

La Lex Mercatoria y las dificultades de su aplicación cuando el Estado es parte.

Rodrigo Zeballos Bilbao*

Abstract

Los estados, mayoritariamente le han dado prioridad a la elaboración del derecho civil y las relaciones jurídicas mercantiles a la lex mercatoria, la progresiva e incipiente regulación de los organismos de gobierno mundial de la economía, como por ejemplo el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio, entre otros colaboran a fin de consolidar el criterio deseado. Claramente la lex mercatoria es parte de los sistemas jurídicos nacionales, y cada país decide como relacionarse con el mundo, en este sentido nuestro país debería terminar con los tratados Bilaterales de Inversión (TBI), y a futuro dejar de prorrogar su jurisdicción como regla para ser este solo un supuesto de excepción cuando el Estado es parte, por lo tanto la lex mercatoria debe encontrar su punto de equilibrio con respecto al Estado Nacional ponderando el amplio marco regulatorio establecido por el nuevo Código Civil y Comercial, al punto de que no exista una limitación de nuestro Estado en sus decisiones soberanas y en su regulación.

I. El desarrollo y aplicación de la Lex Mercatoria

Mucho se ha escrito sobre cómo se fue desarrollando la *Lex mercatoria*, desde su creación la misma siempre fue desarrollada por los mismos mercaderes, sus necesidades marcaron el rumbo, claro está sin la intervención del Estado que condicione, es decir dicha elaboración siempre tuvo un carácter supranacional.-

Se habla de *lex mercatoria* para referirse al conjunto de usos y costumbres profesionales utilizados en el comercio internacional, que independientemente de las normas estatales, constituyen una suerte de derecho comercial internacional; sus características principales son: 1) reflejan con veracidad las prácticas comerciales; 2) establecen su propia conducta ética; 3) cubren todos los aspectos de la negociación; 4) descartan la teoría kelseniana de la sanción estatal por un sistema de auto-sanción con compensación de daños¹.-

* Abogado. Docente en Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca) y de la Universidad Nacional de La Pampa.

¹ Noodt Taquela, María B., *Convención interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales*, México 1994; relato presentado en las III Jornadas Argentinas de Derecho Internacional, Rosario, 18 y 19 de noviembre de 1994, págs. 9 y 10.-

Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial
(preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil)
Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014.
www.jndcbahiablanca2015.com

Hoy en día todos los países del mundo participan del comercio internacional, con actividades de todo tipo entre otras bursátiles, financieras, turísticas, servicios, etc; así la gran cantidad de negocios han determinado hablar de una economía globalizada.-

Este importante aumento en el volumen global de las transacciones realizadas y su importante valor económico; determino que la Organización Mundial de Comercio (OMC) conforme sus registros indique que se produjo un incremento del 10% en el volumen de exportaciones en la última década; las modalidades contractuales existentes, hasta el momento se ven frecuentemente alteradas y aparecen asimismo nuevas variedades. Muchas de ellas, aun hoy carecen de una debida regulación e incluso de una correlación lógica en las diversas legislaciones.-

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos y también en nuestro país se ha dado un importante desarrollo de la legislación civil y un marcado déficit en la regulación comercial. Dicho estancamiento legislativo, intenta ser en parte subsanado con la aprobación de la unificación del nuevo Código Civil y Comercial.-

La *Lex Mercatoria* tuvo un importante acompañamiento en la regulación de los contratos internacionales, es dable destacar la labor llevada adelante por las Naciones Unidas; así, en Nueva York en el año 1958 se realizó la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras que más de un centenar de países ratificaron, entre ellos varios latinoamericanos.-

A su turno la Organización de Estados Americanos (OEA) en Panamá en el año 1975, le da forma a la convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional (CIDIP I), siendo la misma ratificada por todos los países parte y asociados del Mercosur; esta convención, permite a las partes la elección de la ley aplicable o en su defecto determina la aplicación de la ley que establezcan las normas de conflicto. Complementaria de esta, es la convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (CIDIP II) de Montevideo del año 1979, que prevé que las sentencias y laudos tendrán efecto extraterritorial en los Estados, no siendo posible la revisión del laudo.-

En el marco de la Organización de Naciones Unidas en el año 1980 en Viena se estableció la Convención sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías y el protocolo por el que se enmienda la convención sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (celebrada en Nueva York en 1974), con criterio unificador con utilización de normas directas; así, respecto de la *lex mercatoria* el art. 9.1 establece: “*Las partes quedaran obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas*”

Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial
(preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil)
Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014.
www.jndcbahiablanca2015.com

y el art. 9.2 dice: “*Salvo pacto en contrario, se considerara que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o 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*”, como se observa es la única convención que intenta algún tipo de definición o al menos una caracterización sustancial de los mismos. Tanto la CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos como el Acuerdo del Mercosur sobre Arbitraje y la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI se refieren a los usos comerciales, pero a diferencia de aquellas solo la CCIM califica lo que debe entenderse por usos²; por su volumen de ratificaciones y su práctica ha gozado de un enorme éxito, pero a ella se suman respuestas normativas de origen nacional, así aparecen los principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales o en la consolidación, básicamente en el plano del arbitraje comercial internacional, de la llamada nueva *lex mercatoria*³.-

