

Sobre el Título IV “Disposiciones de Derecho Internacional Privado”, Capítulos 1, 2 y 3 del Proyecto de Ley de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación

*Por Javier Echaide
ATTAC-Argentina*

Introducción

Desde la Asociación por una Tasa a las Transacciones Financieras para la Ayuda a los Ciudadanos (ATTAC), asociación civil sin fines de lucro en funcionamiento en Argentina desde 1999, hemos analizado los alcances de los Arts. 2605 a 2607, 2610, 2651 a 2653 del Proyecto, en concordancia con los Arts. 1, 1649, 1651, 1655, 1656 y 1658 del mismo Proyecto.

El **Art. 2605** aclara la elección de foro en materia patrimonial e internacional, facultando a las partes en prorrogar la jurisdicción local en jueces o árbitros por fuera de la República, a excepción que los jueces locales tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga sea prohibida por ley.

Esto se articula con el Art. 1 del Proyecto, por cuanto **proponemos se agregue: “con los alcances de los artículos 27, 75 inc. 22 y 24, y 116 de aquélla, y de los arts. 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”**.

Esto así porque, la falta de mención explícita del articulado que proponemos agregar, abre la posibilidad de que posibles Contratos de Arbitraje en los que se incorporen cláusulas de prórroga de jurisdicción en favor de tribunales internacionales y/o extranjeros en desmedro de la jurisdicción nacional y en violación con el mandato expreso del art. 27 CN en cuanto a que los tratados comerciales no pueden atentar contra normas de derecho público de la Nación.

En particular esto ha sido afectado directamente con la firma de tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones (conocidos como TBIs) que han otorgado amplísimas facultades a inversores privados extranjeros de contar con mayores beneficios que los particulares nacionales para demandar al Estado Nacional ante tribunales arbitrales internacionales como los constituidos en el ámbito del CIADI.

Creemos que es imperioso ratificar que la aplicación del Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –en cuanto a que el derecho interno no podrá invocarse como justificación del incumplimiento de un tratado-, reenvía en la segunda parte del referido artículo al art. 46 de la misma Convención, que establece que dicho incumplimiento está justificado cuando se verifique una violación manifiesta que afecte a una norma de importancia fundamental del derecho interno. Entendemos que esto hace referencia directa a la Constitución Nacional y a las posibilidades en que ésta sea violentada con la prórroga de la jurisdicción nacional, tal y como ha sucedido

repetidamente con los TBI firmados desde inicios de la década de 1990 y todavía vigentes al día de hoy.

El **Art. 2607** expresa que la prórroga de jurisdicción es operativa si surge de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiestan su decisión de someterse a la competencia del juez o árbitro ante quien acuden. Asimismo, dicho artículo establece como admisible todo medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto. Asimismo opera la prórroga, para el actor, por el hecho de entablar la demanda y, con respecto al demandado, cuando la conteste, deje de hacerlo u oponga excepciones previas sin articular la declinatoria.

Entendemos que este artículo debe asirse a lo expresado en la propuesta modificatoria *ut supra* mencionada, por cuanto la prórroga de jurisdicción no puede operar en cualquier caso.

A lo referido, relacionamos lo expresado en el **Art. 1649** del Proyecto, donde **proponemos se agregue: “de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público”**.

También proponemos se agregue al Art. 1651 del Proyecto, el siguiente párrafo: “(...) ni a las relaciones jurídicas de derecho público, contractuales o no contractuales, todas insusceptibles de arbitraje”.

Al mismo tiempo, entendemos que la posibilidad de prorrogar la jurisdicción nacional es contradictoria con lo expresado en el Art. 2610 del Proyecto, que establece la igualdad de trato por cuanto los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero gozarán del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina. La práctica habida por los tribunales arbitrales constituidos en el CIADI ha demostrado, en especial para el caso argentino, que las personas jurídicas domiciliadas en el exterior gozan de mayores beneficios que los nacionales en cuanto a la elección de foro donde dirimir sus pleitos en materia de inversión, sorteando en forma automática la jurisdicción local y en total desapego a la “Cláusula Calvo”, doctrina que nuestro país supo sostener y defender durante nada menos que 130 años.

En lo que Atañe al **Art. 2651** sobre la autonomía de la voluntad y las reglas aplicables a ella, el Proyecto establece que las partes podrán elegir el derecho aplicable en forma total o parcial al contrato que celebran. Tal elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

En particular debemos expresar nuestra preocupación sobre el **punto d)** de dicho articulado que dice:

*“El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas:
(...) 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;”*

Entendemos que este párrafo permite la amplia aplicación de la denominada *lex mercatoria* en términos de derecho internacional (público y privado), la cual no es regulada por los Estados, lo cual también violenta el Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que reconoce como fuentes de derecho internacional a aquellas que sólo han sido realizadas conforme a la voluntad de los Estados.

