

Análisis a la nueva Lex Mercatoria: globalización, derecho y comercio internacional

Analysis of the new Lex Mercatoria: globalization, law and international trade

Carlos Elías Correa García ¹, Ricky Jack Benavides Verdesoto ²

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Fecha de recepción: 19 de enero de 2022.

Fecha de aceptación: 30 de abril de 2022.

¹ Alumno de la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo de la UEES.
E-mail: carloscorrea@uees.edu.ec
Número ORCID: 0000-0002-4225-2447

² Abogado. Magister en Derecho Administrativo por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Docente de pregrado en las materias de Fundamentos del Derecho y Derecho Administrativo UCSG. Director de la Maestría en Derecho Notarial UCSG.
E-mail: rickybenavides@hotmail.com
Número ORCID: 0000-0003-3534-3698

Resumen

El presente trabajo académico tiene como propósito llevar a cabo un análisis integral de la *nueva lex mercatoria*, una herramienta iuscomercial de gran relevancia en el contexto de la economía y el mercado mundial contemporáneo, la cual consiste en una recopilación esquematizada del conjunto de usos y prácticas que se emplean en un determinado sector del comercio internacional. Se darán a conocer los antecedentes históricos, elementos, características y fuentes primordiales de este fenómeno de globalización del derecho, así como sus incidencias en el contexto de la contratación internacional, y, finalmente, el mecanismo de resolución de controversias que se emplea predominantemente en esta área del derecho transnacional.

Palabras Clave:

Globalización, comercio internacional, arbitraje comercial, contratación internacional, soft law, lex mercatoria.

Abstract

This academic essay pretends to carry out a comprehensive analysis of the *new lex mercatoria*, a legal and commercial tool of great relevance in today's economic context and world market. The *new lex mercatoria* consists of a schematic compilation of law, based on the customs and practices employed in a particular area of international trade. Through this essay, the reader will be informed about the historical background, elements, characteristics and sources regarding this phenomenon of juridical globalization. Finally, the incidences of this legal tool in the context international contracting will be examined, as well as the mechanism for dispute resolution that predominates in this area of transnational law.

Keywords:

Globalization, international trade, commercial arbitration, international contracting, soft law, lex mercatoria.

CITACIÓN: Correa García, C.E. & Benavides Verdesoto, R.J. (2022). Análisis a la nueva Lex Mercatoria: globalización, derecho y comercio internacional. *Juees*, 3, 1–22.

Introducción

Uno de los mayores obstáculos a los que se enfrentan los comerciantes en la esfera internacional es la ausencia de seguridad jurídica en cuanto al derecho aplicable a su actividad comercial. La falta de determinación de un régimen jurídico concreto genera grandes inconvenientes a la hora de solucionar los problemas acaecidos en el tráfico mercantil mundial. En tal sentido, la doctrina internacional se ha hecho cargo de desarrollar una hipótesis que funge como solución al problema planteado, sosteniendo la existencia de un régimen jurídico autónomo que regula el comercio global, basándose en las prácticas mercantiles difundidas en un sector determinado. El referido ordenamiento autónomo se denomina como *nueva lex mercatoria*³. Cabe señalar que este sistema jurídico resultante consiste en un conjunto de normas y principios que devienen de los usos y costumbres empleados en el marco del comercio mundial, los cuales se encuentran recogidos mayoritariamente por instrumentos de *soft law*⁴ emitidos por organismos internacionales.

A pesar de remontarse siglos atrás, la *lex mercatoria* se ha visto especialmente propulsada en las últimas décadas debido a las transformaciones que ha vivido el

orden mundial como consecuencia de dos situaciones fácticas: a) el proceso de globalización y transnacionalización del derecho; y b) la falta de intervención del poder estatal en los mercados internacionales. En este sentido, debe precisarse que, conforme señala la doctrina, este sistema jurídico-comercial abarca los usos, prácticas y costumbres que conforman la regulación que los operadores económicos se han proporcionado a sí mismos a través de los años, constituyéndose en una manifestación de la formación de un derecho uniforme en el marco iuscomercial global. La *nueva lex mercatoria*, en consecuencia, se erige como el derecho imperante en la esfera del comercio internacional, cuya principal particularidad, *prima facie*, es que posee un carácter autónomo y no guarda relación con ningún ordenamiento estatal específico.

En las líneas que siguen se efectuará un análisis de esta herramienta jurídica, tomando en consideración, entre otros aspectos, su evolución histórica: desde los albores del derecho mercantil durante la Baja Edad Media, hasta el surgimiento de la *lex mercatoria moderna* a mediados del siglo pasado. Para ello, se tendrá en cuenta -como parte de un marco teórico-

³ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano. Reconocimiento de la *lex mercatoria* como normativa propia y apropiada para el comercio internacional. *Revista e-mercatoria*, v. 11, n. 2, p. 45-89, 2012.

⁴ PASTORE, Baldassare. *Soft Law y la teoría de las fuentes del derecho*, en *Soft Power: Revista euro-americana de teoría e historia de la política del desarrollo*, Vol. 1, No. 1, 2014, p. 74-89.

De acuerdo a Baldassare Pastore, el soft law hace referencia a "[...] una serie de actos no homogéneos en cuanto a su origen y naturaleza que, aunque aparentemente sin efectos jurídicos vinculantes, resultan ellos mismos jurídicamente relevantes en distintas maneras. [...] En el ámbito internacional, en la categoría de soft law se recogen declaraciones de principios de las Naciones Unidas, junto con resoluciones, exhortaciones, votos y apelaciones. También se incluyen normas convencionales, non-binding agreements, resoluciones, recomendaciones y declaraciones de principios de organizaciones o conferencias internacionales con valor meramente exhortatorio y no obligatorio, de orientación o programático".

los efectos de la globalización en el derecho, y, en particular, el alcance de la *nueva lex mercatoria* en la esfera jurídico - comercial privada. Posteriormente, se evaluarán los elementos, fuentes, impacto y consecuencias que ha tenido este régimen iuscomercial en el mercado mundial. Finalmente, se examinará al arbitraje como mecanismo de resolución de controversias predominante en el ámbito internacional, y, en virtud de ello, se revisará los instrumentos convencionales que lo regulan.

1. Marco teórico

1.1. Globalización y derecho

La globalización es uno de los fenómenos más importantes a los que se enfrenta el hombre moderno. Ha permeado en muchos aspectos de la vida en sociedad: desde lo cultural hasta lo político, sin dejar de lado al derecho; no obstante, tiene un origen eminentemente económico. Surgió a finales del siglo pasado con el desarrollo de una nueva economía mundial de mercado, libre de fronteras y barreras nacionales. Este fenómeno consiste, *prima facie*, en un proceso de interconexión de los países que defienden la liberalización de la economía internacional, y, en el plano de lo jurídico, propugna la unificación de los sistemas de derecho. Además, se caracteriza por una disminución de las barreras económicas y comerciales, así como la consolidación de las relaciones internacionales, con miras a instaurar una aldea global con un solo mercado mundial. Para Zygmunt Bauman, la globalización “[...] expresa el carácter

indeterminado, ingobernable y autopropulsado de los asuntos mundiales; la ausencia de un centro, una oficina de control, un directorio, una gerencia general”.⁵

