

## LEX MERCATORIA

**Autor:**, Javier Eduardo Zapana \*

### **Resumen:**

*En la presente Ponencia se verterán algunos de los aspectos más destacados de la evolución de la Lex mercatoria, en el ámbito internacional y en el derecho Argentino, estableciendo de manera general que aspectos y contenidos hay que tenerse en cuenta para el análisis y aplicación de los usos y costumbres internacionales. También se procederá a estudiar, como método de solución alternativa de conflicto, el arbitraje y su importancia dentro del marco de resolver controversias de manera específica, económica, expedita y equitativa. Concluyendo con mis siguientes propuestas: de lege ferenda institucionalizar un sistema de arbitraje a nivel local que sea capaz de entender cuestiones Nacionales e Internacionales. Así como también de lege lata la interpretación restrictiva del Artículo 2605 del nuevo código civil y comercial, que establece el principio de libre elección de foro, cuando el Estado actué como persona jurídica de carácter privado.*

### **1. Introducción.**

La “globalización” es un proceso que merece un amplio desarrollo desde distintos ámbitos tanto sociales, políticos como jurídicos. En vista de esto se han celebrado múltiples tratados de integración económica y marcos regulatorios supranacionales que dan nacimientos a organizaciones como la del MERCOSUR que tienen como finalidad promover el libre comercio y la supresión de barreras arancelarias.

Este proceso cada vez más relevante implica que los estados deben proveer a la regulación normativa de estas relaciones de carácter internacional tanto público, como privado y buscar crear medios idóneos para tratar temas tan importantes como lo son, en el ámbito privado, el comercio internacional o las transacciones entre los particulares de distintos estados, y tratar temas como los medios alternativos de resolución de conflictos.

Hoy en día, ya no puede ignorarse la evolución que ha merecido el comercio internacional, y en especial la Lex mercatoria, tratando ya no solamente a las relaciones de los Estados entre sí y las organizaciones internacionales, sino también ahora incluyendo a todos los comerciantes empresarios, e individuos que componen los distintos estados de la comunidad internacional. A su vez este proceso de apertura comercial y económica mundial en el marco privado, reconoce principios fundamentales como son el de la autonomía de las partes para dirigir y organizar las operaciones de esta índole. Por lo tanto es una marcada evolución que viene desde la Edad Media y se ve conglomerada en numerosos ordenamientos jurídicos, de modo espontáneo como una creación del sector privado en un marco de competencia y sin ninguna planificación central de los Estados.

---

\* Estudiantes de la carrera de Abogacía del Departamento Académico San Salvador (SEDE JUJUY), de la Universidad Católica de Santiago del Estero.

Ahora bien, últimamente han aparecido múltiples propuestas tanto en el ámbito nacional como internacional, destinadas a adecuar el derecho privado a esta enorme transformación que implica el proceso de globalización desde los Estados y aceptación de usos y costumbres internacionales. El Derecho Argentino no es ajeno a esta situación, porque la *lex mercatoria* y su habilitación expresa establecida por el Nuevo Código Civil. Permitiendo a los particulares y los estados pactar condiciones contractuales basadas en usos y costumbres comerciales internacionales, como son los principios de la UNIDROIT, y así también la posibilidad de poder recurrir en caso de controversias a jurisdicciones distintas.

## **2. La Lex mercatoria en el Derecho Internacional.**

La expresión amplia de *Lex mercatoria* es muy versátil, pues convoca a los usos profesionales, codificados o no, a principios generales del derecho, en este ámbito del derecho internacional, a reglas inspiradas directa o indirectamente en la equidad y la igualdad.

Se considera que la *Lex mercatoria* es la propia ley de las relaciones económicas. Por su parte puedo afirmar que La *Lex mercatoria* entendida 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 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>1</sup>.

