:

Utilizar la vía arbitral para dirimir los conflictos en las relaciones mercantiles ofrece varias ventajas:

- Especialización, quien valora la controversia es un árbitro y técnico experto en la materia objeto del litigio.
- Flexibiliza las reglas y administración del procedimiento, que pueden ser pactadas por las partes, siempre respetando los mínimos legales.
- Los tribunales arbitrales son neutrales, carecen de jurisdicción estatal
- Confidencialidad, ya que puede llevarse a cabo a puerta cerrada, si esa es la decisión de las partes.

¹⁵⁴ Comisión de Resolución de conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala, CRECIG, Arbitraje www.crecig.com.gt/conyent/arbitraje-1#strash.oLAHLfM.dpbs consultado 07/08/2017

¹⁵⁵ Centro de Arbitraje y conciliación de Cámara de Comercio de Guatemala, ccg.com.gt/web-ccg/centro-de-arbitraje-y-conciliacion-de-camara-de-comercio-de-guatemala/ consultado 08/08/2017

- Celeridad, evita procesos largos y burocráticos del sistema estatal
- Favorece la imparcialidad, ya que los árbitros no son dependientes del poder gubernamental, aislando por lo mismo, la influencia de políticas económicas, existe un compromiso arbitral, la finalidad es establecer un convenio para solucionar el conflicto en cuestión, determinado previamente en las cláusulas compromisorias.
- Es menos oneroso que un procedimiento judicial
- Puede mediar y conseguir un acuerdo resolviendo la controversia favorablemente.
- Los laudos arbitrales no son sujetos a apelación.
- Si la litis justifica se puede hacer la designación de varios árbitros, lo que beneficia para la solución de la controversia, ya que permite que sean uno o más expertos en la materia sustantiva con los que se pueda ventilar los puntos de discordia.
- Los honorarios de los árbitros son fijados calculando su función y tiempo invertido.
- El laudo es vinculante, produce carácter ejecutivo como cosa juzgada
- Seguridad jurídica que garantiza la ejecución de laudos

La facultad que tienen las partes de poder elegir los árbitros especialistas en la materia para la conformación del tribunal arbitral es una ventaja contra el ordenamiento interno, ya que no se permite a las partes elegir a los jueces en la legislación estatal. Otra ventaja que ofrece el arbitraje es la confidencialidad, las audiencias no son públicas y únicamente reciben y tienen acceso al laudo las partes.

2.6 Tratados internacionales

Los tratados internacionales nacen por la necesidad que tienen los Estados de adquirir un compromiso entre ellos que garanticen y faciliten a sus compatriotas sus relaciones económicas, políticas, sociales, militares y culturales.

Los Estados que tengan un objeto y una causa para ratificar o adherirse a tratados internacionales deben poseer capacidad jurídica y cumplir con las formalidades y protocolos establecidos.

Los tratados “*prevén un conjunto de normas neutrales de carácter transnacional que pueden ser de fácil aceptación por los Estados contratantes, con existencia de abundante material interpretativo*”¹⁵⁶ con el objeto de aplicar normativas unificadas de manera supletoria.

Para la solución de conflictos pueden remitirse a una norma ratificada en un tratado que puedan invocar las partes, creadas con el objeto de suplir las diferencias de comerciantes que tienen limitado el asesoramiento jurídico en sus relaciones comerciales, haciendo que sus negociaciones puedan ser objeto de vulnerabilidades por encontrarse en situaciones de desventaja, buscar este equilibrio beneficia a los comerciantes con normativas equitativas y uniformes contenidas en convenciones, tratados y leyes modelo en materia de Derecho Mercantil Internacional, las leyes modelo son instrumento que permite reformar las normativas internas a los Estados con el objeto de proporcionar un marco de referencia que cubra aspectos en una relación comercial estableciendo un régimen uniforme. El contenido en dichas leyes modelo abarca aspectos específicos de una actividad comercial, tales como procedimientos, en su creación, reconocimiento y ejecución de dichas prácticas, tomando en consideración la diversidad de sistemas jurídicos, entendiéndose esto se formulan leyes con un marco general que pueda ser utilizada en diferentes ordenamientos jurídicos con antecedentes y recomendaciones que pudiesen incorporarse a un sistema jurídico.

Por ello “*se ha promulgado legislación basada en Leyes Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional; el incremento de solicitudes por los Estados es cada vez es mayor, estos Estados reconocen la asistencia presentadas a sus ordenamientos internos, es innumerable la variedad de jurisdicciones afectadas por esas solicitudes. Por ello es frecuente que los jueces decidan sobre*

¹⁵⁶ Uncitral.org, Comisión de las naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, 2007, disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html, consultado el 18 de septiembre de 2016

*cuestiones que no tengan tanta experiencia por ser casos transfronterizos. Los textos normativos pretenden ofrecer a los jueces una introducción al uso y la aplicación de la Ley Modelo, fomentando así un entendimiento común y una interpretación uniforme de la Ley Modelo, y aumentando la previsibilidad.*¹⁵⁷ La ley modelo establece que de no existir una cláusula especial que especifique el derecho a aplicar, los árbitros seleccionarán el derecho utilizado y las reglas conflictuales que a su criterio consideren más apropiadas.¹⁵⁸

Cuando es utilizado este criterio, los árbitros aplicarán la ley que los árbitros consideren más apropiados, por lo general no optan por aplicar una regla conflictual señalando un uso internacional o un principio, ya que puede correrse el riesgo inminente que el laudo sea anulado por una corte o que su ejecución sea rechazada con posterioridad, esta postura fue motivo para rechazar la ejecución del laudo arbitral bajo la Convención de Nueva York para el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, esta postura también ha sido tomada por cortes locales donde es llevado a cabo el arbitraje, suspendiendo el proceso arbitral, y anulando el laudo bajo la convención citada, como motivo para rechazar el laudo, teniendo este precedente evitarlo.¹⁵⁹

Sin embargo, es de conocimiento de los árbitros que entre los criterios utilizados para fundamentar sus laudos, deberán decidir conforme con los términos del contrato, tomando en cuenta los usos comerciales que puedan aplicarse a la transacción.

Dicha postura es compartida por instituciones arbitrales en sus instrumentos normativos donde establecen la mayoría de forma general sus reglamentos. Evidenciando de esta forma aunque no sea específica la aplicación de usos, costumbres y principios de carácter

¹⁵⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: la perspectiva judicial, 2004 Disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/2011Judicial_Perspective.html, consultado el 28 de agosto de 2016

¹⁵⁸ Faya Rodríguez, Alejandro, *óp.cit.*, Pág. 56

¹⁵⁹ *loc.cit.*,

comercial internacional, estos son tomados en cuenta a la hora de decidir la resolución de conflictos entre las partes.

Instituciones como la Cámara de Comercio Internacional cita en su reglamento, el artículo 17.2 *“en todos los casos el Tribunal Arbitral tomará en cuenta los usos del comercio aplicable al contrato”*.¹⁶⁰

En contraparte son excepción de este criterio, la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, la Cámara de Comercio de Estocolmo y el Centro de Internacional de Singapur, las reglas siempre son válidas, en la medida que no contraríen normas de orden público de las leyes del lugar donde el arbitraje se lleve a cabo, por lo que es válido pactar arbitrajes internacionales bajo la costumbre internacional o principios internacionales reconocidos, sin embargo la costumbre comercial será supletoria al derecho elegido conforme a la mayoría de reglas arbitrales actuales.¹⁶¹

Está misma regla es utilizada en los arbitrajes ad-hoc, para regular los arbitrajes mixtos, la UNCITRAL en el artículo 33.1 y en la Convención de Washington regula los arbitrajes mixtos del Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversión.