El fuerte sentido privatista que mantiene la globalización, así como su búsqueda por desplazar los ordenamientos jurídicos nacionales a un segundo plano, le ha ganado varios detractores. Un gran crítico de la globalización y su influjo en el derecho, es el reconocido *iusfilósofo* italiano Luigi Ferrajoli, quien la define, en términos poco favorables, como “[...] un vacío de derecho público a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas”.⁶ En todo caso, y a pesar de la resistencia de cierto sector doctrinario, resulta evidente que la globalización ha tenido una enorme influencia en el derecho, toda vez que éste ha sufrido considerables mutaciones para adaptarse al nuevo contexto global, tales como: a) la adopción, por parte de los Estados, de reglamentaciones elaboradas por organismos financieros internacionales e instituciones supranacionales; b) una relajación del concepto de soberanía estatal, con el objetivo de estructurar un espacio jurídico global en el cual los diferentes ordenamientos coexistan; y c) una reformulación de la organización jerárquica de los órdenes jurídicos estatales, restringiendo el alcance y la cantidad de reglas jurídicas superiores,

⁵ BAUMAN, Zygmunt. *La Globalización: Consecuencias humanas*. 2a ed. México: Fondo de Cultura Económica (FCE), 2017, p. 62. ISBN 978-968-16-5210-4.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales y Garantismo*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2015, p. 134. ISBN: 9789978392652.

con el fin de que su multiplicación no atente contra la existencia del nuevo pluralismo jurídico.⁷

El marco del comercio internacional es el principal espacio donde la globalización ha tenido fuertes repercusiones para el derecho. En virtud de esto, la herramienta jurídica de la que se han prevalido los actores económicos que favorecen la globalización, es un conjunto de normas basadas en los usos y prácticas comerciales que se conoce como *nueva lex mercatoria*. Desde la perspectiva de Moreno Rodríguez, la *lex mercatoria* constituye un orden jurídico autónomo e independiente de los sistemas jurídicos nacionales, de origen espontáneo y paulatino, desarrollado por los involucrados en relaciones económicas internacionales, y que radica en los usos y costumbres internacionales, precedentes arbitrales y principios del derecho contractual transnacional.⁸ Dicho orden, ha estado en el centro de los debates jurídicos vanguardistas, por ser uno de los fenómenos más interesantes del proceso de globalización del derecho.

1.2. ¿Qué es la nueva lex mercatoria?

La *nueva lex mercatoria*, grosso modo, es el conjunto de usos y prácticas seguidos por quienes operan en un sector del comercio internacional, que se

encuentra recogido en normas (en su mayoría de soft law) emitidas por organismos internacionales, y que recurre al arbitraje comercial internacional como mecanismo de resolución de controversias. El jurista rumano-francés Berthold Goldman, uno de los primeros en identificar y desarrollar conceptualmente la noción de una *nueva lex mercatoria*, la definiría como: “*un conjunto de principios y normas de la costumbre que se refieren o son elaborados en el marco del comercio internacional, sin relación con un ordenamiento jurídico estatal*”.⁹

Al referirse a una “nueva” *lex mercatoria*, salta inmediatamente la duda si esta tiene una contraparte “antigua”. En efecto, durante la Edad Media surgió un grupo de normas mercantiles, también basadas en los usos y costumbres comerciales de aquella época, denominada *lex mercatoria medieval*. Sin embargo, la *lex mercatoria* “nueva” nace en la segunda mitad del siglo XX, como resultado de la transformación de la economía mundial y el fortalecimiento del comercio transnacional, y, a su turno, se ha visto especialmente propulsada en las últimas décadas por la globalización.

Para Cadena Afanador, la naturaleza jurídica de la nueva *lex mercatoria* se concibe como “[...] un conjunto de usos y prácticas comerciales consuetudinarias que, mediante la aceptación coetánea de ciertas reglas de conducta por parte de los actores económicos internacionales,

⁷ RINCÓN SALCEDO, Javier G. *La globalización y el derecho: la necesaria aplicación de un pluralismo jurídico real* en Prolegómenos, en Derechos y Valores, vol. XI, no. 22, 2008, p. 45-55. ISSN: 0121-182X.

⁸ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *La Nueva "Lex Mercatoria": ¿Un fantasma creado por profesores de la Sorbona?*, en Contratación y Arbitraje Internacional, 2014.

⁹ FABRA ZAMORA, Jorge Luis (ed). *Las transformaciones del derecho en la globalización*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 83. ISBN: 978-607-30-3487-6.

permite además de realizar diversas transacciones comerciales, resolver jurisdiccionalmente las controversias a través del arbitraje”.¹⁰ Su propósito, entonces, es proveer a los operadores del comercio de un marco jurídico que les permita concluir transacciones transnacionales sin el temor de verse sujetos, en caso de controversias, a una legislación extranjera cuyos resultados podrían serles extraños e impredecibles.¹¹

Consecuentemente, la *lex mercatoria* -al igual que el fenómeno de la globalización- no escapa de crítica ni de controversia, puesto que en ella colisionan dos concepciones contrapuestas acerca del rol del Estado en las relaciones jurídicas mercantiles. Por un lado, la concepción *estatizadora* que postula al Estado como interventor y nivelador de las distorsiones producidas por el mercado, y que se opone al surgimiento de instituciones privadas y organismos internacionales como nuevos agentes reguladores de las relaciones jurídicas comerciales; por otro lado, existe una concepción privatista, que defiende una fuerte y constante expansión de la actividad comercial, y que emplea como herramienta jurídica a la *lex mercatoria*.¹²

¹⁰ SÁNCHEZ CORDERO, CADENA AFANADOR, Walter René. *Impacto en Colombia de la Lex Mercatoria*, en *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 7, no. 12, 2007, p. 1-21. ISSN: 1657-8953.

¹¹ SÁNCHEZ CORDERO, Jorge. *Los Principios de los contratos internacionales comerciales*, en *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2016*, 2016, p. 5-12. ISBN 978-607-30-2149-4.

¹² GIMENEZ CORTE, Cristián. *Estudios sobre lex mercatoria: Una realidad internacional*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2015, vol. 48, no. 143, p. 863-870. ISSN 2448-4873.

1.3. *Lex Mercatoria* y el Derecho Internacional

Los sistemas de Derecho Internacional Privado que los Estados poseen, se encuentran conformados por normas cuya fuente tiene un carácter *estatal* o *supraestatal*. A su vez, dentro de las fuentes supraestatales constan aquellas que implican la elaboración de tratados o convenios internacionales, y aquellas que se fundamentan en la costumbre de los operadores comerciales, en particular, de grupos transnacionales que participan del proceso económico de globalización.¹³ Estas últimas, son las que recaen dentro de la esfera de acción de la *lex mercatoria*, y configuran el llamado Derecho Internacional Privado Transnacional.

Doctrinariamente se manifiesta que tales usos y costumbres, que surgen espontáneamente de la actividad comercial internacional, son a menudo objeto de codificación privada, y, en lo posterior, se incorporan a instrumentos normativos vinculantes de orden supraestatal. Este es el caso, por ejemplo, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.¹⁴ Asimismo, Campuzano Díaz asevera que, “[e]n ocasiones, los usos seguidos en este ámbito del tráfico externo, sobreviven de forma autónoma a modo de *soft law* mediante su incorporación a cuerpos jurídicos de amplia aplicación y

¹³ CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz et al., Dir: A. RODRÍGUEZ BENOT. *Manual de Derecho Internacional Privado*. 5a ed. Madrid: Tecnos, 2018, p. 30-32. ISBN: 9788430985340.

