

La lex mercatoria como fuente del DIPr argentino (A propósito del Código Civil y Comercial)

Autor: Juan Manuel Cortez*

Resumen:

Se analiza a la lex mercatoria como fuente del DIPr argentino. Se considera primero la naturaleza de la lex mercatoria, para luego analizar su ubicación y posibilidad como fuente en el ámbito convencional y en el Código Civil y Comercial. Se sostiene que consiste en un “hecho notorio”; que se encuentra receptada en el ámbito convencional y en el ámbito interno, sea por aplicación de la autonomía material o en defecto de acuerdo.

1. La lex mercatoria: ¿costumbre o derecho transnacional?

Lex mercatoria es un término multívoco¹. En sus orígenes se refería a la práctica comercial realizada en los mercados medievales con independencia de las reglas impuestas por los reinos o señores feudales, e independiente a su vez de los mercados y de los comerciantes implicados². Dice GIMENEZ CORTE: “*Si bien los usos comerciales pretendieron ser legalizados por los códigos y leyes especiales de los diferentes países, y con ello también nacionalizados, en realidad el proceso (...) fue siempre parcial (...) las leyes y códigos nacionales nunca lograron desplazar en su totalidad al fenómeno consuetudinario*”.³ El desarrollo en el siglo XX, después de la Segunda Guerra Mundial, del comercio internacional, y el aumento de las inversiones extranjeras en general, en particular las inversiones de países desarrollados a países subdesarrollados, entre otros factores económicos, llevaron al reciclaje de viejas formas jurídicas y a la creación de otras nuevas⁴.

Dice FERNÁNDEZ ARROYO: “*La lex mercatoria de nuestros días es de difícil caracterización. Sin embargo, aun a riesgo de perder algo de rigor en la apreciación, pensamos que puede decirse que la misma está constituida por los usos y términos habitualmente tenidos en cuenta por los actores del comercio internacional. Obviamente, esas prácticas son muy variadas, lo que provoca una incertidumbre considerable a la hora de determinar el contenido concreto de una regla de la lex mercatoria. Esta falencia se ha venido paliando, de un modo muy significativo, como resultado de la labor de organismos de carácter privado que se encargan de una suerte de codificación (consecuentemente, también privada) de las prácticas habituales del*

* Alumno de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de Rosario.

¹ Al respecto puede verse GOLDSCHMIDT, Werner - “*Introducción Filosófica al Derecho*” ed. Depalma, 1987, págs.1 y sigs.

² FERNANDEZ ARROYO, Diego P. (Coord.) - “*Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur. Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*”. Ed. Zavalia, 2003 pág. 127

³ GIMÉNEZ CORTE, Cristián - “*Usos comerciales, costumbre jurídica y nueva 'lex mercatoria' en América latina*”. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2010. pág. 245

⁴ Ib idem. Pág. 246

comercio internacional.”⁵ En ese sentido autores como GOLDMAN han sostenido que la *lex mercatoria* consiste en un derecho *transnacional*, ajeno de todo derecho estatal, y constituido por las prácticas de los comerciantes en el comercio internacional.⁶ La labor de los organismos internacionales como la CCI, en cuanto a la regulación de los INCOTERMS y las Reglas y usos uniformes sobre créditos documentarios, o la UNCITRAL con los Principios de UNIDROIT, o los arbitrajes de equidad, suelen ser utilizados como fundamentos de la transnacionalidad de la *lex mercatoria*⁷.

Otros autores, en cambio, niegan tal carácter y consideran que la *lex mercatoria* –si bien es una realidad como práctica sin fronteras– no consiste en un derecho “sin-Estado” o transnacional en sentido estricto, pues este derecho no es independiente de los Estados sino que está en constante competencia e interrelación con éstos⁸. La incorporación del Estado de estas normas a su derecho las convierte en “verdadero” derecho⁹; o, desde otro punto de vista, la *lex mercatoria* es parte del grado de autonomía que el Estado ha dado a las partes a la hora de contratar¹⁰, lo que conlleva que: a) La *lex mercatoria* está subordinada al derecho estatal, pues es el que reconoce esta fuente, y b) En tanto las partes no introduzcan este contenido como solución material, no correspondería que el juez aplique de todas formas la *lex mercatoria*, pues no puede concebirse que se deseche todo un sistema de normas de conflicto.¹¹