La utilización de tratados y leyes modelo es un efecto claro de la necesidad de los Estados de hacer efectivos y eficaces sus ordenamientos internos, en virtud que los organismos legislativos propios de cada Estado, se han quedado cortos en cuanto a sus normativas debido a la concepción nacional que los limita, el actuar de un Estado debido a las peculiaridades propias de la misma, que la sujeta únicamente a la legislación interna, sin embargo el comercio se realiza sin fronteras, donde las relaciones mercantiles se dan entre múltiples ordenamientos jurídicos, se realiza una negociación de un producto o servicio X, en un país, y este sea producido en uno, con productos de diversos países, producido o maquilado en otro, distribuido en otro, y vendido en varios. Lo que al final se complica en caso de incumplimiento, a qué país someterse, si la legislación propia

¹⁶⁰ Ley Modelo, *óp.cit.*,

¹⁶¹ Faya Rodríguez, Alejandro, *óp.cit.*, Pág. 56

no cumple las expectativas legislativas de la diversidad de relaciones contractuales que se desarrollan en un mundo a merced de la globalización.

En materia arbitral internacional, debe considerarse lo regulado en los tratados celebrados en dicha materia, a la hora de realizar un contrato bajo esta jurisdicción, confirmando sí esta suscrita para su invocación.

- El Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL (1976), es un reglamento de carácter universal y contractual, se aplica a todo tipo de arbitrajes privados.
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) suscrita en Ciudad de Nueva York, el 10 de junio de 1958.
- Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá) suscrita en Ciudad de Panamá el 30 de enero de 1975.
- Convención Interamericana Sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Convención de Montevideo) suscrita en Montevideo el 8 de mayo de 1979.
- Ley Modelo de UNCITRAL de Arbitraje Comercial Internacional, 1985.

En la ejecución de sentencias provenientes de estas normativas, estas se tramitan igual que cualquier sentencia extranjera, lo que les da certeza jurídica, al acreditarse incapacidad, invalidez del acuerdo, privación del derecho de audiencia, incompetencia del árbitro, violación al procedimiento, invalidez del laudo, materia inarbitrable o lesión al orden público, esta sentencia no podrá negarse. ¹⁶²

¹⁶²*Ibid.*, Pág. 203

Capítulo 3

3.1 Globalización

El Renacimiento afianzó las organizaciones estatales en Francia, España, Inglaterra, siendo estas el germen de las actuales Estados nacionales, los Estados quisieron controlar las relaciones comerciales internacionales, desconfiando de los usos y costumbres de los mercaderes que perjudicaban la balanza comercial del Estado con la creencia mercantilista que la riqueza de una nación se media por la acumulación de su riqueza, creando numerosos monopolios mediante concesiones reales, en detrimento del libre comercio internacional, la enseñanza en muchas universidades del derecho romano quedó prohibido dejando de ser un derecho común supletorio.¹⁶³

Se nacionalizó el derecho mercantil, prevaleciendo la ley nacional sobre los usos comerciales comunes, algunos principios de la Lex Mercatoria persistieron al quedar indirectamente en los códigos mercantiles. La Lex Mercatoria es un derecho fruto de las necesidades globalizadas de las relaciones mercantiles.¹⁶⁴

La globalización es el resultado de un proceso histórico que ha surgido por el progreso de la tecnología y la innovación informática; la creciente integración de las economías a través de actividades comerciales y financieras.¹⁶⁵ Propulsada por la globalización, la comunidad mercantil desarrolla operaciones en todos los continentes, enfrentando disparidad jurídica provocada por las codificaciones nacionales.¹⁶⁶

La globalización al ser *“un proceso histórico de integración mundial que interactúa en el mundo convirtiéndola en un lugar interconectando con los ámbitos político, económico,*

¹⁶³ Moreno, Francisco, *óp.cit.*, Pág. 3

¹⁶⁴ Loc.cit.,

¹⁶⁵ Castrillón Víctor Manuel, Información jurídica inteligente, *El Fenómeno de la globalización y la Lex Mercatoria*, www.international.vlex.com/vid/lex-mercatoria-4380001 consultado 8/08/2017

¹⁶⁶ Ruiz Castellano, Gerardo, “La Nueva Lex Mercatoria”, *Revista Boliviana de derecho* núm. 21, Fundación Iuris Tantum, Bolivia, 2016 Pág. 4

*social, cultural y tecnológico, producto de ello se ha consolidado los principales avances tecnológicos y la necesidad de expansión del flujo comercial mundial, las innovaciones en las áreas de las telecomunicaciones y de la informática e internet.”*¹⁶⁷ Esa expansión de tecnología produjo la eliminación de fronteras estatales, ya no es necesario que las partes estén físicamente en un lugar geográfico para concretar una negociación.

La evolución de la tecnología, la informática ha implementado herramientas para facilitar las transacciones, sobre todo aquellas que se hacen con moneda extranjera mediante el otorgamiento de créditos regulados por la legislación internacional o negocios con títulos valores negociables. ¹⁶⁸

El comercio por internet y lo relacionado con el ciberespacio, los nuevos mercados financieros, inversión libre, todo lo acontecido en las esferas online, y lo referente a la resolución de disputas, protección de dominios, en esas relaciones hay una evidente ausencia de control estatal, y en esas actividades en línea prosperan con intercambios libres y voluntarios creando un sistema legal que se auto organiza de modo autónomo.¹⁶⁹

Carlos Abreu indica, que la globalización es el proceso de diversas naciones incorporadas a una sociedad mundial única, con vínculos de interdependencia, con dinámica del comercio de bienes y servicios, y las corrientes de capital y tecnología han producido un fenómeno que reduce los mecanismos de relación estatal en respuesta a la competitividad en los mercados, por ende, las estrategias internacionales van encaminadas a la aplicación de políticas comerciales mundiales.¹⁷⁰

El impacto que la globalización tiene sobre la diversidad de disciplinas la hace un fenómeno complejo y susceptible de diferentes enfoques.¹⁷¹

¹⁶⁷ Globalización, www.significados.com/globalizacion, consultado / 3 agosto 2017

¹⁶⁸ Cepeda Rincón, Henry, *óp.cit.*, Pág.254

¹⁶⁹ Moreno, Francisco, *óp.cit.*, Pág. 6

¹⁷⁰ Abreu Carlos La Lex Mercatoria. *El Derecho del Comercio Internacional* www.international.vlex.com Consultado, 8/08/2017

¹⁷¹ Alegría, Héctor, *La Globalización y el Derecho. Facultad de Derecho*, 2013 Pág. 187

El derecho moderno pasó de la diferenciación territorial a la diferenciación sectorial, en virtud que la sociedad transnacional demanda normas reguladoras que no pueden satisfacer las organizaciones estatales ni las internacionales, por esta razón diversas instituciones privadas están creando con una pretensión de validez global un derecho autónomo.¹⁷²

En la época actual de la globalización ha renacido la Lex Mercatoria para disgustos de los positivistas siendo un acontecimiento fascinante para la teoría actual del derecho, la doctrina, costumbre y los principios generales del derecho quedaron solamente como fuentes del derecho, la existencia de la nueva Lex Mercatoria contradice este presupuesto al manifestar su inconformidad con los ordenamientos jurídicos nacionales, al someter sus disputas ante árbitros internacionales bajo cláusulas de sometimiento voluntario, conforme a equidad, aplicando un derecho privado anacional de carácter consuetudinario, autónomo, transfronterizo, flexible y eficaz.¹⁷³

La nueva Lex Mercatoria no es la misma que se aplicó en la edad media, no es una vuelta a la antigua, aunque presenta un atrayente paralelismo con el derecho desarrollado en la Edad Media por los comerciantes¹⁷⁴, es otra, con diverso contenido, alcance que la originaria¹⁷⁵, por ello ha sido llamada la nueva Lex Mercatoria, en virtud que su alcance, su contenido, características, su aplicación queda a voluntad de las partes y resolución de conflictos sometidos por vía arbitral.¹⁷⁶