En el curso del tiempo ha sido muy importante el desarrollo de esta temática a través de las convenciones internacionales, como la quinta Conferencia Interamericana de México en el año 1994, convocada por la Organización de Estados Americanos (OEA) que le dio forma a la Convención sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales la llamada CIDIP V, pero con pocas ratificaciones, habiendo sido solo ratificada por Venezuela y México.-

El desarrollo descrito que lo podríamos denominar supranacional, por no tener un origen estadual; también se vio impulsado por las políticas del Fondo Monetario Internacional (entre otros organismos), el Banco Mundial, y por natural consecuencia el Centro Internacional de diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), lo cual ha generado un gran impacto jurídico, político y económico en la realidad de nuestro país.-

Completando el marco convencional debemos mencionar el Mercosur, sus protocolos y acuerdos respecto del derecho procesal, jurisdicción, medidas cautelares y arbitraje. Resulta importante detenernos en el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur (1998), consagrándose en dicho acuerdo, la autonomía de la voluntad, remitiendo a los principios del derecho internacional privado y al derecho comercial internacional;

² Cristián Giménez Corte; *Usos comerciales, costumbre jurídica y nueva “lex mercatoria” en América Latina*; Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1ra. Edición 2010, pág. 285.-

³ Carlos Esplugues Mota, Daniel Hargain y Guillermo Palao Moreno (directores); *Derecho de los Contratos Internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*; Editorial Montevideo-Buenos Aires, Buenos Aires, 1ra. Edición 2008, pág. 1 (Carlos Esplugues Mota; *El nuevo entorno de la contratación internacional; la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercadería*).-

Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial
(preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil)
Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014.
www.jndcbahiablanca2015.com

finalmente se establece para el supuesto de situaciones no previstas la facultad de recurrir a la aplicación de la ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional del año 1985. Del mismo modo, el Protocolo de Colonia para la protección y promoción de Inversiones en el Mercosur del año 1993, establece al igual que nuestro país para la solución de controversias entre un inversor y el Estado receptor la posibilidad de recurrir al arbitraje a través del CIADI, que con sus laudos desfavorables a los intereses de nuestro país, condeno a pagar miles de millones de dólares en su calidad de vencido; El CIADI, fue creado por el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington, 1965); es más el inversor también puede buscar solucionar su conflicto a través de un tribunal arbitral ad-hoc, que actuara según las reglas de la Ley Modelo de CNUDMI.-

La aparición del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos tuvo su origen en la antigua Grecia, ciudades de Italia y Suiza. En la actualidad el arbitraje internacional, constituye el medio de resolver disputas comerciales, usualmente aceptado por la comunidad de negocios internacional.-

La clara tendencia de recurrir al arbitraje (por parte de los inversores privados) encuentra varias razones, entre ellas el desarrollo de los negocios y la consiguiente necesidad de un sistema mundial uniforme de solución de controversias. A partir del año 1994, la Nación Argentina es miembro del CIADI, que es una Organización Internacional creada a iniciativa del Banco Mundial en el año 1965, para solucionar las controversias que se generen por inversiones en países subdesarrollados. Este mecanismo para países como el nuestro, resulta perverso y cuestionable a luz de los constantes resultados desfavorables. Los seguidores del arbitraje comercial internacional, fundamentan esta posición en las supuestas ventajas que éste brinda por sobre la justicia ordinaria. Entre ellas, las más reconocidas son la neutralidad y flexibilidad del proceso, reconocimiento internacional de los laudos, inapelabilidad de las decisiones arbitrales, idoneidad de los árbitros, confidencialidad del proceso, rapidez, economía y ahorro de recursos para el Estado. A modo de conclusión, estas ventajas mencionadas han determinado que en las últimas décadas el arbitraje se convierta en un medio de resolución de conflictos utilizado para la consecución de negocios internacionales⁴.-

⁴ Biocca Stella Maris (directora); *Jurisdicción Internacional en las relaciones jurídicas y económicas en que el Estado es parte*; Editorial de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 1ra. Edición 2006, autor Rodrigo A. Zaballos Bilbao; *Ventajas y desventajas del arbitraje internacional*, pag. 39/44.-

Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial
(preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil)
Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014.
www.jndcbahiablanca2015.com

