

POSIBILIDAD DE INTRODUCIR LA LEX MERCATORIA EN LAS DECISIONES JUDICIALES

Autor: Miguel Angel Acosta* y Juan Francisco Acosta**

Resumen:

A partir del nuevo artículo 3 del CCC de Argentina, que impone a los jueces el deber de resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada, su textura abierta da cabida a la incorporación de la nueva Lex Mercatoria, ya sea mediante su aplicación receptiva o bien, como información meramente orientativa.

1ª. PARTE

1. ¿QUÉ ES LA LEX MERCATORIA?

Corresponde afirmar aquí que – convencionalmente- se llama *Lex Mercatoria* al conjunto de reglamentos, disposiciones y estatutos vigentes en la Baja Edad Media para la comunidad de mercaderes.

Quedando, entre ellos, comprendidos:

a) **los estatutos de las corporaciones**, y dentro de ellas destácase *il Gremio del Arte di Calimala*¹, la corporación de banqueros y negociantes en telas² de Florencia que hacia 1250 expandió sus comportamientos comerciales hacia toda Europa^{3/4}, pues eran asiduos concurrentes a las ferias ultramontanas.

* Profesor titular ordinario de Derecho Comercial. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata

** Docente auxiliar ordinario de Derecho Internacional Privado. Cátedra del Dr. Eduardo Hoofft. Facultad de Derecho (UNMDP) y Docente Ayudante de 1ª. por concurso en Derecho Internacional Privado, cátedra de la Dra. Inés Weinberg de Roca, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA).

¹ Se llama así por una antigua callejuela de Florencia, de mala reputación. Allí estaba instalada la más poderosa corporación de Florencia: *el Arte di Calimala* e integrábanla los nombres más ilustres de la ciudad: Alberti, Albizzi, Bardi, Cavalcanti, Donati, Frescobaldi, Lamberti, Pazzi, Peruzzi, Pitti, Soderini, Strozzi, Tornabuoni, Villani etc. Era como el libro de oro de la República, toda la historia de Florencia estaba allí resumida (cfr. Renard, Georges: "**Historia del Trabajo en Florencia**" (trad. por Guillermo Cabanellas) Editorial Heliasta SRL, Bs.As., sin fecha visible, pág. 82)

² Al contrario de los mercaderes alemanes, los comerciantes italianos practicaban el comercio variado, sin restricciones. De manera que era frecuente su ocupación simultánea en el tráfico de telas o especias y en las finanzas.

³ Veamos cómo describe, G. Renard en su magnífico trabajo, tan extraña conformación. Dice en pág. 82: "*En esta brillante composición supervivía el núcleo que quedaba de la antigua Sociedad de los Mercaderes, que existió desde los orígenes de la comuna y participó en su fundación: comprendía, en un principio, a todos los que negociaban, después, poco a poco, se desprendieron de ella diversos grupos que pasaron a ser independientes, quedando solamente los mercaderes de telas ultramontanas o francesas, como se las llamaba, o dicho de otra forma, los que las compran, las tiñen, aprestan y*

b) También se incluyen dentro de esta acepción a los **reglamentos de las Ferias y Mercados** que, a lo largo de toda Europa continental e insular fueron el ámbito de encuentro obligado de todos los mercaderes mayoristas ya sea en géneros, en cueros, en pieles, en sedas de Oriente, en tinturas y esencias, en cera y jabones, en oro plata y metales, en cuchillería, en papel, en monturas, en sal, en especias etc. Estos reglamentos eran complejos y detallados en cuanto a los pesos y las medidas y sus conversiones, las calidades de los géneros vendidos, los diferentes días y horarios para cada negociación (metales, géneros, aves exóticas⁵ y alimentos de lujo, esencias y perfumes, cueros y armas etc.)⁶ así como a las fechas de compensación de los pagos y las cotizaciones de las monedas, que se llevaban a cabo antes de la terminación de cada feria. Asimismo, estos ámbitos contaban con apoyatura de seguridad para los mercaderes (el célebre *conduit de foire* para llegar y salir de dichos encuentros y luego la policía de ferias dentro de los recintos) y las cortes de resolución de conflictos que generalmente eran integradas por los pares, pero sus laudos/sentencias eran autoejecutables, cabiendo mencionar, entre otras, la *Court of Piepowder*⁷ de Colchester y otras ciudades inglesas.