Hoy en día, las negociaciones se realizan a través de computadoras conectadas a una red de internet modificando notablemente cómo interactúan los comerciantes impactando en el mercado comercial, laboral, económico, político, fiscal, las medidas arancelarias cuantifican la balanza comercial, demostrando el incremento del tráfico mercantil abriendo la economía a la inversión, por consiguiente los Estados han incrementado su riqueza y expande los mercados, haciendo que el sistema financiero

¹⁷² Teubner, Gunther, *El Derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Alemania 2005

¹⁷³ Moreno, Francisco, *óp.cit.*, Pág. 3

¹⁷⁴ Ruiz Castellano, Gerardo *óp.cit.*, Pág. 4

¹⁷⁵ Feldstein, Sara *Contratos Internacionales: Contratos celebrados por ordenador, Autonomía de la voluntad, Lex Mercatoria*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995. Pág. 164

¹⁷⁶ Cepeda Rincón, Henry, *óp.cit.*, Pág. 254

mundial se adapte a las necesidades globales creando instituciones diversas; para solucionar conflictos los tribunales de arbitraje, para fomentar la economía y las necesidades del mercado de capitales los bancos han expandido sus servicios, el Banco Mundial es un pilar importante junto con el Fondo Monetario Internacional para apoyar a las empresas en temas crediticios fomentando así, el crecimiento económico de los comerciantes y de los Estados que son partícipes de la negociación.

Las políticas del libre comercio han otorgado en afán de apoyar el comercio, diversos tratados de libre comercio que regulan las negociaciones con Estados pertenecientes que se benefician de dicho tratado bilateralmente.

En relación al Estado de Guatemala como en la mayoría de países existe la libertad de libre mercado, que es regulado por políticas económicas dadas para regular, pero no intervenir en la oferta y demanda de productos y/o servicios que son requeridos por el mercado que no adolezcan de ilegalidades, las políticas cambiarias.

El Estado debe garantizar un mercado libre, *“mediante instituciones que garanticen las condiciones de un mercado libre donde se garanticen los precios reales y se propicie la estabilidad económica fomentando la demanda de los países, esto a través de políticas fiscales y monetarias que permitan mantener la estabilidad macroeconómica.”*¹⁷⁷

Las políticas del libre comercio se apoyan *“en la diversidad de tratos de libre comercio con distinto alcance, el Área de Libre Comercio de las Américas, el NAFTA (North American Free Trade Agreement), el Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea, Mercosur.”*¹⁷⁸

3.2 Características en la era de la globalización

La globalización de los mercados conduce al ocaso del sistema normativo jurídico estatal, siendo la Lex Mercatoria un claro ejemplo de pluralismo jurídico, ¹⁷⁹ la globalización ha

¹⁷⁷ Estado debe garantizar un mercado libre, Centro de Reportes Informativos sobre Guatemala, www.Cerigua.org/article/estado-debe-garantizar-un-mercado-libre/ consultado 3 agosto 2017

¹⁷⁸ 10 características de la Globalización, www.caracteristicas.com/globalizacion/ consultado 3 agosto 2017

¹⁷⁹ Ruiz Castellano, Gerardo *óp.cit.*, Pág. 11

generado una proliferación de normativas regularizadoras del comercio internacional, producto del derecho autónomo, ante la limitante de los Estados y Organizaciones Internacionales de normar la demanda de dichas relaciones, por lo que instituciones privadas han creado en base a las costumbres y usos de las relaciones comerciales, normas aceptadas basadas en principios generales del derecho.

Ante la impotencia Estatal, las relaciones contractuales han evolucionado al compás de las políticas económicas-comerciales en la solución de sus conflictos, dado que al someterse a la jurisdiccional nacional ven afectados sus intereses debido a lo burocrático del procedimiento, el tiempo que les consume, que el juzgador no sea experto en la materia de la cual se discute, limita la capacidad de decidir en forma correcta ya que un experto tiene habilidades y conocimientos amplios sobre un tema o área en particular convirtiéndolo en una fuente confiable.

Por ello, la solución de los conflictos recae por voluntad de las partes, en árbitros o mediadores internacionales, ya que en esta vía es eficiente y eficaz, la cual ha tomado fuerza debido a la aplicación del derecho privado de carácter consuetudinario transfronterizo, volviendo inoperantes las normativas nacionales en contrataciones mercantiles.

3.3 El derecho y la globalización

La modernización del comercio en negociaciones en línea a través de comunicaciones electrónicas en contratos internacionales ha enriquecido las normativas con manifestaciones jurídicas adaptadas a las necesidades de los comerciantes que les permitir realizar sus transacciones en línea, reduciendo los riesgos en la redacción de los contratos.

Cadena Afanador, expone a la Lex Mercatoria como una alternativa jurídica a la globalización del derecho¹⁸⁰ al armonizar otros instrumentos jurídicos internacionales como un caso pionero en la globalización del derecho, tales como:

- a) Los Principios UNIDROIT, cuya naturaleza y fuerza jurídica reposa en su origen no Estatal y su principal objetivo es la armonización de las normas sobre compraventa internacional de manera académica, no política.
- b) Códigos de Conducta específicos.
- c) Las regulaciones emanadas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). Las normas de la Organización de las Naciones Unidas son de carácter facultativo, y previenen el fusionamiento en materia del derecho arbitral, abriendo la posibilidad de consolidar la *Lex Mercatoria como alternativa jurídica* a través de la construcción de un derecho comercial autónomo, que responda a las necesidades de la comunidad internacional.
- d) La normatividad del Centro Internacional para el Arreglo de Disputas en Materia de Inversiones hace parte de los acuerdos en el seno del Banco Mundial para el tratamiento de los conflictos sobre inversiones internacionales.
- e) Las regulaciones de la Organización Mundial para la Propiedad Industrial.
- f) El Código de Derecho Internacional Privado, más conocido como Código Bustamante, que constituye el esfuerzo de armonización del Derecho Internacional Privado más significativo en América Latina. Fue aprobado en La Habana en 1927 durante la Sexta Conferencia Panamericana.

3.4 Nueva tendencia del Derecho Mercantil

Tras la globalización el tránsito mercantil cambió notablemente en el volumen de transacciones que se realizan alrededor del mundo, el intercambio de bienes o servicios

¹⁸⁰ Cadena Afanador, Walter René. *La nueva lex mercatoria: un caso pionero en la globalización del derecho*, Colombia, 2012 Pág. 5

es innumerable, las empresas transnacionales realizan sus negociaciones en la vía civil, las partes se someten a voluntad a principios generales internacionales, aplicando la Lex Mercatoria.

Las estructuras comerciales han sido eliminadas, se negocia en línea, se envían vía correo los contratos de un país a otro, la trasnalización de los productos, la diversidad de productos y servicios, su distribución, hacen que una negociación mercantil, incluya en el proceso características del comercio internacional, sin fronteras, no sujetándose a legislaciones nacionales ya que no solo en un país se da dicha negociación, la balanza comercial se acrecentó , provocando un superávit comercial, el costo de oportunidad es analizado por los contratantes que buscan maximizar sus utilidades.

El incremento de la competencia, hace que únicamente se mantengan en el mercado, las empresas eficientes por lo que las contrataciones deben al manejarse temas arancelarios, deben identificar oportunidades de crecimiento, reducir costos, ser competitivos en el ámbito internacional, penetrando a nuevos mercados para que no afecten su rentabilidad, lo complejo y las peculiaridades de diversos mercados, hacen que la jurisdicción estatal sea insuficiente para regular las transacciones jurídicas mercantiles que se generan diariamente, por lo que se garantizan a través de contratos que van más allá del contexto limitado de una legislación nacional que delimite su actuar y si estos pueden ser afectados ya sea por daños o perjuicios si existe controversia, ante esta hipótesis los comerciantes establecen documentos que sean una garantía.