La *lex mercatoria* no es sino prácticas particulares de los particulares relacionados con el sector del comercio exterior y/o comercio internacional, por cuanto no constituyen en normativa válida aplicable que sea sustitutiva de la voluntad de la República Argentina en cuanto a poder sancionar derecho aplicable para la resolución de un caso.

Como anexo al presente escrito, adjuntamos un artículo de nuestra autoría publicado en la Revista Jurídica El Dial en el año 2009.

En consecuencia, **proponemos se suprima el punto d) del Art. 2651 o bien se aclare expresamente el carácter de excepcionalidad de la aplicación de tal supuesto en lo relativo a las demandas contra el Estado Nacional o sus jurisdicciones subsidiarias.**

Respecto del Art. 1655 del Proyecto, **proponemos incluir** un párrafo final que diga que las resoluciones cautelares **podrán ser impugnadas judicialmente** cuando sean inconstitucionales, ilegales o irrazonables (con arreglo a la doctrina de la CSJN en Fallos 327:1881 in re “Cartellone, José c/Hidronor”, sentencia del 01/06/04, considerando 14). Resulta **inexcusable** la sólo idea –cuanto más la referencia explícita– **que un proceso arbitral en curso o un laudo final no pueda ser objeto de revisión judicial, más aún cuando el Estado puede ser una de las partes (art. 116 CN).**

Del mismo modo, entendemos aplicable la inclusión de un párrafo similar para el **Art. 1656 del Proyecto.**

Por último, sobre el **Art. 1658, inc. e), y art. 1662, inc. c) del Proyecto, proponemos** en ambos **suprimir las referencias a la confidencialidad** del arbitraje, toda vez que ésta se exhibe en pugna con el principio de publicidad de los actos públicos que responde a la soberanía del pueblo y a la forma republicana de gobierno (art. 33 CN).

Muchas gracias.

[Anexo]

Lex mercatoria: ¿corpus iuris de la globalización?

Por Javier Echaide

“(…) para la mente no hay nada hereditariamente emancipatorio, bueno o progresivo con respecto al pluralismo jurídico. En efecto, existen instancias del pluralismo jurídico que son totalmente reaccionarias.”

Boaventura de Souza Santos

Introducción: la vieja lex mercatoria

Los orígenes de la *lex mercatoria*, un derecho surgido de actividad comercial y sin intervención estatal, surgida de las prácticas usuales de los comerciantes y que regula la actividad entre privados para sus relaciones de comercio, datan de la alta Edad Media. Nace entre los siglos XI y XIII como un derecho autónomo, auto-regulado, basado en los usos y costumbres existentes entre los comerciantes de entonces. Para entonces, Europa Occidental terminaba de pasar un período que vio la declinación definitiva de Roma y las oleadas bárbaras y musulmanas, mientras que en el oriente el Islam brillaba en su apogeo y el Imperio Bizantino resistía a la caída romana con esplendor. El feudalismo reconvirtió el sistema económico romano. Algunos autores hablan de “regresión”, de fuerte “regulacionismo estatal” que “*extendió las relaciones de vasallaje en la sociedad y redujo el comercio a su mínima expresión*” (Moreno, s/f) dedicándola a ser una economía básicamente de subsistencia de los siervos, con el excedente mínimo como para el pago de tributos (al Señor Feudal) y diezmos (a la Iglesia). Sin embargo, el aumento de la producción como consecuencia de las innovaciones tecnológicas supone ya en el siglo XI una reducción de las prestaciones personales de los siervos a sus señores en cuanto a horas de trabajo, las cuales comienzan a sustituirse por el pago de una cuantía dineraria o en especie. La producción agraria de los primeros propietarios comienza a ser de mayor escala y empieza a necesitar expandir su extensión geográfica, con lo cual se producen desposesiones de tierras de pequeños agricultores individuales que se desplazarán a las ciudades en crecimiento a fin de subsistir como mano empleada de una incipiente clase social en ascenso: la burguesía. Se reducen de este modo las tierras del Señor y comienzan a aumentar los arrendamientos, lo cual trae aparejada a su vez nuevas relaciones de propiedad con la tierra como medio de producción: surge la propiedad privada (Hobsbawn, 2001). Las mejores tierras atraen a una mayor masa de población y se producen con ello migraciones en todo el centro de Europa.

A partir del siglo XII, la existencia de excedentes incrementa el comercio más allá de las fronteras del señorío. Las actividades comerciales permiten que surja una incipiente burguesía, los mercaderes. Pese a ello, no quedan eliminados los tributos señoriales, que a su vez incrementan con ello sus recursos. Los burgos igualmente son espacios de defensa y de comercio conforme avanza el tiempo y se va gestando una nueva sociedad que despegará en los siglos XIII y XIV.