De acuerdo a con estas concepciones, se pugna por el reconocimiento de un orden jurídico singular, autónomo, aplicable específicamente a los negocios y transacciones internacionales. Son, entonces, principios del derecho internacional idóneos para ser aplicados por jueces o árbitros como fuente de reglas jurídicas, que fundamenten sus decisiones. Ocasionalmente los contratantes, cuando la parte inversora no es un sujeto de derecho internacional público, mientras que los estados receptores de dicha inversión si bien son sujetos de derecho internacional público, en sus actividades comerciales se desenvuelven como personas de carácter privado.<sup>2</sup>

Especialmente esta diáspora de los atributos legales es la que ha proporcionado la aparición de la *Lex mercatoria*. Ella ha permitido que los comerciantes e inversionistas desnacionalicen los contratos, al evitar la aplicación de un determinado derecho nacional (local) que pudiera favorecer al país receptor o al Estado en la relación mediante una cláusula atributiva de la ley aplicable al caso *ius privatista* internacional. Por ello es que la nueva *Lex mercatoria* deviene “un conjunto de reglas y principios de la naturaleza cuasi legal desprendida e inatacable por cualquier jurisdicción específica de un sistema legal de cualquier país”.

En cuanto a su contenido o características generales podemos afirmar que al detentar un origen incierto, la *Lex mercatoria* carece también de un contenido poco concreta. Al configurar, un ordenamiento jurídico incompleto, el sistema de la *Lex mercatoria*

---

<sup>1</sup> Definición extraída de la ponencia presentada por Zaballos Bilbao, Rodrigo, con su correspondiente cita: 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.-

<sup>2</sup> FELDSTEIN, S. contratos internacionales, Abeledo-Perrot, 1995.-

expresa en la práctica de resolución de conflictos, como principios generales y normas dispersas.

Con respecto a esto en el ámbito de la resolución de conflicto por medio de métodos como el arbitraje, mediación negociación se ha logrado consolidar principios de este derecho.

Procedo a presentar algunos de dichos principios, los más preponderantes son: las prestaciones contractuales deben ser equilibradas e equitativas; la interpretación de buena fe de los convenios (principio *pacta sunt servanda*); el deber de cooperación entre las partes; la exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses; la validez de la aceptación tácita de un contrato, la búsqueda de un derecho flexible y ágil y la aptitud deseleccionar libremente el derecho más equitativo; etc.<sup>3</sup>

Los que critican este nuevo derecho Anacional argumentan que se nutre de normas específicas que resultan adecuadas para las relaciones internacionales, las que se han desarrollado consuetudinalmente, y en partículas, en los principios generales del derecho.

Resulta preponderante resaltar los principios Unidroit en materia de contratos internacional elaborados a iniciativa del instituto, con la mira de sentar bases específicas y codificadas (en un solo cuerpo normativo) internacionalmente de los principios generales del derecho de contratos.<sup>4</sup>

El efecto, “el objetivo de los principios Unidroit es establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo independientemente de las tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que vengan aplicadas. A la vez este objetivo se refleja en su presentación formal y en la política general que los inspira”. Estos principios forman parte fundamental de la Nueva Lex Mercatoria. Dicho cuerpo normativo está conformado tanto por usos y costumbres, sino también por las convenciones y las leyes uniformes internacionales, así como por las normas sustantivas contenidas en las legislaciones nacionales que resulten aplicables al caso concreto. En general la doctrina y los juristas internacionales han sugerido que los códigos de regulación privados, se incorporan a la nueva Lex mercatoria, ya que tienden a anexarse, al margen de las regulaciones y lo tolerado por los estados, en el ámbito del comercio internacional. Muchas veces los ordenamientos públicos internos no logran cubrir el nuevo panorama comercial, pero encuentran su voz en el arbitraje comercial.

En mi análisis amplio realizado de lo escrito en derecho internacional podemos establecer la base de la Lex mercatoria:

\*El derecho internacional público: las reglas de derecho internacional público sobre los tratados se han aplicado a los contratos que se celebran entre una empresa gubernamental y una persona privada. La Convención sobre el Banco Mundial establece normas para dirimir controversias sobre inversiones entre los Estados y los nacionales de otros Estados. A su vez en su articulado plantea temas tan importantes como lo son la autonomía de la voluntad de las partes y la elección del foro. En este punto es que se puede denotar que las normas de derecho internacional público serán aplicables a relaciones privadas.