c) Por último también integran este concepto **las recopilaciones marítimas** que preceden en casi un siglo a las del comercio terrestre, cabiendo mencionar, entre otras, a la Tabula Amalfitana, Gli Ordinamenta di Trani, los Roolos de Oléron, las Costumbres de Wisby y la síntesis de todas ellas que fue el Llibre del Consulat del Mare de Barcelona, aprox. 1258.-

De manera que en los tres casos estamos ante **un conjunto normativo espontáneo, de creación horizontal, surgido de la costumbre de los propios agentes** (mercaderes, navieros, cambistas y banqueros). Aquí no hay reyes príncipes ni parlamentos que imponen una regulación para el comercio. También podemos predicar del mismo que

terminan y después las exportan y revenden, principalmente en Oriente. Era una corporación semicomercial, semiindustrial, en la que el carácter mercantil predominaba. El comercio del dinero se desarrolla a medida que el capital se acumula en las cajas fuertes y el Arte di Calimala pasa, muy pronto, a ser una corporación de mayoristas en telas y de banqueros”.

⁴ La gradual importancia de las Corporaciones duraría cinco siglos, del XIII al XVIII, cuando la Asamblea Nacional del 14 de junio de 1791, promulgó la **Ley Chapelier** que las deslegitimó y las declaró ilegales. Pero al poco tiempo el propio Estado se da cuenta del error cometido, pues no podía dejar librada la regulación del trabajo y los oficios a la libre voluntad de los particulares, entonces comienza un período de intervención coactiva en la contratación individual dando origen al nacimiento de la legislación del trabajo (cfr. Ferrari Costa, Edgardo A. “**El concepto de subordinación**”, Serie Monografías Jurídicas, Abeledo-Perrot, Bs.As. 1967, págs. 18 y 19).

⁵ No era frecuente que en estos encuentros se negociaran alimentos, salvo los de lujo, pues el “comercio de subsistencia” era ofrecido y negociado dentro de los ámbitos locales.

⁶ V. por todos Huvelin, Paul “*Essai historique sur le droit des Marchés et des Foires*”, Arthur Rousseau Éditeur, Paris, 1897 (este libro es una verdadera joya).

⁷ **The Courts of Piepowder** o tribunales de los “Pies polvorientos”, porque esa corte funcionaba sólo durante los días de mercado y era frecuentada por mercaderes con los pies llenos de polvo que vagaban de mercado en mercado. Por lo tanto había que dirimir las disputas surgidas entre éstos o bien entre ellos y los consumidores lo más rápido posible, dentro del exiguo plazo de la feria, sea en un día sea en horas dentro de un mismo día.

era razonablemente uniforme y estable, sobre todo en lo que se refiere a los Usos del Mar y los reglamentos de las Ferias y Mercados⁸.

Ahora bien, ¿sabía esa comunidad mercantil que ese conjunto de reglas y usos mercantiles constituían una *Lex Mercatoria*? ¿Tenían conciencia de ello? No la tenían. No hay ninguna demostración de tal circunstancia, como no sea una concepción romántica y el anhelo de una legislación universal para toda una categoría de sujetos, por lo que corresponde descartar esa presunción: los mercaderes del medioevo nunca pensaron en términos de una legislación universal para todos ellos, ni tampoco en los hechos la hubo⁹.

Esta aclamación de universalidad recién surge en la literatura jurídica cuatro siglos después de su existencia, atribuyéndose a **Gérard de Malynes** la responsabilidad de haber acuñado dicho término hacia 1622, el cual, rehusándose llamarlo *Ius Mercatorum*, como correspondía al lenguaje literario de la época, recurrió al viejo término *Lex Mercatoria* aludiendo a su origen costumbrista, ausente la construcción legisferante exterior, sea del monarca o del parlamento. Refiere en su “**Tractatus**” que constituye una ley universal, dictada por la razón, aplicable a las transacciones realizadas por los mercaderes.