En doscientos años se asientan las condiciones para un cambio radical en Europa Occidental. Las mejoras tecnológicas y artesanales sacarán a la economía de occidente de la subsistencia y la introdujeron a una época de mayor dinamismo, con lo que el comercio toma un papel fundamental en el despegue económico de las clases sociales en ascenso.

Es esta clase social la que aborda algo esencial para garantizar su crecimiento económico: un marco jurídico que establezca reglas de juego claras en sus relaciones socioeconómicas. Así como impulsa el establecimiento de la propiedad privada sobre los medios de producción, también desarrolla un “*corpus iuris*” no codificado para las relaciones comerciales, basadas en las prácticas habituales de los mercaderes de distintos feudos y sin involucrar a sus Señores para el establecimiento de este ordenamiento ni para dirimir los posibles conflictos que surgieran de la práctica comercial. Este es el contexto en que surge la *lex mercatoria*.

Con el devenir de la actual globalización, el sector privado ha retomado un dinamismo que prescinde (o mejor dicho intenta prescindir en muchos casos) del control del Estado. Esta globalización posee como principal sujeto protagónico a empresas transnacionales (ETNs) nacidas como resultado de la crisis y finalización de la época del Estado de Bienestar a mediados de los '70 (Holloway, 2003). No es el objeto del presente trabajo analizar las causas de este nacimiento, sino de relacionar a los métodos de resolución arbitral de conflictos con, precisamente, ese cuerpo orientador de pautas que se ha dado en llamar *lex mercatoria*, y ver si su virtual resurgimiento puede significar o no un cuerpo jurídico acorde con la era de la globalización.

La elección de derecho como parte de la autonomía de la voluntad y críticas a la *lex mercatoria*

Históricamente el sector privado se ha caracterizado en ser uno de los más dinámicos en el funcionamiento del capitalismo. La *business community*, en su ánimo de lucro, ha buscado permanente cómo resolver los problemas constantes de la actividad económica mediante formas que reduzcan al mínimo su riesgo empresario, dilaciones innecesarias, flexibilidad en las formas, idoneidad en los decisores y celeridad en los resultados. Es por ello que fijó, en los albores del capitalismo, principios sobre los que basar las decisiones de controversias entre partes contratantes de una relación comercial. Destaca como primero de ellos la **autonomía de la voluntad**, principio esencial del Derecho Internacional Privado por el cual las partes están libres de pactar las modalidades que deseen dentro de su relación comercial. Esto incluye la **elección de ley** aplicable en materia procesal para resolver una diferencia, como también la **elección de derecho** sustantivo sobre la cual los árbitros basarán su laudo. La autonomía de la voluntad también implica la elección del foro o sede del tribunal donde dirimirla, el idioma a utilizar, el tipo de arbitraje (voluntario o forzoso, doméstico o internacional, *ad hoc* o administrado/institucional), etc. Esto otorga una amplia flexibilidad en los procedimientos arbitrales, atractiva a las demandas de los hombres de negocios (Feldstein de Cárdenas, s/f.b). Otro de los principios que pueden destacarse es el de **neutralidad** del foro, el de **confidencialidad** de lo que es materia de litigio, como así también de dos principios básicos que acompañan al de autonomía de la voluntad: el de la **competencia de la competencia** y el de **separabilidad de la cláusula arbitral**.

Concentrándonos en el principio de autonomía de la voluntad, y dentro de la mencionada libertad de *elección de derecho* por las que los árbitros resolverán la controversia, se halla la *lex mercatoria*, que difiere a su vez de lo que se entiende por *ley aplicable*.

La ley aplicable hace referencia a las leyes de Derecho Internacional Privado que a su vez remiten a la normativa nacional, o bien a aquella que los Estados Nacionales han celebrado en convenios internacionales a fin de regular la solución de controversias dentro de esta rama del derecho.

La *lex mercatoria* no es una norma en sentido estricto. Son pautas, un conjunto diverso de costumbres del comercio internacional forjadas por la práctica mercantil, esto es no por los Estados sino por los propios sujetos de derecho comercial privado: los comerciantes y hombres de negocios. Por ende, se trata de un derecho no codificado, no positivo, que no posee relación alguna con el Derecho Internacional Público refrendado por los Estados, ni por el Derecho Internacional Privado, sino que surge de la práctica de la propia *societas mercatorum* privada actual (Moreno, s/f). Se le atribuye espontaneidad en su elaboración, y estar al margen de cualquier ámbito legislativo, fuere nacional, regional o global.