¹⁴ *Ibid.*

aceptación en el comercio internacional”,¹⁵ como los principios de UNIDROIT¹⁶ sobre los Contratos Comerciales Internacionales, los cuales se profundizarán más adelante. En todo caso, se considera que las incidencias de la *lex mercatoria* en el Derecho Internacional Privado, están relacionadas a la aplicación de normas de origen consuetudinario en el comercio internacional, y la determinación de la ley aplicable en dichas relaciones jurídico-comerciales.

2. Análisis histórico-jurídico

2.1. Antecedentes remotos y *lex mercatoria medieval*

En algunas ocasiones se señala que los antecedentes históricos de la *lex mercatoria* se remontan a la Edad Antigua. Quienes defienden tal postulado parten de la noción de que muchas sociedades de la Antigüedad Clásica, especialmente las culturas del mundo grecolatino y del resto del mediterráneo, ya contaban con normas e instituciones jurídicas que regulaban su comercio con naciones extranjeras.¹⁷ No obstante, el origen concreto de la *lex mercatoria* tuvo lugar durante la Baja Edad Media. La *lex mercatoria antigua* -o medieval- se

desarrolló en Europa occidental a principios del siglo XI, con la finalidad de proteger a los comerciantes extranjeros que no estaban bajo la jurisdicción y amparo de la ley local. Ruiz Castellanos explica que, ante los problemas derivados de la actividad comercial, el derecho común de la época se mostró incapaz de regular las transacciones mercantiles adecuadamente, motivo por el cual los propios mercaderes tomaron la decisión de generar una serie de prácticas profesionales y normas de carácter consuetudinario destinadas a satisfacer las necesidades de su comercio.¹⁸

Un factor que coadyuvó al desarrollo de la *lex mercatoria medieval* fue el hecho que, durante los siglos XII y XIII, muchos comerciantes empezaron a asociarse con fines económicos, en corporaciones conocidas como *guildas mercantiles*.¹⁹ Las guildas realizaron una labor de compilación de las prácticas y normas consuetudinarias relativas al comercio. Concomitantemente, en Francia, Italia e Inglaterra²⁰ se establecieron tribunales con jurisdicción especial en las áreas donde tenían lugar las actividades

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. El acrónimo UNIDROIT, proviene de la denominación en francés de esta organización internacional: *Institut international pour l'unification du droit privé*.

¹⁷ MARTIŠKOVÁ, Monika. *What is Lex Mercatoria?*, en *Lawyr.it*, vol. 5, no. 2, 2018, p. 25.

Al respecto, Monika Martišková manifiesta que, en la antigüedad, la *lex mercatoria* “estuvo asociada con el comercio de ultramar que se llevó a cabo principalmente en el área de Grecia, Egipto, Fenicia y especialmente Roma”.

¹⁸ RUIZ CASTELLANOS, Gerardo. *La nueva lex mercatoria*, en *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, No. 21 2016, p. 343. ISSN 2070-8157.

¹⁹ ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA, INC. *Encyclopedia Britannica*, 2021. *Las guildas mercantiles eran asociaciones conformadas por la mayor parte de los comerciantes de una villa o ciudad, con el objetivo de promover los intereses de los miembros del gremio y lograr sus objetivos económicos en común*.

²⁰ Ibid. *El derecho mercantil medieval tuvo una especial importancia en Inglaterra donde era conocido como Law Merchant. En el derecho anglosajón, las disputas comerciales eran resueltas por las piepoudre courts, cuya jurisdicción civil se extendía a todas las materias contractuales surgidas dentro del distrito de la “feria” o “mercado”, y que contribuyeron al desarrollo del Common law*.

económicas, denominados *curiae mercatorum*. Dichos tribunales arbitraban las disputas comerciales que surgían entre los mercaderes, aplicando la *lex mercatoria* medieval. Los arbitrajes eran proporcionados por los directivos de las gildas mercantiles, llamados *cónsules mercatorum*, quienes solucionaban los conflictos de su competencia ateniéndose a los estatutos de las corporaciones mercantiles, así como a las costumbres o tradiciones del comercio, y acudiendo al derecho común solo a falta de norma comercial explícita.²¹ En caso de incumplimientos o violaciones de la *lex mercatoria* se imponían sanciones pecuniarias a los comerciantes que las ocasionaban, so pena de quedar excluidos de la comunidad mercantil que los protegía.²²

Finalmente, la *lex mercatoria antigua* experimentó un declive a mediados del siglo XVI, provocado por la consolidación del derecho estatal y el nacimiento de los Estados modernos. Los comerciantes perdieron la facultad de autorregularse en la medida en que el derecho mercantil cayó en manos exclusivas de las monarquías absolutistas europeas. Los monarcas de ese entonces comenzaron a expedir leyes civiles nacionales y ordenanzas de comercio,²³ lo

cual significó el afianzamiento del derecho estatal en la actividad mercantil, así como el desplazamiento de los usos y costumbres del comercio. Asimismo, se suprimió la facultad de las *curiae mercatorum* para dirimir disputas mercantiles, trasladando dicha jurisdicción en favor de las cortes reales.

2.2. Surgimiento del comercio transnacional y origen de la nueva *lex mercatoria*

A mediados del siglo XX, con el inicio de la posguerra, la economía mundial sufrió grandes transformaciones que conllevaron la expansión de los mercados, deviniendo en que el comercio se volviese transnacional. Debido a la pluralidad de ordenamientos jurídicos de los países que participaban en este nuevo comercio mundial, las transacciones mercantiles no resultaban fáciles de efectuar y ello representaba un gran inconveniente. Por este motivo, de forma orgánica y espontánea, los actores del comercio internacional desarrollaron un novedoso sistema de autorregulación, de manejo separado de los órdenes estatales y compuesto por reglas ágiles basadas en las prácticas del comercio, al que se denominaría como *lex mercatoria moderna*.²⁴

A partir de la década de 1960, varios juristas, entre los que destacan el profesor anglo-germano Clive Schmitthoff y los franceses Berthold Goldman y Pierre

²¹ RUIZ CASTELLANOS, Op. cit., p. 344.

En consecuencia, los estatutos de estas corporaciones mercantiles, los usos y costumbres comerciales recogidos por las gildas, y la jurisprudencia de las curiae mercatorum, constituyen las fuentes originales de la lex mercatoria medieval.

²² MARTÍŠKOVÁ, Op. cit., p. 26.

²³ Code Savary (L'Ordonnance de Colbert sur le commerce du Mars de 1673).

Destaca, por ejemplo, *L'ordonnance de Colbert sur le commerce* (Ordenanza sobre el comercio) expedida en 1673 por Louis XIV, rey de Francia, la cual recogió en 122 artículos, algunas de las prácticas del comercio medieval.

²⁴ CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz et al., Dir: A. RODRÍGUEZ BENOT. *Manual de Derecho Internacional Privado*. 5a ed. Madrid: Tecnos, 2018, p. 30-32. ISBN: 9788430985340.