Por nuestra parte consideramos que –fuera de lo ya expresado– que la tesis de la *transnacionalidad* de la *lex mercatoria* es incorrecta pues carece de uno de los elementos necesarios del derecho para ser cumplidos, esto es, la *exigibilidad*. Una de las notas características del derecho es que tiene cierto rasgo de *coactividad* y es lo que permite distinguirlo de otros saberes normativos¹² La tesis *estatista* adolece también de fallas, pues implica que el único derecho es aquél reconocido por el Estado, dejando de lado cualquier manifestación que pueda ocurrir en el plano sociológico. Sostenemos así una *interrelación constante*, entre la estatización de la *lex mercatoria* y por ende su nacionalización, y su aspecto fenomenológico, marcado por la actividad de los comerciantes que no responde necesariamente a los mandatos legales establecidos por los Estados.

⁵ FERNANDEZ ARROYO, Diego P. – *Ib idem*. Pág. 128

⁶ LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso - “*La moderna lex mercatoria y el comercio internacional*” pág.50. Disponible on line en formato pdf en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/26/dtr/dtr3.pdf>

⁷ MICHAELS, Ralf - “*The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*” , Indiana Journal of Global Legal Studies Vol. 14 #2. Págs. 454 a 460 Disponible online en pdf en: http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2476&context=faculty_scholarship

⁸ *Ib idem*, págs. 465 y 466 En cita textual puede leerse: “*Both in history and in the present, we find a law merchant in the sense of a commercial law that transcends boundaries and is in that sense transnational. However, the law that we find is not truly autonomous from the state in any meaningful sense. Rather, we observe a continuous competition and interplay between state and non-state institutions. International arbitration replicates the structures of the state; the state creates institutions (like the Tuna Court) that are inspired by the advantages of arbitral tribunals. Arbitrators incorporate national norms; national lawmakers incorporate principles from the customs and informal norms of merchants. If there is an autonomous legal system of international commerce, then it transcends the divide between state and non-state law, and its autonomy is not from the state but rather from other parts of the law, many of which remain national*”

⁹ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P – *Ob cit*. Pág. 129

¹⁰ BOGGIANO, Antonio - “*Curso de Derecho Internacional Privado*” Abeledo Perrot, 2da edición, 2001, pág. 713

¹¹ *Ib idem*. Pág. 715

¹² Ver al respecto NINO, Carlos Santiago - “*Introducción al análisis del derecho*” 2da edición ampliada y revisada, 12ma reimpresión, Astrea, 2003, pág. 103 y sigs.

Es por esto que consideramos que la *lex mercatoria* es un *hecho*¹³, pero no cualquier hecho sino un *hecho notorio*¹⁴; su regulación (o la falta de ella), sea en razón del derecho estatal-nacional o estatal-convencional, no obsta al uso o modificación por las partes. Como consecuencia de ésta calidad, los jueces se ven obligados a aplicar la *lex mercatoria* si es que ha sido introducida en razón de la autonomía *material*¹⁵ o si no ha sido introducida, pero presenta en el caso entidad suficiente, y es capaz el juez de comprobar la existencia de dicha práctica.¹⁶

2. La *lex mercatoria* y el DIPr en el ordenamiento argentino.

2.1 Introducción

En el punto anterior hemos intentado dar cuenta del concepto ontológico a de la *lex mercatoria*. En el marco de este análisis, pasaremos a dar cuenta de la regulación que se ha hecho de ella, en el ámbito del DIPr argentino teniendo en cuenta primero a las fuentes convencionales y luego a las fuentes nacionales.

El orden propuesto responde al mandato constitucional dado por el art. 75 inc. 22 que establece que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, y al nuevo régimen del Código Civil y Comercial que establece en el art. 2594 idéntica superioridad en materia de fuentes.

2.2 Las fuentes convencionales

2.2.1 Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP I – Panamá, 1975)

Esta convención ha sido ratificada por Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil. Su importancia radica en el hecho de crear un marco uniforme de regulación para los Estados en materia de arbitraje comercial internacional.¹⁷ Sin embargo, sólo regula lo relativo a la prórroga de jurisdicción y al procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencias¹⁸.