En este sentido, las partes se encuentran libres de pactar el derecho sustantivo aplicable ante una eventual controversia no planteada aún (para el caso de formular una cláusula compromisoria) o bien con posterioridad al planteo de la misma (para el caso del compromiso arbitral). De no hacerlo, los árbitros elegirán por las partes el derecho aplicable y en tal caso podrán inclinarse a adoptar la *lex mercatoria* como fuente de derecho para resolver el litigio. Para autores menos optimistas de la aplicación de esta fuente (Feldstein de Cárdenas, s/f.b), es de importancia considerar que, si bien este derecho puede gozar de la preferencia de los hombres de negocios y aparentar identificación con la dinámica de los negocios internacionales, también caben altas posibilidades de éxito respecto de su cuestionamiento ante los tribunales nacionales por la parte que ha perdido en la disputa. Y este es un punto no menor al momento de verificar la efectividad de aplicación de la fuente para resolver un conflicto.

También se entiende que la *lex mercatoria* es demasiado vaga, amplia y general, con la que no se pueden identificar con precisión reglas de carácter transnacional que la conformen (Feldstein de Cárdenas, s/f.a); con lo cual –paradójicamente para sus defensores- generaría imprevisibilidad jurídica a la hora de dirimir una cuestión. Precisamente lo que buscan los hombres de negocios son principios de certezas para resolver sus conflictos.

Se ataca también su presunta autonomía efectiva, ya que la *lex mercatoria* serviría de orientadora de ordenamientos jurídicos cuya base está dada en términos nacionales o internacionales (a su vez remitida a la voluntad de los Estados). Ello contradice el ferviente ánimo de otorgar una “aterritorialidad” a este derecho por parte de sus impulsores. En tanto y en cuanto sirva de guía para la aplicación del Derecho Internacional Privado, la *lex mercatoria* tendría un forzoso anclaje en la territorialidad jurídica del derecho aplicable, aún cuando sean –precisamente- tratados internacionales firmados por Estados los que abran la puerta para su eventual invocación.

Incluso hay autores que sostienen que esta fuente de derecho mercantil no existe como tal, sino que simplemente hay “islotos de *lex mercatoria*” (Feldtein de Cárdenas, s/f.a; Cadena Afanador, 2001) que no alcanza a cubrir las habidas pretensiones de una “universalidad” genuina como para ser tratada en todo el globo. Ello le resta carácter al momento de querer definirla como un ordenamiento o sistema jurídico.

Pero quizás más crucial sea la crítica que cabe en cuanto a que la *lex mercatoria* obedece a intereses específicos de grupos o clases sociales determinadas. No constituye por ende una “fuente universal de derecho” –como decíamos- sino un conjunto de pautas de un grupo selecto de actividad transnacional capaz de fijar dichos comportamientos: una *societas mercatorum* interesada en crear una normatividad y un aparato jurisdiccional a su medida y servicio, desplazando así al derecho nacional e internacional. Creemos que este es un punto central que merece ser retomado más adelante.

La *lex mercatoria* en los ámbitos de arbitraje internacional

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) es una organización privada con sede en París, de carácter internacional, creada en 1919. Representa a las empresas y gremios de la actividad financiera, bancaria, comercial e industrial de más de una centena de países. Como organización empresarial, la CCI posee una Corte de Arbitraje establecida por un reglamento elaborado por la misma institución y aplicable a su ámbito.

Muchos operadores del comercio internacional sienten que los sistemas judiciales son deficientes para resolver las controversias comerciales que surgen de la actividad, y prefieren el arbitraje como un medio de solución de conflictos. Es por tal razón, que ante la probabilidad de un conflicto o controversia en materia de comercio internacional, es recomendable que las partes prevean los mecanismos de solución de controversias.

La primera vez que se invocó a la *lex mercatoria* como fuente para dirimir un conflicto de comercio internacional fue en caso Norsolor (1984). Se trataba de un contrato de compraventa mercantil entre una empresa turca y una francesa. Al no haber ley aplicable elegida voluntariamente por las partes en su contrato, el tribunal arbitral constató que si se aceptaba la ley francesa o la turca se llegaba a consecuencias radicalmente distintas. Por esta razón, el tribunal prefirió basarse en los principios generales contenidos en la llamada *lex mercatoria* para llegar a una solución.

Uno de los ejemplos más reiterados y difundidos de los cuerpos de normas que integran la *lex mercatoria* son los llamados INCOTERMS. Los INCOTERMS son un conjunto de reglas internacionales, regidas por la CCI, que determinan el alcance de las cláusulas comerciales incluidas en el contrato internacional. Los INCOTERMS responden al trabajo que realiza la CCI en su propósito de facilitar el comercio internacional. Su intención es establecer un conjunto de reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales más utilizados en las transacciones internacionales (Matute Morales, 2004).

De este modo los INCOTERMS determinan, por ejemplo:

- a) El alcance del precio.
- b) En que momento y donde se produce la transferencia de riesgos sobre la mercadería del vendedor hacia el comprador.
- c) El lugar de entrega de la mercadería.
- d) Quién contrata y paga el transporte.
- e) Quién contrata y paga el seguro.
- f) Qué documentos tramita cada parte y su costo.