Capítulo 4

4.1 Antecedentes de los Principios UNIDROIT

A partir de la década de los ochenta nuevos elementos se sumaron a los usos mercantiles en las contrataciones, la evolución de las actividades comerciales dimensionó el volumen de las transacciones que se hacen en el comercio internacional, los comerciantes se han acogido a regirse por los principios de la Lex Mercatoria, al ser estos generales aunque guarden el espíritu de dichos principios, se creó una recopilación de principios que conllevan principios generales del comercio internacional como la Lex Mercatoria e incluir otros principios que son utilizados en el comercio internacional privado, esta unificación como la Lex Mercatoria busca armonizar y unificar dichos principios con el objeto de satisfacer las necesidades mercantiles proveyendo una base ética con la que los comerciantes puedan regir su comportamiento mercantil en las negociaciones que realicen sujetos a principios que garanticen la correcta actuación entre las partes.¹⁸¹

Esa necesidad de regir el comportamiento mercantil en base a principios reconocidos y respetados por la comunidad internacional de comerciantes hace nacer la institución; el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, ofrece un tratado internacional que provee un listado de principios a los que las partes pueden regirse de ser invocados contrarrestando deficiencias y lagunas legales.

Los principios son invocados integrándolos a un cuerpo jurídico normativo independiente en diversos sistemas jurídicos con el propósito de reducir incertidumbres en un contrato en torno a la ley aplicable,¹⁸² Teniendo de precedente la Lex Mercatoria, la recopilación de principios UNIDROIT ambos aportan un desahogo al sistema legal.

El tratado fue creado en 1940 por la Sociedad de Naciones ya que su naturaleza era de carácter de un órgano auxiliar se disolvió. Da a la vida un acuerdo multilateral el Estatuto Orgánico de UNIDROIT, cuyo objetivo consiste en estudiar, modernizar, armonizar el

¹⁸¹ Perales Viscasillas, María del Pilar, *El derecho uniforme del comercio internacional, los principios de Unidroit*, España, Pág. 254

¹⁸² loc.cit.,

derecho privado, elaborando disposiciones.¹⁸³ La codificación de principios de los contratos de comerciales internacionales de UNIDROIT, publicado en 1994 con el objeto de ser invocado por partes y árbitros cuando acuerden no aplicar legislaciones nacionales.¹⁸⁴

El Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), se integra actualmente por 63 países. Se trata de una organización intergubernamental independiente con sede en la Villa Aldobrandini en Roma; su objetivo es estudiar las necesidades y los métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho privado, particularmente el derecho comercial, entre Estados y grupos de Estados. Sus miembros representan diversos sistemas jurídicos alrededor del mundo.

Los Principios UNIDROIT están conformados por siete capítulos que tratan sobre las disposiciones generales, la formación del contrato, su validez, interpretación, contenido y cumplimiento e incumplimiento de los contratos comerciales internacionales que pueden servir como modelo para legislaciones para unificar el derecho para interpretar o complementarlo nivel nacional o internacional.

El preámbulo indica la regulación de contratos mercantiles internacionales que actualmente abarcan una cantidad considerable de operaciones económicas diversas.

Los principios son una recopilación de distintas culturas jurídicas y económicas, con la clara intención de tener una función integradora que armonice con el Derecho Mercantil Internacional.

¹⁸³ *loc.cit.*,

¹⁸⁴ Moreno, Francisco, *óp.cit.*, Pág. 5

4.1.1 Principios UNIDROIT

Su objetivo es estudiar las necesidades y los métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho privado.¹⁸⁵

Utilizando para ello el formato para que un contrato se rija por los Principios UNIDROIT: *“El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2010) [excepto en lo que respecta a los Artículos ...]”*.

Si las partes desearan pactar también la aplicación de un derecho nacional en particular pueden recurrir a la siguiente fórmula:

“El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2010) [excepto en lo que respecta a los Artículos ...], integrados cuando sea necesario por el derecho [del Estado “X”].”¹⁸⁶

Los principios constan de 119 artículos, estableciendo enunciados aplicados a situaciones comunes en el tránsito mercantil que evocan derechos, siendo la base de estos los siguientes:

- 1 Principio de primacía de las reglas imperativas
- 2 Principio que señala la naturaleza dispositiva de los principios
- 3 Principios de internacionalidad y uniformidad en la interpretación
- 4 Principios de internacionalidad y uniformidad
- 5 Principio de llegada
- 6 Libertad de contratación, Libertad de forma y de prueba
- 7 Pacta sunt servanda
- 8 La buena fe, lealtad en los negocios

¹⁸⁵ UNESCO, El Convenio de UNIDROIT de 1995, <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1995-unidroit-convention/> consultado 10 junio 2015

¹⁸⁶ Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010, Preámbulo

Los principios Unidroit enunciados pueden ser utilizados con independencia de forma práctica en contratos comerciales internacionales, estos son los cimientos filosóficos en que se fundamenta la Ley Mercatoria, para lograr de acorde a los principios generales unificados del derecho comercial, negociaciones justas, aplicándolos de forma neutral y flexible.

4.2 Ámbito de aplicación

Se someten los Principios UNIDROIT a contratos mercantiles internacionales cuando así lo hayan acordado las partes, también puede ser aplicados como una fuente de integración.

Para invocar los Principios Unidroit debe expresarse explícitamente su aplicación, las partes contratantes se regirán de acuerdo a lo indicado en sus capítulos, obviamente en cualquier ámbito de aplicación se aconseja no utilizar expresiones ambiguas que puedan ser objeto a malas interpretaciones.

El Secretario General de UNIDROIT, José Ángel Estrella informó a finales del primer trimestre del año en curso, datos con el fin de que la audiencia reflexionara sobre las repercusiones a lo que el señala “ *La aplicación de normas no estatales en el arbitraje comercial internacional; el ejemplo de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*” en dicha conferencia expuso que a la fecha se han publicado tres ediciones, la primera 1994, la segunda en el 2004 y la última y la que está vigente en 2010, siendo un paso significativo hacia la modernización de los contratos aplicados por elección de los contratantes, o de manera complementaria cuando las partes no hayan manifestado de manera expresa el someterse a estos principios UNIDROIT, el juez considera para su interpretación un determinado precepto o integrar un vacío normativo.¹⁸⁷

¹⁸⁷ El Mercurio , *Algunas cifras sobre la aplicación de los principios UNIDROIT en los contratos comerciales internacionales*, lowww.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2017/03/31/algunas-cifras-sobre-la-aplicacion-de-los-principios-unidroit-en-los-contratos-comerciales-internacionales.aspx consultado 04/08/2017

El Secretario señaló en la conferencia que es difícil saber con exactitud el impacto de utilizar los principios UNIDROIT, principios generales o Lex Mercatoria, en virtud que en su mayoría son invocados en tribunales arbitrales y estatales, proporcionó datos para dar referencia de su aplicación:

1. Utilizada como ley del contrato elegida 27%
2. Aplicación operada a través del arbitraje comercial internacional 95%
3. Principios aplicados con las exigencias del comercio internacional, laudos arbitrales 57%, sentencias judiciales 43%
4. Suplemento, interpretación del derecho nacional 33%

Ve positivo el incremento porcentual en que son utilizados los principios y cómo este incremento seguirá en aumento con el transcurso de tiempo.

Estos números son alentadores, ya que cada vez más son incluidos en los contratos.

En la aplicación la iniciativa oficial más interesante son los principios UNIDROIT, adicional a ello, la Unión Europea posee principios del derecho europeo de contratos, conocidos como PECL, cuyo objetivo es la armonización de todas las obligaciones contractuales en la Unión Europea a diferencia de los principios UNIDROIT, pueden referirse a contratos en un ámbito nacional, en esa armonización regional en el ámbito africano se encuentran La OHADA y los de la CIDIP dentro del marco de la Organización de los Estados Americanos, OEA.¹⁸⁸

4.3 Los Principios UNIDROIT y la Lex Mercatoria

La Lex Mercatoria y los Principios UNIDROIT son instrumentos de Derecho Mercantil Internacional de influencia que se complementan haciendo de esta una herramienta invaluable para los árbitros, para la solución de controversias de una manera ad-hoc.