Lalive, identificaron las tendencias auto-regulativas desarrolladas por los operadores comerciales, así como el creciente papel que desempeñaban ciertos organismos internacionales privados encargados de sistematizarlas. Consecuentemente, se formuló la idea de la aparición de una *nueva lex mercatoria*, que al igual que su contraparte medieval, giraba en torno a la utilización de normas comerciales de carácter consuetudinario.²⁵ No obstante, Schmitthoff aclararía que, más allá de ciertos elementos en común, la *lex mercatoria moderna* y la medieval se distinguen en tres aspectos fundamentales: 1) la *lex mercatoria moderna* se forma en función de la soberanía del conjunto de Estados que integran la comunidad internacional; 2) la *nueva lex mercatoria* se deriva del principio de autonomía de la voluntad de las partes, aceptado en forma general por todos los Estados, el cual da la opción a los operadores comerciales de ajustar sus contratos a un conjunto de estándares o condiciones que hacen que este sea independiente de las normas nacionales; 3) la formulación de la mentada *lex mercatoria* es hecha por organismos internacionales.²⁶

Por último, se debe mencionar que, a finales de la década de 1990, el mundo del comercio internacional volvió a sufrir grandes cambios gracias al desarrollo tecnológico, la incursión de la informática en las relaciones comerciales, el surgimiento de nuevos actores económicos en el escenario mundial,

entre otros hitos derivados de la globalización. Todo esto evidenció la necesidad de armonizar el derecho comercial internacional.²⁷ Así, se terminó de consolidar la *nueva lex mercatoria*, erigiéndose como la alternativa jurídica a la globalización y la encargada de llevar a cabo un proceso de armonización de los usos y costumbres mercantiles que los operadores del comercio internacional habían estado desarrollando por décadas.²⁸

3. Elementos de la *lex mercatoria*

3.1. Características y principios del comercio internacional

La *nueva lex mercatoria* se configura como un fenómeno de transnacionalización del derecho comercial internacional que posee ciertas características peculiares; por ejemplo, su carácter es *anacional* y *desterritorializado*, puesto que no se encuentra enmarcado dentro de fronteras estatales. En virtud de esto, el Estado-nación pierde su papel principal en las relaciones económicas y pasa a un segundo plano.²⁹ Además, busca garantizar ciertos principios generales provenientes del derecho privado que se trasladan al ámbito internacional, como la autonomía de la voluntad las partes y la buena fe contractual.

Históricamente, los principios que rigen las transacciones comerciales

²⁵ LONDOÑO SEPÚLVEDA, *Op. cit.*, p. 82.

²⁶ *Ibid.*, p. 83.

²⁷ ROJAS RODAS, *Op. cit.*, p. 45-50.

²⁸ CADENA AFANADOR, Walter René. *La nueva lex mercatoria: un caso pionero en la globalización del derecho*, en *Papel Político*, No. 13, 2001, p. 112.

²⁹ CADENA AFANADOR, *Op. Cit.*, p. 7-8.

internacionales padecían de cierta inestabilidad producto de la gran variedad de legislaciones mercantiles y la carencia de un marco normativo internacional. A pesar de ello, gracias a la labor de organizaciones como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado o UNIDROIT,³⁰ se logró sistematizar y armonizar las nociones básicas del derecho común de los contratos internacionales. La aportación más importante de UNIDROIT son los Principios de los Contratos Internacionales Comerciales o PICC (*Principles of International Commercial Contracts*), los cuales constituyen reglas que dotan de certidumbre y estabilidad a las transacciones comerciales internacionales, favoreciendo el comercio mundial.³¹

Los PICC de UNIDROIT son instrumentos de *soft law* establecidos como *restatements*³² de la *lex mercatoria*, y están compuestos por una selección de reglas específicas que se observan en los aspectos más relevantes de la contratación comercial internacional. El preámbulo reconoce que los Principios de UNIDROIT resultan aplicables cuando las partes intervinientes en un contrato internacional aluden expresamente a ellos

o hacen referencia a la *lex mercatoria* u otras expresiones semejantes. El Capítulo 1 de los PICC establece los siguientes principios fundamentales de los contratos comerciales internacionales: la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad en materia contractual (Art. 1.1), la libertad de forma (Art. 1.2), el carácter vinculante de los contratos o *pacta sunt servanda* (Art. 1.3), la buena fe y lealtad negocial (Art. 1.7), y la inadmisibilidad de actuar contra los propios actos hechos con anterioridad o *non venire contra factum proprio*³³ (Art. 1.8).³⁴

3.2. Fuentes de la *lex mercatoria moderna*

3.2.1. Usos y costumbres del comercio internacional

Como se ha mencionado reiteradamente, los actores económicos internacionales han desarrollado una serie de costumbres y usos mercantiles que, a fuerza de haber sido utilizados y repetidos por los operadores del comercio, se han convertido en prácticas habituales. Dichos usos se generan por su continua aplicación en las transacciones comerciales, y, para muchos juristas, constituyen el núcleo fundamental de la *lex mercatoria moderna*. La eficacia estas

³⁰ Acrónimo derivado del francés « *Institut international pour l'unification du droit privé* ».

³¹ SÁNCHEZ CORDERO, Jorge. Los Principios De Los Contratos Internacionales Comerciales. Roma: UNIDROIT, 2019, p. 5-6. ISBN: 978-88-86449-39-7.

³² LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Restatement of the law on Wex, 2020.

En el derecho anglosajón, se denomina *restatements of the law* o simplemente *restatements*, a una serie de tratados que articulan los principios o reglas para un área específica del derecho.

³³ International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). *Principles of International Commercial Contracts*. Rome: UNIDROIT, 1994, artículo 1.8. ISBN: 88-86449-00-3.

De acuerdo al Art. 1.8: “Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja”.

³⁴ *Ibid.*

prácticas comerciales radica en que son aceptadas de forma generalizada por parte de los operadores mercantiles y que son repetidas a través del tiempo.³⁵ Por otro lado, cabe manifestar que existe una serie organismos internacionales que desempeñan la labor de recopilar y difundir estos usos y prácticas; entre otros, se destaca la Cámara de Comercio Internacional (*International Chamber of Commerce* o ICC).

3.2.2. Contratos-modelo

Los contratos-tipo o modelo son herramientas jurídicas empleadas por los operadores del comercio internacional que consisten en contratos estandarizados con cláusulas homogéneas y predeterminadas. Estos han adquirido el carácter de normas consuetudinarias, gracias a su utilización reiterada en la contratación internacional. Como indica Cadena Afanador, la estandarización en los contratos pretende “[...] de un lado proteger la autonomía contractual de las partes en el escenario internacional y de otro establecer una serie de condiciones generales de venta, para de esta forma imprimirles una mayor seguridad normativa a estos documentos”.³⁶

3.2.3. Instrumentos internacionales en materia comercial

En atención a lo manifestado anteriormente, en el comercio

internacional no existe una única legislación vinculante que regule todas las transacciones que tienen lugar en el mercado global, sino más bien una serie de sistemas normativos blandos (*soft law*) que, pese a carecer de fuerza vinculante, han sido adoptados de forma amplia por los actores económicos internacionales. Algunos ejemplos de instrumentos normativos blandos con gran influencia en el comercio transnacional son: *las leyes modelo*³⁷ elaboradas por la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), los reglamentos de los diversos centros de arbitraje internacional, y los Principios UNIDROIT. Por su parte, los Tratados de Libre Comercio (TLC) y -sobre todo- los Convenios Internacionales, también han sido reconocidos como fuentes supletorias de la *lex mercatoria moderna*, toda vez que incorporan principios económicos especiales y forman parte del derecho consuetudinario internacional.³⁸

Entre los referidos convenios se destacan: en materia de contratación internacional, la Convención de las

³⁵ CADENA AFANADOR, "La nueva lex mercatoria", Op. cit., p. 109.