Pero esta creación intelectual fue pronto abandonada con el afianzamiento definitivo de la monarquía y la creación de los estados nacionales. De manera que esos comportamientos uniformes, esas legislaciones gremiales fueron incorporadas en los nuevos corpus reales como *l’Ordonnance pour le Commerce* de 1673¹⁰ y luego *l’Ordonnance pour la Marine* de 1681, formando ambas las primeras reglamentaciones comerciales en sentido amplio. Luego vendrán las *Ordenanzas de Bilbao* de 1737, que sí tuvieron aplicación en nuestro medio y luego vendrán incorporados dentro de las codificaciones como ocurrió con la legislación prusiana de 1794 –*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*-(derecho rural general para los estados prusianos) en cuya segunda parte se ocupa del comercio dentro de un estado germánico, todavía no conformado pero anhelado. Luego vendrá el *Code de Commerce* de 1807, que a pesar de haber sufrido múltiples mutilaciones y una reciente reforma al cumplir el bicentenario (año 2007), en su momento tuvo una fenomenal recepción, sirviendo de inspiración para las legislaciones mercantiles de los países latinoamericanos, España, Portugal, Italia más las jurisdicciones de Québec y Luisiana y los dominios coloniales franceses de Argelia, Túnez, Marruecos, Dahomey y Viet-Nam. Luego vendrán los códigos unificados como el Codice Civile Italiano de 1942, el Código Suizo de las Obligaciones, hasta llegar a los de reciente elaboración como el Código de los Emiratos Árabes Unidos (UAE, de 1995) y Código Comercial para el territorio de

⁸ Casi todos tenían un contenido similar, predominando los reglamentos de las ferias de Champagne: **Largny, Troyës, Provins y Bar-sur-Aube**, éstas eran las llamadas “grandes ferias”. Luego también estaban las Flandes: Thourout, Brujas o Brügge, Ypres, Lille y Saint Omer, célebres pero menos importantes que aquéllas, conformando todas un “eje o línea de ferias” que venía desde Inglaterra hasta llegar a Provenza. Luego, hacia el S. XIV^o las grandes ferias champañesas declinaron y fueron reemplazadas por las de Lyon y a su vez las de Flandes, cuyo principal ámbito de encuentro fue Brujas, fue reemplazada por Amberes y las ferias alemanas de Colonia y Froancfort.

⁹ Cfr. Goode, Roy M. “**Commercial Law**”, Penguin Books (3rd. edition publ. by Lexis-Nexis), London 2004, p. 9,

¹⁰ Conocido también como “**Código Savary**” por el nombre de su autor-reformador Jacques Savary, un antiguo comerciante de telas, jurista y experto en derecho italiano, a quien el ministro Colbert le encomendó dirigir la tarea de la reforma.

Macao de 1999, para citar algunos ejemplos, por supuesto sin pasar por alto el Código de Comercio Uniforme de EEUU de 1953, pieza monumental a la que luego aludiremos. De manera que con este “pasaje territorial” se perdió nuevamente el viejo concepto (histórico) de *Lex Mercatoria*.