En cuanto al MERCOSUR, el arbitraje comercial internacional ha sido receptado en diversos instrumentos jurídicos¹, pero nos referiremos especialmente al Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional (CMC, Decisión Nro. 3/98) y al Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre MERCOSUR, Chile y Bolivia (CNC, Decisión Nro. 4/98). El propósito de tales acuerdos es el de proporcionar al sector privado de métodos alternativos de solución de sus controversias para contribuir a la expansión del comercio internacional y la promoción de la solución extrajudicial de las controversias privadas (Feldstein de Cárdenas y otros, 2004).

Según la definición tomada por la ley modelo UNCITRAL de 1985, un arbitraje es internacional cuando:

- Es de materia comercial entendido en un sentido amplio (incluyendo a las inversiones extranjeras);
- Cuando existen elementos de extranjería en el contrato que puedan ser advertida objetivamente;
- O bien que, en caso de no tener visibles tales elementos, las propias partes pudieran haber definido a la relación jurídica establecida entre ellas como internacional, gracias al principio de la autonomía de la voluntad.

El art. 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) establece por su parte que la jurisdicción de los jueces nacionales es improrrogable exceptuando:

“(…) 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.” (art. 1 CPCCN).

Tal prórroga,

“(…) se operará si surgiere de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiesten explícitamente su decisión de someterse a la competencia del juez a quien acuden.” (art. 2 CPCC).

De ocurrir tales casos, puede procederse con la aplicación de una jurisdicción extranjera, en la que caben los tribunales arbitrales. A raíz de los distintos convenios

¹ Se pueden mencionar al Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial y administrativa (CNC, Decisión Nro. 5/92), al Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual (CNC, Decisión Nro. 1/94), el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección de Inversiones en el MERCOSUR (CNC, Decisión Nro. 11/93), el Protocolo de Promoción y Protección de Inversiones provenientes de Terceros Estados (CNC, Decisión Nro. 11/94), además de los dos Acuerdos que se mencionan en el cuerpo del texto (Feldstein de Cárdenas y otros, 2004).

firmados por la Argentina en materia de arbitraje internacional (como los respectivos al ámbito del MERCOSUR mencionados, la Convención Interamericana sobre Arbitraje firmada en Panamá en 1975, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de sentencias y laudos extranjeros de Montevideo 1979, la Convención de Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York 1958, el Convenio Constitutivo del CIADI firmado en Washington en 1965 y el Convenio Constitutivo del MIGA de Seúl 1985 –ambos organismos dependientes del Grupo del Banco Mundial-), pueden aplicarse para la resolución de controversias mediante procesos arbitrales, dependiendo siempre del domicilio o del asentamiento principal de sus negocios de las partes litigantes o del lugar de cumplimiento de la prestación más característica del contrato.

Dentro del ámbito MERCOSUR, los acuerdos mencionados de 1998 poseen un ámbito de aplicación restrictivo en materia de las relaciones jurídicas sobre las que resolverán las disputas: siempre deberá tratarse de personas físicas o jurídicas de derecho privado, y siempre se tratarán de controversias surgidas de relaciones comerciales **contractuales**. Quedan excluidas, por ende, aquellas diferencias que pudieran emanar de efectos extracontractuales entre las partes.

El art. 10 del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (CMC, Decisión Nro. 3/98) establece que las partes pueden **elegir el derecho** que se aplicará para solucionar su litigio. La ley aplicable deberá basarse en el Derecho Internacional Privado, sus principios y en el Derecho del Comercio Internacional. Si estuviera ausente la elección de ley, serán los árbitros los que decidirán conforme a tales fuentes. Algunos autores entienden que dentro de estas fuentes con las que el tribunal arbitral puede valerse para la solución de disputas quizás pueda atribuirse la inclusión de la denominada *lex mercatoria* que tratamos en el presente trabajo (Feldstein de Cárdenas y otros, 2004).

También la polémica en torno a la *lex mercatoria* quedó reavivada con los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales elaborados bajo el auspicio del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT) (Principios UNIDROIT), y los Principios sobre Derecho Contractual Europeo, elaborados por la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo (Principios Europeos) y bajo la dirección de un fuerte defensor de la *lex mercatoria*: el Profesor Ole Lando.

Si bien los Principios UNIDROIT tanto como los Principios Europeos intentan brindar herramientas que aseguren la certeza de los negocios internacionales, estos principios no surgen de representantes de los Estados en foros internacionales sino que reflejan la opinión particular de expertos en materia contractual internacional. En tal sentido, estos mismos principios aclaran que podrán ser aplicados solamente cuando las partes contratantes los hayan designado en forma expresa como derecho sustantivo para sus litigios, y por lo tanto se hayan sometido voluntariamente a la aplicación de la *lex mercatoria* para la resolución de sus conflictos. Tal sujeción a la voluntad de las partes sin tenerse por comprobadas cuales son con exactitud las pautas de comportamiento que conformarían esta *lex mercatoria*, hacen que la misma carezca de obligatoriedad y que en consecuencia su aplicación sea frente a un caso de omisión en la elección de derecho o en aquel que las partes hayan pactado el recurrir a ella.