Ahora estas ventajas no lo son tales, cuando en el arbitraje el Estado es parte, nuestro país asumió desde hace ya mucho tiempo como política de Estado la prórroga de Jurisdicción, con la reforma al código procesal civil y comercial de la nación que permite en el art.1 la facultad de prorrogar la jurisdicción a favor de jueces y árbitros extranjeros; asimismo durante la década de los '90 se ratificaron 60 tratados de protección de las inversiones extranjeras (que como su nombre lo indica solo protegen a los inversionistas) y se aprueba en sintonía, a través de la ley 24.353 la convención que da origen al Centro Internacional de Arreglo de diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Por otra parte la No-publicidad y la confidencialidad, no parece ser el mejor camino cuando aparece un interés nacional comprometido. Una dificultad que ha tenido que enfrentar nuestro país es la elección de los árbitros, la formación que los mismos ostentan y la dificultad que estos mensuren la situación desde una perspectiva que tutele los intereses nacionales comprometidos. Finalmente el hecho de que el estado sea parte en un arbitraje, y que sea condenado por un tribunal arbitral, genera problemas y soluciones especiales, algunas de las cuales todavía parecen estar sin solución. Por lo expuesto, y sin entrar a analizar el consentimiento del estado para someterse al arbitraje (rol que debería tener nuestro Congreso Nacional), la experiencia indica que nuestro país, debería dejar de ser parte de este sistema y ponderar las distintas consecuencias políticas, sociales y económicas a la hora de prorrogar la jurisdicción en manos de jueces o árbitros internacionales.-

Todos los países del Mercosur a su turno permiten la prórroga de jurisdicción a jueces o árbitros extranjeros en el caso de contratos internacionales. Por caso, países vecinos como Brasil, Paraguay y Chile admiten la prórroga de jurisdicción aun en casos internos, es decir admiten la prórroga de jurisdicción entre nacionales del mismo estado; dicha corriente legislativa, fue recientemente recepcionada por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.-

Es importante destacar que países como Bolivia en el año 2007, Ecuador en el año 2009 y Venezuela en el año 2012, se retiraron del CIADI, denunciando el convenio de Washington. Por caso, Brasil directamente nunca fue miembro del CIADI y no tiene ningún TBI firmado, lo que no obsto la recepción de numerosas inversiones extranjeras y el importante desarrollo en los últimos años, participando activamente en la economía global.-

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, siguiendo la misma línea permite expresamente la prórroga de jurisdicción en el art. 2605, el cual faculta a la partes a prorrogar la jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la Republica; asimismo en cuanto a su forma, el art. 2607 establece que dicha prórroga puede ser expresar expresa o tácita. Del mismo modo, respecto de las fuentes del derecho (art.1) el nuevo código, asumió una

Jornadas sobre el Nuevo Código Civil y Comercial
(preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil)
Monte Hermoso, 5 y 6 de diciembre de 2014.
www.jndcbahiablanca2015.com

pauta amplia respecto a los usos, prácticas y costumbres, los cuales son vinculantes en la medida en que la partes los invoquen y que no resulten contrarias al ordenamiento jurídico interno. En los contratos comerciales, su utilización es frecuente, a modo de ejemplo en la compraventa se establece a través del art. 1161 (respecto de las Clausulas de difusión general en los usos internacionales), que las mismas se presumen utilizadas con el sentido que les adjudiquen tales usos, aunque la venta no sea internacional. Por otra parte, en el capítulo pertinente de los contratos internacionales, el art. 2651 establece la autonomía de la voluntad en cuanto a la elección del derecho aplicable y asimismo (en su inciso d), establece puntualmente que cuando las partes incorporan los usos y prácticas comerciales aceptadas, las mismas resultan aplicables siempre que surjan de la literalidad del contrato. Con lo cual claramente se fortalece por un lado la autonomía de la voluntad y la prórroga de la jurisdicción a partir de este nuevo ordenamiento, cada vez deberemos estar más atentos a las obligaciones asumidas por el Estado cuando este prorroga su jurisdicción a organismos supranacionales, como el CIADI; además se deberá prestarle la debida atención a la habilitación expresa que hoy realiza el Nuevo Código Civil y Comercial de manera abierta a la utilización de la *lex mercatoria*.

II. Conclusiones.

Los estados, mayoritariamente le han dado prioridad a la elaboración del derecho civil y las relaciones jurídicas mercantiles a la *lex mercatoria*, la progresiva e incipiente regulación de los organismos de gobierno mundial de la economía, como por ejemplo el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio, entre otros colaboran a fin de consolidar el criterio deseado. Claramente la *lex mercatoria* es parte de los sistemas jurídicos nacionales, y cada país decide como relacionarse con el mundo, en este sentido nuestro país debería terminar con los tratados Bilaterales de Inversión (TBI), y a futuro dejar de prorrogar su jurisdicción como regla para ser este solo un supuesto de excepción cuando el Estado es parte, por lo tanto la *lex mercatoria* debe encontrar su punto de equilibrio con respecto al Estado Nacional ponderando el amplio marco regulatorio establecido por el nuevo Código Civil y Comercial, al punto de que no exista una limitación de nuestro Estado en sus decisiones soberanas y en su regulación.