2. La “NUEVA LEX MERCATORIA”

Entre los años 1950 y 1960 el profesor de la Universidad de Dijon, Berthold Goldman (rumano de origen), exhumó la vieja noción de *Lex Mercatoria* para pergeñar un nuevo concepto del derecho privado, el de transnacionalidad, reponiéndolo en la escena en circunstancias del conflicto de Suez, el año 1956, y en relación al estatus jurídico de la Compañía del Canal de Suez, que no era ni debía ser considerada -según su tesis- ni egipcia, ni francesa ni inglesa sino otra creación de naturaleza esencialmente internacional. Concomitante con esta afirmación se publicó en *Revue Critique de Droit International Privé* de 1960 un trabajo de Fragistas y A. Goldstajn, reafirmando la transnacionalidad de los procedimientos arbitrales. Este es el segundo paso para la introducción de un nuevo orden transnacional autónomo e independiente de los ordenamientos nacionales. Subsiguientes trabajos de B. Goldman a partir de 1964, refuerzan ese concepto de “nueva” *Lex Mercatoria*, tarea que posteriormente fue proseguida y enriquecida por el profesor Öle Lando de la Universidad de Copenhague, el cual tuvo a su cargo, entre otros trabajos, la redacción y elaboración del Código Europeo de los Contratos. A Lando le siguieron muchos otros académicos y en Argentina, puede afirmarse que Antonio Boggiano, fue el principal sostenedor de esta nueva versión de la *Lex Mercatoria*. No sin dejar de destacar las fervientes oposiciones de autores como G. Delaume y A. Kassis, entre otros¹¹.

A esta altura cabe preguntarse

¿En qué consiste la “Nueva” *Lex Mercatoria*?

En un conjunto de reglas comunes y a la vez especiales para la comunidad mercantil internacional ahora compuesta por empresarios, banqueros, compañías aseguradoras, franquiciadores, transportadoras, cías. navieras, de logística, fabricantes de indumentaria, contratistas de construcción internacional, *brokers-developers* e inversionistas inmobiliarios, empresarios de hotelería y de turismo etc. que se movilizan y recorren el globo haciendo negocios. Todos ellos utilizan una *lingua franca*, que es el idioma inglés, demandan reglas comunes en materia de contratación (la legislación¹²) y prevalentemente resuelven sus disputas por vías arbitrales (la justicia).

¹¹ Delaume, Georges R. “**Contracts: the Myth of the *Lex Mercatoira***”, *Tulane Law Review*, Volume 63, Febr. 1989, N. 1, p.575 ; Kassis, Antoine “**La *Lex Mercatoria* n’est ni un système ni un ordre juridique**” en *Théorie Générale des Usages du Commerce*, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, París, 1984, Sect. II, p. 391 et suivantes. (donde se replica duramente la postulación de B.Goldman)

¹² Estas no son otras que los usos y prácticas del comercio internacional (por ejemplo INCOTERMS y otros más específicos como los de IATA o bien los de negociación de granos por ejemplo), las cláusulas estandarizadas o predispuestas (sobre todo en los préstamos internacionales), leyes, leyes modelo y guías uniformes para la Venta, el transporte, el Seguro y el Pago de Mercaderías producto del consenso entre los especialistas y empresarios.. V. por todos Van Houtte, Hans “*The Law of International Trade*”, Sweet & Maxwell, London 1995, págs. 27 y 28 hay ediciones posteriores)

Nace así un nuevo estatus jurídico, para esta nueva generación de hombres de negocios utilizando en sus transacciones además de los consabidos principios basilares del derecho privado: buena fe, equidad, trato digno y no discriminación, *pacta sunt servanda* (efecto útil de las cláusulas contractuales, estoppel) etc. regulaciones especiales para la celebración y ejecución de sus contrataciones. Pudiendo estas provenir de organismos oficiales internacionales como CNUDMI/UNCITRAL, de organismos intergubernamentales como la OMC o bien de organismos privados de cobertura internacional o global como UNIDROIT o la CCI (Cámara de Comercio Internacional), contando entonces con herramientas normativas como la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, la Convención de las NNUU sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (2004) los Acuerdos TRIPP/ADPIC sobre comercio y servicios, las RRUU sobre Crédito Documentario, los INCOTERMS (que cumplieron su 80º aniversario) y los EDI TERMS siendo algunas de ellas obligatorias para los países suscribientes y otras simplemente indicativas o sugeridas como lo son las Leyes Modelo (por ejemplo la LM de las NNUU sobre Arbitraje Comercial Internacional) y las guías normativas (como la Guía de las NNUU sobre Operaciones de Crédito Garantizadas)¹³

Es, en síntesis: **un derecho privado interterritorial**¹⁴ por la condición de sus usuarios y la naturaleza de las transacciones. Pero también es un cuerpo autónomo de derecho privado, de construcción horizontal (consensuada) especie de *IUS GENTIUM* común para este colectivo de agentes económicos globales.