Por su parte, el art. 42 del Convenio Constitutivo del CIADI (CIADI, 1965; 2006) establece los criterios sobre los cuales el tribunal arbitral constituido decidirá para la emisión de su laudo. La primera fuente es, como es habitual, la que acuerden las partes. A falta de ese acuerdo, el artículo establece que:

*“(...) el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y **aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.**”* (art. 42 CIADI; los resaltados son nuestros).

Con tal redacción es posible que se abra la puerta, como en los casos anteriores, para la aplicación de la *lex mercatoria* dentro de los conflictos a dirimir ante los tribunales arbitrales constituidos por el CIADI, siempre que las partes no hayan determinado la elección de derecho.

Con todo, consideramos que es válido preguntarse si la *lex mercatoria* constituye un único *corpus iuris* global, o si por el contrario puede haber tantas *lex mercatorias* como sectores, áreas, regiones o continentes hayan. Es indudable que, si nos hallamos ante el primer supuesto, la *lex mercatoria* constituya un derecho *de clase*, al margen del cuerpo jurídico que regula el comportamiento de cada sociedad. Se trataría de un “derecho global” aplicable solamente para quienes están sujetos a él, y que son quienes lo forman. Si en cambio nos encontráramos frente al segundo supuesto, cada región, bloque de integración, sector comercial, etc., podría generar sus propias prácticas comerciales y por ende su propia *lex mercatoria*. Así, el ejemplo citado por Feldstein de Cárdenas (s/f.a) en cuanto a que a los Principios UNIDROIT y los Principios Europeos les podrían seguir los Principios del NAFTA, los del MERCOSUR, los de la ASEAN, etc. es la mención a un posible escenario frente al multipolarismo acaecido desde la caída del Muro de Berlín y la implosión de la URSS. Ello echaría por tierra el carácter universal de la *lex mercatoria* y comprobaría su difícil aplicación para regular la práctica comercial internacional.

El “pluralismo jurídico” como puerta a fueros especiales privados

Se entiende por “pluralismo jurídico” la coexistencia de dos o más órdenes jurídicos en un mismo ámbito de tiempo y de espacio. El concepto de pluralismo jurídico supone una definición alternativa de derecho, ya que si se mantiene la definición clásica, el derecho hace directa referencia a las normas producidas exclusivamente por el Estado. Si se acepta la noción de pluralismo jurídico, lo que se pone en cuestión es la idea del monopolio del Estado en la elaboración de normas de derecho.

Muchos autores relacionan al pluralismo jurídico con la aplicación de normas de carácter comunitario, étnico, o de otra índole y que son de preexistencia al derecho vigente en coordinación con las normas emanadas de la autoridad del Estado. Muchas normas consuetudinarias indígenas, por ejemplo, son comúnmente citadas al momento de imaginar en la realidad concreta esta multiplicidad de ordenamientos en un mismo espacio y tiempo.

Sin embargo, el pluralismo jurídico abre la puerta a otras concepciones que dejan de lado la coexistencia de distintas culturas en un marco de tolerancia recíproca y se acercan más a una excusa para la elaboración de normas especiales aplicables a sujetos determinados (Twining, 2003).

Pensamos que la *lex mercatoria* se acerca a este tipo de definición, en cuanto se trataría de un conjunto de normas de derecho elaboradas por un grupo social (la clase mercantil o, como hoy suele denominarse, los hombres de negocios) para serle aplicables a sí mismos.

Teniendo en cuenta que las sociedades comerciales –sea su actividad nacional o internacional- están autorizadas por la Ley 19.550, son reguladas por ella, por el Código de Comercio y por las demás normas nacionales aplicables, que son además registradas en la Inspección General de Justicia (IGJ) el cual se trata de un organismo público, es de difícil aceptación que sus asuntos litigiosos queden regulados a un *corpus iuris* autónomo, y que consistiría en un sistema normativo al margen de la existencia de un Estado constitucional de derecho.

Es por ello que cabe recordar un pequeño párrafo de este Estado de derecho que dice:

Art. 16 de la Constitución Nacional: “*La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.*” (los resaltados son nuestros).