Lo que interesa a los fines del presente trabajo es la remisión que el art. 3 hace a las Reglas de Procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial en caso de ausencia de acuerdo de voluntad sobre el derecho y procedimiento aplicable. Dichas *Reglas* contienen una regulación completa y total, comprendiendo: la constitución del

¹³ No tiene sustento teórico la tesis que lo considera un derecho. Ontológicamente no existe diferencia entre un hecho común y la *lex mercatoria*, pues ambos consisten en manifestaciones de la voluntad que aparecen en el plano de lo real y concreto.

¹⁴ Usamos aquí la noción volcada por GOLDSCHMIDT en su obra "*Derecho Internacional Privado – Derecho de la tolerancia*" ed. Depalma, 1990.. El autor hace referencia a la calidad que debe dársele al derecho extranjero, dentro del marco de la teoría del uso jurídico, diciendo que "*En algunos casos, el contenido del Derecho extranjero es conocido al juez sobre la base de una máxima de experiencia, por ejemplo, la inexistencia del divorcio vincular actualmente en Irlanda; y en todos los casos, o por lo menos en su inmensa mayoría, el contenido del Derecho extranjero constituye un hecho notorio, lo que no es un hecho que todo el mundo conoce sino un hecho que todo el mundo es capaz de averiguar de manera fidedigna*" pág. 177.

¹⁵ Es la facultad que tienen las partes para regir con normas directas un contrato. Se diferencia de la autonomía *conflictual* que implica la elección de un derecho aplicable al contrato.

¹⁶ En este último sentido es fundamental la actividad de las partes. Una identificación concreta y correcta de la *lex mercatoria* en su pretensión procesal tenderá a una solución más coherente con sus intereses, evitando el margen de discreción que un juez poco informado pueda utilizar.

¹⁷ GIMÉNEZ CORTE, Cristián. *Op cit.* Pág. 280

¹⁸ *Ib idem.* Pág. 281.

tribunal, la interposición de la demanda y su contestación, lo relativo a la prueba y demás cuestiones procesales. En el art. 30.3 podemos leer: “En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”. Dice GIMÉNEZ CORTE “*Con esta norma del art. 30 (...) al menos en materia de arbitraje, los países ratificantes de esta CIDIP han aceptado la autonomía de la voluntad de las partes, y la posibilidad de regulación de los casos internacionales a través de los usos comerciales*”¹⁹

2.2.2 Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)

La Convención es un tratado internacional que regula material o sustancialmente el régimen del contrato de compraventa internacional de mercaderías. Es decir, posee normas directas o materiales para solucionar el caso, creando un derecho uniforme en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías²⁰ Ha sido ratificada por 83 países, entre ellos, la Argentina.

Su ámbito de aplicación consiste en los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) Cuando esos Estados sean Estados contratantes; o b) Cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante. Éste último inciso es el que le da el carácter de *universal* a la convención, pues permite que se aplique a otros Estados que no hayan ratificado la convención. En un ejemplo: Si el DIPr de un país se aplica porque es el lugar de cumplimiento, y ese país es signatario de la Convención, la compraventa no va a estar regida por el derecho local de ese país sino por la convención.

En el marco de este trabajo destacamos que la convención es la única relativa a contratos que hace referencia a los usos del comercio y que además intenta algún tipo de definición, o al menos una caracterización. El art. 9 establece: “*1. Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2. Salvo pacto en contrario, se considera que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o su formación un uso que tenían o que debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.*” Por lo tanto, un uso comercial es tal cuando: 1) Son ampliamente conocidos en el comercio internacional; 2) Poseen eficacia, pues las partes los cumplen de manera real y ordinaria; 3) Que sean conocidos o debían serlo por las partes.²¹

2.2.3 Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur (1998)

El art. 1 delimita el objeto: “*El presente Acuerdo tiene por objeto regular el arbitraje como medio alternativo privado de solución de controversias, surgidas de contratos comerciales internacionales entre personas físicas o jurídicas de derecho privado*”

El art. 3 delimita el ámbito material y espacial de aplicación del acuerdo, así: “*El presente acuerdo se aplicará al arbitraje, su organización y procedimientos, y a las*

¹⁹ Ib idem. Pág. 282. El autor, citando a SANTOS BELANDRO, se pregunta si en realidad esto no ha modificado el ordenamiento interno de los Estados en el caso en que ellos no permitan el ejercicio de la autonomía de la voluntad, pues resulta contradictorio permitir la autonomía de la voluntad y los usos comerciales para los casos de arbitraje.