¹⁸⁸ Moreno, Francisco, *óp.cit.*, Pág. 6

En el preámbulo de los Principios UNIDROIT, se especifica su aplicación, indicando que estos principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los principios generales del derecho, la Lex Mercatoria o expresiones semejantes como los usos y costumbres del comercio internacional, el Preámbulo también confirma que los principios contenidos en él, son parte de la Lex Mercatoria.

Es claro que esta indicación en el preámbulo, refleja el espíritu de la normativa, hace ver que dichas normas son complementarias si es voluntad de las partes, cabe observar que es redactado en forma de sugerencia y no como forma imperativa característica de toda norma emitida por un órgano legislativo con jurisdicción.

Estos principios han sido enumerados luego de diversos estudios de los expertos en la materia, como constitutivos de la *Lex Mercatoria*. En este sentido Jaramillo Vargas citando a Mustill enumera los siguientes:¹⁸⁹

- i. *Pacta sunt servanda*: el contrato es ley para las partes.
- ii. *Rebus sic stantibus*: los cambios sustanciales en las condiciones de contratación, pueden generar la revisión del mismo.
- iii. *Abus de Droit*: es el ejercicio de un derecho excediendo los límites fijados por la buena fe.
- iv. *Culpa in contrayendo*: es la culpa en que incurre una de las partes al momento en que el contrato se contrae y causa la anulación de un negocio.
- v. Buena fe: los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, obrando con cuidado y previsión.
- vi. El Soborno genera la nulidad o ineficacia del contrato.
- vii. Un Estado no puede evadir sus obligaciones, negando su propia capacidad de realizar un acuerdo arbitral.
- viii. El interés de un grupo de compañías es considerado como un todo al contratar en nombre de todas ellas.
- ix. Las partes deben negociar de buena fe, si llegan a presentarse circunstancias no previstas.

¹⁸⁹ Jaramillo Vargas, Jaime óp.cit., Pág. 100

- x. La *golden clause*. Los contratos son válidos y por lo tanto ejecutables.
- xi. Una de las partes puede ser excusada del cumplimiento de sus obligaciones, si hay un incumplimiento sustancial por parte de la otra.
- xii. Una parte no puede ser exonerada de sus obligaciones en razón a sus propios actos si éstos son parte de sus obligaciones.
- xiii. Los tribunales están obligados a aceptar los alcances dados por las partes al contrato.
- xiv. Los daños causados por incumplimiento se limitan a las consecuencias previsibles de ese incumplimiento.
- xv. La parte que sufrió el incumplimiento debe mitigar sus pérdidas.
- xvi. Los daños por falta de entrega de mercancías se calcularán teniendo como referencia el precio de los bienes en el mercado, y el precio al cual el comprador adquiere bienes equivalentes para reemplazar los otros.
- xvii. Una parte debe actuar prontamente para exigir sus derechos, caso contrario se entenderá que ha renunciado a ellos.
- xviii. La correspondencia sin respuesta es considerada como evidencia de asentimiento a sus términos.

Por su parte Edward Waro, indica que cuando sea voluntad de las partes aplicar los principios, da tres razones para aplicarla como *Lex Mercatoria*.¹⁹⁰

1. El deseo de las partes de someter su contrato a algún tipo de regulación que no está conectada con un determinado derecho nacional
2. Los principios establecen un conjunto de reglas bien definidas
3. Las reglas de los principios están especialmente diseñadas para las disputas que surjan en el comercio internacional.

¹⁹⁰ Garro, Edward. *The contribution of the Unidroit principles*, International Institute for the Unification of Private Law, Unidroit, Unidroit 2010, Roma Pág. 104.

El principio de buena fe, es un pilar de las negociaciones mercantiles que se someten a la Lex Mercatoria en virtud que las partes de forma ética bajo principios que conllevan el espíritu de los comerciantes a lo largo de los años basándose en un actuar correcto, la buena fe indica a la contraparte que su accionar e intenciones no adolecen de dolo, que no se tiene la intención de hacer ilegalidades, que se está haciendo una negociación con la intención de cumplir con lo pactado, por lo que se espera que si hay controversia entre las partes existe un compromiso litigioso con el deber que el comportamiento de las partes no sea perjudicial y de cooperar con el proceso, y con la prueba de ser necesario.¹⁹¹

Así mismo se presume una competencia por parte de los profesionales, para utilizar el derecho aplicable a la que las partes se someten, el árbitro debe tener la capacidad profesional de desligarse al derecho nacional, y adoptar el derecho determinado por las partes, teniendo los árbitros la facultad de aplicar e interpretar el derecho, principios y usos de comercio que sean invocados. En cuanto a la responsabilidad de cumplimiento de las obligaciones se evoca el principio del deber de minimizar pérdidas por parte del acreedor, si este hubiese adoptado medidas razonables, este derecho ha regido relaciones comerciales internacionales como un uso frecuente en las negociaciones, por lo que los árbitros se acogen a él, por ser un principio respetado y acatado por los comerciantes.¹⁹²

A menudo ocurre que la parte perjudicada trata de atribuir toda la responsabilidad del perjuicio sufrido a la otra parte, cuando pudo reducirlo, al actuar desde el momento en que hubiese tenido conocimiento del incumplimiento de aquél.¹⁹³

La excepción del incumplimiento de un contrato mercantil cuando sea excusada la parte de cumplir con la obligación existiendo justificación para ello, este principio suspende la ejecución de la obligación.

¹⁹¹ loc.cit.,

¹⁹² loc.cit.,

¹⁹³ loc.cit.,

4.4 Importancia de los principios UNIDROIT en los contratos Internacionales

Como mecanismo alternativo de la jurisdicción nacional, la Lex Mercatoria y los principios UNIDROIT son los principios a los que las partes en su autonomía de la voluntad invocan, desnacionalizando la transacción mercantil cuando utilizan los principios son aplicados como ley en los contratos, o de manera complementaria cuando no existan normas nacionales específicas para la litis en cuestión teniendo una función integradora o interpretativa, los principios UNIDROIT son aplicables a las obligaciones contractuales estableciendo estos principios generales del derecho para dar una solución satisfactoria a la controversia.

En la misma línea de unificación influyo, La Cámara de Comercio Internacional de Paris recogió prácticas utilizadas internacionalmente sobre las operaciones de crédito documentarios plasmando reglas y usos uniformes para crédito documentario, RRUU o UCP uniform customs and practice for documentary credits, primera versión en 1933, posteriormente 1962, 1974, 1984, siendo la última revisión en 1993, denominada Folleto o RR.UU 500¹⁹⁴. De conformidad con su artículo 2, el cliente se obliga a hacer un pago a un tercero o pagar efectos librados por el beneficiario, autoriza al banco para que pague tales efectos contra entrega de los documentos exigidos, siendo la función primordial aportar seguridad a la realización de transacciones internacionales.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Espinoza Pérez, Carlos Antonio, *Crédito documentario: Lex Mercatoria sin fronteras en la contratación mercantil y otros aspectos comerciales*, Medellín, Biblioteca jurídica Dike, 1992, Pág. 311

¹⁹⁵ Cadena Afanador, Walter *óp.cit.*, Pág. 15

Capítulo 5

5.1 Presentación, análisis de los resultados, discusión de los resultados

Se obtuvieron diversos criterios en la investigación a través de los instrumento utilizado, los quince juristas guatemaltecos entrevistados aportaron sus puntos de vista en dicha materia en cuanto a la aplicación de la Lex Mercatoria, permitiendo comprender su impacto jurídico en Guatemala. Con base a los objetivos de la investigación se determinó que es válido el acuerdo de que las partes se sometan a voluntad propia para encomendar la solución de los conflictos surgidos en las relaciones contractuales ante los tribunales arbitrales con árbitros expertos en la materia.