Un tema es que partes contratantes definan, bajo el principio de autonomía de la voluntad, resolver sus litigios comerciales internacionales en foros no judiciales de ninguno de los Estados en donde la contraparte tiene sede. Es entendible y razonable que las partes decidan plantear su controversia ante un foro neutral e idóneo capaz de resolver su diferencia. Para ello, este tribunal arbitral habrá de valerse de las herramientas otorgadas por el Derecho Internacional Privado y las normas internacionales vigentes en la materia. Pero algo bastante más diferente es pretender sancionar laudos en base a la existencia de un derecho elaborado por los propios litigantes, o en rigor por la comunidad específica a la que los litigantes pertenecen. Creemos que ello posibilitaría la existencia de un “derecho corporativo” al margen de la aplicación y respeto de los derechos sociales, los derechos humanos y los derechos constitucionales aplicables al resto de las personas, sean físicas o jurídicas.

La legitimación de una *lex mercatoria* permitiría en los hechos el establecimiento de un fuero especial, privado, aplicable a los operadores comerciales a nivel internacional, y contrariaría uno de los principios generales de derecho, el de igualdad ante la ley, forjado desde la supresión de los fueros personales habidos en la Edad Media.

Creemos que es necesario, empero, saber distinguir dentro de esta delicada línea que separa a la seguridad jurídica de las inversiones de un derecho corporativo creado a imagen y semejanza de las empresas transnacionales y carente de contrapesos suficientes como para garantizar la responsabilidad de las consecuencias contractuales y extracontractuales de estos sujetos de derecho y en defensa de terceros perjudicados.

Conclusión: la “nueva *lex mercatoria*” y la globalización

La *lex mercatoria* se trataría, entonces, de un derecho voluntario al que las partes deciden someterse para regular su actividad comercial o bien al que los árbitros recurren para resolver las disputas planteadas por las partes.

La globalización ha reforzado la idea de una “nueva *lex mercatoria*”, a la luz del nuevo impulso que ha cobrado el comercio internacional. Para los defensores de este derecho, la globalización ha traído consigo su renacimiento: el establecimiento de “un derecho no autoritario y anacional” (Moreno, s/f). Para sus detractores, algo más cautelosos, al menos ha reinstalado el debate acerca de la *lex mercatoria*.

La denominada “nueva *lex mercatoria*” no sería un derecho con fuente en el Derecho Internacional Público, ni en un derecho refrendado por los Estados, ni tampoco siquiera en un Derecho Internacional Privado que remita a normas nacionales de acuerdo a los elementos aplicables de los regímenes de contrato u otras en las que se pueda aplicar el principio de territorialidad. La *lex mercatoria* sería un derecho al margen, supuestamente autónomo.

La propulsión que ha tomado el comercio internacional en la era de la presente globalización ha llevado a una intensificación del Derecho Internacional Privado que, si bien nunca perdió su habitual dinamismo, ha sentido este impulso renovador gracias a la proliferación de las relaciones económicas internacionales, acuerdos comerciales, de inversiones, etc. En la mayor parte de los ámbitos relacionados a la actividad comercial internacional, es común que se haya adoptado por el arbitraje internacional como modo para dirimir los conflictos entre las partes de la relación jurídica a tratar. Sea un contrato comercial internacional (es decir, entre dos o más personas físicas o jurídicas con asentamiento principal en diferentes países entre sí) entre privados, sea por las cláusulas de prórroga de jurisdicción dentro de un tratado de libre comercio (TLC), sea en un acuerdo de protección de inversiones (TBI), o mismo sea por una diferencia dentro de la Organización Mundial del Comercio (OMC) entre dos países miembros, cualquiera de esos casos adopta la forma arbitral como método para resolver los conflictos surgidos.

Sostenemos que las partes contratantes dentro de una relación comercial internacional deben hallarse con la libertad suficiente como para elegir ley (de forma) y derecho (de fondo) para resolver las eventuales diferencias que entre ellas surjan. Pero distinto es que, frente a una no elección de derecho, sean los árbitros los que se arroguen esta libertad por las partes. Entendemos que el principio fundamental de la autonomía de la voluntad es para las partes, no para los jueces o árbitros.

Sostenemos que la pretendida autonomía de la *lex mercatoria*, amparada muchas veces en la idea de un pluralismo jurídico, cubre en realidad el establecimiento de un fuero especial aplicable a los llamados hombres de negocios, con normas fijadas por y para ellos. Su utilización dentro del paraguas del pluralismo jurídico no hace a una percepción más adecuada de la realidad jurídica en épocas de la globalización, sino que responde a una concepción ideológica que sostiene argumentos políticos contra la centralización del Estado y la noción del monopolio del Derecho en su figura.

Sin embargo, debe reconocerse la dificultad que implica el hallar un pluralismo jurídico dentro de la fuerte identidad establecida entre Derecho y Estado, lo cual constituye la concepción clásica del Derecho en la que las normas son establecidas por los poderes del Estado (parlamentos) en el ámbito nacional, y por los propios Estados en el ámbito internacional. Una concepción del Derecho basada exclusivamente en la aplicación por

vía del Estado es incapaz de analizar la vinculación entre normas jurídicas y sistemas sociales autónomos cuya dinámica se desplegaría en un espacio transnacional.