²⁰ Ib idem. Pág. 285

²¹ Respecto a las críticas formuladas a este concepto ver GIMÉNEZ CORTE, Cristián, *op cit*, pág. 290. En especial la relativización que se ha hecho sobre esa crítica en la cita n° 34

sentencias o laudos arbitrales, si mediare alguna de las siguientes circunstancias: a) La convención arbitral fuere celebrada entre personas físicas o jurídicas que en el momento de su celebración, tengan ya sea su residencia habitual, el centro principal de sus negocios, la sede, sucursales, establecimientos o agencias, en más de un Estado Parte del Mercosur; b) El contrato base tuviere algún contacto objetivo –jurídico o económico– con un Estado Parte, siempre que el tribunal tenga su sede en uno de los Estados Parte del Mercosur; c) Las partes no expresaren su voluntad en contrario y el contrato base tuviere algún contacto objetivo –jurídico o económico– con un Estado Parte, siempre que el tribunal tenga su sede en uno de los Estados Partes del Mercosur; d) El contrato base no tuviere ningún contacto objetivo – jurídico o económico – con un Estado Parte y las partes hayan elegido un tribunal arbitral con sede en un Estado Parte del Mercosur, siempre que las partes declaren expresamente su intención de someterse al presente Acuerdo”.

El art. 10 determina el derecho aplicable diciendo: *“Las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional. Si las partes nada dispusieren en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes”*. Este artículo se complementa con el 25.3 que dice: *“Para las situaciones no previstas por las partes, por el presente Acuerdo, por las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, ni por las convenciones y normas a las que este Acuerdo remite, se aplicarán los principios y reglas de la Ley Modelo sobre Arbitraje comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, del 21 de junio de 1985”*.

Consideramos que, a tenor del art. 10 –a pesar de la cierta vaguedad que deja la expresión *derecho del comercio internacional*– y del art. 25.3 –pues tanto la *Ley Modelo* como las *Reglas de la CIAC* la incorporación de los usos y costumbres mercantiles– la utilización de la *lex mercatoria* está permitida en el ámbito del MERCOSUR para los casos sometidos a arbitraje²².

2.2.4 Tratado de Asunción del Paraguay (1991)

El Tratado que dio origen al MERCOSUR posee en el Anexo 2 sobre el Régimen General de Origen una norma que cabe destacar. Dice el art. 1.d que se considerarán producidos en el territorio de un Estado Parte *“(…) los productos que resulten de operaciones de ensamble y montaje realizados en el territorio de un Estado Parte utilizando materiales originarios de los Estados Parte y de terceros países, cuando el valor de los materiales originarios no sea inferior al cuarenta por ciento del valor FOB de exportación del producto final”*. Y en el art. 2 puede leerse que en algunos casos *“(…) bastará con que el valor CIF puerto de destino o CIF puerto marítimo de los materiales de terceros países no exceda el cincuenta por ciento del valor FOB de exportación”*.

La inclusión de éstas cláusulas han dado lugar a ciertas dudas. Siguiendo a GIMÉNEZ CORTE podemos decir que el mismo Tratado ha realizado un reconocimiento formal de los usos y costumbres del comercio internacional al incluir en su texto las referencias a

²² Podemos reafirmar lo dicho en base al Protocolo de Colonia para la Protección y Promoción Recíproca de Inversiones en el Mercosur (Intrazona, 1993), que frente a un conflicto entre el inversor y el Estado receptor de la inversión –dentro de múltiples alternativas– se establece que en el arbitraje serán de aplicación para resolver la cuestión –entre otras fuentes– los principios del derecho internacional en la materia (art. 9.5)

las cláusulas FOB o CIF, como así también a la autonomía de la voluntad²³. Consideramos que el efectos de dicho reconocimiento implica la imposibilidad de los Estados Parte de desconocer la *lex mercatoria* y la autonomía de la voluntad conflictual.