Al primer cuestionamiento, ¿Cuál ha sido la evolución en el arbitraje en los últimos quince años?

Para constatar el impacto se hizo una retrospectiva de la evolución en el arbitraje en los últimos quince años, tanto el arbitraje nacional como en el arbitraje internacional, todos los juristas entrevistados observaron que se ha acrecentado el uso de los arbitrajes durante estos años en el ámbito nacional. La Ley de arbitraje es la que actualmente rige esta materia, cuando se derogó lo indicado en materia de arbitraje en el Código Procesal Civil, la implementación de la Ley de Arbitraje permitió la creación de centros de arbitraje en Guatemala, los dos centros de arbitraje con más injerencia en Guatemala son Cenac y Crecig, ambos se conducen con procedimientos diferentes sin embargo han permitido que se lleven a cabo los arbitrajes de manera correcta, acorde a los lineamientos internacionales reconocidos. En virtud que el arbitraje se ha convertido en un mecanismo global para la solución de conflictos y dirimir todas aquellas cuestiones relativas de índole comercial de forma fácil, rápida y eficaz.

La cultura internacional comercial ha provocado en estos años la incentivación para que los comerciantes utilicen centros de conciliación para la resolución de sus controversias.

Los entrevistados indicaron que en Guatemala los laudos dictados han demostrado que el arbitraje guatemalteco no ha contrariado el orden público, en base a los laudos que

han sido de su conocimiento han constatado en ambos ámbitos, tanto el subjetivo como objetivo, que ninguno de ellos se contradice. la utilización de los principios generales del comercio internacional en la práctica arbitral, en su totalidad concuerdan que es un hecho que es contundente la credibilidad que sostiene el sistema arbitral como un mecanismo efectivo donde los laudos son resueltos conforme a equidad o conforme a derecho.

Al segundo cuestionamiento, ¿Qué impacto jurídico considera que ha tenido la Lex Mercatoria en Guatemala en las negociaciones contractuales en los últimos quince años?

Indicaron los entrevistados que en este lapso de tiempo se ha demostrado la voluntad de las partes que se someten a la vía arbitral, está ha poseído capacidad legal y en estos quince años se ha acrecentado la cantidad de comerciantes que suscriben un acuerdo arbitral.

La cantidad de disputas sometidas a arbitraje son mínimas en comparación con las demandas que ingresan al sistema nacional, es por ello que, para continuar con el acrecentamiento de utilizar el arbitraje, los centros de arbitraje guatemaltecos a través de charlas, seminario y competencias están fomentando en la juventud la utilización de la vía arbitral, lo cual será reflejado en los arbitrajes a futuro.

El hecho que los comerciantes tengan la certeza que la vía arbitral cumplé con los principios fundamentales del comercio internacional, y que su proceder sea conforme al debido proceso, no violentando los derechos fundamentales y el derecho de defensa, da confianza y garantías legales por lo que esto ha contribuido que sean atraídos a regirse a las reglas internacionales y someterse a la vía arbitral por ser más práctico que un procedimiento ordinario estatal.

A su vez el impacto jurídico que ha tenido la Lex Mercatoria en Guatemala en las negociaciones contractuales en los últimos quince años ha demostrado en los documentos legales que se suscriben entre las partes, que la autonomía de la voluntad siempre ha privado sobre la ley en materia comercial, sin embargo, el Código de Comercio Guatemalteco no es nuevo, y las normativas contenidas en él, no son lo suficientemente abiertas para que se incorporen los Principios UNIDROIT en la contratación, sí así lo desean las partes sin contradecir la ley.

Indicaron que la Lex Mercatoria ha cubierto las necesidades de los comerciantes cuando ha sido invocado por las partes, o cumpliendo una función supletoria o integradora por los árbitros.

Concuerdan en que la Lex Mercatoria ha impactado jurídicamente dado que su coercibilidad no depende del imperativo estatal, sino en el hecho de la aceptación que tiene sobre las partes que someten su conducta a ella, para el desarrollo de las actividades económicas internacionales, bajo el marco del principio de la autonomía que ha garantizado las contrataciones internacionales, rompiendo los esquemas formales establecidos por los Estados.

Entre más injerencia tenga el arbitraje, la jurisdicción nacional pierde su papel preponderante ante las negociaciones en las relaciones económicas ocupando un segundo lugar teniendo que garantizar la ejecución de los laudos arbitrales.

En su experiencia manifiestan que jurídicamente ha impactado la territorialidad de la jurisdicción estatal, la Lex Mercatoria es aplicada de forma transfronteriza, desarrollándose en un contexto donde las relaciones comerciales se desarrollan a escala internacional, estableciendo un sistema independiente, flexibilizando las relaciones contractuales favoreciendo a los inversionistas internacionales a tener mayores facilidades para crecer y permanecer en los mercados locales, con transacciones seguras utilizando como principal herramienta el arbitraje internacional en la aplicación de la Lex Mercatoria de forma neutral.

Otro aspecto importante donde han observado que ha impactado, es en el uso de árbitros internacionales, abriendo una brecha para aportar a la aplicación de la justicia con árbitros expertos en la materia sin limitación alguna, con beneficios de conocimiento y experiencia que alimentan la jurisprudencia arbitral que queda documentada en los laudos arbitrales, siendo a la larga una fuente del Derecho Internacional invaluable, ya que va a la mano de la evolución del comercio internacional.

Al cuestionarse sobre sí ¿A su juicio, la jurisdicción ordinaria frente al arbitraje se está volviendo inoperante? Respondieron:

Un Jurista guatemalteco entrevistado comenta, que la jurisdicción ordinaria en efecto si es inoperante, ejemplifica caso presentado ante vía arbitral en el 2015, donde Estados Unidos acusa al Estado de Guatemala de violar derechos laborales según el marco laboral establecido por la Organización Internacional del trabajo, violando las obligaciones que repercuten en el libre mercado, según lo estipulado en el acuerdo de libre comercio que suscribió con el Estado Guatemalteco donde se obligaba a hacer inspecciones, el sindicato estadounidense que presentó la acusación, obviamente no eligió la vía jurisdiccional nacional, por la burocracia del sistema, y por el riesgo de que el Sistema Guatemalteco Judicial no sea objetivo cuando él es el acusado, eligiendo la vía arbitral para resolver las diferencias consistente en cumplir con la obligación de implementar un plan de mejoras laborales. La resolución del tribunal arbitral determinó que no existió afectación al comercio entre ambos países producto de los incumplimientos laborales suscritos en el acuerdo comercial.

A pesar que el arbitraje fue realizado en Washington, el tribunal arbitral es independiente para emitir un juicio en base a los criterios expuestos, a diferencia del Sistema Nacional que lamentablemente tiene sesgos políticos a la hora de implementar justicia en caso de esta envergadura.

Un jurista comenta sobre un caso de arbitraje presentado en octubre 2016 ante un tribunal arbitral guatemalteco ante el Ciadi, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias a Inversiones, para dirimir desacuerdo en las tarifas eléctricas; por Teco Guatemala Holdings, la resolución del tribunal condenó al Estado de Guatemala en costas ya que no estaban justificados los daños.

En este caso cabe mencionar que el tribunal estuvo compuesto por árbitros extranjeros, árbitro francés, mexicano y suizo, la vía arbitral da esa facultad de elección entre árbitros nacionales y extranjeros, eligieron árbitros extranjeros, deja en evidencia la carencia de tener connacionales expertos en la materia en diversas ramas.

Por ello la presente investigación concluyó que la jurisdicción ordinaria frente al arbitraje se volvió inoperante, el arbitraje tiene la ventaja que las disputas tardan un tiempo relativamente corto en resolverse frente a la jurisdicción ordinaria.