³⁶ CADENA AFANADOR, "Impacto en Colombia de la Lex Mercatoria", Op. cit., p. 6.

³⁷ UNCITRAL. *The UNCITRAL Guide Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law*. Vienna: United Nations, 2007, p. 14-15. ISBN: 978-92-1-133768-6.

La guía sobre aspectos básicos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (o UNCITRAL, por sus siglas en inglés: *United Nations Commission on International Trade Law*), explica que una Ley Modelo consiste en un texto legislativo que la Comisión recomienda a los Estados para su promulgación como parte de su legislación nacional, y que constituye un vehículo para la modernización y armonización de las leyes nacionales, en circunstancias en las que se espera que los Estados hagan ajustes al texto del modelo para adaptarse a los requisitos locales que varían de un sistema a otro, o cuando no se requiere una uniformidad estricta.

³⁸ CADENA AFANADOR, "Impacto en Colombia de la Lex Mercatoria", Op. cit., p. 7.

Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, *Convención de Viena*); en materia de arbitraje comercial, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de sentencias Arbitrales extranjeras (en adelante, *Convención de Nueva York*); y, regionalmente, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, *Convención de Panamá*). En el caso ecuatoriano, cabe decir que nuestro país es signatario de los principales instrumentos internacionales en materia de Arbitraje Comercial, tales como: la Convención de Nueva York, el Convenio CIADI de Washington, la Convención de Panamá, y la Convención Interamericana sobre eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979.³⁹

3.2.4. *Jurisprudencia de los tribunales de arbitraje internacional*

El arbitraje ha jugado un enorme papel en el desarrollo del sistema jurídico transnacional, constituyéndose como el principal método de resolución de conflictos en el marco de las relaciones mercantiles internacionales. En este sentido, cabe mencionar que posee un carácter extrajudicial, y que las decisiones que emiten los tribunales arbitrales, las cuales son reconocidas y ejecutables en casi todos los países del mundo, son la herramienta a través de la cual la *nueva lex mercatoria* se

materializa.⁴⁰ Al respecto, Ruiz Castellanos manifiesta que la *ratio decidendi* que un tribunal de arbitraje adopta en un laudo, adquiere el valor de precedente y es aplicable en otros casos similares.⁴¹

Por otro lado, se debe resaltar la contribución de algunos instrumentos internacionales que, al reconocer a los árbitros la facultad de recurrir a los usos y prácticas del comercio para decidir sobre un litigio mercantil, se configuran también como fuentes supletorias de la *lex mercatoria*. Entre éstos se encuentran: las Convenciones de Nueva York y de Panamá, así como la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI (en adelante, *Ley Modelo*). Ésta última, en su Artículo 28 párrafo 4º, contempla que, dentro de las normas aplicables al fondo de un litigio comercial, el tribunal de arbitraje decidirá “[...] *con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso*” [*Énfasis añadido por el autor*].⁴²

3.3. *Impacto de la lex mercatoria en la contratación internacional*

El mundo de los negocios y la contratación internacional se ha visto enormemente favorecido con el desarrollo de la *nueva lex mercatoria*,

³⁹ HIERRO, Antonio y CONEJERO, Cristian. *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. Madrid: La Ley, 2008, p. 322. ISBN: 8481262951.

⁴⁰ LONDOÑO SEPÚLVEDA, *Op. cit.*, p. 80.

⁴¹ RUIZ CASTELLANOS, *Op. cit.*, p. 348.

⁴² Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, promulgada en la Resolución 40/72 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1985, p.18.

puesto que esta sirve como una herramienta que facilita el proceso de formación de acuerdos, en la medida que provee principios y reglas comunes para los contratantes. Además, como se ha expresado previamente, los contratos-tipos elaborados por organismos internacionales privados como la Cámara de Comercio Internacional (ICC), son fuentes expresas de la *lex mercatoria*, en tanto incorporan y ratifican los usos y prácticas aplicables a determinados sectores del comercio. Por ende, resulta necesario analizar con más detalle algunos puntos importantes con respecto a los contratos internacionales.

Como explica Weinberg de Roca, cuando los elementos de un contrato se hallan vinculados con distintos ordenamientos jurídicos relevantes -por ejemplo, en caso de que el lugar de celebración y el de cumplimiento se localice en Estados diferentes- se está frente a un contrato de carácter internacional.⁴³ Los contratos internacionales poseen tres características primordiales que los distinguen: 1) emplean un concepto de ley aplicable a entenderse en un sentido amplio,⁴⁴ a través del cual se decide la norma que rige la relación contractual; 2) implican un proceso complejo de formación, compuesto por declaraciones de intención de las partes involucradas y negociaciones previas; y, 3) consideran la estabilidad del medio

relacionado con el contrato, lo cual incluye el mercado y el contexto económico, político y jurídico de los países vinculados.⁴⁵

Por otra parte, en el ámbito de la contratación internacional existen una serie de principios comunes, con gran prevalencia y aceptación, recogidos por varios instrumentos normativos. Uno de ellos se refiere a la conducta que puede considerarse como aceptación tácita de las modificaciones de un contrato internacional. Es decir, en caso que uno de los contrayentes -por acción u omisión- se aparte de los términos acordados en el contrato, su contraparte debe reaccionar de forma inmediata, caso contrario se entiende que acepta tales modificaciones. Por otro lado, quien alega poseer un derecho debe probarlo; aquello implica que la carga probatoria en un litigio mercantil internacional recae en la parte actora. Asimismo, el uso de los bienes objeto del contrato se toma como una aceptación tácita. Finalmente, el principio de reducción del perjuicio, que implica que aquella parte que sufra un detrimento debe tomar todas las medidas razonables posibles, a fin de no exacerbar o agravar el daño ya recibido.⁴⁶

Ahora bien, uno de los principales sistemas normativos que los operadores del comercio emplean en lo concerniente a la formación de contratos de compraventa internacional, y que sirve como un claro

⁴³ WEINBERG DE ROCA, Inés. *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997, p. 173-175.

⁴⁴ El concepto de ley aplicable en un "sentido amplio", incluiría a las leyes locales, los tratados internacionales, y los usos y costumbres del comercio internacional.

⁴⁵ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. *El ABC de la contratación internacional*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2023.

