

Comisión n° 9, Internacional Privado: “Lex mercatoria”

## LÍMITES A LA APLICACIÓN DE LA LEX MERCATORIA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

**Autor:** Rodrigo A. Zeballos Bilbao \*

### **Resumen:**

*La Lex Mercatoria aparece regulada inicialmente a través de Convenciones y actualmente se incluyó en el nuevo Código Civil y Comercial en la parte de los contratos cuando se permite la autonomía de la voluntad en el artículo 2651 y en el inc. d) en particular con la incorporación al contrato de la lex mercatoria, por lo tanto este nuevo y amplio marco para su utilización es necesario delimitarlo cuando se afecten intereses, derechos o principios fundamentales. A tal fin aparecen como límites a su aplicación, primero el orden público internacional, cuando la solución sea incompatible con los principios fundamentales que regula ahora el art. 2600 del CCCN y también cuando resulten de aplicación normas de policía cuando se afecten valores jurídicos esenciales o aparezcan comprometidos los intereses nacionales de acuerdo con la regulación del art. 2599 del CCCN.*

### **1. La regulación convencional de la Lex Mercatoria.**

Desde sus orígenes la lex mercatoria se fue desarrollando con un carácter supranacional, sin la intervención de los Estados; primero existieron los llamados mercaderes, hoy comerciantes quienes por necesidad fueron solucionando sus dificultades, más allá de los ordenamientos jurídicos estatales. Llegando a la actualidad donde la mayoría de los países participan del comercio internacional, con diversas actividades bursátiles, financieras, turísticas, servicios, entre otras, por esto somos hoy parte de una economía globalizada. Las modalidades contractuales, se ven frecuentemente alteradas y aparecen asimismo nuevas variedades; careciendo muchas de ellas de una regulación e incluso de una correlación lógica en las diversas legislaciones.

La regulación de los contratos internacionales comenzó a utilizar La *Lex Mercatoria*, desde la labor llevada adelante por las Naciones Unidas; en Nueva York en el año 1958 donde 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

---

\* Docente de la Materia Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional del Sur y de la Universidad Nacional de La Pampa. Avalado por Carina Pamela Tolosa, Profesora Adjunta, Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca).

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*” 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. 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 usos<sup>1</sup>; 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, básicamente en el plano del arbitraje comercial internacional, de la llamada nueva *lex mercatoria*<sup>2</sup>.

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 un orden jurídico autónomo o supranacional, por no tener un origen estadual; también se vio impulsado por las políticas del Fondo Monetario Internacional, 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; 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

---

<sup>1</sup> 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.-

<sup>2</sup> 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*).-

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.

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. 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 internacionales<sup>3</sup>. 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). Finalmente el hecho de que el estado sea parte en un arbitraje, y su condena 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. Es importante destacar que 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 obsta la recepción de inversiones extranjeras.

La doctrina define a *lex mercatoria* como el 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

---

<sup>3</sup> 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. Zeballos Bilbao; *Ventajas y desventajas del arbitraje internacional*, pág. 39/44.-

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 daños<sup>4</sup>.

## **2. La regulación nacional de la Lex Mercatoria.**

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 el nuevo Código Civil y Comercial que ahora le da un rol central a la autonomía de la voluntad y a la libertad de contratación en los artículos 957 y 958.

Respecto de la autonomía de la voluntad el art. 2651, establece que los contratos se rigen por el derecho que las partes elijan, pudiendo dicha elección referirse a la totalidad o a partes del contrato, estableciendo reglas subsidiarias como por ejemplo en su caso en el inciso d) que establece: *“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”*, apareciendo así la aplicación de la lex mercatoria. También debemos ponderar que se permite 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 expresa o tácita. Del mismo modo, respecto de las fuentes del derecho (art.1) el nuevo código, asumió una pauta amplia respecto a los usos, prácticas y costumbres. 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. 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.

## **3. Limite a la aplicación de la Lex Mercatoria.**

Ahora bien frente a la regulación descripta, primero a nivel convencional y ahora también en nuestro código civil y comercial, ¿Cuál es el límite que nuestro ordenamiento provee para lograr un justo equilibrio entre los intereses privados y la los intereses de la sociedad en su conjunto?

Un primer límite lo establece el mismo art. 1 in fine del CCCN estipulando que: *“...Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”*, este artículo del nuevo código establece una regla general cuando la lex mercatoria es contraria a nuestro ordenamiento.

El nuevo código también regula el orden público internacional en el art. 2600 en los siguientes términos: *“Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”* así frente a las consecuencias de la aplicación del derecho extranjero o de la lex mercatoria extensivamente

---

<sup>4</sup> Noodt Taquela, Maria 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.-

se debe aplicar nuestra ley, la mencionada norma tiene la virtud de ser clara y precisa, con lo cual será una limitación en los supuestos en que la lex mercatoria afecte los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

Otro límite que aparece a la no aplicación de la lex mercatoria, lo hallamos ahora con la regulación de las normas internacionalmente imperativas que las encontramos reguladas en el art. 2599 en los siguientes términos: “*Las normas internacionalmente imperativas de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes. Cuando resulta aplicable un derecho extranjero también son aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas, y cuando intereses legítimos lo exigen pueden reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados que presentan vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes en el caso.*””; a esta a su vez, se la denomina norma de policía, resulta también una limitante a la elección de las partes de la lex mercatoria o del derecho aplicable, en pos de proteger determinados valores jurídicos esenciales, como por ejemplo la protección del niño, el trabajador, el medio ambiente, entre otros, todos importantes para nuestra sociedad. Estas reglas se seguirán estableciendo a través de la labor del congreso y serán un punto de equilibrio, cuando estén en juego intereses nacionales o el Estado en un acto propio de gestión sea parte en un contrato internacional, un ejemplo de esta situación se dio en el año 2014 a través de la ley que cambió el lugar de pago a los bonistas que tramitan sus juicios por ante el Juez Thomas Griesa en Nueva York.

En conclusión el orden público, como las normas internacionalmente imperativas, sin dudas serán un justo equilibrio frente a la libertad en la elección de la lex mercatoria o del derecho aplicable, opciones ahora reguladas y permitidas por nuestro ordenamiento jurídico.