Se les consultó sobre ¿Cuáles consideran son las causas de someterse o no a la jurisdicción ordinaria cuando el arbitraje no es obligatorio?

Concuerdan que la principal causa es la confianza que se tiene en el arbitraje, al conocer el proceso arbitral y las ventajas que este ofrece como la herramienta para dirimir las controversias, la segunda causa es la facultad que se tiene de elegir a los expertos en la materia, a los árbitros para integrar el tribunal arbitral al que someterán su litis, o técnicos que conocerán el caso, y la tercera razón es el costo, siendo relativo a análisis, si es conveniente el costo monetario que este incurre contra el costo en tiempo que significa someterse a la jurisdicción ordinaria.

A los entrevistados se les cuestionó sobre ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de la aplicación de la Lex Mercatoria en transacciones internacionales?

A lo que respondieron, que en su experiencia han observado las ventajas de la aplicación de la Lex Mercatoria en transacciones internacionales, al poder seleccionar los principios generales del derecho como legislación aplicable, permite la realización de contratos tipo, y al utilizar Incoterms se estandariza las reglas de contratación.

Consideran que el comercio internacional demanda una normativa supranacional, que se ajuste al intercambio transfronterizo de la demanda de bienes y servicios y esto lo ofrece la Lex Mercatoria colaborando con el desarrollo de las normativas, agilizando las contrataciones permitiendo acuerdos expresos, fáciles y eficaces, sin las dilataciones que entorpecen el proceso.

Uno de los beneficios que más valor tiene la Lex Mercatoria es el reconocimiento a la autonomía de la voluntad, este ha coadyuvado con el comercio internacional de mercancías aportando los usos y costumbres generalizadas y estandarizadas, desempeñando estos una función integradora e interpretativa aportando un plus al comercio internacional que rigüe sus negociaciones al tenor del espíritu del derecho comercial.

En contraparte, la desventaja que tiene la Lex Mercatoria es que es reducido el grupo de comerciantes que se someten a una vía arbitral para solucionar conflictos por los costos económicos que esta representa.

Pese a esa limitación el panorama y tendencias del arbitraje internacional se vislumbran muy alentadoras, cada día más se utiliza el arbitraje tanto en contrataciones entre particulares, particulares y los Estados, y Estados y Estados, influyendo positivamente en que los países tengan abogados preparados para poder afrontar tales procesos. Por otro lado, queda también el problema sobre la ejecución del laudo internacional y de los recursos internos que se puedan utilizar para evitar su ejecución pues los jueces no están familiarizados con la normativa aplicable.

Las instituciones arbitrales fomentan hoy por hoy la utilización de la vía arbitral, tal es el caso de la Comisión de Resolución de conflictos de la Cámara de Industria de Guatemala, esta realiza competencias de arbitraje comercial en congresos internacionales, esto genera y prepara el contexto.

Es de dominio popular que los arbitrajes son independientes, mejoran los tiempos de ejecución, las partes en su libertad emprenden acciones legales que les garantizan la resolución de sus conflictos, cobrando en el sector empresarial espacios relevantes.

Y por último se les cuestionó sobre ¿cómo visualizan el panorama y tendencias del arbitraje internacional?

Todos los entrevistados ven alentador el panorama a futuro para el arbitraje, en virtud que los arbitrajes guatemaltecos no han atentado contra el mercado guatemalteco, dando oportunidad de crecimiento al mercado, opciones de inversión y desarrollo de capitales, alentando el libre comercio.

La tendencia es continuar utilizando la mediación en el ámbito jurídico, y a futuro será la primera instancia para la protección de los intereses comerciales internacionales.

Indican que desde que nació a la vida jurídica el Decreto 67-95 La Ley del Arbitraje que rige el derecho interno en materia arbitral y los tratados vigentes en dicha materia, los arbitrajes en Guatemala según los juristas entrevistados han observado en dicha práctica,

que son utilizados los principios generales del comercio internacional, los cuales han visto reflejados en la ejecución de los laudos, teniendo un impacto jurídico en la esencia del espíritu del derecho comercio.

Los resultados obtenidos en la presente investigación, lograron determinar que sí se cumplió el objetivo de determinar qué impacto jurídico ha tenido la Lex Mercatoria en Guatemala, comprobando el impacto que ha tenido la aplicación de los principios generales del derecho internacional en las transacciones comerciales, respondiendo así al cuestionamiento planteado.

Conclusiones:

- I. Como instrumento coadyuvante para la resolución de controversias en las relaciones comerciales guatemaltecas, la Lex Mercatoria se está consolidando poco a poco como una alternativa jurídica de primer orden en un contexto globalizado.
- II. Como herramienta jurisdiccional al tener amplio conocimiento sustantivo de la litis, ofrece a las partes la garantía que los árbitros tengan los conocimientos requeridos, siendo expertos en el tema.
- III. En virtud que la Lex Mercatoria está basada en usos y costumbres aceptados por los comerciantes, hace de esta un eje transversal de ética sometiendo a los comerciantes por su propia voluntad a manejarse de manera correcta en sus transacciones comerciales.
- IV. Para el reconocimiento internacional de la Lex Mercatoria como orden jurídico es imperativo que sus normas sean ratificadas como instrumento internacional y puedan ser aplicadas al ordenamiento interno guatemalteco, enriqueciendo este.
- V. El espíritu de los principios es inspirar que se actúe de buena fe, y que se tenga una relación de lealtad hacia lo que se pacte en las negociaciones, al regirse a que el comportamiento de las partes sea influido a actuar de forma correcta fomenta la ética profesional en las negociaciones.
- VI. Dada la necesidad de uniformidad del comercio en las contrataciones internacionales, se observa que los comerciantes guatemaltecos se ajustan a estándares internacionales a la hora de realizar sus documentos jurídicos.

- VII. La aplicación de la Lex Mercatoria en las relaciones contractuales guatemaltecas establece un valioso aporte al comercio, como una solución efectiva transfronteriza, que avala el principio de la autonomía de la voluntad como primacía de las negociaciones contractuales.

- VIII. Se determinó que la aplicación Lex Mercatoria en Guatemala, es invocada en su función integradora.

Recomendaciones:

Se recomienda al Congreso de la República de Guatemala lo siguiente:

- I. Adoptar como fuente de derecho La Lex Mercatoria en el ordenamiento interno.

- II. El sistema jurídico guatemalteco se enriquecería al utilizar como fuente de derecho la Lex Mercatoria con la creación de normas ordinarias que respondan a las exigencias mercantiles internacionales coadyuvando la actividad de los comerciantes guatemaltecos.

- III. Adaptar las normas internas a los requerimientos comerciales internacionales con apoyo de la cooperación jurídica internacional que ha coadyuvado en su implementación a diversos Estados

- IV. Fortalecer el comercio guatemalteco mejorando las condiciones jurídicas, que permitan realizar transacciones comerciales que favorezcan la libre competencia.