⁴⁶ *Ibid.*

ejemplo de la utilización de la *lex mercatoria* de dicha materia, son los INCOTERMS. Los INCOTERMS (*International Commercial Terms*) son un conjunto de reglas desarrolladas por la Cámara de Comercio Internacional que establecen las obligaciones correspondientes a los compradores y vendedores, en aspectos relacionados con el suministro de mercancías, licencias, autorizaciones y formalidades que deben cumplirse en un contrato de compraventa internacional.⁴⁷ Su objetivo es facilitar la interpretación de los principales términos utilizados en los contratos internacionales de compraventa. En efecto, los INCOTERMS regulan cuatro elementos esenciales de toda compraventa internacional: 1) la condición de entrega de la mercancía, indicando el lugar y la forma de la entrega, así como el momento en que debe ejecutarse la obligación; 2) la transferencia de riesgos y responsabilidades por pérdida o daños; 3) la distribución de los gastos de la operación; y, 4) la distribución de los trámites, gestiones y diligencias para complementar las formalidades oficiales que requiere la operación.⁴⁸

3.4. Aplicación de los usos y prácticas del comercio en la contratación internacional

La aplicación de la *nueva lex*

mercatoria en materia de contratación internacional queda evidenciada en una serie de normas que reglan la formación de contratos internacionales, entre las cuales se encuentran: a) la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994; b) la Convención de Viena sobre la compraventa de mercaderías internacionales de 1980; y c) otros sistemas normativos como los PICC de UNIDROIT y los INCOTERMS, los cuales reconocen la posibilidad de tomar en consideración los usos y costumbres del comercio mundial en el proceso de formación de un contrato con carácter transnacional, o con miras a su ejecución. En cuanto a la aplicación de prácticas mercantiles en el ámbito internacional, por ejemplo, el Artículo 1.9 de los Principios de UNIDROIT establece que:

“(1) Las partes están **obligadas por cualquier uso en que hayan convenido** y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. (2) Las partes están **obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado** en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.”⁴⁹ [Énfasis añadido por el autor]

De tal manera, los INCOTERMS son un conjunto de reglas uniformes concernientes a las transacciones

⁴⁷ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. *Los INCOTERMS y su uso en el comercio internacional*. Bogotá: Panamericana Formas e Impresión, 2008, p.6.

⁴⁸ ALVARENGA, Kalixto, CORTEZ, Rafael, ROSALES, Jessica. *Términos Internacionales de Comercio y su relación en los contratos de compraventa para importar o internar mercancías a El Salvador que apliquen al sector ferretero del Área Metropolitana de San Salvador*, en Repositorio digital de la Universidad de El Salvador, 2009, p. 8-9.

⁴⁹ International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), *Op. Cit.*, art. 1.9.

comerciales en contratos de compraventa internacional, que facilitan su interpretación y delimitan las responsabilidades entre comprador y vendedor. Sin embargo, se debe tener en cuenta que dichas reglas no son una normativa estática; *contrario sensu*, los términos son actualizados regularmente por la Cámara de Comercio Internacional debido a que los usos y costumbres mercantiles evolucionan a través del tiempo. Por consiguiente, su trascendencia radica en el hecho de que son un reflejo de las prácticas más actuales en el tránsito de mercaderías, y, por ende, un claro ejemplo de la *lex mercatoria*.⁵⁰

En cuanto a los convenios internacionales que son fuente supletoria de la *lex mercatoria moderna*, cabe destacar que también contienen normas que permiten la utilización de las prácticas mercantiles de extensa aceptación y observancia en la formación de contratos internacionales. Al respecto, el artículo 10 de la Convención Interamericana de 1994 establece que son aplicables las normas, costumbres, 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.⁵¹

⁵⁰ JCV SHIPPING & SOLUTIONS. *INCOTERMS 2020: Guía práctica en la operativa de comercio internacional*, 2019.

⁵¹ Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, promulgado en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V), el 17 de marzo de 1994.

Por su parte, la Convención de Viena sobre la compraventa de mercaderías internacionales contempla dos posibilidades en las cuales determinados usos y prácticas pueden gozar de un carácter obligatorio en un contrato de compraventa: 1) cuando las partes así lo hayan expresamente pactado; y 2) en caso de que las aludidas prácticas sean ampliamente conocidas y observadas en contratos del mismo tipo, siempre y cuando las partes hayan tenido conocimiento de las mismas o debido conocerlas.⁵² En particular, el artículo 18 párrafo 3 de esta Convención dispone que: “[...] en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías”.⁵³ [Énfasis añadido por el autor].

4. Resolución de disputas comerciales en el ámbito internacional

4.1. Arbitraje Comercial Internacional

Cuando se establece un contrato con elementos de extranjería confluyen varias jurisdicciones. Por este motivo, resulta importante que las partes intervinientes, en uso del principio de autonomía de la voluntad, determinen el derecho

⁵² Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, promulgada en la Resolución A/CONF.97/19 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 11 de abril de 1980.

⁵³ *Ibid.*, p.6.

aplicable a su relación contractual, así como la manera en la que debe procederse en caso de surgir conflictos.⁵⁴ En este sentido, el arbitraje posee una enorme relevancia, toda vez que es el método predilecto para la solución de conflictos comerciales en la esfera internacional. Como señala el jurista argentino Adolfo Alvarado Velloso, desde una perspectiva procesal, el arbitraje es un método de heterocomposición privada en el cual las partes de un litigio, por efecto propio de una convención, deciden descartar la respectiva competencia judicial ordinaria y otorgar competencia arbitral a un particular o un tribunal que eligen para que resuelva su controversia.⁵⁵

En virtud de lo antes expuesto, se debe señalar que, en el afán de resolver las disputas derivadas del comercio internacional de la manera más expedita posible, fueron surgiendo organismos especializados de carácter privado los cuales desarrollaron procedimientos ágiles y eficaces para resolver dichas controversias a través del arbitraje.⁵⁶ Algunos de estos organismos son: la

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL o CNUDMI), la Cámara de Comercio Internacional (ICC), la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones⁵⁷ (CIADI) y la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (*London Court of International Arbitration* o LCIA). Cabe acotar que la normativa internacional, en particular aquella producida por la CNUDMI, sirvió como una guía para uniformizar las legislaciones nacionales sobre arbitraje de la mayoría de países latinoamericanos, emparejándolas con las prácticas mundiales de arbitraje internacional.⁵⁸ Conejero Roos explica que dentro de los principios básicos del arbitraje comercial que la Ley Modelo consagró, se hallan:

“[...] otorgar a las partes envueltas en un proceso arbitral un alto grado de libertad y autonomía para diseñar dicho proceso, y el de confiar a los tribunales locales un limitado rol de asistencia y control en ciertas cuestiones tales como el nombramiento y recusación de árbitros, la adopción de medidas precautorias, la producción de pruebas y, en fin, la revisión de los laudos arbitrales”.⁵⁹

⁵⁴ BOGGIANO, Antonio. *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*. 2a Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perot, 2000, p. 844.

Con respecto a la posibilidad de que las partes escojan una forma alternativa al proceso judicial ordinario para dirimir sus disputas, Boggiano refiere: “En los casos en que las partes tienen sede o domicilio en diferentes países, o cuando la controversia es objetivamente multinacional, esto es, presenta elementos de contacto objetivos con diferentes sistemas jurídicos, las controversias comerciales son susceptibles de transacción [...]; por ende, son arbitrables”.

⁵⁵ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Sistema Procesal: Garantía de Libertad*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores, 2009, p. 288. ISBN: 78-950-727-980-5.

⁵⁶ CADENA AFANADOR, Impacto en Colombia de la Lex Mercatoria, *Op. cit.*, p. 7.

⁵⁷ El CIADI es una institución que pertenece al Banco Mundial, y fue concebida para arbitrar las disputas surgidas entre Estados y particulares que posean inversiones en ellos.

⁵⁸ CONEJERO ROOS, Cristián. *La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, no. 1, 2005, p. 89-138. ISSN: 0716-0747.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 100.