Pero atención que ahora -salvo casos especiales como los modelos contractuales de ISDA (*International Swap and Derivatives Association*) o aún los *INCOTERMS* de la CCI- la mayor parte de los documentos son elaborados por juristas, académicos o funcionarios públicos de los Estados intervinientes y ya no más por los propios mercaderes, aunque haya una consulta previa a sus cámaras, agencias o sindicatos.

También corresponde aclarar que, tal como se ha resaltado en varios artículos especializados, esta expresión “Nueva *Lex Mercatoria*” es insuficiente para abastecer todo el caudal de transacciones comerciales internacionales. Por lo tanto, teniendo en cuenta la fracción de negocios que abarca, correspondería también hablar de una *lex petrolea*, *lex energética*, *lex constructionis*, *lex electrónica* etc., según la regulación que corresponda a cada rubro del comercio internacional. De manera que la denominación promiscua comprensiva de los otros tipos de negocios no deja de ser arbitraria y caprichosa.

Finalmente debe advertirse que a los fines de esta ponencia no cualquier cosa es la *Nueva Lex Mercatoria*, no es ni un fallo aislado aunque provenga de un alto tribunal ni disposiciones aisladas de un Código extranjero, sino sólo aquellos documentos que son producto del consenso, no ya de los mercaderes como en la Edad Media sino que ahora son los juristas y especialistas en materias mercantiles y los funcionarios oficiales, quienes los elaboran para la comunidad internacional de hombres de negocios . Así funciona el nuevo movimiento de uniformización del derecho privado.

¹³ V. el bien elaborado trabajo de Cristian Giménez Corte:”**Los usos comerciales y el derecho de fuente convencional en el Mercosur**”, en RDCO (Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones), año 35, Bs.As. 2002, págs. 75 a 118, incluyéndose allí un listado detallado de instrumentos mercantiles internacionales.

¹⁴Pero atención que no se trata de un derecho concebido “*in the vacuum*” (elaborado en el vacío).

2ª. PARTE

Ahora vayamos a nuestro desafío: **¿cómo introducir la LEX MERCATORIA en las decisiones judiciales locales?** y para ello, iremos por partes:

a) Primer tramo: la construcción a partir del artículo 3 CCiv.Com.-

Empecemos por la negativa: tomando como ejemplo el artículo 163 inciso 5 del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la Provincia de Buenos Aires, donde dice :

SENTENCIA DEFINITIVA DE PRIMERA INSTANCIA: La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener:-----inciso 5 *Los fundamentos y la aplicación de la ley.*

Esto es una derivación directa de la aún más concreta manda constitucional provincial cuyo artículo 171 reza así:

“Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados, serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”

O sea que hasta aquí, poco espacio queda a un juez bonaerense para fundamentar su sentencia en la *Lex Mercatoria*, como no exista un déficit (vacío) normativo concreto.

Pero resulta que el nuevo Código Civil y Comercial de Argentina contempla en el art. 3 lo siguiente:

“DEBER DE RESOLVER: El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

El ser razonablemente fundada dista mucho en amplitud y deja un gran margen al sentenciante (sea juez o árbitro) para elaborar los fundamentos del decisorio, prescindiendo de un apego estricto a la legislación vigente.

Podría sin embargo argumentarse que esta *lex posterior* no tiene eficacia derogatoria sobre la legislación provincial (aunque la Constitución provincial de última es una ley, suprema, pero es una ley) y aquí viene en auxilio el art. 31 de la CN descartando tal posibilidad y declarando que la propia Constitución y las leyes que en su consecuencia dicte el Congreso son la ley suprema de la Nación, y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales

El CCC es una ley federal, aunque la materia en él contenida sea de derecho común.

Entonces, de lo hasta aquí expuesto surge que de ahora en adelante las sentencias judiciales (y las arbitrales¹⁵) deben ser “razonablemente fundadas”, estándar claramente más liberal y amplio que el apego indeclinable al texto de la ley.