Empero, el problema esencial de la *lex mercatoria* gira, además de si se trata o no de un ordenamiento jurídico y si es pausable de convivir junto con el carácter positivista de la noción clásica del Derecho, en torno a la ausencia de un componente democrático, participativo no sólo de los principales interesados sino de los potenciales perjudicados, con lo que pueda legitimarse su elaboración. Es decir, el principal problema de la *lex mercatoria* es la ausencia de condiciones democráticas que legitimen este derecho.

El Derecho no debe ser entendido solamente como un conjunto de normas jurídicas, sino también como una ciencia mediante la cual se persigue la aplicación de la ley bajo parámetros de *justicia*. Como tal, es contrapuesta la idea de establecer a la *lex mercatoria* como *corpus iuris* de la globalización, por cuanto supone el ejercicio de parámetros propios de justicia a sujetos que no se hallan para nada en desventaja al momento de establecer sus relaciones jurídicas.

Bibliografía

- Echaide, Javier (2005): “Aspectos jurídicos del ALCA y del sistema multilateral de comercio” en Gambina (comp.) *Moloch siglo XXI* (Buenos Aires, Ed. del Centro Cultural de la Cooperación).
- Feldstein de Cárdenas, Sara (s/f.a): “*Los principios UNIDROIT y los principios europeos: ¿Nuevos islotes de lex mercatoria?*” (sin datos de publicación).
- Feldstein de Cárdenas, Sara (s/f.b): “*Los beneficios del arbitraje comercial internacional*” (sin datos de publicación).
- Feldstein de Cárdenas, Sara y Rodríguez, Mónica (2005): “El A.B.C. del Derecho Internacional Privado de la Integración” (sin datos de publicación).
- Feldstein de Cárdenas, Sara; Scotti, Luciana; Rodríguez, Mónica; Baez Peña, Vera; Medina, Flavia (2004): “*Luces y sombras del arbitraje comercial internacional en el Mercosur*” (ponencia presentada para las II Jornadas de Simplificación del Proceso, del 13 al 15 de mayo, 2004. San Isidro, Argentina).
- Hobsbawn, Eric (2001): *La era de la Revolución (1789-1848)* (Buenos Aires, Ed. Crítica).
- Scotti, Luciana (s/f): “Contratos Internacionales: Derecho Internacional Privado Argentino” (cuadros adjuntados a la bibliografía del curso).
- Stiglitz, Joseph (2002): *El malestar en la globalización*. (Buenos Aires, Taurus).
- Twining, William (2003): *Derecho y globalización* (Bogotá, Ed. Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores).
- Holloway, John (2003): “El capital se mueve” en *Keynesianismo, una peligrosa ilusión* (Buenos Aires, Herramienta).

Recursos de internet

- Cadena Afanador, Walter (s/f): “La nueva *lex mercatoria*: un caso pionero en la globalización del Derecho”. Disponible en:

-
- <http://www.javeriana.edu.co/politicas/publicaciones/documents/5.La.nueva.lex.pdf> (consultado el 10/09/2008).
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI – Grupo del Bco. Mundial) (1965, 2006): Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio Constitutivo), Washington. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp> (consultado el 17/09/2008).
 - Hernández Zubizarreta, Juan y Ramiro, Pedro (s/f): “*Lex mercatoria* y derechos humanos”. Disponible en: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=71044> (consultado el 11/09/2008).
 - López Ruíz, Francisco (2007): “Notas sobre la nueva *lex mercatoria*”. Disponible en: <http://rdmf.files.wordpress.com/2007/12/lopez-ruiz-notas-sobre-la-nueva-lex-mercatoria.pdf> (consultado el 10/09/2008).
 - Matute Morales, Claudia (2004): “La *lex mercatoria* y los principios jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional”. Disponible en: <http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/idc27/27-4.pdf> (consultado el 10/09/2008).
 - Moreno, Francisco (s/f): “*Lex mercatoria*, Derecho a la globalización sin Estado”. Disponible en: <http://www.liberalismo.org/articulo/423/lex/mercatoria/derecho/globalizacion/estado/> (consultado el 11/09/2008).
 - Richard, Efraín (2002): “Globalización económica y *lex mercatoria*”. Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/globalizacion-economica-y-lex-mercatoria/?searchterm=societarios> (consultado el 9/09/2008).
 - Tovar Gil, María del Carmen (2007): “Aplicación de la *lex mercatoria* internacional por los árbitros”. Disponible en: http://www.limaarbitration.net/LAR2/maria_del_carmen_tovar_gil.pdf (consultado el 10/09/2008).
 - UNIDROIT (2004): “Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales”. Disponibles en: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf> (consultado el 5/09/2008).