2.3 La fuente interna.

2.3.1 El título preliminar del Código Civil y Comercial.

El título preliminar es la columna vertebral del ordenamiento iusprivatista²⁴. Dice LORENZETTI: “*El título preliminar es concebido como la puerta de entrada al Código civil y al resto del sistema, y por ello contiene una serie de artículos de gran significado valorativo para todos los casos que se regulan. Su utilidad es manifiesta en el campo de la aplicación e interpretación del Derecho, ya que provee unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema baso en principios y reglas. Todo ello le confiere un efecto expansivo indudable, pudiendo ser referencia en otros ámbitos normativos (...) Éste es un cambio fundamental respecto de toda una tradición anterior, que sólo se refería a la ley, y a la función del juez, que era aplicarla exegéticamente. En cambio, ahora el panorama se amplía sobremanera, ya que no se trata sólo de la ley, sino de todas las demás fuentes: doctrina, costumbres.*”²⁵

El art. 1 establece: “*Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. 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.*” Se realiza aquí una enumeración de fuentes, entre ellas, a *los usos, prácticas y costumbres*. Si bien la nueva regulación respeta, en términos generales, a sus antecesores²⁶ si innova al incorporar dentro de las fuentes a las *prácticas*. Consideramos, así, que la *lex mercatoria* ha sido incorporada como fuente de derecho positivo dentro del título preliminar y que será de aplicación cuando las partes la introduzcan en sus contratos o cuando las normas refieran a ella. Cabe preguntarnos: ¿y si las partes no las introducen y las normas no poseen una referencia? Creemos que si presentan conexiones suficientes con el caso y no contradicen alguna disposición imperativa del derecho argentino, también deberá aplicarse la *lex mercatoria*.

2.3.2 El título cuarto del libro sexto del Código Civil y Comercial.

El Código Civil y Comercial innova al incorporar todo un título referido al Derecho Internacional Privado. Las legislaciones anteriores, si bien contenían normas sobre el DIPr, no estaban sistematizadas y agrupadas, sino dispersas por el articulado²⁷. Regula la materia en 77 arts., tratándolos en 3 capítulos: “Disposiciones Generales”,

²³ GIMÉNEZ CORTE, Cristián. *Op cit*, pág. 330 y 331.

²⁴ En este sentido CAMELO, Gustavo. HERRERA, Marisa. PICASSO, Sebastián (Dir.) “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*” ed. Infojus, Tomo I, pág. 5

²⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis (Dir)- “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*”. Ed. Rubinzal Culzoni, Tomo I, pág. 25. Para ver comentarios y críticas realizadas al título preliminar ver CIURO CALDANI, Miguel Ángel “*El capítulo 'Derecho' en el Código Civil y Comercial*”, Investigación y Docencia, revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, núm. 49, 2015, págs. 63 y sigs.

²⁶ Ver al respecto el art. 17 del Código Civil y los arts. 2, 5, 218 inc. 6 y 219 del Código de Comercio.

²⁷ Es cuestionable que no se haya dado un libro para el DIPr y que en cambio sea parte de otro, dado el avance de la materia y la trascendencia que tiene la materia en un mundo globalizado, cada vez más relacionado. No quita, de todas maneras, el mérito que merece la legislación.

“Jurisdicción Internacional” y “Parte Especia”¹. En este último encontramos el art. 2651 que dice:

“Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los terminos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato. El ejercicio de este derecho esta sujeto a las siguientes reglas: a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regia, ya sea por una eleccion anterior o por aplicacion de otras disposiciones de esteCodigo. Sin embargo, esa modificacion no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros; b) elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese pais con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario; c) las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido; d) los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato; e) los principios de orden publico y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relacion juridica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; tambien se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vinculos economicos preponderantes con el caso; f) los contratos hechos en la Republica para violar normas internacionalmente imperativas de una nacion extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno; g) la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese pais. Este articulo no se aplica a los contratos de consumo.” El artículo establece el principio general de la autonomía de la voluntad en materia contractual para los contratos internacionales²⁸. Para ser válido el ejercicio de la autonomía, ella debe surgir expresamente del contrato o de los términos utilizados en el contrato, o en su defecto, del caso en concreto.

Expresamente reconoce, en el inc. D, a los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional. No nos cabe duda que se refiere a la *lex mercatoria*.²⁹ Interpretando armónicamente el inc. C podemos concluir que la incorporación al contrato de la *lex mercatoria* puede ocurrir tanto, por vía de la autonomía *material*, como por vía objetiva que consiste en que las partes contrataron teniendo en cuenta los usos y prácticas comunes al contrato internacional.