Pero hay un límite: la “razonabilidad”, que por sus fundamentos convincentes legitima las decisiones judiciales, desechando el simple capricho u obstinamiento, sin apartarse de la plataforma fáctica. Así serán fuente del derecho, aunque sea en sentido débil.¹⁶

¹⁵ Domésticas -se entiende- y cuyos reglamentos adopten las fuentes codificadas locales como el Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de Mar del Plata

¹⁶ Cfr. Gelly, María Angélica:” **Jurisprudencia de la Corte y Control de Constitucionalidad en la inconclusa transición judicial(período 2004-2015)**, en LL diario del 10-8-15, ps.. 1 a 7.

Pero hay más.

b) Segundo tramo: la contrastación con el art. 2 del CCC de Argentina.

El art. 2 establece lo siguiente:

”INTERPRETACIÓN: La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre DDHH, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Tomaremos primeramente la interpretación por vía de la legislación análoga y aquí cabe formular lo siguiente: la legislación análoga a la que se refiere esta parte del artículo puede ser¹⁷

- a) **intranormativa**, como por ejemplo un vacío legislativo respecto de la sociedad anónima puede ser interpretado acudiendo subsidiariamente o tomando como fundamento lo dispuesto para la SRL;
- b) **extranormativa**, es decir recurriendo a otra legislación existente dentro de un mismo ordenamiento perteneciente al ámbito doméstico, como por ejemplo le LCT o bien el Código Fiscal. Algo particularmente raro, porque las materias legislativas son generalmente irrepetibles.
- c) **extranormativa extranjera**, porque el artículo no discrimina sobre el origen de la norma análoga, con tal que exista una proximidad de hipótesis. Entonces, dentro de esta segunda alternativa tendremos un amplio menú de posibilidades, a saber: normativa mercosureña, normativas comerciales institucionales (por ejemplo las que se citaron anteriormente) sea que hayan sido celebradas y ratificadas por Argentina o no, porque la norma tampoco lo indica.

Con una sola limitación: no cualquier cosa es norma análoga extranjera en la finalidad de la manda antes aludida, sino tan sólo los documentos internacionales, en este caso mercantiles, consensuados o bien elaborados por organizaciones internacionales, sean públicas o privadas de reconocida trayectoria. No se incluye en este concepto los fallos foráneos, aunque provengan de su máxima instancia jurisdiccional, ni los laudos arbitrales (porque entre otras cosas, recordar que el art. 1 CCC desechó a la jurisprudencia como fuente para la resolución de los casos)¹⁸.

A su vez, con relación a la última parte del artículo: la exigencia de una **coherencia intrasistematika**, esta se cumple si, aún recurriendo a una normativa extranjera se logra una compatibilidad **horizontal y vertical** con el resto del ordenamiento jurídico. Horizontal, es decir, entre normas de igual jerarquía, y vertical, si la norma o disposición extranjera introducida por analogía, guarda relación con una de superior

¹⁷ Ante todo recordar que es cosa sabida en lógica que todo razonamiento por analogía presupone la existencia de un género común, pues sólo sobre la base de él se hacen equiparables los casos sobre los que se establece la analogía. Este ejercicio, en el caso de la sentencia, se hace al momento final de la interpretación judicial (cfr. Aftalión y otros)

¹⁸ Según nuestra información ello ocurrió luego de la revisión del proyecto original por el PE, queriéndose evitar otorgar “un cheque en blanco” en manos de los jueces para que por esa vía se derogue la ley que ha creado el legislador. Pero a pesar de dicha exclusión, en los hechos es inevitable la interpretación judicial.

jerarquía, que funciona (ría) como fundamento de validez de la inferior. En estas condiciones encontramos que la recurrencia a una normativa extranjera –para interpretar la norma local- guardará sin duda coherencia con todo el ordenamiento. Entonces por esta vía también podrá el juez acudir directamente a la utilización de la norma extranjera, pero, como dijimos, contenida en un documento internacional.