---

3 Jurisprudencia arbitral de la cámara de comercio internacional (Madrid Corte Española de Arbitraje 1985).-

4 Convención sobre Principios sobre los contratos comerciales internacionales, Roma, UNIDROIT, 1995.-

\*Convenciones internacionales en materia de derecho comercial: entre las cuales podemos nombrarla Convención de la Haya sobre contratos de compraventa internacional de mercadería 1995, la cual establece lineamientos para interpretar cuestiones respecto a la ley aplicable. En el ámbito Americano tenemos La CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos, como el Acuerdo del Mercosur sobre Arbitraje. También cabe mencionar en esta categoría a las recomendaciones y resoluciones sobre aspectos amplios de los contratos emitidos por organismos internacionales como la CNUCYD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo), OECD (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos), la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional), entre otros.

\*Usos y Costumbre: varios usos y costumbres mercantiles se aplican a los contratos internacionales, como a los nacionales, en general al comercio internacional. Algunos de ellos se han unificado, como por ejemplo: El UNIDRPOIT y la Comisión sobre el Derecho Contractual Europeo han unido esfuerzos para elaborar con base en estos usos y costumbres, el establecimiento de principios generales del derecho de los contratos, la esencia de la Lex mercatoria. La búsqueda de esta unificación, con carácter no vinculante, sirva como guía para los Tribunales arbitrales.

### **3. La Lex Mercatoria y El Arbitraje como método alternativo de solución de conflictos.**

Cuando en un conflicto de ejecución o interpretación de normas entre diversas partes, éstas no logran llegar a una solución por mutuo acuerdo, la resolución del litigio quedará en manos de una autoridad. Como hemos dicho, es necesario para que la Lex Mercatoria tenga real valor que la autoridad que resuelva el conflicto, tenga la capacidad de aplicar la Lex Mercatoria. Es frecuente que las partes de una relación mercantil hayan establecido previamente una convención en el cual resuelvan someterse al arbitraje como medio de resolución de conflictos. En estos casos, las partes otorgan a los árbitros la autoridad para resolver el conflicto ius privatista internacional. Hay que delimitar dos cuestiones. En primer lugar, si los árbitros tienen la posibilidad, en base a la autonomía de la voluntad, de usar como norma la Lex Mercatoria. En segundo lugar, en caso la primera cuestión resulte afirmativa, determinar el valor de ejecución de su resolución o laudo, en base a los tratados y normativa aplicable al caso.

Para establecer el peso que para los árbitros pueden tener los usos y costumbres mercantiles internacionales, resulta menester determinar a qué ordenamiento legal o cuerpo normativo tendrán acceso para resolver el conflicto. A) Será importante considerar si los árbitros estarán sujetos a un sistema de normas indirectas o directas<sup>5</sup> de conflicto que los obliguen en su actuación. En el caso que las partes hayan elegido la ley aplicable, ello resultará relevante para determinar si los árbitros están atados a determinadas normas para evaluar el valor y limitaciones de la elección de la ley aplicable. En caso no hayan elegido la ley aplicable, permitirá establecer el margen de la potestad discrecionalidad de los árbitros, otorgada por las partes, para determinar el derecho aplicable. Los árbitros internacionales a diferencia de los jueces nacionales, no están vinculados irreductiblemente a una Lex Fori (ley local). No puede afirmarse que los sistemas de arbitraje, estén vinculados a un conjunto de normas de Derecho

---

<sup>5</sup> En base a la clasificación de normas internacionales realizada por KELLER DE ORCHANSKI, Berta, Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado, Plus Ultra, Buenos Aires, 1997.-

Internacional Privado. En el mejor caso, están vinculados a tantos conjuntos de normas de Derecho Internacional Privado, como puntos de relación estrecha estatal tenga la relación que les haya sido llevada a sus estrados. Pero en estos últimos años, se desarrollado una marcada evolución en tendencias de unificar un ordenamiento internacional mercantil que constituya, una norma general, indicando cuál será la forma como actuará un árbitro internacional para determinar su vinculación a un sistema de normas de conflicto. En la actualidad no se ha unificado, aun una jurisprudencia oficial de todos los laudos arbitrales que permita llegar a una unificación *stricto sensu*.