Asimismo, la Ley Modelo de la CNUDMI proveyó parámetros útiles para determinar la existencia de un arbitraje internacional. En su artículo 1 párrafo 3º, se contemplan las siguientes situaciones: a) Cuando las partes en un acuerdo de arbitraje, al momento de la celebración de dicho acuerdo, tienen sus establecimientos en Estados diferentes; b) Cuando el lugar del arbitraje determinado en el acuerdo arbitral, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial, o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos; y, c) Cuando las partes han convenido expresamente que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje esté relacionada con más de un Estado.⁶⁰

En cuanto al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, la Convención de Nueva York, en su Artículo III, estipula: “*Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada*”.⁶¹ En caso de que una de las partes no esté de acuerdo con la decisión arbitral, la Convención reconoce su derecho a recurrir el laudo. Además, en su artículo 5, se especifica las

razones por las que un tribunal puede denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral a instancia de la parte contra la cual es invocada, así como los motivos para hacer lo propio en aquellos casos en los que la iniciativa provenga de la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución del laudo.⁶²

Por último, con respecto a la posibilidad de recurrir contra una decisión arbitral en el marco de instrumentos internacionales, la Ley Modelo de la CNUDMI, en su artículo 34, señala que contra un laudo solo puede recurrirse mediante una petición de nulidad.⁶³ Además, el párrafo 2º del mentado artículo prevé causales muy limitadas para otorgar dicho recurso, entre las que se encuentran: a) la incapacidad de alguna de las partes; b) la invalidez del acuerdo de arbitraje; c) la existencia de violaciones del derecho a la defensa;⁶⁴ d) la extralimitación cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo arbitral o contenga decisiones que excedan los términos del mismo; e) que la composición del tribunal o el procedimiento arbitral no se haya ajustado al acuerdo entre las partes;

⁶⁰ Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, Op. Cit., p.1-2.

⁶¹ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, promulgado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, Nueva York, el 10 de junio 1958, p. 9.

⁶² *Ibíd.*, p. 2.

⁶³ Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, Op. Cit., p. 21.

Conforme al párrafo 3º del Artículo 34, la petición de nulidad “[...]no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33 [que aborda la corrección e interpretación del laudo], desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral”.

⁶⁴ Por ejemplo, señala la Ley Modelo, el hecho de no haber sido notificado debidamente de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales.

y f) que el laudo sea contrario al orden público internacional.⁶⁵ Por su parte, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio de Washington o CIADI) contempla el recurso de revisión⁶⁶ en su artículo 51, y el recurso de anulación del laudo arbitral en el artículo 52. Este último instaura causales similares a las del recurso de nulidad que prevé la Ley Modelo de la CNUDMI. Así, el artículo 52 Apartado (1) del Convenio de Washington, establece:

“[c]ualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General⁶⁷ fundado en una o más de las siguientes causas: (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; (d) que hubiere quebrantamiento grave de

una norma de procedimiento; o (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde”.⁶⁸

4.2. Arbitraje Comercial Internacional y aplicabilidad de la *lex mercatoria* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Para finalizar, cabe reflexionar -al menos de modo general- sobre la aplicabilidad y el impacto que ha tenido la *nueva lex mercatoria* en el ordenamiento jurídico del Ecuador. En primer lugar, se debe precisar que el sistema jurídico ecuatoriano concede a los usos y costumbres mercantiles el carácter de fuente de derecho, en aquellos casos en los que exista un vacío legal o convencional. Con respecto a las prácticas mercantiles internacionales, el artículo 267 del Código del Comercio ecuatoriano, dentro del Título IV del Libro IV referente a la interpretación de los contratos comerciales, dispone: “*Se tendrá en cuenta para la interpretación los usos que sean conocidos y observados en el comercio internacional, a menos que la aplicación de su uso sea ilegal.*”⁶⁹ Lo antes señalado quiere decir que, en el espíritu de hacer prevalecer la intención de las partes en la interpretación de un contrato mercantil, al tenor de lo dispuesto por el referido artículo, se puede perfectamente aplicar los principios comerciales que compilen los usos y costumbres de un determinado sector del comercio internacional, es decir, la *lex mercatoria*.

⁶⁵ *Ibid.*, p.20-21.

⁶⁶ CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI). *Convenio CIADI, Reglamento y Reglas*, 2006. Washington D.C.: CIADI, p.26.

El recurso de revisión del laudo, se fundamenta “[...] en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, y siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de ésta no se deba a su propia negligencia”.

⁶⁷ De acuerdo al Convenio CIADI, dicha solicitud deberá presentarse “[...] dentro de los 120 días a contar desde la fecha de dictarse el laudo. Si la causa alegada fuese la prevista en la letra (c) del apartado (1) de este Artículo, el referido plazo de 120 días comenzará a computarse desde el descubrimiento del hecho, pero, en todo caso, la solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo”. *Ibid.*, 27.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Código del Comercio (Registro Oficial Suplemento 497, del 29 de mayo del 2019).

Adicionalmente, es importante destacar que la esfera donde la *nueva lex mercatoria* tiende a gozar de mayor relevancia práctica dentro del sistema jurídico, como ya se ha dicho, es la justicia arbitral. En el caso ecuatoriano, cabe decir que nuestro país ha suscrito los principales Convenios en materia de arbitraje comercial internacional, mismos que fungen como fuente supletoria de la *lex mercatoria*. Asimismo, el artículo 41 de la LAM (Ley de Arbitraje y Mediación), dispone que se considera un arbitraje como internacional, cuando las partes así lo hubieren pactado o en casos que se asemejen mucho a lo establecido en el artículo 1 párrafo tercero de la Ley Modelo de la CNUDMI. Esta situación pone en evidencia que la Ley Modelo, aun siendo un instrumento de *soft law*, sirvió como guía para la uniformización de las legislaciones latinoamericanas en materia de arbitraje (entre ellas la de nuestro país), logrando emparejarlas con las prácticas mundiales comerciales y de arbitraje internacional. Asimismo, en la LAM, se comprueban muchos otros casos de normas tomadas de la Ley Modelo de la CNUDMI, como los artículos 16 y 17 sobre la composición del tribunal arbitral.

Por último, el artículo 42 de la LAM, dispone: a) que el arbitraje internacional queda regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador; y b) que las partes son libres de estipular todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo: “[...] *la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación*

aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.”⁷⁰ Como explican Marchán & Andrade, esta norma establecería el principio de preeminencia de la autonomía de la voluntad en materia de arbitraje internacional, mismo que se fundamenta en la premisa de que todo lo relacionado al proceso arbitral puede ser libremente acordado por las partes.⁷¹ De lo anterior se deriva que la elección de las normas adjetivas aplicables en un proceso de arbitraje internacional también puede ser sometida a la voluntad de las partes, lo cual, a su turno, implicaría que en aquellos procesos en los cuales los operadores del comercio sometan una controversia mercantil al conocimiento de un tribunal arbitral, bien podría utilizarse los principios y reglas que contengan las prácticas y costumbres de un determinado sector del comercio. Por consiguiente, la LAM, en efecto, posibilita la aplicación de la *lex mercatoria*.