Pero hay más.

c) Tercer tramo: la contrastación con el art. 1 del CCC de Argentina

Allí se nos dice:

“..los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.”

Esta parte es una reiteración del art. 17 del Código Civil de Vélez Sarsfield, que al haber sido modificado por la reforma de la ley 17.711 motivó su tratamiento como tema n° 1 en las VIIIas. Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires, en septiembre de 1979. Sabemos que **el gran problema de los usos es su prueba**. Los usos deben ser probados, no sólo en su existencia sino también en su utilización frecuente por el colectivo de sujetos/agentes involucrados. Para ello deben ser por todos conocidos (no hay usos secretos que sean vinculantes) y por supuesto, deben ser acatados, aunque no por todos sí al menos por la mayoría de ellos. Además, para lograr el reconocimiento legal deben ser razonables, la razonabilidad es el otro gran requerimiento de los usos. Dentro del mismo concepto se incluyen las prácticas y modalidades usuales de un rubro u oficio, mercantil en este caso. Por último, no deben ser contrarios al orden público y aquí aflora otro gran problema ¿qué es el orden público?. Es muy difícil consensuar una noción unívoca de este requisito, pues varía de jurisdicción en jurisdicción, a tal punto que la Asociación Internacional de Derecho Comparado le dedicó a este tópico su Congreso cuatrienal de Beirut en 1998 para abordar *l'Ordre Public*

Entonces, si se permite al juez acudir a la legislación mercantil internacional para fundamentar sus sentencias, estas pueden hacer alusión a los usos y las prácticas, las que sin embargo siempre habrán de satisfacer los estándares de existencia, razonabilidad y no conculcamiento al orden público.

Se verifica así el procedimiento de **recepción del derecho extranjero** en la forma que lo prevén los historiadores del derecho¹⁹

Pero hay más.

¹⁹ Como se sabe, existen dos modos de adoptar y eventualmente “nacionalizar” el derecho o la norma extranjera: **a) la concesión**, donde el derecho extranjero resulta adoptado por imposición ejercida mediante una fuerza política externa, supuesto que normalmente funciona en una relación metrópoli-colonia y **b) la recepción**, que es un fenómeno voluntario de carácter cultural y surge de **un acto propio de la jurisdicción que lo adopta**, sea por el prestigio intelectual de ese derecho extranjero sea por la doctrina de los autores que propugnan esa solución, sea por una voluntad estatal concreta. En el primer caso tenemos la “concesión expansiva” del derecho romano de la antigüedad o bien la adopción del *Common Law* por el sub-continente Índico bajo la dominación británica y en el segundo caso podremos citar el UCC de Estados Unidos, particularmente con su célebre *Article 9* sobre operaciones de crédito garantizadas, adoptadas por Canadá y recientemente por Malawi y otros estados centroafricanos.(cfr.. Basadre, Jorge **“Los Fundamentos de la Historia del Derecho”**, Librería Internacional del Perú, Lima, año 1956, pags. 101 y 102;:

d) ¿Cuándo la Constitución se refiere en el art. 31 a los tratados con potencias extranjeras como ley suprema de la Nación ¿a cuáles incluye?

Indudablemente tanto a los tratados-acuerdos-pactos etc. donde Argentina ya manifestó su consentimiento en obligarse, ya sea por adhesión o ratificación o canje de instrumentos según se trate de un acuerdo multilateral o bilateral., rigiendo para el primer supuesto la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ratificada por ley del Congreso n° 19.865 (para el caso de las organizaciones está aún pendiente la vigencia temporal del Convenio de Viena de 1986)

Estos, de acuerdo al art. 75 inc. 22 de la CN, ostentan una jerarquía superior a las leyes, entonces, integran esta categoría:

- a) los Acuerdos TRIPP/ADPIC aprobados por ley n° 24.425;
- b) los Tratados de índole comercial firmados por Argentina, que hayan entrado en vigor internacionalmente, aunque no hayan sido aprobados por el Congreso²⁰, por ejemplo la Convención de Viena de Compravta. Intl. de Mercaderías 1980 (ley 22765) el de Prescripción Internacional de New York 1974 (ley 22.488), los Convenios de OMPI, La Convención de La Haya s/la ley aplicable a los Intermediarios (ley 23.964) etc.