Voy a ahondar la primera alternativa que puede presentarse a los árbitros. Hemos indicado que, como principio general, los árbitros aceptarán la decisión de las partes, que eligen libremente, que cuestiones someten a su jurisdicción. Vamos ahora a efectuar una nueva afirmación basada en el análisis de los principios propios del arbitraje. Los árbitros pueden encontrarse con que las partes, han seleccionado que la ley aplicable al caso por los árbitros sea la *Lex Mercatoria* y han convido como *Lex fori* que deben aplicar los árbitros el derecho de un estado determinado. Analicemos la primera proposición. Existe la posibilidad de que las partes hayan establecido como aplicable a su contrato un conjunto de normas de origen no estatal, en virtud de varios tratados y ordenamientos locales que permiten esta elección como principio de derecho internacional. El problema de determinar es si los árbitros podrán aplicar la elección de un derecho no estatal como norma aplicable a la solución de la controversia con las consecuencias que ello supone. El hecho de no estar atados a una *Lex Fori*, que les imponga el necesario uso de un grupo de normas de conflicto, que pueden establecer límites a la voluntad de las partes y el que en los cuerpos de normas arbitrales más representativos, no se establezcan límites a la libre elección de las partes, facilita a los árbitros esta aplicación. Las reglamentaciones arbitrales más representativas no establecen expresamente la posibilidad de ceñirse a un cuerpo de normas no estatal, tampoco niegan tal posibilidad, e incluso señalan que cualquiera que sea la elección de las partes, los árbitros deben de tener en cuenta los usos del comercio internacional. Esta amplitud discrecional, ha permitido en la práctica que se acepte la referencia de las partes a la *Lex Mercatoria*, como primera fuente normativa de los contratos internacionales. Este poder discrecional se ve reforzado por la existencia de textos como los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, que abren la puerta para una cómoda aplicación de la *Lex Mercatoria*. Es importante resaltar que el Preámbulo de los Principios, establece que estos pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los principios generales de derecho, la *Lex Mercatoria* o expresiones semejantes. El artículo 1.8 establece además que las partes están obligadas por cualquier uso o práctica que hayan convenido y por los usos observados en el tráfico mercantil de que se trateó.

El asunto se presentara distinto si las partes han elegido como ley aplicable un derecho nacional determinado. El rol de la *Lex Mercatoria*, si bien no desaparece en este supuesto, varía notablemente. Si las partes han pactado expresamente un derecho nacional como aplicable, el árbitro tendrá en cuenta los usos del comercio internacional, pero no podrá dejar de lado la libre elección de las partes de un derecho nacional determinado. Esto no significa, desde luego, descartar la aplicación de la *Lex Mercatoria*, pero sí que, su aplicación tendrá cabida en la medida y con el peso que le asigne como fuente de derecho el derecho nacional elegido como aplicable.

---

6 En torno a estos principios, es que se basa la mayoría de la contratación mercantil internacional, e incluso los distintos laudos arbitrales.