¿Qué sucede si las partes no han pactado el derecho aplicable al contrato? El siguiente artículo resuelve la cuestión. Dice el art. 2652: *“Determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes. En defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento. Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración.*

²⁸ A pesar de que el art. no lo exprese, consideramos que esta es la solución lógica a tenor del art.2594 y la ubicación dentro del código del art. 2651.

²⁹ Resulta criticable el uso de la expresión “generalmente aceptados” pues no explicita la referencia. ¿Aceptados por quién o quiénes? ¿Los comerciantes? ¿Los códigos o tratados internacionales? ¿Los organismos internacionales del comercio? ¿Los jueces locales o extranjeros?

La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.” A falta de acuerdo expreso, el contrato se rige por las leyes y *usos* del país del lugar de cumplimiento; a continuación el artículo califica qué se entiende por “lugar de cumplimiento” a través de la teoría de la prestación más característica, estableciendo que es el domicilio actual del deudor. Y si no puede establecerse el lugar de cumplimiento, se regirá por las leyes y *usos* del país del lugar de celebración. En ambos casos se receptan las “*leyes y usos*” del país donde se haya pactado el cumplimiento o donde se haya celebrado el contrato. Cabe preguntarnos: ¿qué sentido debemos atribuirle? Respecto de las leyes no cabe duda que se refiere al derecho interno de uno de los Estados. ¿Y sobre los usos? Ya hemos establecido que la *lex mercatoria* ha sido incorporada como fuente en el art. 1 del Código Civil y Comercial. Y si eso no bastara por sí mismo, hemos analizado las fuentes internacionales del ordenamiento jurídico argentino que han receptado a los usos y prácticas comerciales, como son la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías o el Tratado de Asunción que dio origen al MERCOSUR, entre otros. Podemos concluir diciendo que la *lex mercatoria* es fuente del DIPr argentino, pues integra el ordenamiento normativo nacional y convencional, y su utilización importaría un desconocimiento de la realidad en que se manejan las contrataciones internacionales.

3. Conclusiones.

El tratamiento normativo que han hecho los Tratados y el Código Civil y Comercial reflejan una postura –si se quiere– positiva sobre la *lex mercatoria*. Sin dudas en este proceso de *estatización* o *reestatización*³⁰ a través de los códigos nacionales y las fuentes convencionales han afianzado la aplicación concreta de dichos usos y prácticas, y hasta podríamos decir que la fomentan, pues no poseen ni una postura *abstencionista* ni *negatoria*. Los límites planteados para la aplicación de la *lex mercatoria* en el art. 2651 (orden público, normas internacionalmente imperativas locales o de terceros Estados, la inaplicabilidad en los contratos de consumo) son coherentes con los postulados que la doctrina y la jurisprudencia han asentado³¹

Concluimos diciendo que el ordenamiento argentino se encuentra frente a un nuevo horizonte frente a la internacionalidad. Nuevos debates tendrán lugar, nuevos disensos y voces se harán oír, pues eso es la nota característica de una república democrática.

³⁰ Diferenciamos los vocablos por el llamado proceso de *descodificación* que operó desde hace una treintena de años con la proliferación de leyes especiales por sobre los códigos; y el proceso de *recodificación* como la contrapartida de este último proceso.

³¹ Vale mencionar la crítica realizada por FERNANDEZ ARROYO: “Ahora bien, debe quedar claro que lo que el legislado ha querido es que la decisión de someterse a esas reglas materiales (*usos, prácticas, costumbres o principios*) no se presuma sino que conste en el contrato. Esto puede plantear una contradicción cuando el derecho aplicable (*elegido o no*) sea el de un Estado parte de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos internacionales (*que opera en tal supuesto como derecho 'interno'*), cuyo art. 9.2 consagra la presunción de aplicabilidad de los usos, que es además ‘la’ norma de DIPr material argentino, al menos en lo que se refiere al contrato de compraventa internacional. Más grave es la contradicción en sí del precepto comentado, que hace depender del pacto de las partes la aplicabilidad de ‘uso y prácticas comerciales generalmente aceptados’” en “Código Civil y Comercial Comentado” AAVV, Julio César Rivera (Dir), Graciela Medina (Coord), ed. La Ley, Tomo VI, pág. 947.