Referencias

a) Bibliográficas

1. Alegría, Héctor, La Globalización y el Derecho, Facultad de Derecho UBA, 2013
2. Audit Bernard, Lex Mercatoria y Arbitraje, Londres, Juris Publishing. 1990,
3. Ávila de la Torre, Alfredo, Lecciones de derecho de los contratos en el comercio internacional, España, Universidad de Salamanca, 2006
4. Bedjaoui Mohammed, Hacia un nuevo orden económico internacional, Ediciones Sígueme, España 1979
5. Boggiano, Antonio, Derecho Internacional Privado, tomo II, Argentina, Tercera edición, 1991
6. Cadena Afanador, Walter René. La nueva Lex Mercatoria: un caso pionero en la globalización del derecho, Colombia, 2012
7. Cadena Afanador, Walter René La Nueva Lex Mercatoria y la transnacionalización del Derecho, Colombia, Universidad libre de Colombia, 2004
8. Castán Tobeñas, José, Los sistemas jurídicos del mundo occidental, España, Editorial Reus, 1957, Segunda Edición
9. Cervantes Ahumada, Raúl, Derecho Mercantil, México, Editorial Porrúa, 2000
10. Contreras Vaca, Francisco José, Derecho Internacional Privado, Parte especial, Oxford, México 2013
11. De Pina Vara, Rafael, Elementos del derecho mercantil mexicano, México, Editorial Porrúa, 1996.
12. DERAÏNS, Yves. Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, España: Ed. Gráficas Joaquín Morales, (s.e.), 1985.
13. Espinoza Pérez, Carlos Antonio, Crédito documentario: Lex Mercatoria sin fronteras en la contratación mercantil y otros aspectos comerciales, Medellín, Biblioteca jurídica Dike, 1992

14. Feldstein, Sara Contratos Internacionales: Contratos celebrados por ordenador, Autonomía de la voluntad, Lex Mercatoria, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
15. Fernández Rozas José Carlos, Arenas García Rafael, Miguel Asensio (de) Pedro Alberto, Derecho de los Negocios Internacionales, Iustel, Madrid 2007.
16. Galdano, Francesco, Derecho Comercial, Bogotá, Temis, S.A. Tomo I. 1999
17. Galgano, Francesco, Derecho Comercial, volumen 1, España, 2005
18. Garrigues, Joaquín, Curso de derecho mercantil, México, Editorial Porrúa S.A., 1987, Sexta Edición
19. Garro, Edward. The contribution of the Unidroit principles, Internacional Institute for the Unification of Private Law, Unidroit , Unidroit 2010, Roma
20. Guardiola Sacarrera, Eduardo, Contratos de colaboración en el comercio internacional, Barcelona, Editorial Bosh, 1998
21. Herdegen Matthias, Derecho Económico Internacional, Biblioteca Jurídica Dike, Colombia 1994
22. Herdegen, Matthias, Derecho Internacional Privado, México, Universidad Nacional Autónoma de México Fundación Konrad Adenauer, 2005.
23. Illescas Ortiz, Rafael y Pilar Perales Viscosillas. Derecho mercantil internacional, el derecho uniforme, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2003
24. Jaramillo Vargas, Jaime. La Lex Mercatoria: mito o realidad. Colombia: Tercer Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial, octubre 20, 21 y 22 de 1998.
25. Kohn, M, Introducción al comercio pre-industrial de Europa, 2003
26. Larios Ochaíta, Carlos, Derecho Internacional Privado, Editorial Maya'wuj Guatemala, 2010, Octava Edición
27. Larios Ochaíta, Carlos, Derecho internacional privado, Guatemala, Editorial estudiantil Fénix, 2004, séptima edición
28. Mantilla Molina Roberto L., Derecho Mercantil, México, Editorial Porrúa, 2010, Vigésima novena edición
29. Marzorati, Osvaldo J. Derecho de los Negocios Internacionales, Astrea 3ra. Edición, Buenos Aires, 2003
30. Matute Morales, Claudia. La Lex Mercatoria y los principios jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional, Anuario, Universidad de Carabobo, Colombia, 2004

31. Mustill, Michael, La Nueva Lex Mercatoria, Bos and Brownlie, Londres, 2014
32. Palomar de Miguel, Juan, Diccionario para juristas, México, Editorial Mayo, 1981
33. Palladares, Jacinto, Derecho Mercantil, México, Dirección General de Publicaciones UNAM, 1987
34. Perales Viscasillas, María del Pilar, El derecho uniforme del comercio internacional, los principios de Unidroit, España
35. Ramírez Valenzuela, Alejandro, Introducción al derecho mercantil y fiscal, México, Editorial Limusa, 1994
36. Sánchez Bejarano, Manuel, Obligaciones Civiles, México, Editorial Oxford, 1999
37. Santos, Boaventura de Sousa, La transnacionalización del campo legal en Nuevo Orden Global: dimensiones y perspectivas, Colombia, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1996
38. Silva Jorge Alberto, Estudios sobre Lex Mercatoria, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010
39. Sombart Werner, El Capitalismo Moderno, Turin, Cavalli, 1967
40. Teubner, Gunther, El Derecho como sistema autopoiético de la sociedad global. Alemania 2005
41. Vásquez Arminio, Fernando, Derecho Mercantil, fundamentos e historia, México, Editorial Porrúa, 1977
42. Villegas Lara, René Arturo, Derecho Mercantil Guatemalteco, Guatemala, Editorial Universitaria Universidad de San Carlos de Guatemala, 2004, Sexta edición.
43. Von Wright, Georg Henrik, Norma y acción una investigación lógica, España, Editorial Tecnos, 1970

b) Normativas

1. Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, Decreto Número 1575, Código de Derecho Internacional Privado.

2. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley modelo de la Comisión para las naciones unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre conciliación comercial internacional.
3. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley modelo de la Comisión para las naciones unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre conciliación comercial internacional.
4. Organismo Ejecutivo, Decreto Ley 106, Código Civil.
5. Organismo Ejecutivo, Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil.
6. Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales 2010

c) Electrónicas

1. E-Prints Complutense, Fernández Rozas José Carlos, El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización, España, 2000, disponible en http://eprints.ucm.es/6869/1/EL_DERECHO_DEL_COMERCIO_INTERNACIONAL_EN_LA_GLOBALIZACION.pdf.
2. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006; Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Naciones Unidas, Nueva York, 2008 http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf,
3. UNESCO, El Convenio de UNIDROIT de 1995, <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/illicit-trafficking-of-cultural-property/1995-unidroit-convention/>
4. Castrogiovanni R.M. Lex Mercatoria, compilación especial para estudiantes del Dr. <http://www.derecho-comercial.com>

d) Otras Referencias

1. Alvarado Fuentes, Sergio José Domingo, Tesis, La nueva Lex Mercatoria y la necesidad de que Guatemala ratifique la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa de mercaderías; Universidad San Carlos de Guatemala, septiembre 2013
2. Cepeda Rincón, Henry, La Nueva Lex Mercatoria, Revista en Derecho No. 83, [///C:/Users/Allan/Desktop/LA%NUEVA%20LEX%20MERCATORIA.pdf](#) Colombia
3. Faya Rodríguez, Alejandro, La Nueva Lex Mercatoria: Naturaleza y alcances, Revista Jurídica Anuario
4. Matute Morales, Claudia, La Lex Mercatoria y los Principios Jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Revista de Derecho No. 27, Colombia.
5. Morales Morales, Jennifer Rebeca, Tesis, Relevancia de la aplicación de la Lex Mercatoria en controversias sometidas ante la corte internacional de arbitraje de la cámara de comercio internacional; Universidad San Carlos de Guatemala, noviembre 2007
6. Ruiz Castellano, Gerardo La Nueva Lex Mercatoria, Revista Boliviana de derecho nùm. 21, Fundación Iuris Tantum, Bolivia, 2016

Anexos: Modelo del instrumento



Entrevista

Esta entrevista es anónima y personal, dirigida a Árbitros y Abogados especializados en el arbitraje, se agradece dar su respuesta con la mayor transparencia y veracidad a los diversos cuestionamientos, lo cual permitirá concluir como tesis de grado, objetivamente cual es el impacto de la Lex Mercatoria en Guatemala.

1. ¿Cuál ha sido la evolución en el arbitraje en los últimos 15 años?
2. ¿Qué impacto jurídico considera que ha tenido la Lex Mercatoria en Guatemala en las negociaciones contractuales en los últimos 15 años?
3. ¿A su juicio, la jurisdicción ordinaria frente al arbitraje se está volviendo inoperante?
4. ¿Cuáles considera son las causas de someterse o no a la jurisdicción ordinaria cuando el arbitraje no es obligatorio?
5. ¿Cuáles son las ventajas y desventajas de la aplicación de la Lex Mercatoria en transacciones internacionales?
6. ¿Cómo visualiza el panorama y tendencias del arbitraje internacional?