#### **4. El Nuevo Código Civil y Comercial y la Lex mercatoria**

En cuanto al Derecho Argentino podemos destacar la marcada evolución en materia de Derecho internacional privado, habilitando la aplicación de la ley extranjera, así como a los usos y costumbres a las relaciones mercantiles, cabe recordar que hasta hace unos meses la ley extranjera siguiendo la teoría sociológica o realista de Story tenía que ser Hecho notorio, probado y cierto conforme art 13 del código de Velez<sup>7</sup>. Hoy es una realidad que puede ser aplicada de oficio por el juez aun si las partes no lo invocaron, conforme Art. 2595 Inc. a del nuevo código Civil y Comercial. Este cambio de paradigma a la hora de aplicar la ley extranjera, implica una marcada evolución que el derecho internacional viene anhelando desde sus inicios, que es la búsqueda de flexibilizar los ordenamientos locales (lex fori) en pro del ordenamiento internacional.

También encontré algunos Artículos que hacen referencias a principios generales de derecho internacional y la lex mercatoria, consagrados en el Nuevo Código Civil y Comercial, como son: a) En materia de contratos internacionales el Art. 2651 que consagra el principio de autonomía de la voluntad de las partes y habilitación de elegir el derecho aplicable, con las consecuentes restricciones en aras del orden público interno o local; b) en materia de jurisdicción internacional el 2065 que implica la facultad de elegir el foro al cual se va a someter la controversia. Posibilitando así recurrir a árbitros, amigables componedores, terceros neutrales, etc, para que entiendan en el caso ius privatista internacional; c) el Art. 1161 referido a las Cláusulas de difusión general en los usos internacionales, que establece que “ Las cláusulas que tengan difusión en los usos internacionales se presumen utilizadas con el significado que les adjudiquen tales usos, aunque la venta no sea internacional, siempre que de las circunstancias no resulte lo contrario”; Consagrando la habilitación expresa de los usos y costumbres internacionales a contratos comerciales locales.

Estos principios receptados por el Nuevo Código Civil y comercial, deben ser entendidos en Armonía con el art. 1 del Código Procesal Civil y Comercial que establece “La competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable. Sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el artículo 12, inciso 4, de la Ley 48, exceptúese la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prórroga podrá admitirse aún a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por Ley”. Que nos habilita expresamente en Materia Patrimonial a someter las cuestiones comerciales a otros tribunales, que no necesariamente tiene que ser locales. Así como también implica una protección al orden público interno o en otros términos una Norma de policía.

Y así podemos encontrar varios artículos en ordenamiento Argentino, que buscan esta armonía y Flexibilidad con el derecho Extranjero y aun mayor tratándose de temas de índole patrimonial y comercial que buscan celeridad en el tráfico de sus operaciones. Conlleva también a que estemos presenciando un gran avance en el reconocimiento de la Comunidad Internacional y una marcada evolución en el tratamiento de las relaciones de los sujetos

---

<sup>7</sup> KELLER DE ORCHANSKI, Berta, Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado, Plus Ultra, Buenos Aires, 1997.-

privados en los temas atinentes al Comercio Internacional. Ya lo expresan los objetivos de varias organizaciones, Verbigracia CNUCYD Los objetivos de la organización son "maximizar las oportunidades comerciales, de inversión y desarrollo de los países en vías de desarrollo así como la asistencia en sus esfuerzos para integrarse en la economía mundial".<sup>8</sup>

## 5. Epílogo

Persuadido por la habilitación expresa de la Lex mercatoria en el Nuevo Código Civil y Comercial, la posibilidad otorgada a las partes de prorrogar la jurisdicción y la eficacia del método de arbitraje, es mi propuesta de lege ferenda la institucionalización de un sistema de arbitraje especializado, permanente y público en materia Comercial al que puedan someterse controversias Nacionales e Internacionales.

De poder efectivizarse una institucionalización de un sistema de arbitraje se estaría, contribuyendo y garantizando la celeridad en la resolución de conflictos en materia comercial, que hoy en día demandan el comercio tanto local, como internacional. En aras de alcanzar la finalidad de agilizar el proceso judicial de resolución de conflictos sino también coadyuvar a que los tribunales locales o nacionales no se vean excedidos en controversias de índoles comerciales que puedan ser resueltos de manera ágil, informal ante tribunales arbitrales. En el ámbito del MERCOSUR existen sistemas alternativos de resolución de conflictos (Verbigracia Sistemas implementados por los protocolo de Brasilia y el de Olivos, basados en la negociación y el arbitraje de tribunales ad hoc que resuelven controversias entre los estados partes) para las controversias entre los estados parte. Estas resultan idóneas para aplicarlas a los conflictos entre particulares de los distintos estados de la comunidad internacional.