e) ÚLTIMA POSIBILIDAD:

Instrumentos normativos de consulta (atención: sólo consulta con fines orientativos)

- 1) Leyes Modelo o Guías Legislativas, por ejemplo *on Procurement* (Guía de las Naciones Unidas para la redacción de contratos de construcción Internacional) o *UNCITRAL Legal Guide on Secured Transactions* (Guía Legislativa de CNUDMI sobre operaciones de crédito garantizadas)
- 2) Legislación codificada de otras jurisdicciones como por ejemplo las Directivas de la UE o el prestigioso UCC de los Estados Unidos y en particular su ARTICLE 9 referido a Garantías (*Secured Transactions*) que ofrece una riquísima casuística y fue adoptado por muchas otras legislaciones. Asimismo institutos ajenos a nuestra tradición como la Reserva de Dominio (*Reservation of Title*) pueden ser adaptados a los fundamentos de la sentencia.

Como ejemplo de ello citaremos el fallo de la Sala IIIa., de la CNFed.Civ. y Com. del 21-5-2015 en los autos “*Nike International Ltd. c/ Compañía de Medios Digitales CMD S.A. s/Cese de Uso de Marcas*”(publicado en LL diario del día 4-8-15, págs.. 4 y 5) relativo a la intervención de los intermediarios virtuales como deremate.com.ar o www.masoportunidades.com en donde, con relación al tráfico y uso ilegal de marcas registradas, se dijo:

”Si bien en nuestro país no existen normas que regulen la responsabilidad de los mercados electrónicos, las contenidas en la Directiva 200/31 CE del parlamento Europeo y del consejo del 8 de junio de 2000 relativa a aspectos

²⁰ Este requisito de la ratificación es innecesario para la incorporación de los Tratados como derecho interno V. entre otros Hortensia Gutiérrez Posse :”**Los tratados internacionales y el derecho interno**” en LL, diario del día 17-6-14, pág. 1 y ss. – . .

jurídicos del comercio electrónico –en particular distinguen al prestador neutro del prestador activo a los fines de atribuir responsabilidad- son orientativas a fin de relacionar las características de una plataforma virtual, con la responsabilidad de sus titulares” (cita on line AR/JUR/20653/2015)

Ante ello afirmamos que ambas categorías legislativas son susceptibles de ser consultadas y eventualmente adoptadas por el juez argentino en cuanto provean soluciones útiles para aquellos supuestos donde la legislación local es inadecuada, anticuada/desactualizada o directamente injusta para el caso concreto, pues reflejan mejor la realidad negocial de un ámbito subjetivo y objetivo que es común a todos los territorios y ambientes.

Adviértase también que esta propuesta se refiere al derecho sustantivo y no a las normas de conflicto, normas de jurisdicción o normas que regulen el procedimiento reconocimiento y ejecución de sentencias, materia típica del DIPr.

De lo hasta aquí expuesto y a tenor de la amplitud con que se autoriza la elaboración de las sentencias judiciales (y las arbitrales) nos permite afirmar que aún en el caso de mantenerse tozudamente el apego a la ley doméstica (particularmente en el ámbito bonaerense), el nuevo artículo 3 del CCC autoriza al juez a recurrir a la Nueva *Lex Mercatoria* para fundamentar sus sentencias, sea a título meramente orientativo y comparativo o bien directamente receptando la solución contenida en alguno/s de los instrumentos de la nueva *Lex Mercatoria*. Pues se trata de buscar las mejores soluciones, provengan de donde provengan.

CONCLUSIÓN:

La nueva legislación contenida en el Código Civil y Comercial de Argentina da plena cabida a la aplicación de la *Lex Mercatoria*, o más precisamente, a la “Nueva *Lex Mercatoria*”, en la fundamentación de las sentencias judiciales.