Conclusiones

En definitiva, la *nueva lex mercatoria* es una herramienta jurídica con implicaciones trascendentales para el mundo del comercio. Como se ha manifestado previamente, debe su existencia a la necesidad de armonizar las prácticas, usos y costumbres mercantiles que los operadores del comercio internacional habrían desarrollado en sus esferas de negocio hacía décadas. Este

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ MARCHÁN & ANDRADE: Op. cit., p. 323.

régimen jurídico-comercial autónomo, constituye una respuesta efectiva al fenómeno de la globalización desde el ámbito de acción del derecho, toda vez que mediante una compilación esquemática de los principios comerciales de mayor uso en la práctica mercantil, se ha logrado facilitar las transacciones comerciales y resolver las controversias de forma técnica, rápida y flexible. A continuación, se proponen algunas conclusiones generales a partir de todo lo expuesto en el presente trabajo académico:

1. La *nueva lex mercatoria* constituye un fenómeno de transnacionalización del derecho mercantil internacional, cuyas fuentes principales son: a) los usos y costumbres de los operadores comerciales; b) los contratos-modelo o estándar; c) los instrumentos internacionales en materia mercantil; d) la jurisprudencia de los tribunales de arbitraje internacional.

2. La aplicación de la *lex mercatoria moderna*, en materia de contratación internacional, se evidencia en un conglomerado de normas que regulan la formación de contratos con elementos de extranjería. En consecuencia, a través de una serie de instrumentos normativos de *soft law*, se ha logrado sistematizar las nociones básicas y comunes en el ámbito de contratación internacional. Destacan: a) los principios de UNIDROIT (*Principles of International Commercial Contracts* o PICC); b) los INCOTERMS (*International Commercial Terms*); y c) la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional.

3. Los Convenios Internacionales en materia comercial, han sido reconocidos como fuente supletoria de la *nueva lex mercatoria*, debido a que forman parte del derecho consuetudinario internacional e incorporan principios económicos especiales. Los mentados convenios, además, son empleados de forma continua por parte de los tribunales arbitrales que conocen controversias mercantiles. Destacan: a) la Convención de Viena (1980); b) la Convención de Nueva York (1958); c) el Convenio de Washington (1966); y d) la Convención de Panamá (1975).

4. El ámbito del comercio internacional, por su naturaleza, resulta altamente competitivo y dinámico. Por este motivo, requiere de soluciones más ágiles y prácticas que aquellas ofrecidas por la justicia ordinaria. En virtud de esto, a través de los años han surgido organismos técnicos de carácter privado los cuales, por medio del arbitraje comercial, han desarrollado procedimientos ágiles y eficaces para resolver las controversias acontecidas en el tráfico comercial global. Destacan: a) la Cámara de Comercio Internacional (ICC); b) la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC); c) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI); y d) la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (*London Court of International Arbitration* o LCIA).

Referencias

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Sistema Procesal: Garantía de Libertad. Buenos Aires:

- Rubinzal - Culzoni Editores, 2009. ISBN: 78-950-727-980-5.
- ALVARENGA, Kalixto, CORTEZ, Rafael, ROSALES, Jessica. *Términos Internacionales de Comercio y su relación en los contratos de compraventa para importar o internar mercancías a El Salvador que apliquen al sector ferretero del Área Metropolitana de San Salvador*, en Repositorio digital de la Universidad de El Salvador, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. *La Globalización: Consecuencias humanas*. 2a ed. México: Fondo de Cultura Económica (FCE), 2017. ISBN: 978-968-16-5210-4.
- BOGGIANO, Antonio. *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*. 2a Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perot, 2000.
- CADENA AFANADOR, Walter René. *Impacto en Colombia de la Lex Mercatoria, en Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 7, no. 12, 2007. ISSN: 1657-8953.
- CADENA AFANADOR, Walter René. *La nueva lex mercatoria: un caso pionero en la globalización del derecho*, en *Papel Político*, No. 13, 2001.
- CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. *El ABC de la contratación internacional*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2023.
- CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. *Los INCOTERMS y su uso en el comercio internacional*. Bogotá: Panamericana Formas e Impresión, 2008.
- CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz et al., Dir: A. RODRÍGUEZ BENOT. *Manual de Derecho Internacional Privado*. 5a ed. Madrid: Tecnos, 2018. ISBN: 9788430985340.
- CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI). *Convenio CIADI, Reglamento y Reglas*, 2006. Washington D.C.: CIADI.
- Code Savary (L'Ordonnance de Colbert sur le commerce du Mars de 1673). Código del Comercio (Registro Oficial Suplemento 497, del 29 de mayo del 2019).
- CONEJERO ROOS, Cristián. *La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo*, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32, No. 1, 2005. ISSN: 0716-0747.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, promulgada en la Resolución A/CONF.97/19 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 11 de abril de 1980.
- Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, promulgado en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V), el 17 de marzo de 1994.
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, promulgado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, Nueva York, el 10 de junio 1958.
- ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA, INC. *Encyclopedia Britannica*, 2021.
- FABRA ZAMORA, Jorge Luis (ed). *Las transformaciones del derecho en la globalización*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020. ISBN: 978-607-30-3487-6.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales y Garantismo*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2015. ISBN: 9789978392652.
- GIMENEZ CORTE, Cristián. *Estudios sobre lex mercatoria: Una realidad internacional*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2015, Vol. 48, No. 143. ISSN: 2448-4873.
- HIERRO, Antonio y CONEJERO, Cristian. *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. Madrid: La Ley, 2008. ISBN: 8481262951.

International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). Principles of International Commercial Contracts. Rome: UNIDROIT, 1994. ISBN: 88-86449-00-3.

JCV SHIPPING & SOLUTIONS. INCOTERMS 2020: Guía práctica en la operativa de comercio internacional, 2019.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Restatement of the law on Wex, 2020.

Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, promulgada en la Resolución 40/72 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1985.

MARTIŠKOVÁ, Monika. What is Lex Mercatoria?, en Lawyr.it, vol. 5, no. 2, 2018.

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. La Nueva "Lex Mercatoria": ¿Un fantasma creado por profesores de la Sorbona?, en Contratación y Arbitraje Internacional, 2014.

PASTORE, Baldassare. Soft Law y la teoría de las fuentes del derecho, en Soft Power: Revista euro-americana de teoría e historia de la política del desarrollo, Vol. 1, No. 1, 2014.

RINCÓN SALCEDO, Javier G. La globalización y el derecho: la necesaria aplicación de un pluralismo jurídico real en Prolegómenos, en Derechos y Valores, Vol. XI, No. 22, 2008. ISSN: 0121-182X.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Maximiliano. Reconocimiento de la lex mercatoria como normativa propia y apropiada para el comercio internacional, en Revista e-mercatoria, Vol. 11, No. 2, 2012.

ROJAS RODAS, Valerie. La Lex mercatoria en el derecho del comercio internacional, en Repositorio Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar, 2013.

RUIZ CASTELLANOS, Gerardo. La nueva lex mercatoria, en Iuris Tantum Revista Boliviana de

Derecho, No. 21 2016. ISSN 2070-8157.

SÁNCHEZ CORDERO, Jorge. Los Principios De Los Contratos Internacionales Comerciales. Roma: UNIDROIT, 2019. ISBN: 978-88-86449-39-7.

UNCITRAL. The UNCITRAL Guide Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law. Vienna: United Nations, 2007. ISBN: 978-92-1-133768-6.

WEINBERG DE ROCA, Inés. Derecho Internacional Privado. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997.