Otro de mis fundamento seria que en coherencia con la habilitación de la Lex mercatoria en el Nuevo Código Civil permitir por un sistema institucionalizado la aplicación efectiva a las relaciones comerciales de principios y contenidos propios del comercio internacional y la Lex mercatoria, pero siempre en armonía con el ordenamiento jurídico interno.

A su vez cito el ARTICULO 1657 referido al Arbitraje institucional, expresa "Las partes pueden encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras cuyos estatutos así lo prevean. Los reglamentos de arbitraje de las entidades administradoras rigen todo el proceso arbitral e integran el contrato de arbitraje"<sup>9</sup>. En coherencia con lo referido a este articulo debería institucionalizarse un sistema arbitral Nacional en materia comercial y patrimonial que presente las siguientes características: en 1) lugar estructurado sistemáticamente, para ofrecer a las partes eficiencia en la obtención de solución de controversias; En 2) lugar, permanente y público que no sean solo tribunales Ad hoc o negociadores especialistas constituidos para resolver en cierto momento la controversia y se garantice el libre acceso a los nacionales y extranjeros que acudan a ellos ,y en 3) el sometimiento a régimen jurídico especial y autónomo que le permita aplicar en armonía el derecho internacional(Lex mercatoria) y la ley local sin contrariar el orden público interno, y 4) competencia especial en el ámbito de resolución de controversias comerciales locales e internacionales.

---

<sup>8</sup> Extraído de la página oficial <http://unctad.org/en/Pages/Home.aspx>

<sup>9</sup> Página de internet Infoleg: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#22>

También implicaría darle a las partes posibilidad de optar por no ir al extranjero, a buscar una solución expedita, ágil, informal e imparcial, propios del arbitraje, permitiéndoles someter sus controversias a un tribunales arbitrales locales que entiendan temas tanto de derecho local como de derecho internacional, más aun hoy en día con la apertura del nuevo derecho internacional comercial y la nueva Lex mercatoria. O también en personas privadas que muchas veces presentan un sistema muy específico, que coartan la posibilidad de acudir ante ellos.

Es innegable que en materia comercial la globalización y el marcado uso de nuevos sistemas que aseguren a los comerciantes la informalidad, libertad y celeridad propias del comercio, Nuestro País no es ajeno. Es por este motivo que el Derecho Argentino está presentando una marcada evolución en la flexibilidad que implica la aplicación de derecho extranjero y la posibilidad de optar por jurisdicciones distintas a las locales.

También en virtud del análisis del artículo 2605 que posibilita la prórroga de la jurisdicción en materia contractual internacional es mi propuesta de lege lata, la interpretación restrictiva de dicho artículo, debido a los daños que puede ocasionar el sometimiento de controversias a tribunales o árbitros foráneos de índole patrimonial cuando el estado actúa como persona privada.

Porque si bien la autonomía de la voluntad permite elegir el foro, no debe perderse de vista e ignorar que los intereses de estas relaciones comerciales pueden afectar la soberanía estatal propia de cada estado. Se lo puede observar cuando los Estados actúan realizando actos jurídicos con sujetos privados en el orden internacional (Verbigracias contratos de inversión, la obtención de préstamos, etc.). Si bien eh enumerado numerosas aptitudes positivas de la aplicación de la Lex mercatoria y el arbitraje comercial, considero que el Estado actuando como persona jurídica privada debe proceder con mucha cautela y prudencia, debido a que implicaría subsumir la soberanía del estado en materia patrimonial a laudos arbitrales que muchas veces no logran armonizar con el ordenamiento jurídico interno.